

LEGITIMACION DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CIVIL CON ELEMENTO EXTRANJERO

PILAR BRIOSO DIAZ

Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Málaga

JORGE BRIOSO DIAZ

Fiscal de la Audiencia Provincial de Málaga

SUMARIO

INTRODUCCION: PLANTEAMIENTO DEL TEMA

- A. El Ministerio Fiscal según la Constitución española de 1978.
 - B. Referencia a la naturaleza procesal o sustantiva del término «legitimación» y al especial carácter del proceso civil con intervención del Ministerio Fiscal.
 - C. La noción de tráfico jurídico externo: el elemento extranjero.
-
- I. **LEGITIMACION DEL MINISTERIO FISCAL CUANDO LA LEY EXTRANJERA APLICABLE PREVE SU INTERVENCIÓN PERO LA ESPAÑOLA NO**
 - A. Aplicabilidad del derecho extranjero en el foro y actuación del Ministerio público.
 - B. Naturaleza de derecho extranjero y su relación con el principio de legalidad.
 - C. Propuestas de solución.

 - II. **LA LEGITIMACION DEL MINISTERIO FISCAL CUANDO LA LEY EXTRANJERA APLICABLE NO DISPONE SU LEGITIMACION Y LA ESPAÑOLA SI**
 - A. La integridad del derecho extranjero.
 - B. El orden público del foro.
 - C. La legitimación del Ministerio Fiscal.
-
- III. **CONCLUSIONES**

INTRODUCCION

A. *El Ministerio Fiscal según la Constitución española de 1978*

El artículo 124 de la Constitución, en sus apartados primero y segundo, establece:

«1. El Ministerio Fiscal, sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social.

2. El Ministerio Fiscal ejerce sus funciones por medio de órganos propios conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción, en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad».

La lectura de este artículo nos revela el alcance, dimensión y funciones de esta institución, poniendo de relieve que sus objetivos finales coinciden con los de los tribunales de justicia. La diferencia entre ambos sólo radica en sus estructuras internas y métodos de actuación, así como en que mientras el primero promueve o informa, el segundo decide. Esta identidad de intereses se ve confirmada en Derecho comparado, ya que en muchos países de nuestro entorno europeo las carreras judicial y fiscal son una sola, como ocurría en nuestro país hasta que el Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926 las separó.

No puede, pues, confundirse el interés del Fiscal con el particular o de parte, ni con el del Estado como particular frente al ciudadano. Así, si el interés público o social del asunto lo requiere, el Fiscal intervendrá en defensa de los derechos del ciudadano, incluso frente al propio Estado, lo que sucede a veces como, por ejemplo, en el ámbito contencioso-administrativo en materia de derechos fundamentales.

Conviene insistir en que la unidad de actuación y la dependencia jerárquica no son sino los métodos que la Constitución ha considerado adecuados para la consecución de la justicia por parte del Ministerio Fiscal, pero con sujeción, en todo caso, a los principios de legalidad e imparcialidad. Por ello, la ley prescribirá la

intervención del Ministerio Fiscal cuando exista un interés público o social, que no meramente estatal, que proteger.

En este sentido, la actuación del Ministerio Fiscal se dará la mayoría de las veces en las causas penales, en donde la naturaleza de los hechos y la gravedad de la posible sanción a imponer, hacen que no sólo el ciudadano perjudicado o el encausado estén interesados en el resultado del proceso, sino la sociedad entera, salvo contadas excepciones (delitos privados, como calumnias o injurias entre particulares no hechas con publicidad legal)¹.

Pero además de intervenir en el proceso penal el fiscal extiende su actuación al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, especialmente cuando se puedan ver afectados los derechos fundamentales de los ciudadanos por un acto de la Administración pública y al ámbito laboral. Por último, hay que resaltar su creciente intervención en los procedimientos civiles, que cuando contienen un elemento extranjero constituyen el objeto de nuestro estudio, siendo necesario conjugar los principales que hemos expuesto como rectores del Ministerio Fiscal, con los métodos de los que se vale el Derecho Internacional Privado español para alcanzar sus ideales de eficacia y justicia. A ello nos dedicaremos a lo largo de este trabajo, incidiendo en la legitimación del Ministerio Fiscal en los procesos con elemento extranjero.

B. *Referencia a la naturaleza procesal o sustantiva del término legitimación*

A efectos de nuestro trabajo, el optar por una teoría procesal del concepto «legitimación» o, por el contrario, inclinarnos por considerar que el término posee naturaleza sustantiva, conlleva unas consecuencias de carácter casi definitivo. Por ello, aunque un estudio pormenorizado del problema planteado resultaría impropio en el contexto de este artículo, sí se hace necesario resaltar los aspectos más generales de la legitimación en cuanto puedan afectar al problema específico planteado en este epígrafe.

En este sentido, siguiendo una definición dada por el Tribunal Supremo² consideramos que la legitimación se basa en la «relación jurídico material sobre el objeto del proceso», lo que ya supone

¹ V. artículo 463 del Código penal.

² SSTs de 10 de marzo de 1959 y 3 de enero de 1964.

decantarnos por considerar a la legitimación como una institución de carácter material o sustantivo, en contraposición a una posible visión procesal de la misma.

En la misma línea discurre la doctrina, sosteniendo que la legitimación es la relación con un derecho o una obligación que se reclama en un proceso, y cómo la existencia de ese derecho o esa obligación respecto del reclamante u obligado se determina en sentencia definitiva por aplicación de la ley que regula el fondo del asunto es ésta que rige la legitimación. Así, se une inseparablemente la legitimación al fondo del asunto, cobrando por ello naturaleza sustantiva³.

Abundando en la naturaleza sustantiva y no procesal de la legitimación, se ha argumentado también que el concepto se ampara directamente en un derecho subjetivo que emana de la relación jurídica en cuestión, siendo su vinculación con ésta la que hace que haya de regirse por su misma ley⁴.

Ahora bien, a pesar de nuestra toma de posición a favor del carácter sustantivo de la legitimación, no podemos dejar de resaltar que se hubieran superado muchos problemas conceptuales si el artículo 8.2 del Código civil, al establecer la norma *lex fori procesum*, hubiera aportado algún factor de delimitación respecto a qué cuestiones son puramente procesales y no propiamente de fondo⁵.

Por otra parte, queremos resaltar que estas breves reflexiones no nos sitúan de lleno en la legitimación del fiscal en el proceso civil con elemento extranjero, pues la doctrina y, en cierta medida, nosotros mismos, enfoca de manera más matizada la naturaleza sustantiva de la legitimación cuando la misma se refiere al Ministerio Fiscal. Ello se deriva de que su intervención se justifica en función del interés social o general, frente a la legitimación de los demás sujetos intervinientes en el proceso que se basa en el mero interés de la parte que pueda verse afectada por el mismo.

Al hilo de esta última afirmación conviene aludir al especial carácter del proceso civil con intervención del Ministerio Fiscal. Al

³ Cfr. ESPINAR VICENTE: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1988, pp. 79 y ss.

⁴ Cfr. CALVO CARAVACA: «Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional», *Revista General de Derecho*, 1986, p. 5100.

⁵ Cfr. FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1991, p. 368.

respecto, en el proceso civil es aquel por medio del cual el Estado protege el orden jurídico privado, definiendo en cada caso el derecho de los particulares.

En este sentido, el derecho civil y por ello el proceso civil, viene siendo entendido como un derecho de contenido netamente privado, donde se ventilan cuestiones de dicha índole. Pero si bien entendemos que esta afirmación es correcta en la mayoría de los casos, existen otros supuestos para cuya comprensión se hace necesario realizar una serie de matizaciones.

En efecto, actualmente se prevé la actuación del Ministerio Fiscal en numerosos procedimientos civiles, lo que conlleva que sea difícil seguir manteniendo un carácter meramente privado o particular del proceso en que aquel actúe, dado que por imperativo constitucional dicho órgano no intervendrá sino en aquellos asuntos donde haya un interés público o social tutelado por la ley. Así, bien por la propia naturaleza del asunto a debatir o, sobre todo, porque el resultado del proceso pueda afectar a menores o incapaces, hay procedimientos que interesan a la sociedad entera, lo que justifica que el Fiscal deba evitar que se menoscaben los derechos de estas personas necesitadas de especial protección.

Por lo tanto, este carácter público del proceso civil en que interviene el Fiscal es análogo, por ejemplo, al del proceso penal, pues el fundamento en virtud del cual actúa dicho Ministerio en uno u otro proceso es el mismo, a saber: la defensa del interés público o social tutelado por la ley. Esto supone que determinados principios considerados como paradigmáticos del procedimiento civil, como pueden ser, entre otros, el de eventualidad de la intervención de las partes, o dispositivo, habrán de ser interpretados en su justa medida por los tribunales, debiendo el fiscal garantizar que la aplicación de los mismos no supongan ningún perjuicio a los intereses de la sociedad. También, por los motivos expuestos, la búsqueda de la justicia material frente a la formal cobrará especial relevancia.

Por último, incidir en que hacemos estas matizaciones en la fase introductoria del trabajo que nos ocupa por su importancia para resolver las interrogantes que se nos plantearán a lo largo del mismo, sin que ello sea óbice para que profundicemos en el análisis de estos conceptos al tratar cada aspecto concreto del objeto de nuestro estudio.

C. Alusión al elemento extranjero

Superadas ya, salvo contadas excepciones, las tesis normativistas sobre el objeto del Derecho Internacional Privado⁶, existe cierto consenso en considerar que aquél se ocupa de la reglamentación de las relaciones privadas internacionales. Estas relaciones conforman el tráfico jurídico externo, pero ¿cómo distinguir ese tráfico jurídico externo del tráfico jurídico puramente interno? Es necesario buscar un elemento o elementos que nos ayuden a identificar dichas relaciones, siendo el elemento de extranjería la referencia más segura para caracterizarlas⁷.

Al respecto, es clásica la postura de Maury⁸, para quien cuando uno solo de los elementos de la relación es extranjero —uno de los sujetos por su nacionalidad o domicilio, la cosa por su situación o el acto por el lugar de celebración— nos hallamos ante una relación extranacional y el Derecho Internacional Privado interviene para regularla. En el mismo sentido, nos dice Goldschmidt⁹ que el elemento extranjero puede ser personal, real o conductista, según que intervenga en el caso un extranjero, una cosa sita en el extranjero o una conducta realizada en él.

Pero aunque exista unanimidad en la creencia de que un solo elemento de extranjería, sea subjetivo u objetivo¹⁰, puede internacionalizar la relación, no ocurre lo mismo acerca de si todo elemento extranjero goza de tal aptitud. Aquí nos encontramos con tesis diversas, poniendo algunas el acento en la necesaria relevancia del elemento extranjero, mientras otras niegan que dicha re-

⁶ V. FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 39 y ss.

⁷ V. RIGAUX: *Droit public privé dans l'ordre juridique internationale. Melanges Jean Dabin*, T. I, París, 1963, p. 263.

En contra, con una visión «delimitadora» del Derecho Internacional Privado, V. IGLESIAS BUHIGUES: «Reflexiones en torno al objeto y función del Derecho Internacional Privado», *REDI*, 1983, pp. 38 y ss.

⁸ Cfr. MAURY: «Regles generales des conflits de lois», *R. des C.*, 1936, III, p. 375.

⁹ Cfr. GOLDSCHMIDT: «Conceptos fundamentales del Derecho Internacional Privado», separata de la *Revista de Derecho Civil de la Universidad nacional de Tucuman*, T. I, n. 5, p. 5.

Por su parte, JEDZIC mantiene que el elemento extranjero puede residir en el sujeto, en el objeto y en los derechos y obligaciones propios de la relación jurídica, *Melanges Kollewijn et Offerhaus*, Leyden, 1962, pp. 275 y ss.

¹⁰ El dato personal, subjetivo, puede no ser suficiente para caracterizar a una situación o relación jurídica como internacional, pero sin que ello quiera decir que de forma sistemática haya que negarle tal posibilidad. V. CARRILLO SALCEDO: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1983, p. 40.

levancia influya en la internacionalidad de la relación o situación jurídica.

Así, la primera postura implica que entre los distintos factores de extranjería susceptibles de encontrarse en la relación de que se trate, al menos uno de ellos debe tener carácter esencial. La declaración de la esencialidad del elemento de extranjería se efectúa desde la perspectiva que ofrece un ordenamiento dado (el derecho del foro)¹¹. Como pone de relieve la profesora Pérez Vera, «nuestra disciplina se ocupa de las relaciones y situaciones internacionales, es decir, de aquellos casos en que al menos uno de sus elementos esenciales se tiñe de extranjería y, en este sentido, se ofrece en contacto con un ámbito geo-jurídico distinto al foro. Este último, pues, desempeña una función básica en la misma precisión del objeto del Derecho Internacional Privado»¹².

De esta forma, el problema queda centrado en torno a la posibilidad de calificar como fundamental al elemento que implica un contacto con un ordenamiento jurídico extranjero¹³. Alguno de los elementos fundamentales de la relación debe quedar localizado en un sistema jurídico distinto del que acoge el resto de la situación fáctica. El foro, en el que el supuesto se enraiza parcialmente¹⁴, será quien verifique la relevancia de ese elemento extranjero, a fin de suministrarle una reglamentación apropiada¹⁵.

Por el contrario, otros autores se manifiestan de forma diversa acerca de que la relevancia del elemento extranjero influya en la internacionalidad de la relación o situación jurídica¹⁶. En este

¹¹ V. ESPINAR VICENTE: *Derecho Internacional Privado español*, vol. I, Málaga, 1984, pp. 27-28.

¹² Cfr. PEREZ VERA: «El derecho del foro ante el método de atribución: reflexiones en torno a su juego prioritario», *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado (homenaje al profesor Luis Sela Sampil)*, Oviedo, 1970, p. 917.

¹³ V. LOUIS-LUCAS: «Portée de la distinction entre droit privé interne et droit international privé», *Journal de Droit International*, 1962, pp. 858-902.

¹⁴ Para FERNANDEZ PRIDA lo esencial es la «dispersión de los elementos» de la relación en el seno de comunidades distintas. Para el autor: «Los elementos integrantes de la relación jurídica y el hecho que determina su aparición pueden estar sometidos totalmente a la soberanía de un solo Estado, siendo entonces la relación meramente nacional o interna; pero pueden también estar dispersos y colocados bajo el imperio de diversas soberanías, caso en que la relación jurídica es internacional», *Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 1896, pp. 21-22.

¹⁵ De ANGULO RODRIGUEZ: «Objeto contenido y pluralidad normativa en Derecho Internacional Privado», *REDI*, 1970, p. 750.

¹⁶ Respecto a la relevancia del elemento extranjero para apreciar la internacionalidad de la relación jurídica, v. CALVO CARAVACA: «Noción y contenido del Derecho Internacional Privado», *RGD*, 1987, pp. 8-10.

sentido, el profesor González Campos¹⁷ diferencia entre la relevancia del elemento extranjero a efectos doctrinales y a efectos legislativos, aludiendo a que el científico debe estudiar las relaciones que contengan cualquier elemento de extranjería, mientras que el legislador debe apreciar la relevancia del elemento extranjero en cada supuesto.

En la misma línea, el profesor Espinar Vicente pone de relieve que «la caracterización del tráfico externo no depende de la pluriconexión de los elementos que engloba, ni tampoco de la eventual relevancia que pueda revestir el factor extranacional de una situación o relación jurídica. Lo primero porque la pluriconexión es sólo una posible consecuencia del carácter internacional del supuesto y no la causa que lo determina. Lo segundo porque para calibrar la relevancia del elemento extranjero —en el sentido que propone Louis Lucas— es necesario partir de un sistema de Derecho Internacional Privado ya dado»¹⁸.

Por otra parte, la intensidad del elemento de extranjería nos hace distinguir entre las relaciones «relativamente internacionales y las absolutamente internacionales»¹⁹. Las relativamente internacionales resultan heterogéneas para el foro e internas para otro sistema, mientras que las absolutamente internacionales contienen una pluriconexión que determina su heterogeneidad para cualquier ordenamiento.

La menor intensidad del elemento de extranjería puede apreciarse en las denominadas «relaciones subjetivamente internacionales»²⁰, en las que sólo es ajeno a tal relación el Tribunal elegido para la determinación y la resolución de sus efectos. Su internacionalidad se sustenta, simplemente, en función de un factor extraño a un determinado ordenamiento, ya sea como base en los propios componentes que configuran la relación o con base en el órgano encargado de su conocimiento²¹.

¹⁷ Sobre la eventual identidad de las situaciones con elemento extranjero y las situaciones internacionales, v. GONZÁLEZ CAMPOS: «Cours general», *R. des Cours*, 1987 (en prensa).

V. FERNÁNDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 46-47.

¹⁸ Cfr. ESPINAR VICENTE: *Curso de Derecho Internacional Privado español*, Madrid, 1991, p. 55.

¹⁹ V. JITTA: *La méthode de Droit International Privé*, La Haya, 1890, pp. 200 y ss.

²⁰ V. MAYER: *Droit International Privé*, París, 1977, pp. 2 y ss.

²¹ V. FERNÁNDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO: *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Oviedo, 1988, p. 28. Los autores opinan que la mayor o menor

De esta distinción, que posee variaciones intermedias, se deriva la exigencia de técnicas de reglamentación diferentes, pues cada supuesto específico requiere de una regulación adaptada a sus caracteres individuales. Así, la pluriconexión puede determinar desde una mera complicación en la aplicación de la ley del foro²², hasta una completa inadecuación del juego normativo de los derechos con los que la relación presenta conexiones²³.

Por último, para finalizar esta introducción y en la línea de lo apuntado, queremos poner de relieve que, en lo sucesivo, tendremos en cuenta aquel elemento de carácter subjetivo u objetivo concurrente en un proceso civil que, conforme a las disposiciones legales españolas, pueda determinar la eventual incidencia de una ley extranjera en la legitimación del Ministerio Fiscal.

I. LA LEGITIMACION DEL MINISTERIO FISCAL CUANDO LA LEY EXTRANJERA APLICABLE PREVE SU INTERVENCION PERO LA ESPAÑOLA NO

El problema sólo alcanza su auténtico sentido si se califica como sustantiva la naturaleza de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles²⁴. Si, por el contrario, se optara por otorgarle naturaleza procesal, nuestro estudio quedaría reducido a la aplicación de la *lex fori*, conforme al artículo 8.2 del Código civil y su norma *lex fori regit procesum*. No habría entonces más que estar a lo que dispone la ley española, en cada caso concreto, para saber si es necesaria la intervención del Ministerio Fiscal.

Pero como nosotros nos decantamos junto con la mayoría de la doctrina²⁵ por una tesis sustantiva, la ley aplicable sería la *lex*

intensidad del elemento de extranjería no altera la consideración de internacional de la relación. Y que, por tanto, la presencia del elemento extranjero provoca el mecanismo de la norma de Derecho Internacional Privado, con independencia de la posible diferente configuración de tal elemento.

²² V. VAN HECKE: «Principes et méthodes en Droit International Privé», *R. des C.*, 1969, I, pp. 409-411.

²³ V. JITTA: *La substance des obligations dans le Droit International Privé*, vol. I, La Haya, 1906, pp. 20-23.

²⁴ *Vid. supra*, pp. 4-5 y notas 2-4.

²⁵ Al referirnos a la doctrina es necesario poner de relieve la particular matización a la consideración como sustantiva de la legitimación del Ministerio Fiscal en el proceso con elemento extranjero que realiza el profesor ESPINAR VICENTE. En este sentido, el autor distingue entre legitimación para iniciar un proceso y legitimación para intervenir en el mismo una vez iniciado, dando carácter sustantivo a la primera y procesal a la segunda, analizando el tema desde el supuesto concreto

causae. Así, ateniéndonos a la vinculación de la legitimación a la *lex causae*, puede resultar que la misma sea la propia ley española, en cuyo caso pueden darse por reproducidas las manifestaciones hechas al principio del epígrafe acerca de la intervención del fiscal. Otro tanto sucederá si la *lex causae* es una ley extranjera que, coincidiendo con la del foro español, recoja la legitimación del fiscal para intervenir en el proceso.

Sin embargo, también puede darse la circunstancia de que la *lex causae* aplicable prevea la legitimación del Ministerio público cuando no lo hace la española, así como que sea la ley del foro y no la extranjera reguladora del fondo del asunto la que prevea esta legitimación. Estos supuestos constituirán el objeto de nuestro estudio en este apartado y en el siguiente.

En este sentido, para resolver los problemas que se nos plantean en el presente epígrafe, es necesario analizar previamente la aplicación efectiva del derecho extranjero por parte de los tribunales españoles, además del valor del derecho extranjero en el foro y su relación con el principio de la legalidad.

A. *Aplicabilidad del derecho extranjero en el foro y actuación del Ministerio público*

El artículo 12.6 del Código civil español establece que:

«Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español.

La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguaciones considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas».

Este artículo ha provocado numerosos comentarios y discusiones por parte de la doctrina, no siendo unánime tampoco la jurisprudencia en cuanto a su interpretación. Así, se ha criticado el enunciado de este precepto al disponer primero la aplicación de oficio de la norma de conflicto, para después establecer que sólo se aplicará el derecho extranjero si es invocado y probado por las

de la legitimación del fiscal en los procesos de nulidad en los que resulte aplicable una ley extranjera, *Derecho procesal civil internacional*, ob. cit., pp. 82-84.

partes, lo que, en opinión de algún autor, significa que quien invoque y pruebe el derecho extranjero obtendrá el beneficio de la aplicación de la ley extranjera, y quien no lo haga, el perjuicio de la ley del foro²⁶.

Otros autores²⁷ sostienen la imperatividad de la norma de conflicto por lo que, en su opinión²⁸, el artículo 12.6 del Código civil lo que establece es un sistema de cooperación entre juez y partes en la aportación del derecho extranjero al proceso²⁹, sin que esto suponga el que la elección del derecho aplicable dependa de las partes.

En este sentido se ha pronunciado, a veces, el Tribunal Supremo³⁰, destacando el carácter de *ius cogens* de la norma de conflicto y la imposibilidad de que las partes dispongan la aplicación de la *lex fori* mediante la no invocación del derecho extranjero.

En sentido contrario se han pronunciado autores que se sitúan como precursores de un Derecho Internacional Privado dispositivo³¹, alegando la vocación de la ley del foro de regir las apelaciones de su entorno y la posibilidad de que las partes se puedan acoger a ella en cualquier supuesto³².

En contra, el profesor González Campos³³ manifiesta que la disponibilidad del derecho aplicable por parte de los sujetos inter-

²⁶ V. CORTES DOMINGUEZ: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981, pp. 69-70.

²⁷ La imperatividad de la norma de conflicto fue puesta de relieve ya por F. C. von SAVIGNY: *Sistem des heutigen römischen Rechts*, T. VIII, Berlín, 1849.

²⁸ V. ESPINAR VICENTE: *Derecho procesal civil internacional*, ob. cit., pp. 129-130.

²⁹ CARRILLO SALCEDO afirma que «la colaboración de las partes con el juzgador puede ser, y de hecho es, esencial». «Alegación del derecho extranjero por las partes o aplicación de oficio por el juez español de la norma de conflicto española», *REDI*, 1961, p. 599. A su vez, GUTIERREZ DE CABIEDES también señala la bondad de la teoría de la colaboración de las partes con el juez, «Tratamiento procesal del derecho extranjero en el título preliminar del Código civil», *Anuario de Derecho Internacional*, vol. II, Pamplona, 1975, pp. 62-63.

³⁰ La STS de 6 de enero de 1969 impone la aplicación de la ley nacional de los cónyuges a dos finlandeses que, en su separación, querían que se les aplicase la ley del foro.

³¹ V. FLESSNER: «Fakultatives kollisionsrecht», *Rabels Z*, vol. 34, 1970, pp. 547-584.

³² En este sentido, v. ZWEIGERT: «Zur Armut des internationalen privatrecht an Sozialen Werten», *Rabels Z*, vol. 37, 1973, pp. 434-452; v. STURM: «Facultatives Kollisionsrecht: Notwendigkeit und Grenzen», *Festschrift für K. Zweigert*, Tübinga, 1981, pp. 329-351.

³³ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, en PEREZ VERA y OTROS: *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., UNED, p. 111.

vinientes en el proceso conduce, no a situaciones de justicia, sino de interés particular y supondría una reducción de la función del sistema de Derecho Internacional Privado. Este planteamiento lleva al autor no sólo a propugnar la obligación del juez de aplicar de oficio la norma de conflicto y el derecho extranjero reclamado por ella, sino además a defender que el juez ha de investigar de oficio, por medio de las diligencias para mejor proveer la posible existencia del elemento extranjero. Además, en cuanto a la presunta vocación del derecho material del foro para regir cualquier relación privada³⁴, el citado profesor argumenta que ésta sólo puede predicarse respecto de las situaciones de tráfico interno, pero que en las situaciones de la vida privada internacional esa vocación general de reglamentación corresponde al sistema estatal de Derecho Internacional Privado.

Por otra parte, se ha resaltado la dificultad de exigir que el juez conozca *ex officio* todos los sistemas legislativos del mundo y que esté obligado a su estudio por imperativo de la norma de conflicto. Así, se entiende que el legislador no ha querido equiparar la aplicación de oficio de la norma de conflicto con la contrapartida de ésta, es decir, la aplicación de oficio del derecho extranjero reclamado³⁵.

De esta forma, el juez, para poder aplicar el derecho extranjero necesita la previa invocación de las partes y que éstas acrediten su contenido y vigencia, siendo la actividad del juez complementaria a la de las partes a la que no puede sustituir si no se ha producido³⁶. Además, el término «podrá» recogido al final del artículo 12.6 del Código civil implica una facultad del juez de investigar el derecho extranjero una vez iniciada la actividad de las partes, pero no supone una obligación de hacerlo.

³⁴ Como se afirma en la STC francés de 12 de mayo de 1959. En este sentido, v. BISCHOFF: «La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois», *Bibliothèque de Droit Privé*, 1959, p. 15. Con una postura más matizada, LOUIS LUCAS sostiene que la competencia del derecho francés no es general sino subsidiaria, «Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois?», *R. Crit.*, 1959, pp. 405 y ss. En la doctrina italiana, también considera que el derecho del foro tiene carácter general SCERNI: «Considerazioni in merito all'accertamento del diritto straniero», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1967, pp. 17-18.

³⁵ V. CALVO CARAVACA, en PEREZ VERA y OTROS: *Derecho Internacional Privado*, UNED, 1991, pp. 143 y ss.

³⁶ Las SSTs de 12 de noviembre de 1976 y 6 de noviembre de 1979 sostuvieron esta misma tesis, en contra de la de 6 de enero de 1969 anterior a la reforma del Título preliminar que introduce la norma del artículo 12.6 del Código civil.

Siguiendo esta teoría, caso de no aplicarse la ley extranjera por no haber sido invocada y probada, será de aplicación la *lex fori*, pues si no nos situáramos en el *non liquet*³⁷, prohibido por el ordenamiento español. En este sentido, es interesante traer a colación la enmienda presentada por el profesor Alberto Bercovitz³⁸ en la Comisión General de Codificación durante el proceso de elaboración del Título preliminar del Código civil de 1974, donde intentaba introducir la obligatoriedad de la aplicación del derecho español en caso de no determinarse el contenido del derecho extranjero.

Al respecto, el Tribunal Supremo³⁹ ha determinado, generalmente, la aplicación de la ley del foro para estos casos, añadiendo que esta solución proviene de la voluntad de las partes que recurren a nuestros tribunales y no alegan ni prueban la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto⁴⁰. Por lo tanto, la jurisprudencia ha rechazado el *non liquet* que supondría la desestimación de la demanda por falta de prueba del derecho extranjero, aunque hay que resaltar que, en otras ocasiones, ha sustentado tesis contrarias y ante la falta de prueba del derecho extranjero ha optado por la aplicación a ultranza del ordenamiento jurídico foráneo reclamado por la norma de conflicto⁴¹. También hay que mencionar algunas recientes resoluciones de la llamada

³⁷ El profesor AGUILAR BENITEZ DE LUGO expone los argumentos que se esgrimen para considerar que la desestimación de la demanda ante el desconocimiento del derecho extranjero puede tener un carácter injusto: «La ausencia de prueba del derecho extranjero», *Justicia*, 1989, pp. 85 y ss. En este sentido, v. BATIFFOL: *Droit International Privé*, París, 1981, p. 405; YASSEEN: «Problèmes relatifs à l'application du droit étranger», *R. des C.*, 1962, II, pp. 547-548; LALIVE: «Course general de Droit International Privé», *R. des C.*, 1977, II, p. 243; LAMBERTI ZANARDI, nota en *Rivista di Diritto Internazionale*, 1964, p. 657; CAPPELLETTI: «Il trattamento del diritto straniero nel processo civile italiano», *Rivista Diritto Internazionale*, 1966, pp. 335-337; DE NOVA: «La prova del diritto straniero in diritto americano», *Diritto internazionale*, 1962, p. 299; DOLLE: «De l'application du droit étranger par le juge interne», *Revue Critique de Droit International Privé*, pp. 241-242; SZASZY: *International civil procedure*, Leiden, 1967, p. 501.

³⁸ La propuesta literal del profesor BERCOVITZ decía: «En la imposibilidad de determinar el contenido del derecho extranjero aplicable se dará aplicación a las disposiciones del derecho español».

³⁹ Para ver la evolución del TS en el supuesto de desconocimiento del derecho extranjero competente, *vid.*, por todos, AGUILAR BENITEZ DE LUGO: *La ausencia de prueba del derecho extranjero*, ob. cit., pp. 133 y ss.

⁴⁰ En este sentido, SSTS de 7 de enero de 1886, 12 de julio de 1904, 10 de julio de 1934, 25 de febrero de 1935, 9 y 21 de febrero de 1936, 27 de julio de 1937 y 16 de junio de 1940.

⁴¹ Así, SSTS de 6 de junio de 1969, 5 de noviembre de 1971 y 19 de diciembre de 1977.

«jurisprudencia menor» que han optado, según nuestro punto de vista, de forma poco acorde a derecho por la desestimación de la demanda ante la falta de prueba del derecho extranjero⁴².

También, respecto a la ausencia de prueba del derecho extranjero, el profesor Aguilar Benítez de Lugo⁴³ trata el concepto de la aplicación de la ley del foro por razones de ambientación social, que sirvió de base al Tribunal Supremo para, en combinación con la falta de prueba del derecho extranjero, determinar la aplicación de la *lex fori*⁴⁴. Igualmente, la primacía dada, en ocasiones, por el Tribunal Supremo al criterio de la ambientación social sobre la prueba le ha servido de base para no aplicar la *lex fori* y sí el derecho extranjero, pese a no estar probado, por hallarse los elementos del supuesto mayoritariamente conectados con el extranjero⁴⁵.

Por su parte, la jurisprudencia francesa optó, en un primer momento, por la disponibilidad de las partes del derecho extranjero respecto al del foro, pero posteriormente se ha pronunciado en sentido inverso⁴⁶.

Pero contra la teoría de la disponibilidad de las partes se puede argumentar que supone una merma de la seguridad jurídica y que puede dar lugar a que dos cuestiones iguales se resuelvan por distinta legislación según la voluntad de las partes. Además, los que sostienen el carácter dispositivo de la norma de conflicto lo hacen, algunas veces, solamente por sostener una posición «chauvinista» favorable a la de aplicación de la ley del foro.

Sin embargo, hasta autores que niegan el posible carácter dispositivo de la norma de conflicto⁴⁷ admiten que, dada la redacción del artículo 12.6 de nuestro Código civil, la prueba del derecho

⁴² Esta solución fue adoptada por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Calatayud de 23 de diciembre de 1985 y confirmada por la sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 10 de abril de 1987.

⁴³ Cfr. «El carácter pluridimensional de la ley del foro en el Derecho Internacional Privado español», *La Ley*, 1987, 4, p. 1071.

⁴⁴ SSTs de 16 de octubre de 1940, 18 de diciembre de 1960 y 30 de junio de 1962.

⁴⁵ STS de 28 de febrero de 1928.

⁴⁶ Así, la célebre STC francés de 12 de mayo de 1959 emitida con ocasión del «caso Bisbal», excluyó la aplicación de oficio de la ley española en Francia en beneficio de la del foro, pero las últimas sentencias de dicho Tribunal recogen la doctrina opuesta; así, sentencias de 25 de mayo de 1987, 11 y 18 de octubre de 1988.

⁴⁷ V. FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 522 y ss.

extranjero ha de ser a iniciativa de las partes, interviniendo el juez sólo *a posteriori* del ejercicio de esta iniciativa; luego, si ésta no se produce no se aplicará el derecho extranjero. Ahora bien, lo que sí cabe es una actividad judicial complementaria en la fase probatoria del derecho extranjero que tendrá un carácter potestativo, pues el juez está facultado, pero no obligado, a realizar labores de investigación en torno a la prueba en virtud del mencionado artículo 12.6⁴⁸.

Por otra parte, también se separa la norma de conflicto del derecho extranjero reclamado por ella, puesto que el propio artículo 12.6 da un tratamiento distinto a una y a otro, siendo la primera de aplicación de oficio, mientras que el segundo ha de ser de alegación exclusiva de las partes. Frente a ello, con anterioridad a la redacción del artículo 12.6, algún autor⁴⁹ había resaltado que el derecho extranjero es la consecuencia jurídica de la norma de conflicto y que ambos integran una sola unidad, criterio que no parece haber sido seguido ni por dicho precepto ni por el Tribunal Supremo.

En efecto, este última califica al derecho extranjero como mero hecho⁵⁰, negando la posibilidad de casación por infracción de ley extranjera⁵¹, lo que separa el tratamiento dado al derecho extranjero del que recibe la norma de conflicto en sí misma como determinante inicial de la ley aplicable, que es reconocida unánimemente como derecho español y cuya aplicación indebida sí puede basar el recurso de casación por infracción de ley.

Para finalizar este epígrafe, después de examinar las distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales, vamos a intentar obtener unas conclusiones sobre la efectiva aplicación del derecho extranjero cuando no coincida su regulación con el derecho del foro respecto a la intervención del Ministerio Fiscal.

En primer lugar, debemos partir de la vinculación del supuesto de hecho con, al menos, dos entornos jurídicos: el del foro, pues es necesario que se dé un contacto con el mismo para que exista competencia judicial internacional por parte de nuestros tribuna-

⁴⁸ V. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, T. II, parte segunda, Madrid, 1979, pp. 275.

⁴⁹ V. De ANGULO RODRIGUEZ: *Lecciones de derecho procesal internacional*, Granada, 1974, p. 55.

⁵⁰ STS de 5 de noviembre de 1974.

⁵¹ SSTS de 5 de noviembre de 1974 y 15 de julio de 1983.

les, y el extranjero, en virtud del cual se plantea la remisión a su legislación por la norma de conflicto.

Esta consideración resultará operativa para nuestra interpretación del artículo 12.6 del Código civil, influyendo en que entendamos que dicho precepto ha querido separar la norma de conflicto del derecho extranjero reclamado por la misma.

Así, el primer párrafo, cuando alude a la aplicación de oficio de la norma de conflicto, sólo se refiere a lo que la misma contiene de determinación del derecho aplicable, pero no a la efectiva aplicación del mismo. Esta afirmación tiene sentido si cuando resulte, en virtud de la norma de conflicto, que la ley competente para resolver el fondo del asunto es la ley del foro, entendemos que no podrá aplicarse ley extranjera alguna, y si nos remite a una ley extranjera, que sólo podrá ser de aplicación ésta o la del foro, excluyendo cualquier otra posibilidad⁵². Ello se justifica por la necesaria vinculación del supuesto con el foro y no por una supuesta vocación general de la *lex fori* a ser aplicada en el mayor número de supuestos posible.

En cuanto al artículo 12.6 en su párrafo segundo, a nuestro entender, trata de forma distinta la eficacia del derecho extranjero y la de la norma de conflicto en sí misma, pudiendo deducirse de su redacción que para que el primero sea de aplicación es necesaria su invocación por alguna de las partes e imponiendo a las mismas el deber de probar su vigencia y contenido.

Ello supone que, si alguna de las partes lo invoca, le será aplicada la legislación extranjera reclamada por la norma de conflicto, pero al mismo tiempo implica que las partes tienen la posibilidad de que se les aplique el derecho del foro si todas ellas deciden no invocar la ley extranjera reclamada.

Esta facultad de disposición, pese a las numerosas críticas que ha recibido, puede tener una justificación en ciertos casos. Pensemos, por ejemplo, en un matrimonio sueco que lleve residiendo

⁵² La posible solución de aplicar el derecho extranjero más próximo a aquel designado por la norma de conflicto como competente, pero cuyo contenido se desconoce, ha sido fundamentalmente sostenido por la doctrina alemana. En general, para ver las ventajas e inconvenientes que ofrece la aplicación del derecho más próximo en estos casos, *vid.* AGUILAR BENITEZ DE LÚGO: *La ausencia de prueba del derecho extranjero*, ob. cit., pp. 121 y ss. Sobre el objeto de la alegación y prueba del derecho extranjero, *vid.* PEREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera en el Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1988, pp. 77-78.

veinte años en la costa del sol, con hijos aquí nacidos y todos sus bienes muebles e inmuebles aquí, que piensan permanecer en nuestro país y que sólo conservan de Suecia su nacionalidad. Pues bien, al acudir a los tribunales españoles para resolver alguna cuestión puede ocurrir que el punto de conexión recogido por la norma de conflicto sea el de la nacionalidad⁵³, por lo que se les tuviese que aplicar forzosamente la ley sueca, excluyendo la posibilidad de aplicación de la ley española aun cuando la resolución que recaiga vaya a tener la totalidad de sus efectos en nuestro suelo.

Puede decirse que también sería absurdo y está previsto en la ley que este matrimonio pueda invocar la ley sueca en estas condiciones y lograr su aplicación; pero esta objeción es rechazable porque la constancia de un efecto no deseable producido por la ley no puede servir de argumento para el mantenimiento de otro.

En cuanto a si basta con invocar o es necesario además probar la vigencia y contenido del derecho extranjero por las partes para que el mismo se aplique, en relación con el alcance final de la posibilidad del juez de investigar él mismo dichos términos, nos inclinamos, sin dejar de reconocer el valor de las tesis contrarias, por entender que basta la invocación.

Anticipamos que rechazamos la consideración del derecho extranjero como hecho, sin perjuicio de un más detallado estudio del tema en el apartado siguiente y en consecuencia, con los matices que en dicho apartado señalaremos, consideramos que el derecho extranjero está compuesto de normas jurídicas que resuelven el fondo del asunto. Por ello, una vez invocado el derecho extranjero, el propio juzgador debe interpretarlas y buscarlas sin que exista un deber de atenerse de forma vinculante a las normas aportadas por las partes, como tampoco lo hay con las normas jurídicas del foro cuando es éste el que rige el fondo.

Existe un deber de las partes de colaborar con el juez en la aportación al proceso del derecho extranjero, pero el incumplimiento de este deber no tiene que producir la inaplicación del mismo. Consecuentemente y conscientes de que la jurisprudencia

⁵³ Así, el artículo 9.2 del Código civil, en su nueva redacción, establece como primera conexión para regir los efectos del matrimonio la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo, lo que conllevaría, en el ejemplo arriba expuesto, a la aplicación de la ley sueca aunque los cónyuges hubieran perdido dicha nacionalidad.

no lo ha entendido normalmente así⁵⁴, creemos que, una vez invocado, el juez debe y no sólo puede sumergirse en el derecho extranjero para aplicarlo de la forma más idónea. En este sentido, el término «podrá» recogido en el párrafo final del artículo 12.6 del Código civil no supone sino una expresión de que el juez no está vinculado en este aspecto por lo probado por las partes, ya que estamos ante normas jurídicas y no ante hechos⁵⁵.

De esta forma la falta de prueba, mediando invocación, del derecho extranjero no sólo debe conducir a la desestimación de la demanda, sino ni siquiera a la aplicación del derecho del foro, debiendo ser suplida dicha falta por el propio juez que debe aplicar el derecho extranjero.

Sin embargo, en el caso de que no exista invocación del derecho extranjero sí que procede, a nuestro juicio, la aplicación de la ley del foro rechazando el *non liquet* que supondría el desestimar la demanda por no considerar aplicable dicha legislación.

En este sentido, queremos poner de relieve en consonancia con las posturas que hemos ido adoptado respecto a la norma de conflicto y el derecho extranjero cuál es la posición que creemos debe adoptar el Ministerio público ante un caso en que la ley del foro no prevea su intervención y la extranjera sí. Así, en la línea apuntada, estimamos que el fiscal no debe actuar hasta el momento en que una parte invoque la ley extranjera en virtud de la redacción literal del artículo 12.6 del Código civil que alude «a la persona que invoque el derecho extranjero», no pudiendo integrarse dentro del término persona al juez ni al fiscal. Además, porque hasta que la parte o el juez no comuniquen al Ministerio Fiscal su posible legitimación por estar prevista en ese supuesto en la ley extranjera, el fiscal normalmente no tiene conocimiento del procedimiento al no haberle sido remitido por no estar contemplada su intervención en derecho español. A partir de ahí, con base en la aplicación de oficio de la norma de conflicto, el Ministerio público comprobará que esa ley extranjera es la reclamada por la norma

⁵⁴ Para un examen de la evolución de la jurisprudencia española en materia de prueba, AGUILAR BENITEZ DE LUGO: «La prueba del derecho extranjero ante los tribunales españoles», *RGD*, 1989, pp. 6247 y ss.

⁵⁵ En este sentido se manifiesta la STS de 12 de noviembre de 1976. V. PUENTE EGIDO: «¿Un punto de inflexión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de aplicación y prueba de ley extranjera?», *Estudios de derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, pp. 899 y ss.

de colisión y después procederá, partiendo de nuestra posición sobre su legitimación en este tipo de supuestos, a investigar, interpretar, probar y traer al proceso toda la normativa extranjera que considere aplicable al supuesto, siempre buscando la justicia y guiado por su imparcialidad.

B. *Naturaleza del derecho extranjero y su relación con el principio de legalidad*

En cuanto a la naturaleza y valor del derecho extranjero⁵⁶ respecto al sistema jurídico del foro, la mayoría de la doctrina se ha centrado en considerar si tiene carácter de hecho o de derecho. En este sentido, se puede dotar al derecho extranjero del valor de mero hecho, atribuirle naturaleza de derecho asimilable al nacional o, por último, situarlo en una posición intermedia entre la fáctica y la jurídica⁵⁷.

En la primera línea discurría la ya comentada sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1974⁵⁸, que consideraba al derecho extranjero como un hecho más, cuyo contenido debía figurar entre los hechos probados de la resolución judicial. Pero hay que resaltar que la doctrina ha acogido minoritariamente tanto esta primera tesis como la segunda, si bien algunos autores sostienen que cuando el derecho extranjero ha sido probado se transforma en auténtico derecho⁵⁹.

La tercera postura es la que goza de mayor aceptación, entendiéndose que el derecho extranjero tiene a veces la condición procesal de hecho y otras veces la de las normas jurídicas nacionales. También se le considera como un factor de regulación jurídica, que sin ser asimilable en su naturaleza a las normas internas, tampoco se le puede atribuir la de cuestión fáctica. En este sentido se manifiesta el profesor Carrillo Salcedo cuando asevera que: «el

⁵⁶ V. PECOURT GARCIA: «Naturaleza y condición del derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto», *RGD*, 1962, pp. 783 y ss.; PEREZ VOITURIEZ: *Naturaleza y valoración de la ley extranjera en el derecho español*, La Laguna, 1975, pp. 9-69.

⁵⁷ Al ser difícil incluir al derecho extranjero dentro de la categoría de los hechos procesales o del Derecho Internacional, se le puede atribuir una naturaleza jurídica peculiar; v. ZAJTAY: *Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère en droit français*, París, 1958, p. 14.

⁵⁸ V. *supra*, nota 47.

⁵⁹ V. AGUILAR NAVARRO: *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., vol. I, T. II, parte 2.ª, p. 264.

derecho extranjero es derecho, pero extranjero»⁶⁰, y, a su vez, la profesora Pérez Vera aclara que: «el que un juez al indagar la norma jurídica extranjera busque lo que es la regulación jurídica establecida de hecho en el país de origen, no significa en modo alguno que esa norma o regulación jurídica sea un hecho, ni siquiera que deba ser tratada como tal»⁶¹.

Por otra parte, en cuanto a la relación del derecho extranjero respecto al del foro, ya algún autor ha resaltado⁶² que derecho del foro y derecho extranjero no se pueden situar en un plano de igualdad, pues la imperatividad del primero es directa e inmediata, mientras que la del segundo se produce por la reclamación que del mismo ha realizado la propia *lex fori* a través de la norma de conflicto. En esta línea, se puede constatar la evidente aplicación prioritaria en el tiempo del derecho del foro frente a la ley extranjera⁶³, habiéndose propugnado incluso la aplicación de la ley del foro por considerar que es la normativa más apropiada⁶⁴.

Ahora bien, la indiscutible primacía de la ley del foro⁶⁵ no debe llevarnos a propugnar la inaplicación sistemática del derecho ex-

⁶⁰ V. CARRILLO SALCEDO: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1985, p. 257.

⁶¹ Cfr. PEREZ VERA: «El derecho del foro ante el método de atribución: reflexiones en torno a su juego prioritario», *op. cit.*, p. 921.

⁶² DE ANGULO RODRIGUEZ: «El derecho extranjero y su tratamiento procesal en España», *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado (homenaje al profesor Luis Sela Sampil)*, Oviedo, 1970, p. 972.

⁶³ V. NUSSBAUM: *Principles of private international law*, Nueva York, 1943, p. 37.

⁶⁴ Sobre la consideración de la ley del foro como la «mejor ley», v. TRAYNOR: «War and peace in the conflict of laws», *ICLQ*, 1976, pp. 121-125; SUNDSTRÖM: *Three discussions on the conflict of laws. Theory and comments on fundamental principles*, Estocolmo, 1979; EHRENZWEIG: «The lex fori basic rule in the conflict of laws», *Michigan law review*, 1960, pp. 637 y ss.

⁶⁵ En general, esto se puede apreciar en cualquier estudio sobre las relaciones entre la ley del foro y la ley extranjera. V. AGUILAR BENITEZ DE LUGO: «El carácter pluridimensional de la ley del foro en el Derecho Internacional Privado español», *ob. cit.*, pp. 1 y ss.; BISCHOFF: «La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois», *ob. cit.*, pp. 21 y ss.; CARRILLO SALCEDO: «Le renouveau du particularisme en Droit International Privé», *R. des C.*, 1978, III, pp. 244 y ss.; GANNAGE: «Legalité de traitement entre la loi du for et la loi étrangère dans les codifications nationales de Droit International Privé», *Annuaire IDI*, 1989, pp. 205-307; GIULIANO: «Le traitement du droit étranger dans le proces civil dans les sistemas juridiques continentaux», *Rivista di Diritto Processuale*, 1963, pp. 167-207; LOUIS-LUCAS: «Existe-t-il une compétence générale du droit français pour le règlement des conflits de lois?», *ob. cit.*, pp. 405-451; MORELLI: «Controllo della costituzionalità delle legi straniera», *Scritti di Diritto Internazionale in onore di Perassi*, Milán, 1957, II, pp. 167-183; MOSCONI: «Il ruolo nella lex fori nelle recenti Convenzioni dell'Aja», *Diritto Internazionale*, 1965, pp. 261-274; PAU: «L'attuazione processuale delle norme italiane di Diritto Inter-

tranjero. El Derecho Internacional Privado debe prestar atención a los ordenamientos conectados con el supuesto que regula, coordinando los distintos sistemas jurídicos⁶⁶. Pero este deber no se deriva obviando en este punto tensiones nacionalismo-internacionalismo⁶⁷ de ninguna obligación supranacional, sino de la mera consecución de la justicia⁶⁸, y para conseguirla se hace necesario el reconocimiento por cada sistema positivo de un margen de aplicabilidad al derecho extranjero.

En este sentido, el privar al derecho extranjero de su juricidad considerándolo como un hecho no nos parece acertado habiendo partido de la cooperación entre ordenamientos jurídicos. Pero es que, además, razones de lógica jurídica inciden en esta aseveración, pues recoger el derecho extranjero aplicable a un supuesto en el apartado de los hechos probados es, a nuestro entender, una contradicción. Un hecho probado es un suceso perceptible por los sentidos que ha quedado acreditado en un procedimiento y al que, precisamente, habrá que aplicar unos fundamentos de derecho que, según el caso, pueden ser las propias normas jurídicas contenidas en el derecho extranjero. Incluir a unas y a otro en el mismo apartado resulta inconsecuente con lo que cada uno representa dentro del proceso, pues el derecho extranjero regulador de la situación debatida habrá de estar, aunque sólo sea por congruencia gramatical, entre los fundamentos de derecho de la resolución judicial.

nazionale Privato nel loro riferimento alle leggi straniere», *Scritti di Diritto Internazionale in onore di Perassi*, ob. cit., pp. 187-209; PEREZ VERA: «El derecho del foro ante el método de atribución: Reflexiones en torno a su juego prioritario», ob. cit., pp. 917-931; VITTA: «Il principio dell'eguaglianza tra lex fori e diritto straniero (con particolare riguardo al sistema italiano de Diritto Internazionale Privato)», *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedure Civile*, pp. 1578-1665; WENGLER: «Les conflits de lois et le principe d'égalité», *Revue Critique de Droit International Privé*, pp. 205 y ss.; YASSEEN: «Problèmes relatifs à l'application du droit étranger», ob. cit., pp. 498-596; ZAJTAY: «Le traitement du droit étranger dans le proceso civil. Etude de droit comparé», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1968, pp. 233-301; ZICCARDI: *Il valore del diritto straniero nell'ordinamento nazionale*, Milán, 1946.

⁶⁶ V. AGUILAR NAVARRO: *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1963, I, 1, pp. 265-266; DOLLE: «De l'application du droit étranger par le juge interne», *Revue Critique du Droit International Privé*, 1955, pp. 253 y ss.

⁶⁷ Sobre la dimensión actual de la polémica nacionalismo-internacionalismo, v. FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., pp. 126 y ss., y la bibliografía citada en las pp. 175-176.

⁶⁸ V. VALLINDAS: «La structure de la regle de conflict», *R. des C.*, 1960, III, p. 344; MARIDAKIS: «Considerations sur l'activité de l'état concernant l'enonce de Droit International Privé», *Ius et lex (homenaje a Gutzwiller)*, Basilea, 1959, pp. 253 y ss.

Ello no obsta a que entendamos que cabe casación por error en la apreciación de la prueba si el juez o Tribunal sentenciador considera probado el contenido y vigencia de dichas normas sin base para ello o desestima la aplicación de las mismas por falta de prueba cuando ha quedado constancia bastante de su existencia.

Ahora bien, si aludimos al carácter jurídico y no fáctico⁶⁹ de la ley extranjera, el error del juez o Tribunal puede no versar sobre la existencia del contenido del precepto extranjero, sino sobre la interpretación y sentido inadecuados que le dé a dicho contenido. Estos casos deben estar forzosamente sujetos a revisión por Tribunal superior por la vía de infracción de ley, aunque ésta sea extranjera, pues en realidad se trata de la labor judicial de interpretación de las normas, no pareciendo adecuado el sistema de instancia única en cuanto a dicha actividad por el hecho de que la norma jurídica no sea del foro cuando la misma ha resuelto la cuestión de fondo debatida en el proceso.

Pero si bien esto puede parecernos claro respecto al recurso de apelación o cualquier otro ordinario, la solución se vuelve más complicada ante el recurso de casación por su carácter extraordinario o limitado. Sin embargo, este carácter no debe llevarnos a la inadmisión de la casación por infracción de ley extranjera⁷⁰, pues creemos que, una vez concretada su validez efectiva para resolver jurídicamente la cuestión de fondo debatida ante nuestros tribunales, el derecho extranjero es norma jurídica en el sentido pleno de la palabra y forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Por ello, debe admitirse el recurso de casación por inaplicación o aplicación errónea de la misma, si bien la decisión del Alto Tribunal no operará sino a efectos meramente nacionales, sin mayor pretensión que la de establecer cómo debe entenderse el

⁶⁹ El Tribunal Supremo, sin embargo, en la mayoría de los casos ha otorgado un carácter fáctico al derecho extranjero. Este comportamiento ha sido criticado en la doctrina, entre otros, por PUENTE EGIDO: *Derecho Internacional Privado español: Doctrina legal del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1981, p. 407; PEREZ VOITURIEZ: *La información de la ley extranjera en el Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1988, pp. 77 y ss.

⁷⁰ El Tribunal Supremo optaba tradicionalmente por rechazar la casación por infracción de leyes extranjeras. Posteriormente cambió su punto de vista, como se infiere, entre otras, de la sentencia de 12 de noviembre de 1976. Pero debe señalarse que la sentencia de 15 de julio de 1983 dio un paso atrás al afirmar que «no pueden ser motivo de casación las infracciones de leyes extranjeras que no afecten a la uniformidad de nuestra jurisprudencia». Una crítica a esta sentencia se encuentra en TRINIDAD GARCÍA: «Reflexiones en torno a la aplicación del derecho extranjero», *Revista de Derecho Privado*, 1989, pp. 210 y ss.

sentido de esos preceptos en nuestro país y sin perjuicio de que pueda tener en cuenta la jurisprudencia emitida al respecto en el país de procedencia de la norma.

Por otra parte, en el ámbito puramente procesal, la configuración del carácter de la ley extranjera ofrece mayores complicaciones. Ciertamente, ese carácter es similar al de los hechos en tanto ambos tienen que ser invocados por las partes para su apreciación por el juez, sin que quepa que éste lo haga de oficio. Además, existen también analogías en cuanto a la prueba pero, a nuestro juicio, no identidad pues la identidad del juez a la hora de investigar por él mismo el contenido del derecho no nacional, una vez invocado, debe ser más intensa que si de un mero hecho se tratara. El juez debe realizar la necesaria búsqueda del precepto en concreto que resuelva el caso de forma justa, sin que sea obligado que se atenga a las pretensiones de las partes.

En cualquier caso, la consideración del derecho extranjero, al margen de estas reflexiones, como derecho y no como hecho, nos lleva a plantearnos cuál es su valor en relación con el que tiene asignado el derecho interno. En este sentido, estimamos que deben distinguirse tres momentos distintos para la comparación entre el derecho del foro y el extranjero.

El primero será aquel en que la ley extranjera es reclamada por la norma de conflicto, en donde la situación del derecho extranjero no puede equipararse a la del nacional, pues éste opera de forma automática y el otro necesita invocación.

En una segunda fase, en que el derecho extranjero ha sido ya invocado, sigue manteniéndose en un plano de desigualdad con el del foro al estar sujeta su prueba a un régimen especial, no igual al de los hechos pero sí distinto al de las normas del foro que no necesitan prueba alguna. Esta diferencia se deriva de la lógica dificultad que implica conocer el contenido y vigencia del derecho extranjero, que requiere, en cualquier caso, una actividad de las partes o del juez que no es necesaria respecto a los preceptos del foro. A esto hay que añadir la desigualdad que supone la necesidad de que el derecho extranjero supere, entre otros, el filtro que impone el no contrariar el orden público de nuestro ordenamiento jurídico.

A partir de aquí, una vez que la norma extranjera ha sido invocada y probada se debe llegar a su aplicación efectiva en el proceso,

siendo este el momento más importante a efectos de nuestro trabajo. Porque en este instante su valor es, en nuestra opinión, idéntico al de la ley del foro y pasa a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, lo que supone que, circunscritos a este aspecto, la consideramos como integrante de nuestra propia legalidad.

Esta asimilación con la legalidad del foro del derecho extranjero, una vez probado dentro del proceso, condiciona, junto con otros argumentos, la respuesta al problema genérico de la intervención del fiscal en procesos civiles españoles en los que nuestra ley no determina su actuación, pero sí lo hace la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto, cuestión que pasamos a considerar en el siguiente apartado.

C. *Propuestas de solución*

Al iniciarse un proceso donde la ley extranjera aplicable prevé la intervención del Ministerio Fiscal, pero la española no lo hace, el fiscal no intervendrá al no preverlo la ley del foro. Una vez iniciado, las partes pueden invocar la ley extranjera prevista en la norma de conflicto como reguladora de la situación o relación jurídica de que se trate.

En el caso de que se produzca la invocación, el juez o las partes traerán al proceso la norma que imponga la actuación del fiscal. A partir de ese momento el fiscal se unirá al procedimiento siempre con sujeción a los criterios constitucionales, debiendo tener la posibilidad, en su caso, de subsanar su no intervención en las fases del proceso ya concluidas si ello fuese necesario.

Esta actuación se justifica por un doble motivo: en primer lugar, porque el artículo 3.6 del Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal dispone que «el fiscal tomará parte, en defensa de la legalidad y del interés público y social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley». En este sentido, si se considera que el derecho extranjero, una vez probado dentro del proceso, forma parte de nuestro propio ordenamiento jurídico, ello justifica que el fiscal actúe en virtud del mismo, igual que si el mandato de intervención emanase de una norma del foro, cumpliendo con ello su misión de protección de la legalidad.

En segundo lugar, y sobre todo, porque la Constitución española dispone la intervención del fiscal en defensa del «interés

público tutelado por la ley», y al ser la norma de conflicto española la que nos ha remitido a la ley extranjera que determina la intervención, con ésta no hace sino cumplir con la voluntad de la propia ley española.

II. LA LEGITIMACION DEL MINISTERIO FISCAL CUANDO LA LEY EXTRANJERA APLICABLE NO DISPONE SU INTERVENCION PERO LA ESPAÑOLA SI

Para dilucidar si el Ministerio Fiscal debe o no actuar en estos casos, los puntos centrales a tener en cuenta son la configuración del llamado principio de integridad del derecho extranjero y su posible confrontación con la aplicación del mecanismo del orden público⁷¹. Ambas cuestiones deben ser, además, relacionadas con la perspectiva y con la necesaria referencia al ya aludido problema de la naturaleza procesal o sustantiva de la intervención del Ministerio Fiscal. Sólo a la luz de las conclusiones alcanzadas sobre ambos extremos podremos abordar la cuestión concreta que nos ocupa a partir de las mismas y de la misión constitucionalmente asignada al Ministerio Fiscal.

A. *La integridad del derecho extranjero*

Este principio, al que los autores⁷² se refieren como aplicación en el foro de una ley extranjera tal y como se aplicaría en ese mismo supuesto en el lugar de donde procede dicha ley, ha venido siendo tratado desde una perspectiva poco flexible provocada, quizás, por reacción a una excesiva primacía de la ley del foro, buscando la contrapartida en una aplicación íntegra del derecho extranjero⁷³.

⁷¹ CALVO CARAVACA: «Régimen del proceso civil como elemento extranjero y asistencia judicial internacional», *ob. cit.*, pp. 5101 y ss.

⁷² V. CALVO CARAVACA: *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, UNED, p. 303.

Por su parte, el profesor AGUILAR NAVARRO al hablar de la interpretación del derecho extranjero explica que «hay como una tendencia a juzgar y aplicar la norma extranjera para llegar a un resultado semejante al que se produciría de procederse en el extranjero a la decisión», *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 249.

⁷³ Esta aplicación íntegra del derecho extranjero también se entiende como la aceptación del mismo al margen de la distinción entre los diversos tipos de fuentes jurídicas que puedan existir: AGUILAR NAVARRO: *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 245.

En este sentido, tanto sostener que a mayor acogida del derecho extranjero habrá mayor índice de cooperación internacional⁷⁴, como abogar por una interpretación material⁷⁵ del derecho extranjero en su aplicación en el foro, es decir, conforme a la misma interpretación que se le daría en su lugar de procedencia, puede tener su fundamento en la apertura a las legislaciones foráneas. Pero si esta apertura se lleva a sus últimas consecuencias, no se convertirá sino en rigidez que nos apartará de la solución más justa para el caso concreto, conduciéndonos a una rechazable concepción del Derecho Internacional Privado como simple determinación y remisión a la ley aplicable según la norma de conflicto. Esto supone el otorgar un carácter meramente conflictual a nuestra disciplina, concepción que debe tratar de superarse⁷⁶ para lograr un mayor acercamiento al «resultado más justo» para cada supuesto⁷⁷.

Por otro lado, el principio de integridad se puede conectar con el de igualdad de los ordenamientos jurídicos⁷⁸, entendiéndose que cualquier restricción a la integridad es un ataque a esa igualdad que supone adherirse a la tesis de la aplicación prioritaria del derecho del foro⁷⁹ y aceptar la ley del foro como «mejor norma»⁸⁰. Tesis ambas que llevan a extremos inaceptables la concepción del Derecho Internacional Privado como derecho nacional de carácter eminentemente interno⁸¹. Una concepción que, en puridad, se limita a constatar que el derecho del foro funciona como parámetro fundamental en esta materia⁸², reflejando nuestra disciplina las principales concepciones existentes sobre la mayor o menor apertura al derecho extranjero en un momento histórico concreto en

⁷⁴ V. FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 68.

⁷⁵ V. AGO: «Regles generales des conflits de lois», *R. des C.*, 1936, IV, pp. 251 y ss.

⁷⁶ V. WENGLER: «The general principles of private international law», *R. des C.*, 1961, III, pp. 273-465.

⁷⁷ V. MAURY: «Regles generales des conflits de lois», ob. cit., pp. 388 y ss.

⁷⁸ V. WENGLER: «Les conflits de lois et le principe d'égalité», ob. cit., pp. 205 y ss.; idem, «The general principles of private international law», ob. cit., pp. 430 y ss.; VITTA: «Il principio dell'eguaglianza tra lex fori e diritto straniero», ob. cit., pp. 1578 y ss.; idem, «La lex fori nei conflitti di leggi», *Diritto Internazionale*, 1964, pp. 1578 y ss.

⁷⁹ V. NUSSBAUM: *Principles of private international law*, ob. cit., pp. 37 y ss.

⁸⁰ V. supra, nota 64.

⁸¹ Si bien actualmente se acepta de forma prácticamente generalizada, con las matizaciones que introducen algunos autores, que el Derecho Internacional Privado es derecho interno de marcado carácter nacional, la tensión nacionalismo-internacionalismo tuvo, en su momento, especial virulencia. Al respecto v. supra, nota 67.

⁸² V. ESPINAR VICENTE: *Curso de Derecho Internacional Privado español*, ob. cit., p. 29.

cada Estado⁸³, lo que conduce a una primacía de la ley del foro⁸⁴, pues no es sino a través de la norma de conflicto como llega al foro el derecho extranjero⁸⁵.

Pese a lo cual puede entenderse con la profesora Pérez Vera⁸⁶ que la especial intensidad de la *lex fori* al planificar la solución jurídica del tráfico externo no tiene que suponer necesariamente desprecio a la extranjería presente en el supuesto, toda vez que en atención a ella el foro examina la posibilidad de renunciar a su competencia admitiendo que la norma jurídica aplicada sea extranjera.

En consecuencia, nos mostramos partidarios de la armonización de los distintos ordenamientos jurídicos⁸⁷ frente a la aceptación del principio de integridad llevado a sus últimas consecuencias, es decir, a la aplicación del derecho extranjero como se haría en su lugar de procedencia. Así, habrá que coordinar el derecho del foro con él o los derechos extranjeros⁸⁸ en la medida en que concurran en la situación elementos que la conecten con los distintos ordenamientos, lo que sucederá forzosamente al existir competencia judi-

⁸³ En este sentido, los profesores FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO sostienen que «el Derecho Internacional Privado en cuanto estructura formal debe reflejar los intereses y la ideología dominante en un Estado determinado...», *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 128.

⁸⁴ V. *supra*, nota 65.

⁸⁵ V. MOTULSKY: «L'office du juge et la loi étrangère», *Mélanges offerts à J. Maury*, París, 1960, p. 361.

⁸⁶ Cfr. PEREZ VERA: «El derecho del foro ante el método de atribuciones: Reflexiones en torno a su juego prioritario», ob. cit., p. 930.

⁸⁷ V. BATIFFOL: «Reflexion sur la coordination des systèmes nationaux», *R. des C.*, 1967, I, p. 176; Van HECKE: «Principes et méthodes de solution des conflits de lois», ob. cit., p. 500; LEWALD: «Regles générales des conflits de lois», *R. des C.*, 1939, III, pp. 5 y ss.; MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*, T. I, Madrid, 1976, pp. 424 y ss.; CANSACHI: «La choix et l'adaptation de la regle étrangère dans le conflits de lois», *R. des C.*, 1953, II, p. 112; CARRILLO SALCEDO: *Derecho Internacional Privado: Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, 1971, p. 167; WENGLER: «The general principles of private international law», ob. cit., pp. 273 y ss.; Ídem, «Les principes généraux du droit international et leur conflit», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1953, pp. 37 y ss.; VALLINDAS: «Le principe du droit unique en Droit International Privé grec»; ídem, «Les principes de l'indépendance et l'autonomie du Droit International Privé»; ídem, «Les principes de la bilateralité et la possibilité d'internationalisation des regles du Droit International Privé», todos ellos en *Revue Hellenique de Droit International*, 1948, pp. 41 y ss., 209 y ss., y 329 y ss. respectivamente; EVRIGENIS: «Tendances doctrinelles actuelles en Droit International Privé», *R. des C.*, 1966, II, pp. 324 y ss.

⁸⁸ En este sentido se expresa el profesor AGUILAR NAVARRO cuando expresa: «En todos estos planos se observa la necesidad de proceder a una coordinación, una armonización de los ordenamientos materiales aparentemente concurrentes». *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 252.

cial internacional del foro, lo que implica que el supuesto tiene que estar relacionado con el mismo y aplicabilidad de la ley extranjera por existir puntos de conexión que a ella nos envían.

De esta forma llegaremos a una solución más ajustada a los principios de justicia que deben perseguirse, obteniendo la superación de una consideración meramente conflictual del Derecho Internacional Privado⁸⁹ a que nos lleva la consideración estricta del principio de integridad, entendido como la interpretación del derecho extranjero conforme al criterio exclusivo de su propio ordenamiento, buscando una solución que olvida la vinculación del asunto con el foro.

Por ello y mientras no existan unas normas producidas uniformemente para «toda la comunidad jurídica humana»⁹⁰, creemos que para un caso concreto que presente conexión o vinculación tanto con el derecho del foro como con el derecho extranjero, la solución más adecuada es la combinación de ambos ordenamientos⁹¹, en detrimento de la que ofrece, en puridad de conceptos, la aplicación del principio de integridad⁹².

B. *El orden público del foro*

A pesar de las dificultades que entraña tratar de dar una definición del orden público⁹³, así como de su carácter enigmático-

⁸⁹ V. KEGEL: «The crisis of conflict of laws», *R. des C.*, 1961, II, pp. 95 y ss.; DE NOVA: «Introduction to conflict of laws», *R. des C.*, 1966, II, pp. 591 y ss.

⁹⁰ De lo lejos que quedaba, ya hace veintitrés años, semejante posibilidad son buena muestra las palabras del profesor CARRILLO SALCEDO: «Si desde el plano de las fuentes, la polémica entre nacionalismo e internacionalismo puede considerarse como algo histórico y perteneciente al pasado...»: «Nacionalismo e internacionalismo en Derecho Internacional Privado español: Algunas reflexiones», *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado: Homenaje al profesor Luis Sela Sam-pil*, Oviedo, 1970, p. 811.

⁹¹ V. LAGARDE: *Recherches sur l'ordre public en Droit International Privé*, París, 1959, p. 237.

⁹² Queremos poner de relieve que al hablar de la «combinación de ordenamientos jurídicos» tenemos presente su diferenciación con la adaptación en el sentido señalado por la profesora BOUZA VIDAL, para quien representa un peligro: «Confundir la adaptación, que no es más que un medio jurídico para resolver un determinado tipo de problemas conflictuales con caracteres propios y bien definidos, con el objetivo mismo al que debe tender el Derecho Internacional Privado, a saber, lograr la actuación conjunta y coordinada entre los sistemas jurídicos»; *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e Interregional*, Madrid, 1977.

⁹³ El profesor AGUILAR NAVARRO expresa: «Desde que la noción de orden público es sumamente compleja y discutida, nada de particular tiene que la termi-

co⁹⁴, que ha llevado a veces a su consideración como una parte desconocida del Derecho Internacional Privado⁹⁵ en la que todo es discutible⁹⁶, se hace necesaria una aproximación al concepto⁹⁷ dada su función⁹⁸ y su consustancialidad con la protección y realización de la justicia⁹⁹.

Como punto de partida entendemos el orden público como el conjunto de principios fundamentales del orden jurídico cuya conculcación implicaría una alarma social, pudiendo sólo verse limitados o anulados por la necesidad de armonización o protección de principios de igual naturaleza, así como el mecanismo jurídico destinado a salvaguardarlos.

Partimos, pues, de una doble acepción que incluye tanto el conjunto de principios que integran el orden público como la propia acción de defensa jurídica de esos principios. Pero esta consideración no nos impide reconocer que puede admitirse con igual validez que la segunda dimensión no es más que una derivación de la primera. Esta admisión supondría que no puede incluirse dentro del concepto esa acción de defensa por ser consecuencia necesaria del mismo, consistente en la eventual exclusión de las normas extranjeras que lo vulneren, así como en la necesaria aplicación de determinadas normas del foro que lo incluyen.

Al respecto, no existe unanimidad en las posiciones doctrinales, pues mientras algunas definiciones ponen su énfasis en lo que es la acción protectora, identificándola con el propio concepto¹⁰⁰,

nología manifieste la existencia de esa incertidumbre»: «El orden público en el Derecho Internacional Privado», *REDI*, 1953, vol. 6, pp. 38-39.

⁹⁴ V. BARILE: *I principi fondamentali della comunità statale e il coordinamento fra i sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padua, 1969.

⁹⁵ V. HEALY: «Theorie generale de l'ordre public», *R. des C.*, 1925, III, pp. 407 y ss.

⁹⁶ V. CONDE y LUQUE: *Oficios del Derecho Internacional Privado*, 1901, P. 207; NIBOYET: «Ordre public», *Repertoire La Pradelle-Niboyet*, T. X, París, 1931, pp. 92 y ss.

⁹⁷ V. PHILONENKO: «La notion de l'ordre public international», *J. C.*, 1952, p. 780.

⁹⁸ V. VALERY: «Examen critique des remarques sur l'ordre public de M. P. Louis-Lucas», *Revue de Droit International et de Legislation Comparee*, 1934, pp. 194 y ss.

⁹⁹ V. MAURY: *L'éviction de la loi normalement competente: L'ordre public international et la fraude a la loi*, Valladolid, 1952, p. 11.

¹⁰⁰ Así, en la definición del profesor CALVO CARAVACA el orden público se formula como «excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto descartando la aplicación de la ley extranjera contraria a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro», en *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., UNED, p. 149.

otras tienden a coincidir con la primera de las acepciones que hemos recogido¹⁰¹. En este sentido, pese a la previa aclaración, hemos optado por acoger un concepto ambivalente para, en consonancia con la doctrina, referirnos dentro del término, según el caso, a uno u otro significado.

De cualquier forma, uno de los problemas que plantea el orden público es el alcance de su eficacia, pues hay que dilucidar si ésta es meramente negativa o de exclusión o tiene también un aspecto positivo¹⁰².

La mayoría de las teorías sobre el orden público se centran, así como la propia redacción legal¹⁰³, en su aspecto negativo de impedir la aplicación de la ley extranjera contraria al mismo, sin mencionar la faceta de aplicación necesaria de la norma del foro.

Sin embargo, la teoría positiva del orden público que supone admitir que la institución alcanza tanto a la negación de la norma extranjera como a la aplicación de la del foro, debiendo imponerse esta aplicación *a priori*, es la más conforme con lo que, a nuestro entender, es el fundamento de la institución.

En este sentido, compartimos plenamente la definición del orden público que ofrece la profesora Pérez Vera considerando que dicha noción comprende: «El conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto...»

Además, la citada profesora continúa desarrollando el concepto en los siguientes términos: «Así, se trata, en primer lugar, de un conjunto de normas y principios, lo que nos sitúa ante una pluralidad de manifestaciones del orden público como correctivo funcional de un sistema de Derecho Internacional Privado».

«Cuando el orden público plasma en «normas» estamos frente a una dimensión positiva del mecanismo cuya operatividad se

¹⁰¹ En este sentido lo conceptúan los profesores FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO como «el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad», *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 482.

¹⁰² Sobre las concepciones positiva y negativa del orden público, v. PALAIA: *L'ordine pubblico internazionale*, Padua, 1974, p. 128; SPERDUTI: «L'ordine pubblico in Diritto Internazionale Privato», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1976, pp. 669 y ss.

¹⁰³ V. artículo 12.3 del Código civil.

traduce en la aplicación directa al supuesto internacional de aquellos preceptos de la *lex fori* que incorporan en sí la definición de esos valores esenciales a los que antes aludíamos.

Es decir, estamos ante las llamadas normas de orden público, de aplicación inmediata o necesaria o normas imperativas...»¹⁰⁴.

En efecto, el respeto al contenido material del orden público internacional, o sea, ese núcleo irreductible que el foro afirma frente a cualquier concepción foránea, puede garantizarse por dos vías. En primer lugar, mediante la excepción de orden público como mecanismo corrector del método conflictual, lo que implica tanto un efecto negativo (rechazo del derecho extranjero) como un efecto positivo (sustitución de la normativa extranjera por la propia). En segundo lugar, junto a la excepción del orden público, el foro puede garantizar su respeto consagrando esos principios en normas imperativas.

Al respecto, y aunque en el resto del trabajo nos refiramos genéricamente al principio de orden público para justificar la intervención del Ministerio Fiscal en los supuestos que nos ocupan, creemos necesario analizar las normas de imperativas por cuanto es esta segunda vía de respeto al contenido material del orden público la que nos conducirá a dicho resultado.

En este sentido, si bien la terminología de los autores varía¹⁰⁵, se trata de aquellas normas que, por su importancia en el sistema jurídico interno, se aplican necesariamente prescindiendo del recurso a las normas de conflicto. Son las llamadas por Savigny «leyes de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, basadas en un motivo moral o de interés general»¹⁰⁶.

Siguiendo la concepción ya clásica de Francescakis sobre esta tipología de preceptos, podemos resumir sus componentes esenciales de la siguiente forma: en primer lugar, regulan directamente tanto las relaciones internas como las que contienen un elemento extranjero; en segundo término, su aplicación es directa y excluye la aplicación de las normas de conflicto del foro y de las

¹⁰⁴ Cfr. PEREZ VERA: «El concepto de orden público en el Derecho Internacional», *Anuario I. HLADI*, vol. VII, 1984, pp. 279-280.

¹⁰⁵ V. MARIN LOPEZ: «Las normas de aplicación necesaria en Derecho Internacional Privado», *REDI*, 1970, III, p. 22 y notas 8-14; VITTA: «Cours general de Droit International Privé», *R. des C.*, 1979, I, pp. 118-119 y 216, notas 305-306.

¹⁰⁶ SAVIGNY: *Sistema de derecho romano actual (versión de Jacinto Messia y Manuel Poley)*, t. IV, Madrid, 1879, pp. 138 y ss.

leyes extranjeras; y por último, no afectan exclusivamente a los intereses de los particulares, sino al conjunto de la organización estatal¹⁰⁷.

Así, con este tipo de normas el legislador trata de satisfacer exclusivamente ciertas exigencias de su ordenamiento, tanto en lo que respecta a su coherencia interna como a su eficacia. Su aplicación se justifica porque la regulación material que contienen es expresión de ciertos valores jurídicos fundamentales y de objetivos básicos del ordenamiento estatal¹⁰⁸.

Por ello, como pone de manifiesto la profesora Pérez Vera, «los ejemplos que mejor subrayan la presencia de unas exigencias del Estado en la reglamentación de los supuestos con elementos extranjeros son los que afirman su existencia con fuerza excluyente de cualquier otra consideración, es decir, las manifestaciones más rígidas del orden público o la utilización del método de las normas de aplicación inmediata»¹⁰⁹.

Respecto a las normas de aplicación necesaria, vistas desde una perspectiva de protección social, el ejemplo más usado por la doctrina es la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia de 28 de noviembre de 1958 en el caso «Boll», que opuso a Holanda y a Suecia a propósito de la protección de una menor holandesa residente en Suecia¹¹⁰. El fallo se basó en que «para alcanzar

¹⁰⁷ Cfr. FRANCESKAKIS: «Lois d'application immediate et regles de conflit», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1967, pp. 619-699, esp. p. 697; v. ídem: «Quelques precisions sur les lois d'application immediate et leurs rapports avec les regles de conflits de lois», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1966, pp. 1 y ss.; ídem: «Lois d'application immediate et droit du travail», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1974, pp. 273-296.

Corresponde a MARQUES DOS SANTOS el desarrollo doctrinal más reciente sobre las normas de aplicación inmediata. Vid. «Las régles d'application imédiate dans le Droit International portugais», *Droit International et Droit Communautaire*, Actes du colloque, Paris, 5 et 6 avril 1990, Centre Culturel Portugais, 1971, pp. 187-211; *ibidem*: «As normas de Aplicação imediata no Direito Internacional Privado (Esboço de uma teoria general)», 2 vols., Coimbra, Almedina, 1991.

¹⁰⁸ V. GRAULICH: «Regles de conflits et regles d'application immediate», *Melanages en l'honneur de Jean Gabin*, t. II, Bruselas, 1963, pp. 692-644.

¹⁰⁹ Cfr. PEREZ VERA: *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho Internacional Privado*, Granada, 1973, p. 73.

¹¹⁰ V. BATIFFOL y FRANCESKAKIS: «L'arret Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution a la theorie du Droit International Privé», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1959, pp. 259 y ss., esp. p. 274; MOSCONI: «Norme di applicazione necessaria e norme di origine convenzionale», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1967, pp. 730 y ss.; MARIN LOPEZ: «Las normas de aplicación necesaria en Derecho Internacional Privado», *ob. cit.*, pp. 28-29; ídem: «Los conflictos de leyes en materia de tutela», *REDI*, 1960, pp. 413 y ss., esp. pp. 442-449.

el fin de garantía social que es el suyo, la ley sueca sobre la protección de la infancia y de la juventud debe aplicarse a toda la juventud que vive en Suecia». Por ello, el Tribunal rechazó la demanda del Gobierno holandés sosteniendo que el Convenio de La Haya de 1902, del que ambos países eran parte, excluía la ley local en materia de tutela, pero no todas las demás disposiciones de la legislación local respecto de cuestiones distintas a la tutela¹¹¹. Disposiciones de protección al menor e incapaz que existen en todas las legislaciones¹¹² y de cuya absoluta imperatividad tenemos un ejemplo en el artículo 9.6 de nuestro Código civil¹¹³.

También se pone como ejemplo de este tipo de normas que tratamos de analizar el artículo 7 del Convenio hecho en Roma el 19 de julio de 1980, por parte de los Estados miembros de las Comunidades Europeas¹¹⁴, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que establece que:

«Al aplicar, en virtud del presente Convenio, la de un país determinado, podrá darse efecto a las disposiciones imperativas de la ley de otro país con el que la situación presente un vínculo estrecho si en la medida en que tales disposiciones, según el derecho de este último país, son aplicables, cualquiera que sea la ley que rija el contrato. Para decidir si se debe dar efecto a estas disposiciones imperativas se tendrá en cuenta su naturaleza y objeto, así como las consecuencias que se derivarán de su aplicación o inaplicación».

Es precisamente de la formulación dada en este Convenio de donde extrae el profesor González Campos su terminología de «normas materiales imperativas en el tráfico externo»¹¹⁵, habiendo

¹¹¹ V. CARRILLO SALCEDO: *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1983, p. 96; Von OVERBECK: «Essai sur la delimitation du domaine des conventions de Droit International Privé (a propos de l'arret de la CIJ du 28 novembre 1958 dans l'affaire relative a l'application de la Convention de 1902 por regler la tutelle des mineurs)», *Iux et Lex* (Festgabe vzum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller, Basilea, 1959, pp. 325 y ss.

¹¹² Sobre el problema general, v. Von STEIGER: «La protection des mineurs en Droit International Privé», *R. des C.*, 1964, II, pp. 473 y ss.

¹¹³ A tenor del mismo: «Será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores e incapaces abandonados que se hallen en territorio español».

¹¹⁴ El instrumento de ratificación de España a este Convenio, hecho en Funchal el 18 de mayo de 1992, en *BOE* de 19 de julio de 1993.

¹¹⁵ Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS: *Curso de Derecho Internacional Privado*, 1983, pp. 19 y ss.

además dado lugar el tema a numerosos estudios científicos¹¹⁶, algunos de los cuales analizan el problema de la eventual aplicación de las leyes de policía extranjeras¹¹⁷.

Por otra parte, se ha destacado la distinción entre normas materiales absoluta y relativamente imperativas, radicando la imperatividad de estas últimas en la obtención de un resultado material favorable a determinadas personas o situaciones.

En este sentido, nos encontramos con el artículo 10 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, que contiene una serie de disposiciones que tienden a garantizar la protección de la libertad contractual del consumidor atendiendo al mandato del artículo 51 de la Constitución española¹¹⁸. Precisamente por ser estos sus objetivos se las califica de normas materiales imperativas¹¹⁹.

¹¹⁶ V. NORTH: *Contract conflict, the CEE convention on the law applicable to contractual obligations, a comparative study*, Amsterdam, 1982; MENGOZZI: «Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», *Archivio giuridico*, 1979, pp. 3 y ss.; TOUBIANA: *Le domaine de la loi du contrat en Droit International Privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, París, 1972; BALLARINO: «Norme di applicazione necessaria e forma degli atti», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1967, pp. 707 y ss.

¹¹⁷ V. PEREZ BEVIA: «Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de julio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *REDI*, 1982, pp. 99-124; *vid.* «El informe sobre el Convenio de los profesores Giuliano y Lagarde», en *Journal Officiel des Communautés Européennes*, 28271, de 31 de octubre de 1980.

¹¹⁸ Respecto a la incidencia de las leyes de protección al consumidor contratante y de la reglamentación de las condiciones generales de contratación, v. QUINONES ESCAMEZ: «Evolución de la admisibilidad de la cláusula atributiva de competencia internacional en Derecho español y comparado (incidencia de las leyes de protección al consumidor y de reglamentación de las condiciones generales de contratación)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1988, pp. 676-677, y bibliografía citada en notas 50-54; GUZMAN ZAPATER: «La competencia judicial internacional en materia de contratos de venta concluidos por consumidores» (tesis doctoral), Madrid, 1987.

¹¹⁹ Sobre las disposiciones imperativas y los contratos de consumo en el Convenio de Roma, v. PEREZ BEVIA: «Disposiciones imperativas y leyes de policía en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *ob. cit.*, p. 107 y notas 35-57; VIRGÓS SORIANO: «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Tratado de derecho comunitario europeo*, t. III, Madrid, 1986, p. 814; ídem: «La interpretación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y el tribunal de justicia de las comunidades europeas», *Noticias CEE*, 1990, pp. 83-94; ZABALO ESCUDERO: «Convenio CEE y contrato de trabajo», *Revista de Instituciones Europeas*, 1983, pp. 529 y ss.; MENGOZZI: «Norme di applicazione necessaria e progetto di convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali», *Archivio Giuridico F. Serafini*, 1979, pp. 3-41; ídem: «La convenzione CEE sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, il notaio e le norme di applicazione necessaria», *Rivista trimestrale*

Ahora bien, aun reconociendo que la reglamentación de tráfico externo mediante normas de aplicación necesaria, en el marco del pluralismo metodológico¹²⁰, tiene su fundamentación en la protección de ciertos valores esenciales del foro¹²¹, esta solución no debe tener carácter sistemático¹²². De otro modo, se olvidaría que el Derecho Internacional Privado debe respetar el elemento extranjero en su objetivo de alcanzar una reglamentación justa del tráfico externo¹²³.

En igual sentido, ya dentro del concepto amplio del orden público creemos conveniente resaltar que, pese a que la idea de soberanía, o la de territorialidad¹²⁴, puedan tener en ocasiones concretas relevancia en la configuración del mismo, es la protección del orden social, de las necesidades fundamentales de la civilización, del fin social de la ley, de los intereses generales, e incluso de los valores sociales o jurídicos esenciales e irrenuncia-

di Diritto e Procedure Civile, 1984, pp. 165-181; PAU: «Le norme imperative nella convenzione CEE», *Rivista di Diritto Internazionale*, 1982, pp. 868 y ss.; TREVES: «Norme imperative e de applicazione necessaria nella convenzione di Roma del 19 giugno 1980», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1983, pp. 25-41.

¹²⁰ V. LALIVE: «Tendances et methodes en Droit International Privé», *R. des C.*, 1977, II, pp. 88 y ss. El profesor de Ginebra, en un orden de adecuación decreciente a la especificidad internacional de las relaciones privadas, que va desde los métodos directos e internacionales, a los métodos indirectos y nacionales, examina los siguientes métodos de reglamentación: «1. El derecho uniforme, material de origen «estatal» o no y el Derecho Internacional Privado material internacional. 2. El Derecho Internacional Privado material nacional. 3. El método de la norma de conflicto. 4. La aplicación sistemática bajo diversas etiquetas de la *lex fori*, así como la territorialidad absoluta (que es la negación del carácter internacional de la relación a regular)» (traducción personal).

Por otra parte, esta atención hacia el pluralismo metodológico se percibe en otros cursos de la Academia de Derecho Internacional de La Haya; v. los cursos de LOUSSUARN: «Cours general de Droit International Privé», *R. des C.*, 1973, II, pp. 129-386; VITTA: «Cours general de Droit International Privé», *R. des C.*, 1979, I, pp. 21-243; Von OVERBECK: «Les questions generales du Droit International Privé a la lumiere des codifications et projets recentes», *R. des C.*, 1982, III; EVRIGENIS: «Tendances doctrinales actuelles en Droit International Privé», *R. des C.*, 1966, II, pp. 313-433; BATIFFOL: «Le pluralisme de methodes en Droit International Privé», *R. des C.*, 1973, II, pp. 75-148; AUDIT: «Le caractere fonctionnel de la regle de conflict de lois», *R. des C.*, 1984, III, pp. 219-398.

¹²¹ V. KARAQUILLO: *Etude de quelques manifestations des lois d'application immediate (dans la jurisprudence française de Droit International Privé)*, París, 1977, pp. 13 y ss.

¹²² V. CARRILLO SALCEDO: «Le renouveau du particularisme en Droit International Privé», *R. des C.*, 1978, II, pp. 231-241.

¹²³ V. YNTEMA: «Les objectifs du Droit International Privé», *Revue Critique de Droit International Prive*, 1959, pp. 1 y ss.

¹²⁴ V. VAREILLES-SOMMIERES, Conde de: «Des lois d'ordre public et de la derogation aux lois», *Revue de Lille*, 1899.

bles de la comunidad universal¹²⁵ los que inspiran este concepto. Por ello, no es de extrañar que se conecte con principios de derecho natural¹²⁶ y que incluso los que buscan su sentido en una manifestación de la autoridad del Estado para proteger el derecho positivo del foro reconozcan su relación con la consecución de la justicia material¹²⁷, siendo en definitiva su fundamento la salvaguarda del interés social, con especial atención a la protección de los más débiles.

Por otra parte, cuando nos referíamos al concepto de orden público y optábamos por una definición ambivalente, señalábamos que la primera de las acepciones se refería a un conjunto de principios fundamentales del orden jurídico, lo que nos obliga a tratar de apuntar algunas reflexiones sobre cuáles deben ser los criterios a la hora de determinar qué principios tienen este carácter.

Entendemos que un punto de partida es conectar el orden público con la Constitución española de 1978 y considerarlo integrado por los valores jurídicos reconocidos en el texto constitucional¹²⁸. Pero si bien este proceder puede servirnos de aproximación no nos soluciona el problema, pues el texto básico a lo largo de su articulado está lleno de valores jurídicos, y si, por un lado, no cabe relacionar con el orden público sólo los que tengan el carácter de fundamentales según la Constitución, tampoco creemos que sea adecuado extenderlos a todos los recogidos en su completa redacción.

Efectivamente, el artículo 39.4 del citado texto legal proclama el derecho a la protección de la infancia y se encuentra en el capítulo tercero dentro de los principios rectores de la política social y económica, alejado aparentemente de los que pudieran considerarse como principios fundamentales. A pesar de ello, el principio de protección a la infancia es considerado unánimemente como de orden público, pues la sociedad entera está interesada en evitar las nefastas consecuencias que se derivan de una mala educación o perversión ética de la persona, independientemente

¹²⁵ V. MANCINI: «De l'utilite de rendre obligatoires pour tous les Etats..., un certain nombre de regles generales du Droit International Privé», *JC*, 1874, pp. 221 y ss.

¹²⁶ V. FRANCESKAKIS: «Ordre public», *Repertoire Dalloz* (22), pp. 498-506.

¹²⁷ V. WENGLER: «Les principes generaux du Droit International Privé et leur conflits», *R. des C.*, 1952, pp. 600-602.

¹²⁸ En este sentido, v. GONZALEZ CAMPOS: *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., UNED, p. 48.

de que el menor sea nacional o extranjero. Por el contrario, los derechos reconocidos en el artículo 23 de la Constitución han estado vedados a los extranjeros hasta fecha reciente por mandato del artículo 13.2 del propio texto constitucional, a pesar de que se trata de derechos fundamentales de la sección primera del capítulo segundo, pudiendo parecer *a priori* más importantes por su ubicación que los del artículo 39.4.

Esta referencia a la reciente reforma constitucional nos conduce a una de las notas más destacadas del concepto del orden público, la de su «actualidad», ya que el mismo posee un carácter cambiante pues debe adaptarse a las evoluciones de la sociedad para coincidir con los criterios de la misma en un momento histórico dado.

Por otro lado, si nos atenemos a que todos y cada uno de los valores jurídicos constitucionales integran el orden público, chocaríamos con lo que ha venido siendo casi una exigencia relativa al concepto del mismo, y que no es otra que la excepcionalidad.

Así, estimamos que una solución posible a la hora de concretar el término orden público es la de atenernos al artículo primero de la Constitución, en donde tras definir a España como un Estado social y democrático de derecho se propugnan como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. En este sentido, aquello que sea incompatible con estos principios habrá de ser rechazado por oponerse al orden público, pudiendo servirnos como punto de referencia para saber cuándo se ha producido esta incompatibilidad, un criterio casuístico en el que se tendrá en cuenta la condición de la persona protegida y los intereses defendidos o amparados.

Pero no toda discordancia con esos valores fundamentales implica necesariamente una vulneración del orden público, siendo esta negociación la segunda faceta del término «excepcionalidad». En efecto, para que exista infracción del orden público es necesario que la contradicción con los principios fundamentales sea «manifiesta»¹²⁹, lo que implica tanto el que no haya dudas sobre su

¹²⁹ Una serie de textos estatales y convencionales de Derecho Internacional Privado recogen esta fórmula siguiendo el ejemplo del Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias en favor de menores, por lo que la doctrina crítica que dicho término no se recogiese en el artículo 12.3 de nuestro Código civil. Cfr. CALVO CARAVACA en *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., UNED, p. 151; FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO: *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 485.

existencia como que la misma tenga una entidad relevante y no justificada. Ello es así porque ni siquiera los denominados derechos fundamentales son derechos ilimitados, sino que encuentran sus límites en los derechos ajenos¹³⁰ y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos¹³¹. De esta forma, para que exista vulneración del orden público es necesario que la norma extranjera o la inaplicación de la nacional sea claramente contraria a los valores más esenciales de nuestra comunidad reflejados en el ordenamiento jurídico español.

Por otro lado, en consonancia con este criterio de excepcionalidad, nos mostramos partidarios de una interpretación restrictiva de la literalidad del artículo 12.3 del Código civil, especialmente en cuanto a la interpretación que deba darse al tenor literal de que «en ningún caso» se aplicará la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público.

Pudiera parecer que dicha redacción trae consigo una exclusión de la aplicación parcial de la ley extranjera, de tal forma que su contrariedad al orden público nos llevaría a rechazarla en todos sus extremos¹³².

Sin embargo, no es necesario llegar a esta posición, pues el propio texto legal nos puede servir de base para apartarnos de esta tendencia si interpretamos que al decir «cuando resulte contraria al orden público no está sino expresando que *a sensu contrario*, cuando no lo sea o en aquello que no lo sea sí procederá su aplicación.

El artículo 12.3 no hace con la expresión «en ningún caso» sino dar fuerza a la institución del orden público dada su naturaleza, frente a argumentos que puedan intentar dejarlo sin efectos, con la consiguiente merma de los valores jurídicos fundamentales. Pero consideramos que no ha pretendido realizar una exclusión absoluta de la ley extranjera extensible a aquellos aspectos que no lo contraríen, pues entonces se llegaría a resultados absurdos, como sostener que porque una ley extranjera sea opuesta al orden público en un punto concreto relativo a una materia matrimonial

¹³⁰ V. artículo 10.1 de la Constitución española.

¹³¹ V. STC 91/1983, de 7 de noviembre.

¹³² Los profesores FERNANDEZ ROZAS y SANCHEZ LORENZO critican el tenor literal del precepto, entendiendo que da lugar a este rechazo total: *Curso de Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 485.

habrá que negarle validez a la hora de regular, por ejemplo, materias sucesorias.

Es más, tal conclusión no sería correcta ni siquiera en lo que respecta a la misma materia o al propio precepto excluido, pues pensemos que el Tribunal Constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de algunos artículos de una ley española puede mantener vigentes los restantes e incluso ordenar la subsistencia del propio artículo, pero prohibiendo una interpretación inconstitucional del mismo¹³³ o que produzca determinados efectos¹³⁴.

En resumen, el orden público, integrado por valores inherentes al Estado social y democrático de derecho, trae consigo la exclusión de toda norma extranjera que lo vulnere e implica la aplicación de las normas del foro que lo protegen. Ahora bien, esta posición no es óbice para que consideremos que se debe huir de posiciones excesivamente «nacionalistas»¹³⁵ o de «chauvinismo judicial»¹³⁶ que nos llevarían no a una adecuada utilización de este correctivo funcional a la norma de conflicto, sino a un procedimiento de anulación sistemática de la operatividad del derecho extranjero.

Sin embargo, pese a mostrarnos favorables a una reducción progresiva del orden público¹³⁷ y a la no discriminación entre ley extranjera y ley nacional¹³⁸, ello no nos puede llevar a, basándonos en el criterio de la excepcionalidad, admitir la aplicación de determinadas normas extranjeras o la inaplicación de algunas del

¹³³ El Tribunal Constitucional declaró la validez del artículo 509 del Código penal siempre que se probase la intencionalidad de usar los útiles para robar, pero rechazando el presumir dicha intención por ser ello contrario al artículo 24.2 de la Constitución (el artículo se refiere a la tenencia de útiles para robo y se impugnó por ser contrario a la presunción de inocencia).

¹³⁴ El artículo 8.2 de la Ley de Cuerpos de Seguridad del Estado fue declarado inconstitucional pero sólo en cuanto instruyera y fallara el mismo órgano, pero sin eliminar el fuero competencial allí establecido.

¹³⁵ Dicho nacionalismo es criticado por la profesora PEREZ VERA: «El derecho del foro ante el método de atribución: reflexiones en torno a su juego prioritario», *ob. cit.*, p. 930.

¹³⁶ Sobre este concepto, entendido como una posición judicial de preponderancia de la *lex fori*, v. AGULAR NAVARRO: *Derecho Internacional Privado*, *ob. cit.*, p. 188.

¹³⁷ Sobre la llamada «ley progresiva de reducción del orden público», v. PILLET: «De l'ordre public en Droit International Privé», *Annuaire de l'enseignement supérieure de Grenoble*, 1890, II, pp. 94 y ss.

¹³⁸ Sobre los principios de igualdad de trato jurídico y no discriminación entre la ley del foro y la ley extranjera, v., respectivamente, WENGLER: «Les principes généraux de Droit International Privé et leur conflits», *ob. cit.*, pp. 600-602; BYSTRICKY: «Les traits généraux de la codification tchécoslovaque en Droit International Privé», *R. des C.*, 1968, I, pp. 447-451.

foro cuando ello produzca un resultado claramente opuesto a principios esenciales de nuestra comunidad, debiendo armonizarse dicho criterio con el carácter necesario y la función que desempeña a nivel social la institución del orden público.

C. *La legitimación del Ministerio Fiscal*

Determinada la efectiva aplicación para regular el fondo del asunto de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto, puede suceder que esta *lex causae* no prevea en ningún momento la intervención del Ministerio Fiscal, cuando la ley española sí lo hace en similares supuestos.

Partiendo de la consideración sustantiva y no procesal del concepto de legitimación, la práctica totalidad de la doctrina parece coincidir en señalar como coordinadas principales en orden a concretar si en estos casos el fiscal está legitimado para actuar las derivadas de los principios de legalidad y de integridad del derecho extranjero, así como del orden público, cuyo estudio previo hemos realizado con objeto de ir perfilando el sentido de la solución que proponemos.

Al respecto, los dos primeros principios aparecen como un posible obstáculo para una posición que avale dicha legitimación, mientras el tercero sustentaría la tesis favorable a la misma. Luego la cuestión se centra en dar primacía a uno u otro principio, así como en la forma en que se entiendan sus contenidos.

De esta forma, aun reconociendo el peso del orden público y el carácter de dicha índole que puede tener la intervención del fiscal dada su finalidad de protección de intereses esenciales de la comunidad, podríamos optar por la observancia estricta del principio de integridad en la aplicación de la norma extranjera y por la consideración de que al venir la misma reclamada por la norma de conflicto debe aplicarse en su totalidad para no quebrar el principio de legalidad, argumentos que eliminan la legitimación del Ministerio Fiscal para estos casos.

Pero dejando a un lado nuestra visión sobre la incidencia concreta del principio de legalidad en este supuesto, con miras a analizarlo posteriormente, vamos ahora a realizar algunas consideraciones sobre la que podríamos denominar, en este contexto, confrontación integridad-orden público.

Nuestra perspectiva sobre el resultado de esta dialéctica se deriva de las conclusiones obtenidas en el análisis previo de cada uno de los conceptos. De este modo, entendíamos que el principio de integridad, llevado a sus últimas consecuencias, no sólo era una meta a conseguir, sino que podía suponer una fórmula que condujera al Derecho Internacional Privado a la mera determinación de la ley aplicable. Nosotros nos mostrábamos más proclives a admitir que a nuestra disciplina compete una función coordinadora o de armonización de, al menos, dos ordenamientos, el del foro y el extranjero, cuando la norma de conflicto nos haya remitido a un ordenamiento foráneo. También considerábamos que el mecanismo del orden público, si se respeta su carácter excepcional, no tiene por qué convertirse en un sistemático y arbitrario sistema de superposición del derecho del foro, sino en una de las posibles fórmulas de lograr esa coordinación y de respetar los valores esenciales de la comunidad donde se incardina. Esto no tiene que suponer el automático menoscabo de los valores del ordenamiento extranjero, sino que debe llevarnos a una adecuada conjugación de los intereses de las comunidades de las que emana el derecho del foro y el extranjero para la necesaria adaptación entre ambos.

Por ello, basándonos en estos argumentos, nos inclinamos por no aceptar que el principio de integridad pueda eliminar, en estos casos, la acción del orden público, decantándonos por una preferencia de éste.

En este sentido, hemos calificado de normas de orden público las que prevén la intervención del fiscal basándonos en que la misión de protección del interés social y del interés público que le asigna el artículo 124 de la Constitución así parece acreditarlo.

Así, no podemos sostener que la legitimación de un órgano creado por la sociedad para la protección de sus intereses más esenciales, en un proceso a seguir en el propio foro y cuando su ley material lo recoge expresamente, dependa de las disposiciones de una ley extranjera, aun a sabiendas de que la misma ha sido reclamada por la norma de conflicto que también forma parte del ordenamiento del foro.

Porque un estado social de derecho¹³⁹ no puede delegar en las partes privadas la actuación en determinados asuntos de índole

¹³⁹ V. artículo 1 de la Constitución española.

esencial, renunciando a la presencia de un órgano cuya misión es precisamente velar por el interés social, pues ello resultaría manifiestamente contrario a los valores fundamentales del ordenamiento del foro, donde además tendrá normalmente efectos la resolución que se dicte.

En sentido contrario, podría argumentarse, con base en el principio de legalidad, que puesto que es precisamente el fiscal el defensor de la misma y la legislación extranjera viene reclamada por la norma de conflicto que pertenece al ordenamiento jurídico del foro, el Ministerio público, en defensa y respeto de esa legalidad, debe abstenerse de actuar.

Nuestra posición a lo largo de este trabajo ha sido incluir dentro de la legalidad del foro no sólo la norma de conflicto, sino también la propia ley extranjera reclamada por la misma una vez que ha sido invocada y probada dentro del proceso. Sobre esta base propugnábamos la intervención del Ministerio Fiscal en los supuestos en que no la prevé la ley del foro pero sí dicha norma extranjera, lo que pudiera llevarnos, utilizando los mismos argumentos, a la consideración de que cuando la legislación extranjera no prevé la intervención el fiscal debe abstenerse de efectuarla.

Sin embargo, la solución que propugnábamos es la contraria porque en el supuesto que nos ocupa, a diferencia del anterior, incide un concepto cuya legalidad está tan legitimada como la de la norma de conflicto (art. 12.3 Cc) y que no es otro que el del orden público. Si a esto añadimos que por encima de la legalidad ordinaria está la constitucional y nos remitimos una vez más a los artículos 124 (en cuanto protección del interés social y público) y 1 (en cuanto a estado social de derecho) del texto básico, no podemos compartir el que con base en el principio de legalidad se produzca la exclusión del Ministerio Fiscal en estos casos.

Por otro lado, queremos traer a colación la tesis que sostiene el profesor Espinar Vicente en cuanto a distinguir entre legitimación para iniciar el proceso y para actuar una vez iniciado¹⁴⁰. Esta diferenciación le lleva a considerar que si bien la primera posee un carácter sustantivo, la segunda lo tiene procesal, por lo que el fiscal intervendrá en virtud del artículo 8.2 del Código civil con-

¹⁴⁰ Cfr. ESPINAR VICENTE: *Derecho procesal civil internacional*, ob. cit., pp. 82 y sigs.

forme al principio *lex fori regit procesum* siempre que lo disponga la ley española.

Ahora bien, en el primero de los supuestos puede parecer que la intervención del fiscal se dará sólo si existe interés público, en cuyo caso su actuación se derivará de las necesidades del orden público por encima de lo previsto en la *lex causae*, pero que si no existe tal interés prevalecerá lo previsto en esta última ley¹⁴¹.

Sin embargo, entendemos que el anterior planteamiento puede llevarnos a confundir tres dialécticas distintas, que son: la de si en algunos casos (nulidad sin hijos) se debe propugnar de *lege ferenda* la no intervención del fiscal aunque la ley española la prevea; si dentro de ese género se debe condicionar la posibilidad de su intervención a las circunstancias concretas del caso, y, por último, el tema que nos ocupa sobre si debe iniciar un proceso en el que la *lex causae* no prevé su legitimación, pero la ley española sí lo hace.

Al respecto, creemos que el motivo por el que se tiende a asimilar el último supuesto con los dos anteriores responde a una cuestión casuística. Efectivamente, casi siempre que se aborda el problema objeto de nuestro estudio se analiza en relación con la actuación del fiscal en procesos de nulidad matrimonial, pudiendo sostenerse que pese al interés público que se ha predicado respecto de las cuestiones relativas al estado civil de las personas¹⁴², en los casos de nulidad entre cónyuges mayores de edad y en ausencia de hijos, estamos ante cuestiones particulares entre los mismos que en nada afectan al interés social. Por ello, el fiscal debe abstenerse de intervenir incluso dentro del ámbito de las relaciones puramente internas, máxime cuando el propio Código civil dispone su legitimación sólo para algunos casos¹⁴³. Estos mismos planteamientos pueden conducirnos a entender que dentro de las previsiones legales al fiscal le cabe incluso abstenerse de actuar.

Pero a pesar de aceptar la posible bondad de los anteriores planteamientos, nuestra posición se aparta de los mismos, pues basándonos en el principio de seguridad jurídica consideramos que cuando legalmente se disponga la intervención del fiscal para un determinado asunto es porque para el legislador existe un interés público y social que proteger, sin perjuicio de que se pueda pro-

¹⁴¹ Así lo entiende el propio profesor ESPINAR VICENTE, *vid.* cita anterior.

¹⁴² V. artículo 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

¹⁴³ V. artículos 74-76 del Código civil.

pugnar de *lege ferenda* la revisión o supresión del precepto legal que ordene su actuación.

En este sentido, una vez definida la legitimación del fiscal para un tipo de supuestos, no caben excepciones para casos concretos dentro del mismo, debiendo actuar en todos por ministerio de ley. Porque además el defender la posibilidad de que el fiscal decida cuándo existe interés social dentro de los supuestos en que está habilitado legalmente para intervenir se vería obstaculizado por el dato de que dicha facultad no es común a nuestro sistema legal. Esta tesis sólo podría ampararse en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes en materia procesal, en donde el fiscal puede realizar esta elección cuando se cumplen determinadas condiciones; pero creemos que la especificidad que se da en los supuestos previstos por dicha ley impide que fuera de los casos previstos por la misma encuentre mayor respaldo dicha posibilidad.

Por todo ello, por ejemplo, si el fiscal está legitimado para iniciar un proceso de nulidad conforme a la ley española entendemos que es porque dicha materia trasciende el interés particular afectando a toda la sociedad, por lo que dentro de los casos en que se precisa esta intervención no deben hacerse excepciones, sin perjuicio, claro está, de que el fiscal no inste el procedimiento por considerar que en el caso contrario no se dan los presupuestos legales para ello, es decir, que no existe causa de nulidad.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las contadas ocasiones en que se ha pronunciado directamente sobre esta materia, se ha referido precisamente al tema de la nulidad matrimonial. Al respecto, ha considerado que la actuación del fiscal en los procesos de nulidad es imprescindible aunque sea una ley extranjera la aplicable al fondo, pues su intervención se basa en el interés público o de las personas que se encuentran bajo la protección del poder judicial, teniendo por ello carácter de forma sustancial del juicio.

Así, el Alto Tribunal, pese a existir un elemento extranjero relevante que conduzca a la aplicación de una ley extranjera para regular el fondo del asunto, no admite que se suprima la actuación del Ministerio Fiscal, argumentando esta decisión por la doble vía de la índole de la misión que cumple este órgano y de la consideración (que no compartimos) de su legitimación como una cuestión de naturaleza procesal.

pugnar de *lege ferenda* la revisión o supresión del precepto legal que ordene su actuación.

En este sentido, una vez definida la legitimación del fiscal para un tipo de supuestos, no caben excepciones para casos concretos dentro del mismo, debiendo actuar en todos por ministerio de ley. Porque además el defender la posibilidad de que el fiscal decida cuándo existe interés social dentro de los supuestos en que está habilitado legalmente para intervenir se vería obstaculizado por el dato de que dicha facultad no es común a nuestro sistema legal. Esta tesis sólo podría ampararse en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes en materia procesal, en donde el fiscal puede realizar esta elección cuando se cumplen determinadas condiciones; pero creemos que la especificidad que se da en los supuestos previstos por dicha ley impide que fuera de los casos previstos por la misma encuentre mayor respaldo dicha posibilidad.

Por todo ello, por ejemplo, si el fiscal está legitimado para iniciar un proceso de nulidad conforme a la ley española entendemos que es porque dicha materia trasciende el interés particular afectando a toda la sociedad, por lo que dentro de los casos en que se precisa esta intervención no deben hacerse excepciones, sin perjuicio, claro está, de que el fiscal no inste el procedimiento por considerar que en el caso contrario no se dan los presupuestos legales para ello, es decir, que no existe causa de nulidad.

En cuanto a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en las contadas ocasiones en que se ha pronunciado directamente sobre esta materia, se ha referido precisamente al tema de la nulidad matrimonial. Al respecto, ha considerado que la actuación del fiscal en los procesos de nulidad es imprescindible aunque sea una ley extranjera la aplicable al fondo, pues su intervención se basa en el interés público o de las personas que se encuentran bajo la protección del poder judicial, teniendo por ello carácter de forma sustancial del juicio.

Así, el Alto Tribunal, pese a existir un elemento extranjero relevante que conduzca a la aplicación de una ley extranjera para regular el fondo del asunto, no admite que se suprima la actuación del Ministerio Fiscal, argumentando esta decisión por la doble vía de la índole de la misión que cumple este órgano y de la consideración (que no compartimos) de su legitimación como una cuestión de naturaleza procesal.

Este doble argumento recoge tanto la legitimación para iniciar el proceso, que se derivaría de la misión a cumplir por el fiscal, como la legitimación para actuar una vez comenzado el mismo, que proviene del carácter procesal de su intervención en estos casos.

Pero si estos planteamientos nos parecen asumibles en el tema de la nulidad matrimonial, más aún lo serán en otras cuestiones que puedan suscitarse. Así, en cuanto a iniciación de un proceso en materia de relaciones paterno-filiales, puede ocurrir que la ley nacional del hijo sea una normativa extranjera que no prevea la legitimación del fiscal para ello. Esto no puede llevarnos a considerar que por respetar una norma implícita del derecho extranjero, pues difícilmente se excluirá de forma expresa la actuación del Ministerio Fiscal, este órgano ya no puede poner en funcionamiento las acciones de filiación que corresponden al menor. Ello equivaldría a someter al menor, en algo tan básico como puede ser la determinación de su filiación, a la decisión exclusiva de su representante legal u otras personas que tengan legitimación según la ley extranjera y que pueden actuar por un interés particular en detrimento del beneficio del menor.

III. CONCLUSIONES

Como primera conclusión del presente trabajo resalta que la legitimación tiene naturaleza sustantiva por basarse en la relación jurídico material sobre el objeto del proceso, si bien es necesario matizar tal naturaleza cuando se trata de legitimación del Ministerio Fiscal, ya que su intervención se justifica en función del interés social o general, frente al interés meramente de parte.

En segundo término, este carácter sustantivo de la legitimación conduce a que la misma sea regulada por la ley aplicable al fondo, es decir, la *lex causae*. Será, pues, esta ley la que en principio determine cuándo debe intervenir en un proceso el Ministerio Fiscal.

Cuando la *lex causae* es una ley extranjera, una primera posibilidad es que ésta pueda requerir la intervención del fiscal en un supuesto para el que la ley española no exige su actuación. Al respecto, al iniciarse el proceso el fiscal no intervendrá al no preverlo la ley del foro, pero una vez iniciado las partes pueden invocar la ley extranjera prevista en la norma de conflicto como

reguladora de la situación o relación jurídica de que se trate. En tal caso, el juez o las partes traerán al proceso la norma que imponga la actuación del fiscal y una vez realizada la prueba de ese derecho extranjero el fiscal se unirá al procedimiento con base en la aplicación de oficio de la norma de conflicto y del principio de legalidad, puesto que se considera que el derecho extranjero, una vez probado dentro del proceso, forma parte de nuestro ordenamiento jurídico. Ello justifica que el fiscal actúe en virtud de este derecho extranjero igual que si el mandato de intervención emanase de una norma de foro, actuación que se realizará siempre con sujeción a los criterios constitucionales, debiendo tener la posibilidad, en su caso, de subsanar su no intervención en las fases del proceso ya concluidas si ello fuese necesario.

La segunda posibilidad reside en que la ley extranjera no disponga la intervención del Ministerio Fiscal pero sí la española. Ante tal supuesto no podemos sostener que la legitimación de un órgano creado por la sociedad para la protección de sus intereses más esenciales, en un proceso a seguir en el propio foro y cuando su ley material lo recoge expresamente, depensa de las disposiciones de una ley extranjera. En tal sentido, ha de coincidirse en que un estado social de derecho no puede delegar ni en las concepciones de un legislador foráneo ni en los particulares la decisión sobre la actuación en determinados asuntos de índole esencial del Ministerio Fiscal, renunciando a la presencia de un órgano cuya misión es precisamente velar por el interés social, pues ello resultaría manifiestamente contrario a los valores fundamentales del ordenamiento del foro.

Consecuentemente, se ha subrayado la operatividad de la acción del orden público frente a la virtual eficacia limitadora de los principios de legalidad y de integridad, para concluir calificando de normas de orden público las que prevén la intervención del fiscal sobre esa base de que la misión de protección del interés social y del interés público que le asigna el artículo 124 de la Constitución así parece acreditarlo.

Málaga, julio 1993