

Estos antecedentes hacen concluir, tal como lo afirmamos, que la intención del precepto bajo estudio encierra fundamentalmente a los supuestos complejos, integrados por diversas relaciones jurídicas. La lectura de la norma debe dar por entendido que la expresión "*una misma relación jurídica*", se quiere decir: "*un mismo caso*".

Pg 289

ORDEN PÚBLICO

Claudia Madrid Martínez

ARTÍCULO 8

Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con la presente Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN I. NOCIONES GENERALES. 1. EVOLUCIÓN DOCTRINAL. 2. PRESUPUESTOS DE ACTUACIÓN. 3. CARACTERÍSTICAS. 4. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. II. EFECTOS DE LA ACTUACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO. 1. EVICCIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO. 2. INTEGRACIÓN DE LA LAGUNA DEJADA POR EL DERECHO EXTRANJERO. III. SISTEMA VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 1. FORMULACIÓN. 2. EFECTOS. IV. ORDEN PÚBLICO EN SEDE DE RECONOCIMIENTO Y EL ARTÍCULO 8. CONCLUSIONES. JURISPRUDENCIA*.

INTRODUCCIÓN

La más antigua de las instituciones del Derecho internacional privado, es también la que reviste el mayor carácter negativo dentro de nuestra

* No se encontraron datos relativos a esta sección.

disciplina. Tal como es concebido tradicionalmente, el orden público constituye una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto cuando el Derecho a que la misma conduce, contiene disposiciones que resultan “*manifestamente incompatibles*” con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro; con lo cual el orden público, mecanismo de control de tales principios, frustra el normal funcionamiento del sistema conflictual, específicamente en su fase de aplicación del Derecho extranjero.

Esta definición nos conduce al no menos espinoso terreno de la determinación de los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico, lo cual nos lleva, a su vez, a comprobar de cuáles herramientas ha de valerse el operador jurídico para establecerlos, ya que su calificación como “*principios*” implica directamente su no necesaria positivación en el ordenamiento jurídico.

Es universalmente aceptado que cada Estado dispone de un grupo de principios básicos que es necesario proteger. Ya desde el nacimiento de nuestra disciplina, numerosos autores han indicado que los principios protegidos por el orden público presentan un valor universal, pues son aceptados por numerosas naciones. Esta concepción, sin embargo, no se corresponde con la práctica judicial, pues los tribunales, a pesar de ciertas alusiones internacionalistas, se refieren a los principios esenciales de su propio ordenamiento jurídico. No es extraño encontrar en la doctrina referencias a que el nombre correcto de esta institución es orden público en el Derecho internacional privado, pues la expresión “*orden público internacional*” sugiere la existencia de principios universalmente aceptados y los principios básicos que deben ser defendidos por esta institución pertenecen a un ordenamiento estatal; y ellos, según lo demuestra el Derecho comparado, pueden ser y efectivamente son distintos en los diversos Estados (Parra-Aranguren, 1998-I: 129; Madrid Martínez, 2000: 109).

I. NOCIONES GENERALES

1. Evolución doctrinal

La evolución de esta institución ha estado signada, a lo largo del desarrollo del Derecho internacional privado, por múltiples discusiones sobre su verdadera naturaleza. Se ha sostenido que esta figura es una norma de conflicto que conduce imperativamente a la aplicación del Derecho del

juez; que constituye una excepción o un correctivo al funcionamiento de la norma de conflicto; hasta llegar a concebirlo como un mecanismo indispensable para mantener la cohesión del ordenamiento jurídico interno.

La cimiento del orden público es ubicada en la doctrina de Bartolo de Sassoferrato, representante de la Escuela estatutaria italiana. Para esta escuela, la aplicación extraterritorial de los estatutos dependía del grupo al cual pertenecieran. Recordemos que en la clasificación realizada por Sassoferrato –sobre la base de la tan criticada solución dada a la *questio anglica*, de acuerdo con la cual una determinada costumbre era considerada como real o personal dependiendo sólo del orden de las palabras– destacan los llamados estatutos odiosos, que por su naturaleza territorial han sido señalados como un germen del orden público (Loussouarn y Bourel, 1993: 69-70; Batiffol y Lagarde, 1993: 568).

Este germen reaparece en el siglo XVII, en el seno de la Escuela estatutaria flamenco holandesa. Allí, el territorialismo de D’Argentré –representante de la Escuela francesa del siglo XVI– se hizo eco, particularmente, en Ulrico Huber, cuyo principal aporte, en relación con la aplicación del Derecho extranjero, se encuentra en la teoría de la *comitas gentium* o cortésia internacional. De acuerdo con la tesis de Huber, los gobernantes de cada Imperio sólo admiten, en virtud de la *comitas*, que se reconozcan derechos adquiridos en un Estado extranjero, siempre que tal reconocimiento no vulnere poderes o derechos de otros gobiernos o de sus súbditos. Es en esta última excepción donde puede apreciarse un atisbo del orden público (Miaja de la Muela, 1979: 134).

Tampoco Joseph Story estuvo ajeno a la noción de orden público. A partir de sus estudios, la doctrina norteamericana elaboró el concepto de *public policy*, previamente tomado de las enseñanzas de Dicey. Para el autor estadounidense, la aplicación de la *Lex loci contractus*, aunque general, no es universal; esta aplicación no tendrá lugar cuando esa Ley sea injusta, atente contra las buenas costumbres, o sea contraria al Derecho público del Estado, la religión, la moral, o el bienestar general de la sociedad (Aguilar Navarro, 1982-II: 200-201).

Para nadie es desconocida la tesis de Federico Carlos de Savigny en relación con este tema. En el tomo VIII de su *Sistema de Derecho romano actual*, el gran Maestro de Berlín fundamenta la aplicación de Derecho extranjero en la existencia de una comunidad jurídica internacional, la cual deja de funcionar ante las normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria y la institución desconocida (Savigny, 1879: T. 6, 138-139).

El problema, tal como lo reconoció el propio Savigny, está en determinar los límites precisos de tales excepciones, y a éste hemos de añadir el de su relación con la noción de orden público. Ya en otras oportunidades (Madrid Martínez, 2000: 117) hemos referido que las normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria son el inicio de lo que la doctrina moderna ha denominado normas de aplicación inmediata o necesaria (Franciscakis, 1966); sin embargo, es frecuente encontrar en los estudios sobre el orden público, una referencia a su doctrina. Algunos afirman que el concepto de normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria, cae plenamente dentro del concepto de orden público (Miaja de la Muela, 1979: 343). También ha habido quien considere que las normas imperativas y la institución desconocida son una concreción de la noción de orden público (Aguilar Navarro, 1982-II: 201).

No dejamos de reconocer ciertos atisbos de orden público en ambas acepciones. Tanto el orden público, como las normas de aplicación necesaria y la institución desconocida, protegen ciertos principios del ordenamiento jurídico que el Estado se interesa en mantener a salvo de la aplicación de un Derecho extranjero incompatible; pero las condiciones que activan cada mecanismo son, a todas luces diferentes.

Ahora bien, en la obra de Pascuale Stanislao Mancini, sí se observa una referencia directa al orden público, pero en una concepción bien particular. El autor italiano buscó un correctivo a la excesiva aplicación del Derecho extranjero a que daba lugar el principio de la nacionalidad, base de su doctrina, en la noción de orden público.

Para Mancini, el orden público comprende, en su acepción más amplia, el respeto de los principios superiores de la moral humana y social, tal como son entendidos y profesados en aquel país, las buenas costumbres, los derechos primitivos inherentes a la naturaleza humana y las libertades, a las cuales ni las instituciones positivas, ni ningún gobierno, ni los actos de la voluntad humana podrían aportar derogaciones válidas y obligatorias para estos Estados. Si las leyes positivas de un Estado, una sentencia extranjera o los actos o contratos celebrados en el extranjero violan estos principios o estos derechos, cada soberanía, lejos de aceptar estos ultrajes a la naturaleza y a la moralidad humana puede, a justo título, negarles todo efecto y ejecución en su territorio. Así ocurre con la esclavitud, la poligamia y otras instituciones extranjeras que, en vano, se intentaría hacer aceptar y entender en otros países (Mancini, 1874: 295 ss).

El orden público constituye, en la doctrina del jurista italiano, una noción autónoma y su función es justificar la aplicación de una serie de

normas imperativas internas; es una conexión como lo es la autonomía de la voluntad o la nacionalidad. De tal concepción deriva su particular clasificación de las leyes en tres grupos. El primer grupo referido a las leyes necesarias, las cuales tienen por objeto el estado y capacidad de las personas y están sometidas a la Ley nacional; el segundo contiene normas voluntarias relativas a los negocios y bienes, y se encuentra regulado por la Ley elegida por las partes. Finalmente, el tercer grupo, fundado en razones de soberanía, está constituido por las leyes que tutelan y garantizan el orden público y la ordenación de los poderes públicos, razón por la cual tienen carácter territorial.

De esta manera, el orden público no es un límite a la aplicación de la Ley extranjera, sino un criterio de aplicación de la *Lex fori*, por ello se le atribuye una función positiva. Aquellas normas de naturaleza positiva rigurosamente obligatoria de Savigny devienen en Mancini como normas de orden público (Bonomi, 1998: 67-68). No cabe duda que, en opinión del maestro italiano, la noción de orden público lleva, indefectiblemente a la aplicación de la Ley del foro, pero por razones diferentes a las que conducen a su aplicación, cuando en el Foro sea localizada la relación de que se trate, por acción de una conexión típicamente territorial como lo es la *Lex rei sitae*. En este caso, por ser comúnmente competentes los tribunales del lugar de ubicación del inmueble, resultará aplicable la *Lex fori*.

En Alemania, por su parte, nació una nueva figura que cambiaría la óptica del orden público: la cláusula de reserva o *Vorbehaltsklausen*. Kahn inició los trabajos y fue seguido por von Bar y Zitelmann. El orden público no sería una conexión autónoma, sino un mecanismo para rechazar la *Lex causae* extranjera, cuando ésta resultare chocante o inadmisibles en el foro. Aparece en este ambiente el artículo 30 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán de 1900, norma que claramente refleja la nueva concepción¹⁸³.

Kahn afirmó que el orden público delimita la parte del Derecho interno que cada Estado excluye del funcionamiento del sistema conflictual, en los casos que presenten elementos de extranjería. Toca entonces al juez corregir la falta de previsibilidad del legislador al construir su sistema, rechazando las normas extranjeras que contraríen las exigencias indeclinables del foro (citado en Miaja de la Muela, 1979: 415). Con su tesis se

¹⁸³ Ley de Introducción al Código Civil alemán, Art. 30: "La aplicación de una Ley extranjera es excluida cuando esa aplicación sea contraria a las buenas costumbres o al objeto de una Ley alemana".

afirma progresivamente, sobre el plano funcional, una concepción puramente negativa del orden público, entendiéndose como un remedio excepcional a la aplicación del Derecho extranjero. Desde el punto de vista de su contenido, el orden público se nutre de los principios fundamentales e irrenunciables del ordenamiento jurídico (Bonomi, 1998: 69).

Por su parte, von Bar, en su *Theorie und Praxis des Internationalen Privatrecht* (1889), definió el orden público como una “*válvula de seguridad*” (*Sicherheitsventil*) contra el resultado indeseable de la aplicación de una *Lex causae* extranjera. Zitelmann (*Internationales Privatrecht*, 1897) generalizó la expresión “*cláusula de reserva*”. En ambos autores se reafirma la función negativa del orden público, como mecanismo de rechazo del Derecho extranjero.

En suma, en contraposición con las tesis italianas, la doctrina germana insiste en la idea de la excepcionalidad del orden público, en su carácter limitado y restringido, en su carácter esencialmente negativo.

2. Presupuestos de actuación

En la actualidad, se ha entendido que el orden público es una excepción, por lo que no es posible su intervención sin el juego de la norma de conflicto. No estamos ante este supuesto —en opinión del profesor Parra-Aranguren (1998-I: 126)— cuando la controversia debe ser resuelta a través de una norma de aplicación necesaria. Nosotros añadiríamos los casos en que la controversia es resuelta a través de la aplicación de una norma material especialmente destinada a resolución de supuestos con elementos de extranjería, caso en el cual tampoco llega a aplicarse la norma de conflicto del juez.

En segundo lugar, es necesario que la norma de conflicto conduzca a la aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero. Resulta obvio que la reacción chocante en nuestro ordenamiento jurídico se produce por la actuación, en nuestro territorio, de una norma foránea. Cuando la *Lex fori* es la única que tiene competencia —estima acertadamente Sánchez-Covisa (1976: 446)— no nos encontramos ante un caso de orden público, sino de aplicación pura y simple de la *Lex fori*, como ley competente para conocer de la correspondiente relación. Paradójicamente, la intervención del orden público que requiere la actuación de una norma de conflicto bilateral, entorpece la misión de ésta al excluir el Derecho que la misma ha señalado.

Finalmente, la aplicación del Derecho extranjero debe producir resultados manifiestamente incompatibles con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro. En todas las convenciones que, en el seno de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, han sido negociadas, puede verse la expresión “*manifiestamente*”. También puede verse este término en la fórmula empleada por la Conferencia de La Haya. En el Derecho comparado se presenta en los artículos 6 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán¹⁸⁴ y 3081 del Código Civil de Québec¹⁸⁵; llama la atención el artículo 7 del Decreto Ley húngaro sobre Derecho internacional privado, que luego de declarar que “*Deberá descartarse la aplicación del Derecho extranjero, si esta aplicación es incompatible con el orden público húngaro*”, deja claro que “*la aplicación del Derecho extranjero no podrá ser excluida por la sola razón de que el sistema socioeconómico de ese Estado extranjero se aparte del sistema húngaro*”; es evidente que no ha de tratarse de una simple diferencia, sino de una seria incompatibilidad.

Esta condición se verifica —ha dicho Parra-Aranguren (1998-I: 127) recogiendo la opinión mayoritaria— no considerando el Derecho extranjero en abstracto, sino considerando el resultado de su efectiva aplicación para resolver la controversia concreta. No es relevante que la norma extranjera sea diferente e incluso contraria a la correspondiente norma material del foro, es necesario que se produzca una verdadera y manifiesta lesión a los principios fundamentales. Aun tratándose de una simple diferencia o contrariedad con una norma interna que tenga carácter imperativo —estima Sánchez-Covisa (1976: 446-447)— no podrá intervenir el orden público en el Derecho internacional privado; permitir su intervención en este caso sería confundirlo con el orden público en el Derecho interno, corriendo “*el riesgo de destruir el contenido y los valores del sistema conflictual*”.

Ahora bien, examinando en concreto la contrariedad manifiesta del Derecho extranjero, y no en abstracto, parece posible que una misma disposición del Derecho extranjero pueda contrariar en unos casos nuestros principios fundamentales, y en otros no. No debe hacerse entonces, un

¹⁸⁴ Ley de Introducción al Código Civil alemán, Art. 6: “La regla de derecho de un Estado extranjero será descartada, cuando su aplicación conduzca a un resultado manifiestamente incompatible con los principios fundamentales del Derecho alemán. Especialmente cuando su aplicación es inconciliable con los derechos fundamentales”.

¹⁸⁵ Código Civil de Québec, Art. 3081: “La aplicación de las disposiciones de la ley de un Estado extranjero está excluida cuando ella conduce a un resultado manifiestamente incompatible con el orden público tal como está entendido en las relaciones internacionales”.

juicio de valor al Derecho extranjero considerado como un todo, es necesario verificar las consecuencias que su aplicación produce en relación con un caso concreto.]

No basta, sin embargo, la manifiesta contrariedad del resultado de la aplicación del Derecho extranjero, con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del juez; es necesario, además, que exista alguna conexión con el foro para que pueda activarse la cláusula de reserva. No puede producirse un verdadero resultado chocante si la causa nada tiene que ver con el foro. Quizá el primero que se refirió a esta exigencia fue Kahn con su noción de *Inlandsbeziehung*; adoptada por los suizos con la forma de *Binnenbeziehung*. En Francia, Foyer se refirió a *l'ordre public de proximité* por oposición a *l'ordre public d'éloignement*. En definitiva, tanto más próxima e íntimamente vinculada a la *Lex fori* estuviese una relación jurídica, aun siendo aplicable el Derecho extranjero al caso concreto, tanto más toma en cuenta el juez una consideración de ese Derecho en relación con sus principios fundamentales.

Esta exigencia ilustra la relatividad del orden público, y refleja su carácter nacional; además, la *Inlandsbeziehung* se conecta directamente con la importancia que para el foro reviste el principio lesionado. Así, existen principios que no toleran, en ningún caso, una derogatoria, es el caso de la prohibición del comercio de estupefacientes o de la trata de mujeres; otros principios, en cambio, toleran no ser salvaguardados en todas las hipótesis; su juego estará limitado en función de un objetivo estrechamente vinculado con situaciones propias del orden social y económico del foro: las reglas de protección social de la familia, los trabajadores o los arrendatarios, sólo han de imponerse en la medida en que su objeto de protección se halle en el foro (Bucher, 1995: 189-191).

Definir este elemento no resulta sencillo, Bucher estima que se trata de un concepto indeterminado cuya existencia, extensión y la propia necesidad de su determinación depende, en todo caso, del propio orden público (Bucher, 1995: 192). Batiffol y Lagarde (1993: T. I, 576) definen la *Inlandsbeziehung* como una conexión subsidiaria, condicionante de la aplicación de ciertas normas materiales del foro, con lo cual se corrige, en esta medida, la insuficiencia de las normas de conflicto.

Gonzalo Parra-Aranguren no duda de la utilidad de esta noción para reafirmar el carácter excepcional del orden público, tratando de evitar con ello los abusos de parte de los jueces. “Pero también es preciso admitir –concluye– que no suministra una indicación precisa de todos los casos en

los cuales debe intervenir la noción de orden público” (Parra-Aranguren, 1998-I: 137).

Ahora bien, no existe en nuestro sistema de Derecho internacional privado, ni la jurisprudencia lo ha considerado, una referencia a la necesidad de un vínculo con el territorio nacional para que se active la cláusula de orden público. Sin embargo, con la expresión “*manifiestamente*” que se encuentra en la mayoría de nuestras fuentes, reforzándose así el carácter excepcional de la cláusula, resulta claro que el resultado de la aplicación de una norma extranjera en Venezuela sólo es manifiestamente incompatible con nuestros principios esenciales, cuando los efectos, de alguna manera, se proyectan sobre nuestro ordenamiento jurídico, cuestión que sólo puede ocurrir si existe un vínculo efectivo con Venezuela.

3. Características

En primer término, puede entonces decirse que el orden público no es internacional, a pesar de que hoy día podamos hablar de un orden público transnacional, noción especialmente utilizada en materia de arbitraje (Lalive, 1986: 323 ss., Racine, 1999). En segundo lugar, los principios protegidos por el orden público varían en tiempo y espacio; dado que los mismos son particulares a cada Estado y están sujetos a evolución continua, de lo cual se deriva la necesidad, en relación con su variabilidad en el tiempo, de su actualidad; término acuñado por Pillet (1923: T. 2, 200-201) y desarrollado posteriormente por la doctrina (De Angulo Rodríguez, 1972) para referir que el principio de irretroactividad que cubre las normas jurídicas, no alcanza a los principios generales; de manera que la verificación de compatibilidad de los resultados de la aplicación del Derecho extranjero habrá de hacerse con los principios fundamentales vigentes al momento de realizarse tal operación.

El orden público es también flexible, pues constituye un juicio de valor que corresponde al juez concretar, teniendo en cuenta el grado de perjuicio que ocasiona el Derecho extranjero en el foro, en relación con cada caso concreto. Establecer una cláusula de excepción suficientemente flexible es –en opinión de Vallindas (1950: 58-59)– indispensable, pues gracias a ella se pueden reducir los supuestos de intervención del orden público. No es justo –continúa– que la reserva de orden público esté contenida en cuadros legislativos rígidos, sino que debe gozar de la suficiente flexibilidad, para

que puedan considerarse todas las circunstancias de cada caso antes de decidir su aplicación.

Definitivamente es excepcional, por ello su aplicación debe hacerse de la forma más restringida posible, de manera que la limitación al Derecho extranjero proceda sólo en los casos de manifiesta incompatibilidad con los principios fundamentales de un orden jurídico.

Finalmente, de él puede decirse que tutela resultados y no normas jurídicas abstractas, corrige soluciones en atención a los más esenciales patrones de justicia de un determinado ordenamiento; protege, en otros términos, los principios fundamentales de cada ordenamiento jurídico.

4. Principios fundamentales del ordenamiento jurídico

Teniendo presente que para la intervención del orden público es forzosa la manifiesta incompatibilidad con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, se hace necesario determinar cuáles son esos principios, y para entender su significado es a su vez necesario comenzar por definir lo que ha de entenderse por "*principio*". "*Principio*", en opinión de Betti (1971: 283), se contrapone conceptualmente a toda idea de "*acabamiento*", de consecuencia precisa y, por ello, a la noción de norma completa y formulada; su función es afirmar las orientaciones e ideales de política legislativa en los cuales todo Derecho positivo, históricamente considerado, encuentra sus ideas maestras, pero no sus fuentes formales, comportando una acentuación variable según las épocas, las situaciones históricas y la conciencia social llamada a apreciar su valor.

Conocida es la duplicidad de acepciones que les atribuyó Esser (1961: 6-11). Para el autor germano, los principios pueden definirse, en primer lugar, como aquellos en los cuales se fundamentan las normas y que constituyen las bases inderogables de un ordenamiento jurídico; en este sentido nos ayudarán a delimitar los casos en que se produce la evicción del Derecho extranjero por razones de orden público. En segundo lugar, los principios serán entendidos como aquellos que derivan de la norma, de la costumbre o de las necesidades de solución de un caso concreto; considerados, desde este punto de vista, como una fuente supletoria del Derecho. A tal acepción se refiere, en nuestro sistema, el artículo 1 de la Ley de Derecho Internacional Privado al establecer que, ante una laguna normativa, el operador jurídico deberá recurrir a "*los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados*".

Desde esta óptica, debemos considerar que no todo principio tiene el carácter de fundamental. En Venezuela, por ejemplo, la transmisión consensual de la propiedad es un principio general (Art. 1.161 CCV), pero éste puede ser derogado por la autonomía de la voluntad o por la aplicación de un Derecho extranjero, lo cual excluye todo carácter de orden público, ya sea interno o internacional.

El problema está, precisamente, en la determinación de los principios fundamentales y, en torno a éste, ha girado la historia del orden público como mecanismo de protección de tales principios. En tal sentido, intentos de precisión no han faltado; el primero se verifica en su confusión con la noción de territorialidad que nace de la obra de Mancini. Recordemos que para el autor italiano resulta conveniente establecer una lista de materias de orden público en las que, *a priori*, habrá de aplicarse el Derecho del juez.

Por influencia de Mancini, en 1893, casi cuarenta años antes de elaborar su Código, Sánchez de Bustamante y Sirven realizó su propio intento de dar contenido al "*orden público internacional*" (1893: 181 ss.), y tal intento cristalizó precisamente en el Código, al cual haremos referencia *infra*. Sin hacer una lista exhaustiva, los artículos 14 y VIII, de los Códigos Civiles de Argentina y Nicaragua, respectivamente, excluyen la aplicación del Derecho extranjero, cuando éste se oponga al Derecho público y criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres; cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu del propio Código; cuando las normas extranjeras fueren de mero privilegio; o cuando la legislación interna se revele como más favorable a la validez de los actos. Pero, ante los inconvenientes propios de esta técnica, la doctrina argentina se las ha arreglado para que esta norma, a mitad de camino entre una excepción y una enumeración, se entienda como una cláusula de reserva, entendiéndola como protectora del espíritu de la legislación argentina (Boggiano, 1993: 222).

En la búsqueda de los principios fundamentales salvaguardados por el orden público, no es poco frecuente la referencia a las leyes de Derecho público. La doctrina clásica ha remarcado la territorialidad de las normas de Derecho público, en el sentido que el tribunal sólo aplicará las normas que, revistiendo tal carácter, hayan emanado de su propio legislador (Carrillo Salcedo, 1976: 31). Pero en la actualidad, la complejidad con que se presentan las relaciones jurídicas, aunado a la imposibilidad de separar tajantemente los ámbitos del Derecho público y del Derecho privado, hacen imposible ignorar las normas de naturaleza pública contenidas en la

Lex causae. La necesidad de dar una respuesta global al problema planteado nos impide seguir aferrados a la absurda idea de la territorialidad.

Sin embargo tal tendencia ha dejado su huella; así, el artículo 5 del Código Bustamante califica como de “orden público internacional” a los preceptos de Derecho político y administrativo. Con relación al Derecho político, Bustamante ha escrito que “en cuanto orgánico del Estado, no es posible que coexistan dos en un mismo territorio, y excluye, por tanto, las prescripciones de toda legislación extranjera”. El Derecho administrativo, por su parte, en cuanto se propone “la realización de los servicios públicos y la organización del poder ejecutivo para ese efecto”, también es de orden público internacional. En similar tendencia se alinearon, como hemos reseñado, Argentina –Código Civil, Art. 14(1)– y Nicaragua –Código Civil, Art. VIII(1)– al establecer, en normas bien similares, que el Derecho extranjero no será aplicable cuando su aplicación se oponga al Derecho público de la República.

No debemos olvidar que, dentro del Derecho público existen ciertas disposiciones que podrían revestir el carácter de fundamentales para un ordenamiento jurídico determinado. En este sentido, la doctrina refiere que los principios constitucionales constituyen una referencia básica para la determinación de los casos en que debe producirse la evicción del Derecho extranjero (En este sentido: Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo, 1998: 385; Strenger, 1999: 450; Calvo Caravaca y Carrascosa González, 2000: T. I., 257; Guzmán Zapater, 1998: 166).

Debe además considerarse que no puede afirmarse que todos los valores recogidos en las normas constitucionales revistan el carácter de principio fundamental. Por ejemplo, puede admitirse en el caso de las normas constitucionales referidas a los derechos fundamentales; y podría discutirse en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales.

Sin embargo, tal es la calificación que se les endosa en el artículo 4 del Código Bustamante. La territorialidad vuelve a ser la razón fundamental de esta afirmación. Al comentar esta disposición, Bustamante (1943: T. I, 213) no ve otra manera de entender los preceptos constitucionales: son de orden público internacional y “deben serlo necesariamente, ya que no se concibe que dejen de aplicarse en toda su integridad a cuantos residan en el territorio. Esto no impide que algunos de ellos estén dictados sólo para los nacionales o para los ciudadanos, ya que entonces el orden público internacional prohíbe a los extranjeros utilizarlos directamente y con mucha más razón sustituirlos por la regla respectiva del Derecho constitucional de su país”.

Ahora bien, “La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos”. Tal es el postulado del artículo 22 de la Constitución de la República de 1999; lo cual extiende considerablemente el radio de acción del orden público, en los casos de aplicación del Código Bustamante.

En el Derecho comparado, podemos observar como el artículo 6 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán hace mención expresa a los derechos fundamentales, como un caso especial que los jueces han de tomar en cuenta al aplicar el Derecho extranjero. Mención que ha sido calificada como de “ninguna novedad”, pues tal había sido la tesis del tribunal constitucional alemán (Jayme, 1991: 229). En tal sentido, resulta paradigmática una sentencia de 04 de mayo de 1971 en el caso de los divorcios españoles (RabelsZ, 1972: 145 ss.), la cual establece que las disposiciones del Derecho internacional privado alemán y la aplicación del Derecho extranjero determinado mediante tales normas, deben ajustarse en cada caso concreto a los derechos constitucionales fundamentales. En este caso se evocó el derecho fundamental de libertad de contraer matrimonio para desatender el Derecho español aplicable que no otorgaba validez al divorcio anterior de un español, que pretendía contraer nuevo matrimonio con una alemana en Alemania.

En definitiva, no parece ser el legislador, estatal o supranacional, el llamado a la determinación precisa de aquellos principios que podrían verse vulnerados por los resultados de la actuación de un Derecho extranjero en el foro. Así lo han admitido la Conferencia de La Haya y el Instituto de Derecho Internacional, los cuales, luego de haber tratado de elaborar sus respectivas listas, y tal vez convencidos de la imposibilidad de esa tarea, abandonaron el intento de formular reglas apriorísticas sobre las materias que comportan la actuación del mecanismo del orden público.

La determinación de los principios fundamentales queda entonces en manos del juez, pero su poder no ha de traducirse como arbitrariedad en la construcción de nociones de orden público, sino como una libertad de apreciación; lo cual no deja de lado el peligro de cierta subjetividad en su actuación. Por ello, es recomendable que la jurisprudencia, en su carácter de órgano de la conciencia social de la época (Betti, 1971: 292), realice tal labor, como una orientación de la tarea del juez.

Esta labor de concretización de los principios protegidos por el orden público no resulta sencilla. Y en tal sentido no debemos dejar de mencionar

la propuesta de Erik Jayme. El autor alemán propuso diversos pasos para concretizar esos principios fundamentales de manera de brindar al juez un parámetro a seguir para determinar en qué supuestos, a causa de la intervención del orden público, debe excluirse el Derecho extranjero. Tales pasos son, en primer lugar, la determinación del sentido y propósito del Derecho extranjero; el examen de la debilidad de la política legislativa de la norma jurídica extranjera; un estudio de Derecho comparado; además aconseja tomar en cuenta la relevancia de la norma jurídica nacional; y finalmente la determinar la vinculación interior. *“Ellos facilitan una fundamentación comparable de sí y cuando debe intervenir el orden público. Ningún paso tiene valor por sí solo”*. (Jayme, 1991: 215-270).

En definitiva, no siendo fundamentales todos los principios generales, quedan descartados los principios de carácter eminentemente técnico, sin connotación teleológica o ética, cuyo respeto no es necesario para asegurar la coherencia de un ordenamiento jurídico. Cuando el principio reviste carácter fundamental, pasa a operar de manera negativa, esto es, constituye un límite a la validez de un precepto jurídico, sea nacido de una manifestación de voluntad –orden público en el Derecho interno–, sea contenido en el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto –orden público en el Derecho internacional privado– (Bonomi, 1998: 201-202).

II. EFECTOS DE LA ACTUACIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

1. Evicción del derecho extranjero

Es entonces el desplazamiento del Derecho extranjero competente, el efecto principal de la actuación del orden público. Una vez que el operador jurídico ha valorado los efectos adversos que, al aplicar una norma extranjera, se producen con relación a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico, debe decidir el destino del Derecho extranjero.

Hemos de tener presente que la actuación del orden público no se produce por el posiblemente adverso contenido abstracto del Derecho extranjero; debe considerarse –como ya hemos sostenido– que su actuación depende más bien de los resultados que en el foro produzca ese Derecho extranjero. Lo decisivo, entonces, no es el contenido de la ley extranjera, sino el resultado de su aplicación.

En el Derecho comparado podemos apreciar una referencia expresa a los resultados de la intervención del orden público sobre la aplicación del

Derecho extranjero. Por ejemplo, el artículo 6 de la Ley austriaca, expresa que *“no se aplicará una disposición del Derecho extranjero si su aplicación llevare a un resultado que no es compatible con los valores fundamentales del ordenamiento jurídico austriaco”*. También la Ley italiana es clara en este sentido: *“La ley extranjera no es aplicable si sus efectos son contrarios al orden público”*.

En este punto vale la pena reseñar un informe que, sobre *“La función del orden público”*, presentó Didier Operti a la Oficina de Desarrollo y Codificación del Derecho Internacional de la OEA, en julio de 1980, en el cual se reafirmó que no ha de entenderse al orden público como un *“mero efecto del simple cotejo normativo, sino como un resultado del proceso de identificación de principios, el cual constituiría, en todo caso, un procedimiento excepcional”*. Así, el rechazo al Derecho extranjero se producirá cuando los principios que sustentan su solución, chocan o coliden con los principios que sustentan la solución del Derecho interno. Debe igualmente considerarse que no todas las soluciones del propio Derecho reposan sobre principios de orden público; mas existe una desafortunadamente generalizada tendencia a convertir al orden público en *“un leviatán que todo lo abarca y que determina que prácticamente todos los derechos nacionales sean identificados con él”*. *“La clave del Derecho internacional privado –se sostiene acertadamente en el informe– es la tolerancia hacia el Derecho extranjero y el examen del Derecho extranjero con miras a su aplicación, cuando procede, y no a su desconocimiento bajo forma de rechazo previo o anticipado”* (Operti, 1981: 14-15).

Ahora bien, siendo el juez garante natural de su propio sistema jurídico, resulta lógico que éste se vea obligado a proteger los principios que fundamentan su propio Derecho. Para explicar que normalmente el orden jurídico de referencia es el del foro, Lagarde nos recuerda que las relaciones de Derecho internacional privado no son relaciones puras, por ello la norma de conflicto determina, entre los Derechos interesados en su regulación, aquel que considera más idóneo, lo cual no significa que esa sea la mejor elección; cuando tal ordenamiento resulta ser uno extranjero y se produce un resultado poco satisfactorio, chocante, el juez puede devolver al Derecho del foro la competencia legislativa de que la norma de conflicto lo había privado; por ello resulta lógico e indispensable –a juicio de Lagarde– que el juez tome como referencia las concepciones jurídicas del foro para descartar, a nombre del orden público, la norma extranjera normalmente competente (Lagarde, 1959: 169-170).

Así, tales principios generalmente pertenecen al ordenamiento jurídico del juez; mas no necesariamente ha de ser siempre así. Por una parte, no se excluye que pueda el operador jurídico convertirse en protector de los principios fundamentales de un ordenamiento jurídico extranjero, a través del llamado efecto reflejo del orden público, verificado en los casos de reenvío de segundo grado; y por otro, deben considerarse el llamado orden público transnacional y los supuestos de ordenamientos jurídicos plurilegislativos. Con relación a este último punto, considérese que en Estados Unidos la *full faith and credit clause* no impide el recurso al orden público; mas en Australia la Alta Corte ha establecido que se considera contrario a la Constitución no reconocer una sentencia de un Estado "hermano", sobre la base del orden público (Maury, 1952: 130).

2. Integración de la laguna dejada por el derecho extranjero

El Derecho extranjero cuya aplicación resulta intolerable en el foro, es el llamado, de acuerdo con el sistema conflictual del juez, a regular la relación jurídica controvertida; por ello, al ser descartado se produce una laguna que el operador jurídico está llamado a integrar. Frente a tal situación, cabe preguntarse ¿cuál es la norma llamada a integrar la laguna? La respuesta depende de la tesis que se adopte. La escuela italiana afirmará que ha de aplicarse el Derecho del foro; para los alemanes la cuestión no es tan sencilla. La solución sustitutiva depende, en todo caso, de la manera en que cada escuela entiende la naturaleza del orden público.

En el seno de la escuela italiana, donde resulta cuestión normal la aplicación del Derecho del foro en sustitución de la norma extranjera, el Derecho material interno tiene un valor general, mientras que el sistema conflictual tiene un valor excepcional para las relaciones con elementos de extranjería: si la excepción no puede jugar, se aplicará automáticamente la regla.

Ahora bien, siendo la cláusula de reserva una disposición excepcional, como tal ha de interpretarse de manera restrictiva: sólo si no se encuentra solución en el propio Derecho extranjero podrá recurrirse a la *Lex fori* (Makarov citado en Parra-Aranguren, 1998-I: 140). Esta tesis, seguida por casi la totalidad de la doctrina alemana, se refleja en la sentencia del *Reichsgericht* de fecha 19 de diciembre de 1922. El caso es que el tribunal debía aplicar el Derecho suizo y una de sus disposiciones declaraba el crédito controvertido como imprescriptible, lo cual fue considerado como contrario a los principios protegidos por el orden público alemán. Ante la

evicción de la norma suiza, el tribunal alemán no recurrió a la norma general sobre prescripción del Derecho alemán, sino a la disposición general del propio Derecho suizo, la cual coincidía con la norma germana, al requerir treinta años para prescribir.

Tal solución ha sido muy criticada. Bástenos en este trabajo la opinión de Operti, para quien "no siendo (el juez) un intérprete auténtico del Derecho extranjero, él es sólo un aplicador del Derecho extranjero y por lo tanto, no está legitimado para buscar la solución dentro del conjunto del orden jurídico extranjero, sino sólo en la norma específica y particular que para el caso concreto se imponga" (Operti, 1981: 23).

Sin embargo, el legislador portugués adopta esta solución, al disponer en el artículo 22(2) de su Código Civil que cuando el Derecho extranjero es descartado por razones de orden público "son aplicables en este caso, las normas más apropiadas de la legislación extranjera competente o, subsidiariamente, las reglas del Derecho interno portugués". En opinión de Moura Ramos, el carácter puramente subsidiario del Derecho del foro y la búsqueda, en la medida de lo posible, de una solución en el sistema designado por la norma de conflicto, refuerzan el carácter excepcional de la actuación del orden público. Lo cual, a su vez, refuerza el principio de tratamiento igualitario entre el Derecho del juez y los ordenamientos jurídicos extranjeros que —en su sentir— inspiran el sistema de Derecho internacional privado portugués; y tiende a reducir al mínimo necesario toda limitación a la ley designada como competente por la norma indirecta del foro (De Moura Ramos, 1999: 368-369).

Por su parte, algunos sistemas en Derecho comparado parecen dar la razón a la tesis italiana; en tal sentido el Código Civil peruano, la Ley austriaca, el Decreto-Ley húngaro y la propia Ley italiana¹⁸⁶, ordenan la aplicación del Derecho del juez; pero esta última sólo después de agotar la posibilidad de aplicar un Derecho "subsidiario". Por el contrario, algunos ordenamientos jurídicos, incluyendo la Ley venezolana y las Convenciones Interamericanas, son silentes al respecto¹⁸⁷, lo cual lleva a los jueces a aplicar normalmente su propio Derecho (Parra-Aranguren, 1998-I: 141).

¹⁸⁶ Código Civil peruano, Art. 2049: "Rigen, en este caso, las normas del derecho interno peruano"; Ley Federal Austriaca de Derecho Internacional Privado, Art. 6: "En su lugar es necesario aplicar la correspondiente disposición del derecho austriaco"; Decreto-Ley húngaro, Art. 7(3): "El derecho húngaro será aplicado en sustitución del derecho extranjero rechazado".

¹⁸⁷ No establecen solución: el artículo 15(II) del Código Civil mexicano, el artículo 6 de la Ley polaca de Derecho Internacional Privado; el artículo 6 EGBGB; el artículo 17 de la Ley suiza y el artículo 8 de la Ley venezolana.

Debe en todo caso considerarse que, en ocasiones, la aplicación de la *Lex fori*, no se debe tanto a razones de orden público como a que existen conexiones preponderantes con el foro que fueron sacrificadas por nuestro legislador cuando determinó una conexión para su norma de conflicto bilateral, que ha llevado al juez a aplicar Derecho extranjero (Audit, 1984: 348). Quizá justamente por esta razón se exige una conexión de la relación con el foro, pues siendo la *Lex fori* la sustituta normal del Derecho extranjero descartado, debe existir algún vínculo entre ella y el foro, para poder justificar su aplicación al caso concreto.

Por otra parte, la ausencia absoluta de la actuación del Derecho del foro parece imposible si consideramos que para descartar una norma extranjera que, por ejemplo, imponga una pena corporal por el incumplimiento de una obligación, se está considerando una disposición, en este caso no escrita, que prescribe dentro de nuestro sistema la imposición de penas exclusivamente de carácter patrimonial, ante el incumplimiento de una obligación.

Aceptando que la norma extranjera descartada sea remplazada por la correspondiente disposición del foro, tal sustitución no debe entenderse como total en el sentido de descartar íntegramente el Derecho extranjero contrario, sino que la misma debe abarcar sólo la norma cuyo resultado sea chocante en el foro. En palabras de Maury (1952: 148), la evicción de la ley competente y la sustitución de la *Lex fori*, que es la consecuencia necesaria, están estrictamente limitadas a las soluciones de la primera contrarias a los principios fundamentales de la segunda. De tal manera, la *Lex fori* sería aplicada, pero sólo en la medida estrictamente necesaria, puesto que la competencia del Derecho extranjero, en cuanto determinada por la norma de conflicto del foro, debe ser en lo posible respetada. Tal parece ser la tesis que adoptó la Casación francesa en decisión de fecha 17 de noviembre de 1964, en la que descartó una norma de Derecho islámico que determinaba la incapacidad para suceder de un ciudadano no islámico y mantuvo, a su vez, la aplicación de una norma del mismo ordenamiento jurídico sobre el cálculo de la cuota hereditaria.

En definitiva, el orden público debe ser valorado como un instrumento de homogeneidad del ordenamiento jurídico del foro. Así lo entiende Carrillo Salcedo (1976: 273 ss.), desestimando la imagen “falsa y errónea” del orden público en la que queda caracterizado como una causa de evicción del Derecho normalmente competente. El orden público no constituye una negativa a la coordinación entre ordenamientos jurídicos; al contrario, es

un requisito de cooperación, una condición para que ésta sea posible y factible.

En todo caso, considérese que la integración de una norma extranjera en el ordenamiento jurídico del foro, puede conducir a un resultado incoherente que sólo puede ser evitado con una modificación de la norma de conflicto, es decir, por una atribución de competencia a la ley del foro y esa —afirma Lagarde— es la función del orden público. Si la *Lex fori* no desplaza totalmente al Derecho extranjero, se aplicará al problema en cuestión una mixtura de textos y de soluciones absolutamente desprovistos de vínculos entre ellos. La solución a este problema tiene dos alternativas —continúa el maestro de París—, o se respeta el carácter sistemático del Derecho extranjero buscándose en su interior la norma sustituta o, en caso de concluirse que la norma chocante es la causa impulsiva y determinante de la legislación extranjera sobre la materia, se la sustituye íntegramente por la *Lex fori*; esta vez se estaría respetando el carácter sistemático del Derecho del juez, misión definitiva del orden público (Lagarde, 1959: 215-217).

Vistas las soluciones aportadas por las escuelas alemana e italiana, nos preguntamos sobre la posibilidad de recurrir a las respuestas que para los casos en que el juez del foro se halle ante la imposibilidad de determinar el contenido del Derecho extranjero, ha diseñado la doctrina. En tal sentido se han propuesto dos soluciones, justamente para evitar la simple aplicación del Derecho propio. La primera, se refiere a la aplicación de un Derecho que podríamos calificar como “subsidiario” y, la segunda consiste en la aplicación de un Derecho “subrogado”.

La primera solución funciona cuando la determinación del Derecho aplicable se hace a través de una norma de conflicto con conexiones subsidiarias; de manera que, ante la incompatibilidad de la aplicación del Derecho extranjero con los principios esenciales de la *Lex fori*, se aplicará entonces la ley seleccionada por la conexión subsidiaria. En este esquema, tanto el Derecho propio como uno extranjero, pueden ser aplicados subsidiariamente. Esta tesis, muy criticada por la posibilidad de conducir a la aplicación subsidiaria de un Derecho que no esté vinculado con la causa, ha sido adoptada por el legislador italiano al establecer, en el artículo 16(2) de la Ley de Derecho Internacional Privado, que se aplicará, ante la evicción de una norma extranjera, “la ley señalada mediante otros criterios de conexión, eventualmente previstos para misma hipótesis normativa”.

La segunda solución consiste en la aplicación del “Derecho subrogado”. Tal tesis fue propuesta en Alemania por Kegel con el nombre de “principio

de la mayor probabilidad' (Kegel, 1982: 308) y en la misma juega un rol preponderante el Derecho comparado. De esta manera, ante la evicción del Derecho extranjero competente, se aplicaría un ordenamiento jurídico perteneciente al mismo círculo. Por ejemplo, si se excluye el Derecho del Estado de Nueva York, se aplicará la ley de otro Estado de la Unión; si el problema se presenta con el contenido de la ley belga, la solución podrá encontrarse en la ley francesa. Surge así el concepto de "pattern law" o "sister law", la cual se encuentra dentro del mismo círculo jurídico.

Esta segunda solución no parece muy acertada para los casos de actuación del orden público, pues el principio de la mayor probabilidad está basado en una ficción legal según la cual la solución subrogada es la misma, o casi la misma, que la recogida por la ley originariamente aplicable, con lo cual esta propuesta encuentra apoyo en los principios generales del Derecho, pues estos representan, en su esencia, soluciones aceptadas por la mayoría de los sistemas legales. Obviamente, si se busca una solución similar podría continuar la incompatibilidad con las bases fundamentales del ordenamiento jurídico del foro.

III. SISTEMA VENEZOLANO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Formulación

Ahora bien, el orden público, tal como está concebido en nuestra Ley, constituye una excepción a la normal aplicación del Derecho extranjero a una relación con elementos de extranjería, cuando ese Derecho extranjero sea "manifiestamente incompatible" con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano. Puede afirmarse entonces, que el orden público es un mecanismo de protección de esos principios fundamentales. El artículo 8 de la Ley prevé:

Las disposiciones del Derecho extranjero que deban ser aplicadas de conformidad con la presente Ley, sólo serán excluidas cuando su aplicación produzca resultados manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.

Norma semejante es totalmente novedosa en lo que a nuestras fuentes internas se refiere; sin embargo, fuentes convencionales como el Código

Bustamante y la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, ya se habían referido a esta institución, aunque desde perspectivas diferentes.

Precisamente, el Código Bustamante ha sido harto criticado por el uso excesivo de esta figura en su superada concepción apriorística. Así, en el Libro Primero del Código Bustamante, "Derecho Civil Internacional", de los doscientos veintidós artículos que lo integran, casi noventa hacen referencia al "orden público internacional", incluyendo las referencias a las expresiones "ley local" y "ley territorial", las cuales, en atención al artículo 3(II), fungen como sinónimo. Una sola norma, el artículo 190, referido a las donaciones en razón del matrimonio, consagra al orden público como una cláusula de reserva.

Materias tan diversas como el derecho a alimentos; la forma y circunstancias del reconocimiento de los hijos; la naturaleza y límites de la facultad de corrección; las formas solemnes de la adopción; las medidas provisionales en caso de ausencia; la obligación del Ministerio Público de solicitar la declaratoria de incapacidad de dementes y sordomudos; las consecuencias de la interdicción; la obligación de alimentos del tutor o curador; las normas relativas al registro del estado civil; las normas generales sobre propiedad y los modos de adquirirla o enajenarla, así como aquellas sobre las aguas del dominio público o privado y su aprovechamiento; las formas de constitución del usufructo; las normas sobre el registro de la propiedad; el momento de transmisión de los derechos sucesorios; las normas que prohíben el testamento mancomunado, ológrafo o verbal y, en general, sobre su forma; los vicios del consentimiento en testamentos; las referidas a la causa ilícita en los contratos; la prohibición de la renuncia a la comunidad de gananciales durante el matrimonio; las disposiciones relativas a la enajenación forzosa por utilidad pública; los efectos de la posesión y de la inscripción entre varios adquirentes y lo relativo al retracto legal; la prohibición de prestar servicios en forma vitalicia; todo lo relativo a los censos; la necesidad de pacto expreso de intereses; las normas sobre depósito necesario y secuestro; los contratos de suerte, juego y apuesta prohibidos o permitidos; la prohibición de transigir o sujetar a compromiso determinadas materias; las disposiciones relativas a la fianza legal o judicial; la prohibición al acreedor de apropiarse las cosas recibidas en prenda o hipoteca; entre muchas otras, figuran en el Código Bustamante como "instituciones de riguroso orden público que excluyen, por tanto, la eficacia extraterritorial de leyes, sentencias y actos público o privados derivados de procedencia

extranjera" (Herrera Mendoza, 1960: 40). Recordemos que han de incluirse, además, los preceptos constitucionales y los relativos a la protección individual o colectiva, establecidos por el Derecho político y administrativo (Arts. 4 y 5), referidos *supra*.

En este contexto –según nos refiere la profesora Maekelt (1998: 40)– “el concepto de “orden público internacional” es utilizado para designar aquellas leyes o normas territoriales que se aplican con carácter excluyente de cualquier Derecho extranjero”. No importa el contenido de la norma extranjera; si se trata de una materia de “orden público internacional”, el juez aplicará su propio Derecho.

Útil, sin ningún género de dudas, podría resultar una lista, pero resulta igualmente cuestionable el hecho de descartar *a priori* el Derecho extranjero en materias de las cuales algunas, ni siquiera reflejan un principio fundamental del ordenamiento jurídico. ¿De qué nos defiende entonces el orden público en un cuadro como éste? Comprender a Bustamante nos obliga a recordar su principal fuente de inspiración: Mancini. Es claro que no se trata de una acción defensiva, sino de la indicación de la aplicación de la *Lex fori* a las relaciones allí enunciadas.

La Convención Interamericana, en cambio, consagra al orden público como una excepción, adoptando una fórmula preestablecida durante las discusiones, en el marco de la Primera Conferencia Especializada Interamericana, celebrada en Panamá en 1975, de la Convención Interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias. De tales discusiones resultó la fórmula que se repetiría en las convenciones adoptadas por la Conferencia, “La ley declarada competente por la presente convención no se aplicará en el territorio de un Estado parte cuando sea manifiestamente contraria a su orden público”¹⁸⁸.

Así, el artículo 5 de la Convención sobre normas generales establece que “La ley declarada aplicable por una Convención de Derecho Internacional Privado podrá no ser aplicada en el territorio del Estado Parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público”.

Al no referirse expresamente a los resultados de la aplicación del Derecho extranjero, podríamos pensar que la fórmula establecida en la Convención Interamericana sugiere un examen en abstracto del mismo, pero cuando el profesor Parra-Aranguren nos relata fielmente los acontecimientos

de la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, afirma que en relación con la cláusula de orden público siempre se consideró “el consenso existente respecto a la necesidad de un mecanismo para descartar la ley extranjera declarada aplicable, cuando su contenido choque, **en el caso concreto**, con principios básicos y fundamentales de la legislación del juez” (Parra-Aranguren, 1979: 177). También la profesora Maekelt se hace eco de esta opinión en sus *Normas Generales*: la actuación de la cláusula exige “la oposición de los efectos de la norma extranjera al orden público del Estado en que debe aplicarse” (Maekelt, 1984: 164).

Ahora bien, tanto las convenciones negociadas a partir de la octava sesión en la Conferencia de La Haya, como en las adoptadas en el seno de la Conferencia Interamericana, se nota la presencia del término “*manifiestamente*”. Para algunos autores, algo sólo es incompatible cuando es manifiesto que lo es, pero la redacción de estas disposiciones podría llevarnos a pensar en una presunta diferencia entre lo incompatible y lo manifiestamente incompatible. La doctrina ha afirmado que con esta expresión se quiere dar el beneficio de la duda al Derecho extranjero, debe realizarse un verdadero juicio de valor para determinar la manifiesta incompatibilidad, dándose siempre, en caso de duda, preferencia al Derecho extranjero (Aubry citado en Parra-Aranguren, 1998-I: 138 ss.); de allí que sea factible preguntarnos acerca del carácter valorativo que pueda tener esta institución y sí, a pesar del tinte negativo que le ha sido atribuido, puede coadyuvar al juez en la búsqueda de la solución equitativa del caso concreto.

Bonnemaison (2002: 49), por su parte, advierte en esta expresión una diferencia “entre no aplicar la ley extranjera cuando perjudica el orden jurídico y social de un país, y la no aplicación de una ley extranjera cuando es manifiestamente incompatible con los principios esenciales del orden público de un país”. En efecto, siendo coherentes con lo antes expuesto, pensamos que en el primer caso –de simple contrariedad– no habría, en el marco de las normas que, en el sistema venezolano, utilizan tal fórmula, la suficiente justificación para descartar el Derecho extranjero; pues justamente la expresión “*manifiestamente incompatible*” le hace ver al juez la necesidad de una violación “*grosera*” de nuestros principios, para que pueda producirse la evicción de la norma extranjera.

El artículo 8 de nuestra Ley de Derecho Internacional Privado, también se refiere directamente la necesidad de obtener “*resultados manifiestamente incompatibles*”. Esta norma “*reserva el rechazo del Derecho*

¹⁸⁸ Actas y Documentos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), Washington, 1975: Vol. II, 160-167.

extranjero sólo a los casos en que su aplicación produzca resultados "manifiestamente" incompatibles con los "principios esenciales" del orden público venezolano forma que adopta adelantándose a las Codificaciones Interamericanas, bajo la influencia de las Convenciones de La Haya y de la doctrina imperante en el país sobre la materia" (Maekelt, 1998: 39-40). Por nuestra parte –y así lo hemos dejado saber en otras oportunidades (Madrid Martínez, 2000: 111)– lo importante para que pueda funcionar el orden público es el resultado concreto de la aplicación del Derecho extranjero.

Sin embargo, ser contrario al orden público –a pesar de ser la expresión que usualmente se utiliza– no parece tener mucho sentido si se la interpreta de manera literal. Siendo el orden público un mecanismo de protección, no estimamos que pueda tener un contenido material, esto es, no hay "principios de orden público". Se trata, más bien de los "principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano", constituyendo el orden público el mecanismo de defensa de tales principios (Madrid Martínez, 2000: 111; Bonnemaïson, 2002: 49). Goldschmidt afina esta idea expresando que "la violación ha de recaer, en primer término, sobre los principios fundamentales del Derecho propio. No es suficiente que ella concierna a cualquier principio, ni a las normas que elaboran los principios" (Goldschmidt, 1980: 152).

En esta línea pueden citarse los artículos 6 de la Ley de Introducción al Código Civil alemán que se refiere a "principios fundamentales del Derecho alemán"; 35 de la Ley de Derecho internacional privado checoslovaca, que se refiere a "principios del orden social de la República Socialista Checoslovaca o de su legislación"; 6 de la Ley polaca, que considera los "principios fundamentales del orden jurídico de la República Popular de Polonia"; y el 6 de la Ley austriaca referido a "valores fundamentales del ordenamiento jurídico austriaco". Llama la atención el artículo 22 del Código Civil portugués que utiliza la expresión "principios fundamentales del orden público internacional portugués".

Además, como nos ha recordado el profesor Goldschmidt, ha de tratarse de principios "fundamentales", "esenciales". Ilustrativa resulta en este punto la opinión de Parra-Aranguren, para quien siendo el orden público una "válvula de escape necesaria", y por ello excepcional, ha de activarse sólo cuando los resultados de la aplicación del Derecho extranjero se revelen como contrarios a "principios básicos y fundamentales de su propia legislación"; protección que no se extiende a principios consagrados en todas las normas imperativas prohibitivas, sino sólo a aquellos que son fundamentales (Parra-Aranguren, 1979: 179).

Precisamente, en relación con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano, la pregunta evidente es ¿Cuáles son y dónde están esos principios fundamentales? Justamente, por la difícil determinación de esos principios se ha preferido una concepción *a posteriori*, frente a una postura *apriorística* que pretende incluir tales principios en un catálogo; lo indicado es más bien averiguar en cada caso concreto si algún principio fundamental merece impedir la aplicación del Derecho extranjero y en qué medida.

El único intento por detectar principios fundamentales en nuestro sistema, lo encontramos en la obra del profesor Lorenzo Herrera Mendoza. El autor venezolano enunció algunos principios, luego de considerar como estrictamente territoriales las normas fiscales y las que rigen el ejercicio de las profesiones y la educación.

Destaca entre estos principios la prohibición de pactos sobre sucesiones aun no abiertas (Art. 1.156 CCV); la prohibición de sociedades a título universal (Art. 1.650 CCV); la limitación del retracto legal a cinco años (Art. 1.535 CCV); lo relativo al enriquecimiento sin causa (Art. 1.184 CCV); al derecho sobre los frutos del que ha poseído de buena fe la cosa reivindicada (Art. 790 CCV); al de cualquier poseedor por las mejoras que han aumentado el valor de la cosa ajena (Art. 792 CCV); a la obligación de rembolsar al gestor de negocios (Art. 1.176 CCV); y a la de restituir lo pagado indebidamente (Art. 1.178 CCV); también el principio según el cual la posesión vale título frente a terceros de buena fe (Art. 794 CCV); etc. (Herrera Mendoza, 1960: 50-51).

Notemos que los "principios" enumerados por el autor se ven reflejados en normas contenidas en el Código Civil. Nosotros tenemos una duda ¿Qué es lo que caracteriza a los principios protegidos por el orden público que les hace tolerar un Derecho diferente –cosa que no ocurre con las normas de aplicación necesaria– mas no contradictorio? ¿Por qué han de esperar a ser violados para hacerse presentes?

Pensemos, tomando en cuenta uno de los ejemplos del profesor Herrera Mendoza, en una persona que acude a juicio reclamando la repetición de lo que ha pagado sin causa en otro Estado. Siendo fundamental el principio según el cual todo pago supone una deuda y estando además positivado en una norma jurídica, ¿debería el juez aplicar directamente el artículo 1.178 del Código Civil, sin verificar siquiera el contenido del Derecho a que le conduciría el artículo 33 de la Ley de Derecho Internacional Privado? Es perfectamente posible –porque esa es una de sus funciones– que un principio se refleje en una norma, pero el orden público no protege normas sino

principios, precisamente el principio reflejado en la norma; la disposición positiva entraría en juego para sustituir al Derecho extranjero desplazado; pero la evicción de este último no se ha producido por la manifiesta incompatibilidad con la norma, sino con el principio que bajo ella subyace.

Podemos pensar, igualmente, que estos principios fundamentales también arropan, tácitamente, las normas extranjeras, de manera que se consideran dentro de su radio de acción aquellas normas conformes, aunque diferentes, con lo cual, indirectamente nuestro principio recibe aplicación. Esta tesis nos acercaría al orden público transnacional.

Finalmente, es importante mencionar, que si bien todas las convenciones interamericanas, a excepción de la que regula lo referente a la información del Derecho extranjero que se refiere a leyes de "seguridad y soberanía", regulan el orden público en su concepción *a posteriori*, armonizando perfectamente con la disposición de nuestra Ley; entonces debemos preguntarnos ¿Cómo encaja el catálogo apriorístico del Código Bustamante dentro de esta moderna concepción del orden público?

La respuesta debe enfocarse desde el punto de vista de la prelación de fuentes en el sistema venezolano de Derecho internacional privado, contenido en el artículo 1 de la Ley, es decir, el juez venezolano, al resolver un caso con elementos de extranjería, debe atender en primer término, a los tratados internacionales, luego si la controversia involucra el ordenamiento jurídico de un Estado parte en el Código Bustamante, pues el juez deberá aplicar el orden público *a priori*. Caso contrario sería si el Estado no es parte en este tratado, supuesto en el cual no nos parece apropiado aplicar esta concepción apriorística como principio de Derecho internacional privado generalmente aceptado.

2. Efectos

Parece entonces claro que, en nuestro sistema, el primer efecto del uso de este mecanismo es el rechazo a la aplicación del Derecho extranjero, luego, las interrogantes que surgen son ¿Todo el Derecho extranjero es rechazado por efecto del orden público? ¿Qué Derecho se aplica en sustitución? ¿Se aplica el Derecho venezolano?

En el sistema venezolano, ante el silencio de las fuentes con relación al Derecho que ha de colmar la laguna, la mayoría de la doctrina ha reafirmado, a través de esta cuestión, el carácter excepcional del orden público. Así, el profesor Bonnemaïson ha expresado que "*la misión del juez se*

orientará hacia la aplicación, en cuanto sea posible, de las disposiciones del Derecho extranjero que estén exentas de todo carácter violatorio. En sustitución de los sectores legales eviccionados, el juez debe dar paso a las reglas del Derecho extranjero que estén desprovistas de elementos manifiestamente incompatibles con los principios esenciales de su orden público internacional" (Bonnemaïson, 2002: 50).

Basándose en las opiniones de Knoepfler y Schweizer, la profesora Maekelt se muestra partidaria de esta solución, apreciando que ella alejaría al juez de la natural tentación de aplicar su propio Derecho, pero no deja de reconocer las dificultades que tal solución le traería (Maekelt, 2000: 86). Por nuestra parte, nos queda sólo ratificar la opinión que ya hemos emitido: el recurso a la *Lex fori* ha de proceder en casos extremos, sólo cuando sea imposible aplicar las demás normas extranjeras (Madrid Martínez, 2000: 113).

IV. ORDEN PÚBLICO EN SEDE DE RECONOCIMIENTO Y EL ARTÍCULO 8¹⁸⁹

Finalmente, debemos referir que en la teoría general del Derecho internacional privado, se ha aceptado que el orden público actúa en dos ámbitos, en el ámbito del Derecho aplicable y en el procesal. En este último esta institución se utiliza para rechazar el reconocimiento de actos extranjeros que violenten manifiestamente los principios fundamentales del ordenamiento jurídico.

Nuestra codificación convencional no es ajena a este requisito para el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras. "*Que no se oponga a las leyes de orden público del país de su ejecución*", es la exigencia que hace el Acuerdo Boliviano en su artículo 5(d); mientras que el artículo 2(h) de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de Laudos y Sentencias Extranjeras exige, respondiendo a las tendencias actuales en materia de orden público, que las decisiones extranjeras "*no contraríen manifiestamente los principios y las leyes de orden público del Estado en que se pida el reconocimiento o la ejecución*".

¹⁸⁹ Notas tomadas de nuestro trabajo "Breves notas sobre el orden público y el reconocimiento de decisiones en el sistema venezolano de Derecho internacional privado", publicado en Temas de Derecho internacional privado, Libro Homenaje a Juan María Rouvier, TSJ, Caracas, Colección Libros Homenaje N° 12, pp. 361 ss.

Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, en su artículo 851(6), condicionaba el reconocimiento a “(q)ue la sentencia no contenga declaraciones ni disposiciones contrarias al orden público o al Derecho público interior de la República”. Sin embargo, nuestra Ley calló respecto a la actuación del orden público en sede de reconocimiento; y tal silencio del legislador ha levantado algunas voces a favor y otras en contra de su consideración.

Durante la Segunda Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado, en 1996, se propuso incluir en el artículo 53 del entonces Proyecto de Ley, un ordinal que consagrara la exigencia del orden público material. Tal propuesta no fue considerada, estimándose que el problema estaba cubierto por la disposición general del artículo 8 de la Ley (Guerra Hernández, 1998: 133).

Recordemos que para autores como Kegel, la institución del orden público puede operar en Derecho Procesal para denegar el reconocimiento a decisiones extranjeras, sea mediante disposiciones procesales especiales o bien mediante cláusulas generales (Kegel, 1982: 320); esto podría llevarnos a pensar, efectivamente, en la posibilidad de aplicar el artículo 8 de la Ley para justificar la intervención del orden público en sede de reconocimiento, tesis considerada por parte de la doctrina (Bonnemaïson, 2002: 135-136; Rouvier, 2001: 225-226).

A simple vista esta podría ser una interpretación correcta, pero debemos ir más allá, hemos de tomar en cuenta nuestra evolución legislativa. Ya en otras ocasiones hemos afirmado que la norma que consagraba esta institución en el ámbito procesal fue derogada y el artículo 8 de nuestra Ley se refiere expresamente a la exclusión del *Derecho* extranjero (Madrid Martínez, 2000: 113-114). Pensamos que la mejor manera de interpretar el silencio del legislador en este caso, es entendiéndolo como un *silencio elocuente*; a pesar que la Ley calla, no existe laguna, con lo cual puede afirmarse que la *ratio legis* de esta norma es excluir tal requisito.

Queda, sin embargo, el problema de aquellas decisiones que sean manifiestamente chocantes con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Para estos casos suscribimos la opinión de la profesora Dos Santos¹⁹⁰, según la cual el rechazo de la sentencia en cuestión podrá hallar su fundamento, no en el artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado, sino en el artículo 5 *eiusdem*. Esta última norma ordena el recono-

¹⁹⁰ Opinión sostenida durante el I Taller sobre Derecho Procesal Civil Internacional: Cooperación Judicial Internacional, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 11 de mayo de 2001.

cimiento de las situaciones jurídicas válidamente creadas, salvo “*que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano*”. Recordemos que el reconocimiento de una decisión puede envolver el reconocimiento de una relación jurídica creada conforme a un Derecho extranjero, por tal razón podrá rechazarse la sentencia extranjera haciendo uso de este mecanismo.

Ante las posibles dudas, el comportamiento de nuestro máximo tribunal no ha sido de mucha ayuda. Por ejemplo en decisión de fecha 01 de julio de 1999¹⁹¹, luego de verificar todos los requisitos del artículo 53, la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, examinó el orden público basándose en el artículo 8 de la Ley en los siguientes términos: “...7° Igualmente, debe esta Sala determinar, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Derecho Internacional Privado, si la sentencia tiene manifestaciones incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano...”. En igual sentido se pronunció la propia Sala en fecha 23 de septiembre de 1999¹⁹².

También pueden verse múltiples decisiones en las que la Sala Político-Administrativa no menciona siquiera el requisito de orden público¹⁹³; y otras en las que se verifica que la sentencia no vulnera los principios fundamentales del ordenamiento jurídico venezolano, sin justificar normativamente tal revisión¹⁹⁴. En este último grupo de sentencias encontramos

¹⁹¹ Caso Francisco José Figueredo Flores c. Ewa Malgorzata, CSJ/SPA, Sent. 01/07/1999. Sentencia consultada en <http://www.tsj.gov.ve>.

¹⁹² Caso Armando José Durán y Mary Lou Schiller, CSJ/SPA, Sent. 23/09/1999. Sentencia consultada en <http://www.tsj.gov.ve>.

¹⁹³ Una pequeña muestra puede verse en: Caso Bella Milene Navarro c. Carlos Salgado Valencia, CSJ/SPA, Sent. 13/05/1999; caso Manuel Alejandro Sosa Gámez c. Georgina Macku Bila, TSJ/SPA, Sent. 02/03/2000; caso Andrew John Gibson Moore c. Esperanza Sequera Márquez de Moore, TSJ/SPA, Sent. 23/03/2000; caso Florinda Antonia Pérez de Colina c. Wisgton Nicolás Colina, TSJ/SPA, Sent. 30/03/2000; caso Héctor Rodríguez Martínez c. María Dora Vargas de Rodríguez, TSJ/SPA, Sent. 13/04/2000; caso Nelly Quintero de Fellner c. Reinhold Norbert Fellner, TSJ/SPA, Sent. 29/06/2000. Sentencias; caso Germán Dao Martínez, TSJ/SPA, Sent. 26/06/2001; caso Josefía María Colmenares, TSJ/SPA, Sent. 11/12/2001; caso Rafael Ruggiero Falzanaro, TSJ/SPA, Sent. 07/03/2002; caso Carlos Manuel Lander Siblesz y María Corina Martínez Nucete, TSJ/SPA, Sent. 21/05/2002; caso Ricardo Benigno García Riadigos, TSJ/SPA, Sent. 13/08/2002; caso Lucina Pestana, TSJ/SPA, Sent. 03/10/2002; caso Eduardo García Pérez c. IPA Industria Productos Asfálticos, F. Haas & Cia Scrs., S.A., TSJ/SPA, Sent. 03/12/2002; caso Carmen Josefina Gómez de Nicholson, TSJ/SPA, Sent. 05/12/2002; caso Mercedes Guzmán de Abilmón, TSJ/SPA, Sent. 26/03/2003; caso Arlet Garay, TSJ/SPA, Sent. 02/04/2003; caso Margret Elisabeth Busse de Alfonso, TSJ/SPA, Sent. 02/04/2003; caso Elena Gedeón, TSJ/SPA, Sent. 29/04/2003. Sentencias consultadas en <http://www.tsj.gov.ve>.

¹⁹⁴ “...Adicionalmente queda de manifiesto que la sentencia analizada no contraría preceptos del orden público venezolano”, caso Cielo Quijano c. José Nelson Muñoz Mena, TSJ/SPA Sent. 04/07/2000;

una de fecha 31 de enero de 2002, en la que, de acuerdo al artículo 8 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, califica la materia relativa a la guarda de menores como de orden público; sin embargo se reconoce la supremacía del interés superior del niño como principio orientador fundamental en esta área del ordenamiento jurídico¹⁹⁵. Igualmente puede citarse la decisión de fecha 28 de febrero de 2002, en la que se niega la solicitud de exequátur por considerar que la sentencia bajo examen es insuficiente “*para determinar su contenido y si no es contrario al orden público*”¹⁹⁶.

Igualmente, en materia de divorcio, calificando las causales contenidas en el artículo 185 del Código Civil como de orden público, se busca siempre una identificación del motivo por el cual se ha pronunciado la disolución del vínculo matrimonial en el extranjero con los contenidos en el citado precepto legal. Así, la incompatibilidad de caracteres del Derecho dominicano se asimila a los “*excesos, sevicia o injuria grave que hagan imposible la vida en común*” (Art. 185(3) CCV)¹⁹⁷; y la “*violación grave, culposa y reiterada de los deberes conyugales de cohabitación y cooperación con inherente imposibilidad de vida en común*” del Derecho portugués, con el “*abandono voluntario*” (Art. 185(2) CCV)¹⁹⁸.

Podemos concluir afirmando que ciertamente el juez competente para conocer del reconocimiento de una decisión extranjera, siempre verifica su compatibilidad con los principios esenciales del ordenamiento jurídico venezolano. El punto está en la determinación del fundamento jurídico, el cual, en nuestra opinión, sale del ámbito del artículo 8 de la Ley, para ubicarse más bien en su artículo 5.

CONCLUSIONES

Concluir algo acerca del orden público no parece tarea sencilla. Ya lo afirmó Kahn: el orden público es el aspecto inacabado del Derecho inter-

caso María Inés Delgado de Castillo c. Alfredo Ramón Castillo Silva, TSJ/SPA Sent. 04/07/2000; caso Mariana de los Ángeles Hernández Crespo c. George Murray Sisk III, TSJ/SPA Sent. 04/07/2000. Sentencias consultadas en <http://www.tsj.gov.ve>.

¹⁹⁵ Caso Cristóbal Alejandro Parra Pocaterra, TSJ/SPA Sent. 31/01/2002, consultada en <http://www.tsj.gov.ve>.

¹⁹⁶ Caso Aida Josefina Aranda, TSJ/SPA Sent. 28/02/2002, consultada en <http://www.tsj.gov.ve>.

¹⁹⁷ Caso Fermina del Rosario de González, TSJ/SPA Sent. 12/06/2003, consultada en <http://www.tsj.gov.ve>.

¹⁹⁸ Caso Luis Joao Gomes de Freitas, TSJ/SPA Sent. 26/03/2003, consultada en <http://www.tsj.gov.ve>.

nacional privado. Cosa curiosa, si consideramos que, de los múltiples problemas a que nos enfrenta día a día esta fascinante disciplina, el orden público ha sido uno de los que más se ha estudiado; sin embargo, de él sólo podríamos concluir, de manera contundente, su necesidad y su excepcionalidad.

Es necesario. La continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio, objetivo último del Derecho internacional privado, encuentra un límite en la médula de cada ordenamiento jurídico. Los principios esenciales, fundamentales, de cada sistema han de ser respetados en todos los casos. Mas este obstáculo no debe ser absoluto: no todos los principios que forman parte de un ordenamiento jurídico tienen la suficiente fuerza para provocar la evicción del Derecho extranjero; el orden público no puede activarse si los resultados efectivos de la aplicación de una norma extranjera no se proyectan sobre el foro, cosa que no sucede si no hay una conexión con el Estado del juez. El legislador ha dejado en manos del juez la tarea de determinar la manifiesta incompatibilidad con los principios fundamentales, en cada caso concreto; tarea que ha de desarrollarse considerando los principios esenciales vigentes al momento del litigio. En definitiva, el orden público es excepcional.

También hemos comprobado la imposibilidad de elaborar un catálogo exhaustivo de los principios protegidos por el orden público. La práctica lo ha demostrado. El buen sentido del juez constituye la medida de intervención del orden público, es él el intérprete natural de las bases fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, es él quien deberá decidir, en cada caso concreto, si nuestro sentido de la justicia debe imponerse en relaciones con elementos de extranjería.