

UN SUPUESTO ENIGMA JURÍDICO: EL ORDEN PÚBLICO<sup>1</sup>

Manuel Atienza

## 1.

En el que pasa por ser –y creo que con toda justicia- el trabajo más destacado sobre el concepto de orden público en la civilística española, Federico de Castro se refiere a una serie de opiniones de juristas famosos sobre la categoría en cuestión. Así, tratar de aclarar el concepto de orden público sería “aventurarse en arenas movedizas”; “un suplicio para la inteligencia”; algo equivalente a “cabalgar en un caballo fogoso que nunca se sabe a dónde llevará”; y, en definitiva, una “figura enigmática e imposible de ser definida” (De Castro 1982, pp. 1022-1023).

Una actitud muy parecida puede encontrarse en otros civilistas que, más recientemente, han hecho contribuciones notables a este tema. Un buen ejemplo de ello puede encontrarse en un artículo de Francisco Oliva que, además, se apoya precisamente en el texto anterior, el de Federico de Castro: “No le faltaba razón al insigne civilista, puesto que la delimitación de lo que debe entenderse por orden público siempre ha sido hasta cierto punto un misterio, debido al carácter ciertamente confuso, variable y poco determinado que tiene este ‘concepto válvula’; o más bien a la clara falta de adecuación entre su sentido literal o semántico (como paz social, sosiego público) y su valor, ciertamente artificial e impostado, como criterio técnico-jurídico” (Oliva 2016, p. 334).

Sin embargo, en el tercero de los textos sobre la institución del orden público que oportuna y acertadamente se han seleccionado para este encuentro, el de Santiago Álvarez, el concepto como tal no parece plantearle mayor problema. Arranca, de manera –digamos- natural, de la

---

<sup>1</sup> Este trabajo es una reelaboración de la ponencia que presenté al *III Coloquio entre civilistas y filósofos del Derecho*, celebrado en Santiago de Compostela, el 27 y 28 de noviembre de 2018.

definición de orden público que puede encontrarse en un influyente manual de Derecho internacional privado (el de Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo), que es la siguiente: “El orden público internacional puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado” (Alvarez 2013, p. 150; Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo 2013, p. 156). Aclara luego que ese contenido se integra a partir de valores y principios fundamentales del ordenamiento jurídico de que se trate (o sea, el contenido del concepto es distinto según que estemos ante el orden público internacional español, francés, ruso, etcétera). Y dedica su artículo, en realidad, a revisar cómo están evolucionando, y cómo cabría concretar, las características definitorias de la noción, respecto de las cuales parece existir un acuerdo entre los cultivadores del Derecho internacional privado: la nota de *exclusividad* (cada Estado tiene un contenido propio de orden público); de *variabilidad* (ese contenido es además cambiante); *internacionalidad* (no se trata del orden público interno); y *excepcionalidad* (la función básica que cumple la figura es la de no dar efecto a una sentencia extranjera o no aplicar una ley extranjera, pero para que esto se produzca debe darse una contradicción radical o manifiesta).

¿Estamos entonces o no frente a un enigma? O bien, dado que las categorías de orden público interno y orden público internacional no son coincidentes, ¿cabría decir que el enigma queda acotado a un sector del ordenamiento jurídico? ¿Pero cómo podría ser esto último posible si, en realidad, las dos nociones parecen ser dos maneras distintas de precisar un mismo concepto que se sitúa en un plano más abstracto que los anteriores: el de orden público sin más?

Pues bien, yo no creo que se trate de ningún enigma, esto es, no me parece que la noción resulte de imposible comprensión ni en el campo del Derecho internacional privado, ni tampoco en el del Derecho civil. Pero ocurre que estamos ante una categoría de considerable importancia y cierta complejidad, para cuyo análisis se necesita partir de una concepción del Derecho y echar mano de ciertas herramientas conceptuales que quizás no sean habituales entre los iusprivatistas (incluyendo a los internacionalistas). La tesis que voy a defender aquí tiene por ello algo de paradójico, aunque se trate simplemente de una paradoja aparente: Las claves para resolver el “enigma” se encuentran en los mismos trabajos que he citado, pero esa solución está formulada en ellos quizás de manera menos clara y menos consciente de lo que sería de desear por el déficit (verdaderamente sorprendente: eso sí que me parece a mí casi un enigma) de teoría y filosofía del Derecho que, con las excepciones de rigor, suelen padecer quienes cultivan en España la dogmática jurídica.

2.

Felix Cohen es el nombre de un autor perteneciente al movimiento del realismo jurídico norteamericano que, en los años 30 del siglo XX, escribió un artículo que tiempo después (en 1962) Genaro Carrió tradujo al castellano con el título de “El método funcional en el Derecho”<sup>2</sup>. Las tesis que ahí defiende Cohen son, en algunos extremos, un tanto exageradas y necesitarían ser corregidas y matizadas. Pero hay un párrafo de su trabajo que –creo- nos puede servir aquí muy bien. Es aquel en el que el jurista realista se plantea la cuestión de qué es lo que un investigador puede hacer cuando se encuentra con un “hecho extraño”, y su contestación es como sigue:

---

<sup>2</sup> El título inglés del trabajo era *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*. Se publicó en la *Columbia Law Review* en 1935.

“En general, cuando alguien se da con un hecho extraño y trata de entenderlo, hay cuatro investigaciones que puede emprender.

En primer lugar, nuestro investigador puede *clasificar* el hecho, ya sea colocándole un rótulo arbitrario o percibiendo en él similitudes y diferencias significativas que lo relacionan con otros hechos.

Por otro lado, puede tratar de descubrir la *génesis* del hecho en cuestión, rastrear sus antecedentes históricos.

En tercer lugar, puede indagar por la *naturaleza* del hecho tratando, mediante el análisis lógico, de resolverlo en sus elementos más simples.

Un cuarto enfoque posible trata de descubrir la *significación* del hecho a través de una determinación de sus implicaciones o consecuencias, en un contexto dado, matemático, físico o social” (Cohen 1962, p. 74).

Pues bien, “orden público” puede ser considerado también como uno de esos hechos (en este caso, un concepto) extraños, para cuya comprensión, lo que Cohen parece aconsejar es acudir al cuarto de los anteriores expedientes, que es en lo que consistiría el método funcional por él propugnado. Pero me parece que ese método (al que cabe dar prioridad frente a los otros) se entenderá incluso mejor después de haber pasado por los anteriores.

## 2.1.

Deberíamos entonces empezar por las cuestiones de clasificación. Pero antes de abordarlas directamente conviene dar cuenta de una doble ambigüedad del término “orden público”, a la que ya se ha aludido. Se trata de lo siguiente.

Por un lado, es claro que esa expresión se usa en contextos jurídicos con estos dos significados. A veces se parte del sentido que tiene en el lenguaje ordinario (orden público como paz social, como sosiego público) y se “depura”, se redefine (lo que no deja de plantear problemas<sup>3</sup>), para ser utilizado en campos como el Derecho administrativo o el Derecho penal. Por ejemplo, el Código penal español contiene un título XXII, “Delitos contra el orden público” que incluye conductas tales como la resistencia y desobediencia a la autoridad, los desordenes públicos, la sedición, la rebelión, conductas relativas a organizaciones o grupos criminales o los delitos de terrorismo. Pero otras veces, la expresión “orden público” tiene un significado puramente técnico-jurídico, en el sentido de que es exclusivo del lenguaje jurídico; exactamente, del Derecho privado (interno e internacional) y al que se hacía mención al comienzo. Naturalmente, el que este segundo significado no tenga una correspondencia en la lengua ordinaria no tiene por qué verse como un problema. O, mejor dicho, solo le plantearía un problema a quien tuviera una concepción extremadamente esencialista del lenguaje y pensara (equivocadamente) que cada expresión del mismo sólo debería usarse con un significado, o bien que existe algo así como un sentido primigenio, natural o esencial, de las palabras, que debería respetarse. Es obvio que no es así, pero no es de descartar que algunas de las dificultades que los iusprivatistas ven en la noción de orden público tengan que ver con ello, esto es, con hacerse preguntas que,

---

<sup>3</sup> Vid., por ejemplo, Juanatey 2016 donde, a propósito del código penal español distingue dos nociones distintas de “orden público” ( y de “paz pública”).

simplemente, están mal planteadas, del tipo de ¿Cuál es el verdadero significado, la verdadera naturaleza o esencia jurídica de ...?<sup>4</sup> .

Por otro lado, ocurre que (dentro de esta segunda acepción, exclusiva del lenguaje jurídico) el significado de orden público no es exactamente el mismo cuando aparece como un componente del sintagma “orden público interno”, que cuando se integra en el de “orden público internacional”. Pero tampoco esto parece particularmente problemático, puesto que no es difícil darse cuenta de qué es lo que tienen en común y en qué se diferencian estos dos conceptos de orden público. Lo que tienen en común es que ambas nociones o las palabras que se usan para designarlas (“orden público interno” y “orden público internacional”) aparecen típicamente en lo que podríamos llamar “cláusulas de a menos que”, de manera que cumplen la función de marcar un límite o establecer una excepción: “el contrato que tenga tales y cuales características es válido a menos que se oponga al orden público”; “la costumbre en defecto de ley aplicable regirá a menos que sea contraria al orden público”; “la norma de Derecho extranjero se aplicará a menos que resulte contraria al orden público”; etcétera. Pero el sentido de esas cláusulas (o sea, la determinación de los límites, el que entre o no en funcionamiento la excepción) es distinto en el Derecho interno y en el Derecho internacional, atendiendo precisamente a los valores característicos de una u otra rama del Derecho. Y así, es muy comprensible que los límites sean más estrictos en el ámbito del Derecho interno, pues aquí se trata, como dice De Castro, de que se produzca un “debido ajuste” (De Castro 1982, p. 1030) entre los principios y valores del sistema, o sea, de que el ordenamiento resulte coherente, razón por la

---

<sup>4</sup> Sobre la crítica al esencialismo jurídico sigue siendo útil el clásico texto de Genaro Carrió *Notas sobre Derecho y lenguaje* (Carrió 1965).

cual, como él nos dice, y refiriéndose a los contratos, el orden público no se limita a las normas imperativas, sino que también las normas dispositivas pueden ser en algún caso de orden público si “cumplen la función de realizar los principios latentes en el ordenamiento positivo” (p. 1061),<sup>5</sup>. Mientras que en el Derecho internacional, los límites tienen que ser más laxos, simplemente porque, de otra forma, se atentaría contra lo que en cierto modo es la razón de ser de ese sector del ordenamiento: hacer posible el pluralismo jurídico, facilitar algo así como una coexistencia pacífica entre la pluralidad de ordenamientos jurídicos existentes. Eso es lo que explica, por ejemplo, que a nadie se le ocurra decir que la no existencia de la legítima en el Derecho del *common law* contradice el orden público internacional español<sup>6</sup>: obviamente, las disposiciones sucesorias sobre la legítima (al menos, muchas de ellas) son normas imperativas, pero no reflejan un valor *esencial* del ordenamiento jurídico; si se quiere: un cambio del Derecho sucesorio que acabara con esa institución no se consideraría contrario a la Constitución.

## 2.2.

Y vayamos entonces a las cuestiones de clasificación: ¿Bajo qué categoría conceptual se podría subsumir la de orden público? En principio, parecería que la pregunta admite varias respuestas: del orden público se ha dicho que es (u opera como) una cláusula general, un principio general del Derecho, una válvula de escape, un concepto jurídico indeterminado... Sin embargo, un examen un poco cuidadoso de esas afirmaciones permite,

---

<sup>5</sup> De donde no se sigue que todas las normas imperativas sean de orden público. Sólo lo serían (tanto en el campo del Derecho interno como en el del Derecho internacional) aquellas que tienen una mayor fuerza que las otras porque –para explicar la idea, De Castro acude a Savigny- “tienen sus raíces fuera del puro campo jurídico y están en conexión con fundamentos y fines morales, políticos y económicos” (p. 1031).

<sup>6</sup> Jesús Delgado me hace saber que alguna sentencia del Tribunal Supremo dijo “lo que a nadie se le ocurriría decir”, aunque luego haya habido otras que lo desmintieron: el principio de libre disposición en Derecho sucesorio no va en contra del orden público internacional español.

también sin mucho esfuerzo, llegar a la conclusión de que no es así, o sea, de que no se trata de una cuestión realmente controvertida, simplemente porque todas esas nociones no son entre sí incompatibles; de manera que no habría, por ejemplo, mayor dificultad, me parece a mí, en afirmar que el orden público es un tipo de cláusula general, que tiene las características de los conceptos jurídicos indeterminados, se integra en (o se expresa como) un principio general del Derecho, y funciona como una válvula de escape.

¿Pero qué quiere decirse exactamente con todo eso? ¿Cómo se integran todos esos elementos en un todo coherente? Me parece que, para llevar a cabo esa tarea, conviene empezar por determinar las características que tienen los enunciados jurídicos en los que figura la expresión “orden público” con el significado estrictamente jurídico, que es el que aquí nos interesa. En el Derecho español, el ejemplo paradigmático es el art. 1255 del Código civil (como disposición general sobre la validez de los contratos); pero también se encuentran referencias al orden público en varios preceptos del título preliminar (que, se entiende, tienen un carácter constitucional): el artículo 1.3 (a propósito de la costumbre en defecto de ley), el 6.2 (sobre la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos), el 12 (sobre aplicación de la ley extranjera), el 21.2 (sobre la adquisición de la nacionalidad española); o en otras normas del Código civil: el art. 107, 2,c (sobre separación y divorcio), o el 594 (sobre la libertad del propietario de una finca para establecer servidumbres en ella). Como antes decía, se trata siempre de “cláusulas de a menos que” (o sea, el *tipo* de enunciado jurídico –su estructura- no parece variar bien se trate de normas de Derecho interno o de Derecho internacional), de manera que, aunque el análisis que ahora voy a realizar



se circunscriba al artículo 1255 del Código civil, el mismo podría ser generalizado, o sea, podría extenderse (quizás con algunos ajustes de detalle) a los otros casos.

Ese artículo reza así: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público”. Es claro que, como ocurre muchas veces en el Derecho, ese enunciado puede entenderse que expresa tanto una norma dirigida a la gente en general (o, si se quiere, a quienes pretendan realizar un contrato) como una norma dirigida a los jueces, a los órganos aplicadores.

En el primer caso, tendríamos una norma que confiere a los particulares el poder, cuyo ejercicio está permitido<sup>7</sup>, de establecer contratos con ciertos contenidos. Ese permiso, referido al ejercicio del poder, se entiende mejor cuando se repara en que lo que podríamos llamar la “norma base” (la norma que confiere poder para contratar) no es de carácter regulativo, sino constitutivo<sup>8</sup>. Podría formularse así<sup>9</sup>: “Si se dan las circunstancias X e Y, y no Z, entonces se produce un contrato válido”; donde X e Y son todas las condiciones necesarias y suficientes para la validez de un contrato, haciendo abstracción del orden público; y Z

---

<sup>7</sup> El ejercicio de un poder puede ser obligatorio (como ocurre generalmente en el caso de los poderes públicos) o incluso estar prohibido. Sobre esto puede verse el libro que escribí conjuntamente con Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho* (Atienza y Ruiz Manero 2007)

<sup>8</sup> El concepto de norma constitutiva (que viene a corresponderse aproximadamente con lo que usualmente se ha llamado norma de competencia) se contrapone al de norma regulativa o deontica. Las primeras establecen las condiciones o antecedentes para la producción o el surgimiento de resultados institucionales (un contrato, una ley, una costumbre, una sentencia judicial, alcanzar la condición de heredero o de funcionario, etc.); mientras que las segundas estipulan obligaciones, prohibiciones o permisos. A su vez, las normas regulativas pueden ser reglas o principios, y tanto las reglas como los principios pueden ser de acción o de fin. Un tratamiento detallado de esos –y otros- tipos de enunciados jurídicos puede encontrarse en Atienza y Ruiz Manero 2007, y Atienza y Ruiz Manero 2006.

<sup>9</sup> Esta y la siguiente formulación puede considerarse que son parciales, pues están hechas desde la perspectiva del orden público y descuidan por lo tanto (dejan más o menos en la penumbra) otros elementos del enunciado.

representa la condición que expresa la existencia de un contenido contrario al orden público.

En el segundo caso, con lo que nos encontramos es con una norma regulativa de mandato, que se formularía aproximadamente así: “Si en relación con un contrato, C, se han satisfecho las condiciones X e Y, pero también Z, y se dan otra serie de condiciones (como la presentación de una demanda en un plazo establecido, etc.), entonces el juez tiene la obligación de anular ese contrato”.

Pues bien, ese elemento que hemos llamado Z (y lo mismo vale para no-Z) que aparece en las anteriores dos formulaciones es un ejemplo de (representa) lo que se suele llamar un concepto jurídico indeterminado (una cláusula abierta, etcétera), puesto que es imposible, a priori, fijar cuáles son todas aquellas características que tendrían que darse para poder afirmar que se da (o no se da) Z. En ese sentido, hay una considerable indeterminación a la hora de saber si se ha realizado o no un contrato válido o si el juez debe o no decretar la nulidad del mismo. Indeterminación que, de alguna forma, viene compensada porque de esa manera (al regular así la conducta) se introduce cierta flexibilidad en el sistema (de ahí la calificación como válvula de escape). ¿Pero cómo hacer entonces para resolver esa indeterminación y flexibilizar el sistema sin dejarlo completamente abierto, sin generar arbitrariedad? La respuesta es que para ello debe procederse a una ponderación; o sea, el particular o el órgano aplicador que usa la categoría de orden público para guiar su conducta no puede hacerlo de manera, por así decirlo, directa, sin intermediaciones: tiene que recurrir a una deliberación, tiene que ponderar.

Y lo que significa todo esto es que la norma (o las dos normas) que expresa(n) el artículo 1255 del Código civil no son ejemplos de lo que suele entenderse por *regla*, sino que se trata más bien de un *principio*<sup>10</sup>. El no tomar en cuenta adecuadamente esta circunstancia, o sea, la manera distinta de operar de esos dos tipos de normas (reglas y principios), puede haber contribuido también a ver en el orden público un enigma, simplemente porque los métodos normalmente utilizados por el jurista para el manejo del material normativo (y pensados precisamente para las reglas), no parecen ser aquí de aplicación.

Lo característico de un principio es que sus condiciones de aplicación (el supuesto de hecho) están abiertas, de manera que (a diferencia de las reglas) no funcionan como razones perentorias o excluyentes (que excluyen la deliberación). Los principios, a diferencia de las reglas, incorporan razones de carácter no perentorio, no excluyente, y no pueden ser aplicados de manera directa, sino a través de una ponderación. La razón de ser de las cláusulas de orden público es, por tanto, la de condicionar la validez de los contratos a un juicio, una deliberación, en la que, de un lado, aparece el principio de autonomía de la voluntad, y, de otro, el resto de los principios (esenciales) del Derecho; y lo que habrá que resolver en cada caso es si esos otros principios tienen fuerza suficiente como para derrotar al de autonomía. De manera que podría decirse que “orden público” no es exactamente el nombre de un

---

<sup>10</sup> La idea fundamental, como en seguida voy a desarrollar, es que las reglas son enunciados condicionales cuyas condiciones de aplicación son “cerradas”, a diferencia de lo que ocurre con los principios, en los que esas condiciones tienen un carácter “abierto”. Como consecuencia de ello, los principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no pretenden excluir la deliberación del destinatario. Por eso, las reglas funcionan (para quienes las aceptan) como razones perentorias, mientras que los principios son simplemente razones no perentorias. Vid. Atienza y Ruiz Manero 2007 y 2006. Y repárese, en todo caso, en que hay un inevitable continuo entre el carácter cerrado y abierto de esas condiciones; o sea, las condiciones de aplicación (el supuesto de hecho) de una norma puede ser más o menos abierto.

principio, sino una forma abreviada para referirse al conjunto de todos los principios jurídicos esenciales, con exclusión del de autonomía de la voluntad (que, en el caso de los contratos, viene a traducirse en el de *pacta sunt servanda*). O, si se quiere, el orden público es un principio que remite a otros principios.

Merece la pena señalar también que, dentro de los principios, se puede establecer a su vez una contraposición entre los principios en sentido estricto y las directrices o normas programáticas<sup>11</sup>. En ambos casos se trata de normas que dejan abiertas sus condiciones de aplicación y, por eso, como antes decía, requieren una deliberación, una ponderación. Pero esta es distinta según se trate de principios en sentido estricto o de directrices. En el primer caso, un ejemplo de ello es el principio de libertad de expresión, la deliberación tiene lugar para establecer si, en un determinado caso, lo requerido por ese principio prevalece frente a –pongamos- las exigencias del principio de respeto a la intimidad de las personas; y si se entiende que prevalece (la ponderación arroja ese resultado), entonces, simplemente, la actuación de tal periodista, que publicó determinada información sobre –imaginemos- una persona con relevancia pública, estaba justificada, el Derecho permitía realizar esa acción. Sin embargo, en las directrices o normas programáticas (que son normas de fin, no de acción), la ponderación opera de otra forma. Como ejemplo de esto último puede servir una norma (un principio) dirigida a extender el conocimiento de una lengua o a incentivar el empleo en un cierto territorio. Aquí puede hablarse de un mandato de optimización, en el sentido de que lo que hacen las directrices es algo así como ordenar a los órganos públicos que cumplan esos

---

<sup>11</sup> Vid., para mayores detalles, Atienza y Ruiz Manero 2007 y 2006

objetivos en la mayor medida posible; y para eso tendrán que ponderar esos mandatos con otras exigencias, con otros principios, como el de la autonomía de las personas, la igualdad de trato, diversos tipos de libertades, etc. El resultado de esa ponderación consistirá en la adopción de ciertas medidas, cuya justificación valoraremos en términos de eficiencia, lo que significa que aquí aparece un elemento de gradualidad inexistente en el anterior caso: el fin de extender el conocimiento de una lengua o de incrementar el empleo se alcanzará en una medida mayor o menor, mientras que la acción del periodista solo puede ser conforme-correcta- o inconforme –incorrecta- de acuerdo con el Derecho.

Pues bien, el principio de orden público pertenece a la categoría de los principios en sentido estricto, y no a la de las directrices o normas programáticas. Y, de nuevo, eso es algo que también vio muy bien Federico de Castro cuando, en el artículo tantas veces citado, dedica un apartado a mostrar que la noción tradicional de orden público no debe confundirse con la de “orden público económico”. Cuando se leen las páginas (1046 a 1051) que nuestro civilista dedica a esa cuestión, es fácil darse cuenta, en mi opinión, de que él está, con otras palabras y –si se quiere- con otro instrumental conceptual, estableciendo precisamente la misma distinción que acabo de exponer. Así, en su opinión, mientras que el orden público establece una “límitación intrínseca” de la autonomía de la voluntad, los límites del orden público económico derivan de intervenciones económicas de la Administración (lo que significa tomar en cuenta un valor de otro tipo); el orden público establece un límite negativo, mientras que el orden público económico es una cuestión de “eficacia positiva”; el orden público se vincula con la moral y las buenas costumbres, mientras que el orden público económico tiene que ver con

“lo conveniente” según el plan económico de la Administración; y, en fin, el orden público tiene como protagonista al juez (que aplica principios de moral y de justicia conmutativa), mientras que a quien corresponde tratar con el orden público económico es al experto en economía<sup>12</sup>.

### 2.3.

Ahora correspondería investigar, para esclarecer el, en principio, “extraño” concepto de orden público (y siguiendo el esquema de Cohen), la génesis de esta figura, sus antecedentes históricos. Pero esta es una tarea que nos encontramos, de nuevo, ya realizada en el trabajo de Federico de Castro. En síntesis: Con el sentido específicamente jurídico que aquí nos interesa, la expresión proviene del Código civil francés y se recibe en el español a pesar de la resistencia que opone a ello (por ir en contra del uso ordinario de la expresión) García Goyena. En realidad, también en el Código Napoleón suponía una novedad. Se introduce ahí con la finalidad de poner un límite (abierto) a la autonomía de la voluntad, esto es, para señalar que las voluntades particulares no pueden ponerse por encima de la voluntad general (cuya expresión es la ley), no pueden ir contra el orden establecido (por el propio Código), el orden social. De manera que el papel que en el Derecho común habían jugado la justicia y la equidad para dar flexibilidad a la interpretación de las normas, pasan ahora a desempeñarlo figuras como las buenas costumbres, la buena fe, la diligencia del buen padre de familia o el orden público (1030). El orden público significa apelar a lo que De Castro llama un “Derecho

---

<sup>12</sup> El paralelismo aparece todavía más resaltado si la contraposición que antes hacía entre principios en sentido estricto y directrices se completa señalando la diversidad de valores o razones que subyacen a esos dos tipos de normas: en el caso de los principios en sentido estricto son razones de corrección (valores finales), mientras que en el caso de las directrices se trata de razones finalistas (valores que llamábamos “utilitarios” y que serían intrínsecos, pero no finales). Vid. Atienza y Ruiz Manero 2007, especialmente pp. 44-49.

extrapositivo”<sup>13</sup>, esto es, a principios que, aunque no estén explicitados en la ley, no caen por ello fuera del Derecho (serían principios implícitos). Y De Castro entiende que, al recurrir a esos principios extrapositivos, el propio Código civil francés habría abandonado el estricto legalismo desde el mismo momento de su nacimiento (p. 1033). Ese sería también el significado del orden público en todos los (numerosos) códigos que incorporan esa institución a partir del Código civil francés: “la figura del orden público viene a referirse a algo inmanente a la misma ordenación jurídica, por lo que su cita viene, más que a permitir, a facilitar el salir de los textos legales y dar flexibilidad a la interpretación de las normas, conforme a los principios generales del Derecho” (p. 1029). Y si De Castro considera que la referencia a las normas extrapositivas que encarna el orden público no lo es a los “principios generales del Derecho” del art. 1, 4 del Código civil español (que serían para él “fuentes independientes del Derecho” –p. 1034), ello se debe a que nuestro autor está de alguna forma identificando esas “normas extrapositivas” con los “principios” en el sentido de Dworkin<sup>14</sup>. O sea, mientras que los principios del art. 1,4 forman parte del Derecho por razones de *pedigree* (en último término, por haber sido establecidos por alguna autoridad), los principios en el sentido dworkiniano (las normas extrapositivas de De Castro) pertenecen al Derecho por su contenido moral<sup>15</sup>; pero –cabría añadir- no son

---

<sup>13</sup> Que, imagino, para él no sería otra cosa que el Derecho natural. Yo interpreto la expresión en el sentido que en la teoría del Derecho hoy se suele otorgar a “principios”

<sup>14</sup> Y conviene aclarar que los principios pueden ser implícitos o explícitos. Sobre esta clasificación puede verse Atienza y Ruiz Manero 2007, cap. 1, apartado 1.3.

<sup>15</sup> Dworkin introdujo esa idea -que el Derecho no está integrado únicamente por reglas, sino también por principios- a finales de los años sesenta del siglo pasado. Vid. Dworkin 1984. Jesús Delgado ha puesto de manifiesto que la dogmática civil española no parece haber tenido muy en cuenta a ese autor, aunque trabajara con principios “mucho antes de que Dworkin publicara su obra más significativa”. Señala al respecto que, frente a la posición mayoritaria que reconocía escasa importancia al papel de los principios en la aplicación e interpretación de las normas, “De Castro, en posición minoritaria, defendió sin embargo que los principios tenían una función informadora y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico”. Esa opinión encontró acogida, primero, en la reforma del título preliminar del

completamente ajenas al Derecho positivo, sino que reflejarían algo así como la moralidad interna al Derecho<sup>16</sup>.

#### 2.4.

Le toca ahora el turno a lo que Cohen llamaba la “naturaleza del hecho” (del concepto), su análisis lógico. Y para ello creo que podemos valernos de un trabajo de Robert Summers dedicado a la conceptualización de una figura que es paralela a la de orden público: la buena fe. Por “conceptualización” él entiende “un constructo intelectual que representa o encarna una idea formulada en palabras para algún propósito o propósitos, general o especial” (Summers 1981-1982, p. 815). Habría muchas formas de hacerlo según que se trate de plasmar la noción en un código o en una obra doctrinal, que la conceptualización pretenda servir como guía para los ciudadanos o para los jueces, etcétera. Summers presenta un listado de seis métodos posibles: definición formal, paráfrasis, ejemplos paradigmáticos, ejemplos representativos que ilustran la aplicación de la palabra (de la noción), semejanzas de familia entre los diversos usos de la palabra; análisis como un “concepto excluyente” (*excluder analysis*). Su tesis es que, aunque esos métodos no se excluyen entre sí, ni son tampoco los únicos posibles, en relación con la buena fe, lo más adecuado es recurrir al último. Pero a nuestros efectos (para aclarar el concepto de orden público), puede resultar de utilidad hacer un breve recorrido por todos ellos, lo que podría arrojar el siguiente resultado.

---

Código en 1974, y luego contribuyó a que los civilistas aceptaran la existencia de unos principios constitucionales que eran superiores a las leyes: “El reconocimiento por los civilistas de que los principios generales del Derecho (al menos algunos principios: los constitucionales) son superiores a las leyes y les sirven de fundamento puede considerarse un triunfo póstumo, y en un contexto distinto, de las concepciones de De Castro, hasta entonces minoritarias y criticadas” (Delgado 2011, pp. 44 y 45)

<sup>16</sup> La noción de “moralidad interna del Derecho” proviene de Lon Fuller. Vid. Fuller 1967. Aquí uso la expresión en un sentido que incluye también principios y valores de carácter sustantivo (no sólo procedimental).



Por “definición” entiende Summers el establecimiento de las condiciones necesarias y suficientes para el uso de una expresión, y esta es una operación que puede realizarse con mayor o menor precisión; o sea, una definición que se refiera a esas condiciones de manera más o menos indeterminada (y que no siga tampoco una forma canónica: “X es...”) no deja por ello de ser una definición. Así, un ejemplo de definición de orden público es la que daba Santiago Álvarez recogiendo lo que podría considerarse como opinión común entre los cultivadores del Derecho internacional privado. Y que es claramente coincidente con la que puede encontrarse en el trabajo de Francisco Oliva, siguiendo en este caso a un civilista, López y López: “el concepto de orden público, como límite de la autonomía de la voluntad, hay que buscarlo en el conjunto de principios que emanan del ordenamiento jurídico y que sirven como salvaguarda a la estructura político-jurídica de la sociedad” (Oliva 2016, p. 336; López y López, pp. 310 a 312). No sería tampoco difícil entresacar del texto de De Castro algún párrafo coincidente con el anterior (y, por lo tanto, también con la definición de los internacionalistas), pero me parece interesante señalar que lo que quizás pudiéramos considerar como definición de orden público de De Castro pone más el acento en los elementos funcionales que en los estructurales. O sea, para este último, las referencias en los códigos al orden público (al igual que a la moral o a las buenas costumbres) “sirven de medio de comunicación entre el sistema jurídico positivo y los valores éticos y de justicia (el buen orden jurídico), facilitando su positivización, al mencionarse en la ley. El intérprete y el juez se encuentran con ello expresamente autorizados para desentenderse de la letra de la ley y, considerando el todo del ordenamiento jurídico (leyes, principios generales del Derecho) y la misma

naturaleza del Derecho, negar amparo a situaciones contrarias a los criterios propios de la moral o de la justicia” (De Castro 1982, p. 1037).

El método de la paráfrasis fue propuesto por Bentham<sup>17</sup> para dar cuenta de un tipo de entidades, de palabras, que él consideraba “ficciones”, porque no designan ningún objeto, no nombran nada; sin embargo, los enunciados que emplean esas palabras sí que tienen significado, como ocurre con “obligación”<sup>18</sup>; ese significado se puede captar, según él, por medio de paráfrasis como “Existe una ley que obliga a z a hacer A” o “Existe una ley que obliga a un juez a castigar a z si z no hace A”. Ese tipo de ficciones formarían parte de la ciencia jurídica, a diferencia de otras a las que él considera “ficciones fabulosas”, como “Derecho natural” o “derechos naturales”, que deberían ser radicalmente eliminadas (caerían en la misma categoría que “demonio” y muchos otros términos procedentes de la teología), porque carecen de significado, o sea, no pueden formar parte de enunciados significativos. Pues bien (y dejando a un lado si Bentham tenía o no razón en su crítica radical al iusnaturalismo: yo creo que no la tenía), “orden público” podría considerarse como un término perteneciente a la misma clase que expresiones como “obligación”. Y así, parece claro que resulta significativa una frase como “Existe una norma que obliga a un juez a anular un contrato si una cláusula del mismo contradice el orden público, entendiendo por esto último los principios inspiradores del ordenamiento jurídico”; a su vez “principios inspiradores del ordenamiento” podría parafrasearse así: “Si X es considerado por la comunidad jurídica C como una norma de particular importancia, entonces X es un principio

---

<sup>17</sup> Sigo el análisis de José Juan Moreso en su artículo “Las ficciones en Jeremy Bentham” Vid. Moreso 1986.

<sup>18</sup> Aunque no fuera posible (o no resultara útil), una definición en términos de género y diferencia específica: “una obligación es...”

inspirador del ordenamiento”; etcétera. Como también son significativas todas las (ya muchas) frases de este trabajo que contienen la expresión “orden público”. De manera que, aunque no fuera posible en sentido estricto una definición (de la forma: “orden público es...”), el significado de orden público podría extraerse de todas (o de algunas de) las frases (con sentido) que contienen esa expresión.

Un ejemplo paradigmático, a propósito del significado de orden público, es el caso de una Asociación de Agentes Mayoristas de Vizcaya constituida para restringir la competencia en daño del consumidor y que dio lugar a una sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979 que, según nos dice De Castro, habría sido “el motivo primero que llevara a la redacción de este ensayo”, o sea, al trabajo –este último- que de alguna forma yo estoy utilizando, por mi parte, como un paradigma para analizar el concepto de orden público. No es cosa de entrar aquí en detalles sobre el caso en cuestión, pero baste decir que el estudio del mismo es lo que le habría llevado a De Castro a tratar de aclarar “los conceptos vagos y escurridizos de ‘protección del consumidor’ y de ‘orden público’” (De Castro 1982, p. 994) y, en particular (oponiéndose a lo sostenido en esa sentencia del Supremo y en otra anterior de la Audiencia Territorial de Pamplona) a configurar el concepto de orden público del art. 1255 del Código civil de la manera que antes hemos visto, y que deja fuera de la extensión del mismo al orden público económico.

Sin duda, una forma sumamente útil de aclarar muchos conceptos jurídicos, incluido el de orden público consiste en acudir al análisis jurisprudencial: analizar y clasificar los diversos casos en los que se aplica una determinada noción; cabría decir: tanto los casos claros o fáciles (aquellos que indiscutiblemente afectan o no afectan, por ejemplo, al

orden público), como los difíciles (los controvertidos). Un ejemplo interesante de esto último es el contrato de gestación por subrogación. En la doctrina (y en la jurisprudencia) hay, si no unanimidad, sí un amplio consenso en el sentido de considerar que ese tipo de contrato es contrario al orden público: tanto al orden público interno como al internacional español. Desde hace algún tiempo (Atienza 2006b; vid. también Atienza 2009 y 2015) vengo defendiendo la tesis de que esa opinión es equivocada y no voy a entrar aquí en detalles. Me limito a señalar lo que, en mi opinión, constituye la fuente (las dos fuentes) de ese error. Una es el no haber reparado en que el artículo 10.1 de la Ley de Reproducción Humana Asistida (“Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”) no es una norma de mandato, sino una norma constitutiva; no establece una prohibición acompañada de una sanción (no hay ninguna sanción en la ley para esa conducta), sino que fija una condición de nulidad: un contrato de esas características es nulo de pleno Derecho. Y la otra fuente de error es haber dado por sentado, sin aducir ninguna razón para ello (es lo que hizo el Tribunal Supremo en una conocida sentencia del peno de la sala civil de 6 de febrero de 2014), que la subrogación por sustitución contradice un principio fundamental del ordenamiento jurídico español: el de la dignidad humana. Pero no es así, como luego tendré oportunidad de mostrar.

“Parecido de familia” es una noción introducida por Ludwig Wittgenstein<sup>19</sup> para dar cuenta de un tipo peculiar y complejo de ambigüedad. Se trata de palabras que se aplican a una multitud de objetos que, sin embargo, no tienen (o no es fácil de encontrar en ellos) ninguna

---

<sup>19</sup> En algunos pasajes de *Investigaciones filosóficas* y *Los cuadernos azul y marrón*. Vid. Wittgenstein 1968 y 1988.

propiedad en común pero que, con todo, guardan alguna semejanza entre sí (no se trata, pues, de un caso común de ambigüedad). El ejemplo típico (el que ponía Wittgenstein) es el de “juego”: tanto el ajedrez como el mus, los juegos de palabras, el futbol, el tenis o la ruleta son juegos, mientras que no lo son el boxeo, la esgrima, los toros o la caza (vid. Carrió 1965, p. 30). Ahora bien, ¿qué es lo que tienen en común las seis primeras actividades?, ¿y qué diferencia, por ejemplo, al futbol del boxeo para que lo primero sea un juego, pero no lo segundo? La respuesta de Wittgenstein es que el nexo de unión sería una compleja red de parecidos que se superponen y entrecruzan, como ocurre cuando decimos que los miembros de una misma familia se parecen entre sí porque se asemejan en algunas características que tienen que ver con la forma de la nariz, el color de los ojos, la manera de caminar, la forma de hablar, etc., aunque es posible que ninguno de esos rasgos sea común a todos ellos. Los diversos usos de la expresión “orden público” (en el sentido exclusivamente jurídico que es el que aquí nos interesa) tienen seguramente entre sí más que un parecido de familia. Pero esta última categoría puede ser muy útil en relación con muchas nociones jurídicas que pueden parecer inmanejables precisamente porque no es fácil encontrar un común denominador, una misma propiedad, que posean todos los supuestos a los que se aplican; o, mejor dicho, es equivocado pensar que el análisis de la noción en cuestión haya de consistir en buscar esa propiedad común que no existe. Como ejemplos de esas nociones podrían servir “razonable” o “arbitrario” o, incluso, “justicia”<sup>20</sup>.

---

<sup>20</sup> Como me lo ha hecho observar Alfonso García Suárez, en la voz “Justice” de la *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (que se debe a David Miller) se sugiere que justicia podría ser uno de esos conceptos de parecido de familia. Y según algún autor (señaladamente, Bambrough), la noción de parecido de familia cubriría cualquier concepto general. Le quedo muy agradecido a García Suárez por estas indicaciones y por haberme hecho llegar un texto suyo de próxima publicación (“Para leer a Wittgenstein”) en donde

Y finalmente tenemos las expresiones (las nociones) que no tienen por sí mismas un significado positivo, sino que su función es la de excluir, dejar fuera una serie de objetos a los que no se aplica la expresión. Esto es lo que parece ocurrir (nos dice Summers, que toma este método de conceptualización también de la filosofía: de Aristóteles y de J. L. Austin), con la expresión “real” (es uno de los ejemplos que ponía Austin) que puede usarse, cuando hablamos por ejemplo de “un pato real”, para excluir las diversas formas de no ser un pato real: un pato de peluche, un pato dibujado, etc.; con “voluntario” en el Derecho penal (que serviría para excluir los casos en los que existe compulsión física, amenazas, accidentes, errores, etc.); o con “buena fe”, en cuanto obligación general aplicable a las relaciones contractuales (Summers 1981-1982, p. 817-818). En el Derecho estadounidense de contratos, la sección 205 del segundo *Restatement*<sup>21</sup> de Contratos (aparecido en 1981) se inspira en buena medida en la propuesta que Summers había hecho en varios trabajos de las décadas anteriores. Y así, en lugar de tratar de definir “buena fe” recurriendo a alguna característica o conjunto de características (honestidad de hecho en la transacción, etcétera), lo que se hace en una de las subsecciones (la *d*) es señalar, sin pretensión de exhaustividad, una serie de conductas consideradas en diversas decisiones judiciales como mala fe contractual.

## 2.5.

El cuarto enfoque consiste en determinar las implicaciones o consecuencias de la noción en un contexto que aquí será jurídico: el del Derecho privado español: interno e internacional. Es el enfoque, funcional,

---

se aclara y se dan útiles indicaciones para comprender las nociones de Wittgenstein de juegos de lenguaje y parecidos de familia.

<sup>21</sup> Los *Restatements* constituyen, como es sabido, un tipo peculiar de fuente del Derecho, que no tiene equivalente en nuestro sistema.

defendido como método general para el Derecho por Cohen, y también, como ya hemos tenido ocasión de ver, el que guía el trabajo de De Castro sobre el orden público. El título del mismo resulta ya elocuente: “Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad”. Y a esa función básica que desempeña el orden público se le añaden, en el desarrollo del trabajo (sobre todo, en las páginas dedicadas a lo que llama “naturaleza y funciones del orden público” –pp. 1029-1046-), otra serie de funciones que especifican o coadyuvan a esa primera o principal, consistente en limitar la autonomía de la voluntad en materia contractual: la noción de orden público contribuye a que eso se logre al producir un ajuste entre las normas positivas y las extrapositivas del ordenamiento jurídico, abandonando el legalismo extremo (al recurrir a criterios extrapositivos), comunicando el sistema jurídico positivo con los valores éticos y de justicia, evitando resultados injustos y sirviendo como instrumento de evolución de la autonomía de la voluntad sin necesidad de cambiar la letra de la ley.

### 3.

Comenzaba este trabajo defendiendo (apartado 1) la tesis de que el concepto de orden público no tiene por qué ser considerado como un enigma jurídico, y espero haber convencido al lector (con lo dicho en el apartado 2) de que, efectivamente, no lo es, aunque sí que sea un concepto difícil. También confío en haber mostrado que para poder tratar con –resolver- esas dificultades, el jurista puede recurrir a muchos métodos de análisis que, además, no son incompatibles entre sí. El resultado de todo lo anterior podría resumirse así.

Nuestro Código civil (al igual que muchos otros inspirados en el Código Napoleón) utiliza la noción de orden público, del artículo 1255, para

establecer una limitación a la autonomía de la voluntad en materia contractual. Lo característico de esa limitación es que está referida a *principios* del Derecho, entendiéndolo por tal pautas de conducta muy abiertas que dan sentido a las *reglas*, expresan exigencias de carácter moral y pueden ser explícitas o implícitas. Al tratarse de ese tipo de principio (principios en sentido estricto, no directrices) su aplicación exige por parte del juez un peculiar ejercicio de ponderación: se trata de establecer en cada caso (aunque la ponderación no sea una operación puramente casuística; en seguida vuelvo sobre esto) si la autonomía de la voluntad resulta o no derrotada por el conjunto de los otros principios que, explícita o implícitamente, dotan de sentido a nuestro Derecho. Otra forma de expresar lo anterior sería considerar que las normas que establecen la validez de los contratos contienen siempre una (o más de una) “cláusula de a menos que”: el contrato es válido a menos que (entre otras cosas) se oponga al orden público (al conjunto – o a alguno- de los principios del ordenamiento que tengan peso suficiente como para derrotar a la autonomía de la voluntad).

Y, si quisiéramos trasladar el análisis al orden público internacional, entonces la ponderación tendríamos que hacerla entre, por un lado, el conjunto de los principios que inspiran el Derecho internacional privado y, por otro lado, los principios del ordenamiento jurídico del foro: la ley es aplicable, la sentencia dictada por un juez de otro sistema jurídico es válida, etcétera, a menos que contradiga los principios más esenciales del ordenamiento jurídico español. Y algo parecido cabría hacer en relación con la recepción de la costumbre y los otros supuestos de aplicación del orden público.



Ahora bien, esa noción de orden público presupone algunas ideas que no todos los juristas parecen dispuestos a aceptar, y de ahí quizás la tendencia a considerar la figura como un enigma.

Una de ellas es la necesidad de recurrir a la ponderación como forma de razonamiento necesaria para aplicar los principios; o sea, mientras que la aplicación de las reglas seguiría el procedimiento de la subsunción, los principios, como antes veíamos, no pueden aplicarse directamente, tienen que ser ponderados. Más exactamente, la ponderación es un tipo de razonamiento en el que pueden distinguirse dos fases: la primera consiste en crear una regla a partir de principios (se pondera cuando no hay una regla aplicable al caso, o sea, frente a un supuesto de laguna normativa o axiológica); y la segunda, una vez establecida la regla, en llevar a cabo una subsunción. Los críticos de la ponderación<sup>22</sup> esgrimen contra este procedimiento, fundamentalmente, dos argumentos: 1) el Derecho es un conjunto de reglas y la llamada “ponderación” podría sustituirse siempre por una combinación de subsunción más utilización de los métodos habituales de interpretación (particularmente, el método teleológico); 2) la ponderación es un procedimiento arbitrario al que se recurre para justificar que los jueces procedan de manera puramente casuística, arbitraria, sin atenerse a reglas generales y enmascarando así una ilegítima función de creación judicial de Derecho. En mi opinión (opinión que he desarrollado por extenso en otras ocasiones [vid. Atienza 2006, Atienza y García Amado 2012 y Atienza 2017], ambas tesis son equivocadas.

---

<sup>22</sup> Pienso, particularmente en Juan Antonio García Amado. Hemos escrito conjuntamente un libro, *Un debate sobre la ponderación* (Atienza y García Amado 2012) en donde puede encontrarse, desarrollada con cierto detalle, la postura de este autor sobre el tema.

En cuanto a la primera, porque si uno acepta que el sistema jurídico no es completo (que existen lagunas normativas en el nivel de las reglas), entonces tiene que aceptar también que, al menos en esos casos, el juez tiene que ponderar, no puede subsumir el caso bajo una regla, puesto que no existe tal regla; y aunque sea cierto que cabe pensar en la posibilidad – posibilidad teórica- de rechazar siempre las lagunas axiológicas (crear una laguna por considerar que existe un desajuste axiológico entre la regla o reglas que regulan el caso y los principios que subyacen a las mismas o, más en general, a los principios del Derecho), esa actitud supondría incurrir en un formalismo que me parece injustificable: o sea, supondría aceptar soluciones que, sin embargo, habría que considerar injustas, de acuerdo con los principios del sistema.

Y el error de la segunda tesis radica en suponer que del hecho de que la ponderación dependa del cúmulo de factores que definen cada caso, se deriva que entonces la ponderación se lleva a cabo de manera puramente casuística, esto es, sin basarse en normas generales, y dejando de lado el principio de universalización. Pero esto no es así. La ponderación, como antes decía, da lugar a una regla que tiene que aplicarse (si se pondera bien) en todos los casos en que se den las propiedades definitorias de su supuesto de hecho. Para recurrir al ejemplo antes utilizado, si *ceteris paribus* se estableció que, en caso de que la información afecte a alguien con relevancia pública y el contenido de la misma revista también algún interés para el público, la libertad de expresión derrota al derecho al honor o a la intimidad, entonces ese criterio tiene que seguir aplicándose en todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias.

El segundo presupuesto, muy ligado al anterior, supone concebir el Derecho en términos no positivistas. O sea, el Derecho no consiste

únicamente en reglas, sino también en principios, particularmente en principios que establecen exigencias de carácter moral, y eso vuelve insostenible la tesis de la separación metodológica o conceptual entre el Derecho y la moral. Es cierto que la civilística española, de manera casi unánime, ha considerado desde hace mucho tiempo que el positivismo jurídico era una concepción ya superada del Derecho pero, como lo ha sugerido Jesús Delgado (Delgado 2011, pp. 40 y ss.), convendría revisar en qué ha consistido esa superación; o, más exactamente, si verdaderamente ha habido una superación o si de lo que cabría hablar sería más bien de una adscripción al peor tipo de positivismo jurídico: el positivismo ideológico que reduce la justicia al Derecho y promueve en el jurista una actitud de aceptación acrítica del Derecho establecido.

Me parece, de todas formas, que esta última no habría sido la visión del Derecho que se trasluce en el trabajo de De Castro, al que tantas veces se ha hecho referencia. Como se sabe, la crítica más influyente al positivismo jurídico en los últimos tiempos proviene de varios trabajos de Dworkin de finales de los años sesenta del siglo XX, en los que –criticando a Hart– sostenía que el Derecho consistía tanto en reglas como en principios y que estos últimos forman parte del Derecho no atendiendo a su origen o fuente (o sea, utilizando el criterio establecido en una regla de reconocimiento), sino por razón de su contenido, lo que le llevaba en definitiva a cuestionar la tesis de la separación entre el Derecho y la moral. No conozco a fondo la obra de Federico de Castro<sup>23</sup> y no sé muy bien cuáles habrán sido sus referentes en materia iusfilosófica, pero su apelación a un Derecho extrapositivo o la necesidad de comunicar el sistema jurídico positivo con los valores éticos y de justicia parece

---

<sup>23</sup> Vid. la anterior nota 13 y la opinión de Delgado al respecto.

perfectamente compatible no sólo con el iusnaturalismo tradicional, sino también con una concepción (postpositivista) como la de Dworkin. E incluso, como antes he señalado, De Castro viene de alguna forma (al caracterizar la noción de orden público económico y separarla de la de orden público en sentido tradicional) a trazar una distinción que se asemeja mucho a la de Dworkin entre *principles* y *policies*. Todo lo cual me lleva a plantearme la duda (y se trata solo de una duda) de si la civilística española ha seguido en esto al que casi todos consideran como el gran maestro de los últimos tiempos.

Otra idea que hay que presuponer al manejar la noción de orden público es que el razonamiento jurídico envuelve necesariamente fragmentos de naturaleza moral (de donde no se sigue, por cierto, que la argumentación jurídica sea un tipo específico de argumentación moral) y que esa moral no puede reducirse a la moral social. Dicho de otra manera, la argumentación en Derecho civil (pero no sólo en Derecho civil) presupone el objetivismo moral<sup>24</sup>. Para aplicar la cláusula de orden público no basta con referirse a la moral social (en contra de lo que supone Oliva<sup>25</sup>, pero no creo que en esto se separe de la opinión común entre los civilistas<sup>26</sup>), sino que es necesario apelar a la moral justificada. El caso de la maternidad subrogada al que antes hice alusión es, me parece, un buen ejemplo de lo que acabo de afirmar.

---

<sup>24</sup> Este punto lo he desarrollado con detalle en Atienza 2017, especialmente en el cap.VIII: "Objetivismo moral y Derecho".

<sup>25</sup> Quien toma esa posición, me parece, como consecuencia de su rechazo del objetivismo moral. Vid. Oliva 2016 ,p. 351

<sup>26</sup> Sí se separa, sin embargo, Jesús Delgado. Vid. Delgado 2011, en donde no se tematiza la distinción entre moral social y moral justificada, pero del contexto resulta claro que en su caracterización de la dogmática civil al proponer un nuevo paradigma en el que cobra una gran importancia "la práctica del razonamiento moral basado en principios y en valores" (p. 118), la moral no queda reducida a la moral social.

El origen de aquel conflicto fue un auto dictado por el encargado del Registro Civil Consular de Los Ángeles, California, que denegaba la solicitud de dos ciudadanos españoles (ambos varones) de inscripción de nacimiento de sus dos hijos, nacidos mediante gestación de sustitución. Los interesados interpusieron recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, y el asunto llegó hasta los tribunales: intervinieron el Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, la Audiencia Provincial de Valencia y, finalmente, el Tribunal Supremo, en la sentencia del pleno de la sala civil de 2014 a la que antes hice referencia. Como es sabido, la licitud o ilicitud moral de esa práctica es una cuestión disputada tanto en la sociedad española como en la mayoría de los países culturalmente afines al nuestro, lo que quiere decir que la respuesta a ese problema, si la institución va o no en contra del orden público español, no puede encontrarse en la moral social. Debe acudir necesariamente (incluso aunque hubiese una respuesta clara de acuerdo con la moral social) a la moral justificada, esto es, a plantearse la cuestión de si la maternidad subrogada atenta necesariamente contra la dignidad humana (de la madre gestante y del niño nacido mediante la correspondiente técnica de reproducción asistida) y eso es, en realidad, lo que hicieron los tribunales, aunque no lo dijeran: según ellos, parecería que la introducción de la noción de dignidad humana en la Constitución, habría hecho de esta una noción jurídica, cuya aplicación no exigiría ya un razonamiento de tipo moral. Pero a mi juicio es obvio que no es así: para interpretar el sintagma “dignidad humana” que aparece en nuestra Constitución (y en otras leyes) es necesario contar con una teoría moral, entrar en una discusión de filosofía moral para ver cómo ha de entenderse esa noción. Y esto último es lo que *no* hicieron los jueces que, simplemente, se dejaron llevar por

sus ideas preconcebidas (y, en mi opinión, equivocadas) al respecto y no se plantearon (no hay ningún rastro de reflexión moral seria sobre el tema) que lo que prohíbe el principio de dignidad humana (la segunda formulación del imperativo categórico kantiano) es tratar a un ser racional *solo* como un instrumento y no *siempre y al mismo tiempo* como un fin en sí mismo. ¿Pues qué razones hay para pensar que la mujer gestante o un niño que nace de esa manera van a ser tratados *necesariamente solo* como un medio, o sea, no van a ser considerados también como fines en sí mismos? Yo creo que ninguna, o ninguna que sea sólida<sup>27</sup>.

El último presupuesto requerido para dar cuenta cabalmente de la institución de orden público (como, en general, de cualquier institución jurídica) es una determinada concepción de la dogmática jurídica, precisamente, aquella que está en el trasfondo del artículo de Felix Cohen y cuya inspiración no es otra que la del pragmatismo filosófico. Este enfoque filosófico (el pragmatismo no es exactamente el nombre de una concepción sustantiva de la filosofía<sup>28</sup>) lleva a considerar la dogmática jurídica como una técnica dirigida a facilitar la resolución de problemas que se plantean en la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho. Y, por ello, la tarea de construcción conceptual debe verse justamente en términos funcionalistas o finalistas. Es, en realidad, la concepción de la dogmática jurídica (y del Derecho) que puede encontrarse en Ihering (en el “segundo Ihering”). Y también la que, para la dogmática jurídico-penal, viene defendiendo Claus Roxin desde los años setenta del siglo XX (vid. Roxin 2002) y que, según muchos penalistas, representa algo así como un nuevo paradigma: el paradigma dominante desde entonces. La idea fundamental es que el concepto de delito (cada

---

<sup>27</sup> He desarrollado este punto con más detalle en Atienza 2006b, 2009 y 2016.

<sup>28</sup> Vid. Haack 2017 y Atienza 2017 (cap. VII: “La dogmática jurídica como tecno-praxis”) y 2018.

uno de sus componentes: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) debe entenderse en términos finalistas y valorativos; o, dicho de otra manera, los elementos estructurales del concepto deben subordinarse a los funcionales. Lo que importa no es si el dolo “pertenece” a la tipicidad o a la culpabilidad, sino darse cuenta de cuáles son los valores jurídico-penales que deben satisfacerse con esos elementos; así, según Roxin, el tipo penal serviría fundamentalmente para la realización del principio “nullum crimen”, la antijuridicidad para dar una solución justa a los conflictos, regular de manera justa los intereses contradictorios, y la culpabilidad tendría que ver con el problema de si y hasta qué punto las circunstancias personales hacen o no aconsejable una sanción penal.

Pues bien, yo diría que el trabajo de De Castro sobre el orden público sigue también esa dirección (que, insisto, es la de Ihering), aunque sorprendentemente él afirme haber escrito un ensayo “sin pretensiones dogmáticas” (De Castro 1982, p. 994). Supongo que lo que explica semejante afirmación es que De Castro pensaba que esa manera suya de proceder no encajaba con lo que los civilistas (también él) han considerado por lo general que es un trabajo de (buena) dogmática jurídica. Pero creo que en esto se equivocaba. Su ensayo sobre el orden público constituye verdaderamente un modelo de cómo debe elaborarse un trabajo de dogmática, si bien –todo hay que decirlo-, yo hubiese preferido un tratamiento algo más sobrio y ordenado de la materia, una mayor claridad metodológica y, en definitiva, un texto más preciso y más simple. No me cabe duda de que el logro de esos objetivos resulta mucho más fácil de alcanzar si el jurista (el civilista) posee una adecuada formación iusfilosófica. Y de ahí el enigma que yo sugería al comienzo de este trabajo: ¿Por qué quienes cultivan la dogmática jurídica en España lo

hacen, por lo general, de espaldas a la filosofía del Derecho? Aunque, pensándolo bien, quizás no se trate tampoco en este caso de un enigma, puesto que la respuesta a esa pregunta no es difícil de encontrar: los dogmáticos del Derecho piensan, salvo contadas excepciones, que la filosofía del Derecho constituye para ellos un saber inútil; como mucho, algo de interés simplemente ornamental. Cometan, al pensar así, un grave error, pero seguramente ellos no sean los únicos culpables de la situación. Y, en todo caso, reuniones como esta podrían contribuir a mejorar las cosas, aunque con ello tampoco quiero dar a entender que ellos (los civilistas) sean aquí los únicos que tienen algo que ganar. ¿Qué sería de (para qué serviría) una filosofía del Derecho desentendida de lo que los juristas –prácticos y teóricos- consideran como los auténticos problemas del Derecho?

#### BIBLIOGRAFÍA:

-Álvarez, Santiago (2013) “¿Orden público europeo *versus* orden público internacional de cada Estado?”, en (varios autores), *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Barcelona.

Atienza, Manuel (2006a), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona.

-Atienza, Manuel (2006b), “Reproducción humana asistida: Sobre la nueva ley”, en *El Notario del siglo XXI*, nº 9.

-Atienza, Manuel (2009), “De nuevo sobre las madres de alquiler”, en *El Notario del siglo XXI*, nº 27.



-Atienza, Manuel (2016), "Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos", en *El Notario del siglo XXI*, nº 63.

-Atienza, Manuel (2017), *Filosofía del Derecho y transformación social*, Trotta, Madrid.

-Atienza, Manuel (2018), "Pragmatismo jurídico. La propuesta de Susan Haack", en *Estudios Filosóficos*, nº 196.

Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio (2011), *Un debate sobre la ponderación*, Palestra-Temis, Lima-Bogotá.

-Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2007), *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona (la 1ª ed. es de 1996).

-Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan (2006), *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder*, Trotta, Madrid (la 1ª ed. es de 2000).

-Carrió, Genaro (1965), *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

-Cohen, Felix (1962), *El método funcional en el Derecho* (traducción de G. Carrió), Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

-De Castro, Federico (1982), "Notas sobre las limitaciones intrínsecas de la autonomía de la voluntad", en *Anuario de Derecho Civil*, nº 4.

-Delgado, Jesús (2011), "Retos de la dogmática civil española en el primer tercio del siglo XXI", en Delgado, Jesús y Rams, Joaquín, *Retos de la dogmática civil española*, Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.

-Dworkin, Ronald (1984), *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona; la edición inglesa es de 1977.

-Fernández Rozas, Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto (2013), *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Cívitas, Madrid.

-Fuller, Lon (1967), *La moralidad del Derecho*, Trillas, México.

-Haack, Susan (2017), *The Pragmatic Tradition. Lessons for Legal Theorists*, Washington University.

-Juanatey, Carmen (2016), "Orden público, paz pública y delitos de resistencia, desobediencia y desórdenes públicos tras las reformas de 2015", en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 120.

-López y López, Ángel (2012), *Fundamentos de Derecho civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.

-Moreso, José Juan (1986), "Las ficciones en Jeremy Bentham", en *Doxa*, nº 3.

-Oliva, Francisco (2016), "Límites a la autonomía privada en el Derecho de los contratos: la moral y el orden público", en Parra, María Ángeles (coord.), *La autonomía privada en el Derecho civil*, Thomson Reuters Aranzadi.

-Roxin, Claus (2002), *Política criminal y sistema del Derecho penal* (trad. de F. Muñoz Conde), Hammurabi, Buenos Aires; la ed. original alemana es de 1970.

-Summers, Robert (1981-1982), "The General Duty of Good Faith—Its Recognition and Conceptualization", *Cornell Law Review*, nº 67.

-Wittgenstein, Ludwig (1968), *Los cuadernos azul y marrón* (trad. de F. Gracia), Tecnos, Madrid.

-Wittgenstein, Ludwig (1988), *Investigaciones filosóficas* (trad. de A. García Suárez y U. Moulines), Crítica-Unam, Barcelona-México