



OPERATIVIDAD, ALCANCE Y LÍMITES
DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL
EN EL ACTUAL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

GRADO EN DERECHO

CURSO 2015/2016

Marta Garin Zamakola

Dirigido por Juan José Álvarez Rubio

OPERATIVIDAD, ALCANCE Y LÍMITES DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN EL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO INSTITUCIÓN CLÁSICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	9
2.1. Concepto y origen	10
2.1.1. Concepto de orden público internacional: análisis lexical de la expresión	10
2.1.2. Evolución del concepto “orden público internacional”	13
2.2. Régimen jurídico y requisitos para su intervención.....	14
2.2.1. El régimen jurídico del orden público internacional	14
2.2.2. Los requisitos necesarios para la activación de la cláusula de orden público internacional	17
2.3. Principios que integran el orden público internacional.....	18
2.3.1. Principios básicos del Derecho español.....	18
2.3.2. Principios generales del orden público internacional	19
2.3.3. Principios actuales	20
2.3.4. Carácter nacional o particular del orden público internacional	20
2.4. Carácter restrictivo del orden público internacional.....	21
2.5. Las fuentes del orden público internacional	22
2.6. Los efectos del orden público internacional.....	27
2.6.1. Efecto directo o negativo	27
2.6.2. Efecto indirecto o positivo.....	28
2.6.3. Efecto reflejo del orden público internacional	29
2.7. Orden público internacional y casos no conectados con España: orden público atenuado	29
2.7.1. Situaciones jurídicas que pretenden crearse en España.....	30
2.7.2. Situaciones jurídicas legalmente creadas en un país extranjero	31
2.7.3. Juicio positivo de la tesis de orden público internacional atenuado.....	32
2.8. Orden público europeo <i>versus</i> orden público internacional de cada Estado ...	33
2.9. Una luz de esperanza: últimas novedades legislativas	39
3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES: Gestación por sustitución y poligamia	41

3.1. Breve aproximación teórica a la figura de Gestación por sustitución	41
3.2. Referencias jurisprudenciales de la gestación por sustitución: especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero	43
3.2.1. Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado	43
3.2.2. La instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN	48
3.2.3. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014	50
3.3. Posición de los tribunales supranacionales: sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: asunto Labasse c. Francia	56
3.4. El Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015	58
3.4.1. Trascendencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso concreto	60
3.5. La situación actual de la gestación por sustitución en España y sus principales consecuencias	62
3.6. Aplicación práctica del orden público atenuado en la institución de la poligamia	64
4. CONCLUSIONES	68

1. INTRODUCCIÓN

En un contexto de globalización consolidado, el mundo entero es escenario de grandes diferencias culturales, sociales y jurídicas. Entre sus habitantes, diversos grupos culturales e ideológicos que tienen una concepción de la realidad tan diversa, que no pueden otorgar a un problema una solución si quiera parecida, lo que hace que podamos encontrar graves problemas a la hora de afrontar la globalización e interculturalidad de hoy día. Por ello, el presente trabajo tiene por objeto el estudio de la institución del orden público, donde trataré de llevar a cabo una aproximación tanto teórica como práctica de la misma.

La elección de este tema se encuentra motivada por varias razones. En primer lugar, por su complejidad, ya que se trata de una realidad muy abstracta y compleja, que tiene un ámbito de aplicación inherentemente internacional por afectar a todos los países del planeta y dar solución –o no- a intereses estatales contrapuestos. Esto hace que deban ser estudiadas diferentes normas a nivel estatal, así como los diferentes criterios jurisprudenciales tanto estatales como a nivel comunitario en aras de dar solución a los variados problemas que plantea el juego del orden público internacional. Por otro lado, se trata de mostrar que una de las grandes instituciones del Derecho Internacional Privado como es el orden público internacional no ha dejado nunca de ser parte de nuestra actualidad jurídica; es decir, cómo siendo una figura clásica del Derecho, está hoy día más actual que nunca. En tercer lugar, otra de las razones que me han llevado a la elección de este tema es lo mucho que los estados se han aferrado históricamente al orden público internacional para defender sus intereses por encima de los intereses de los demás sin tratar de quitarse las anteojeras de sus ordenamientos jurídicos, pasando incluso, por encima de los derechos fundamentales.

El presente trabajo se divide en dos grandes capítulos: orden público internacional como institución clásica del Derecho Internacional privado y las referencias jurisprudenciales. En el primero de ellos, trataré de hacer una aproximación teórica a la institución del orden público internacional donde analizaré su concepto, funciones, límites, pasando por sus efectos y caracteres, así como la atenuación del mismo, haciendo mención continua de diversas sentencias que lo justifiquen. Además, trataré de abordar, de forma

crítica, la existencia de veintiocho conceptos de orden público internacionales en lugar de un único concepto a nivel europeo/comunitario. En el segundo apartado, me centraré en una institución controvertida en cuanto al juego del orden público se refiere, la gestación por sustitución. En dicho capítulo estudiaré un caso en concreto y de gran interés por las posibles consecuencias que pueden derivar del mismo. Para ello, analizaré, en primer lugar, una Sentencia del Tribunal Supremo para proseguir con el estudio de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Labasse c. Francia. Asimismo, expondré brevemente la situación actual respecto de la gestación por sustitución en España y sus consecuencias. Finalmente, realizaré también un breve estudio sobre la aplicación práctica de lo que llamamos orden público atenuado en la figura de la poligamia.

En definitiva, he optado por la versión clásica del orden público y comprobar su alcance, operatividad y límites en la actualidad. Se trata de un tema que está variando, mutando, y empezando a adaptarse a la realidad jurídica y cultural con la que contamos hoy en día. Así las cosas, el objetivo del trabajo es comprobar si el orden público sigue siendo la misma institución que era años atrás, o si se encuentra sujeta ya a unos análisis en clave de su visión práctica, muy diferentes. Para testar esta hipótesis, iré, como ya he expuesto, de lo general a lo especial; es decir, de lo más teórico a lo práctico. Sin embargo, lógicamente, por el alcance del análisis y enfoque del tema, he tenido que restringir el ámbito de estudio, no obstante lo cual, hay ámbitos que merecen ser estudiados y que no quisiera pasarlos por alto, como por ejemplo la interculturalidad o diversidad cultural con la que convivimos, y que tiene una gran repercusión en el alcance del orden público.

La interculturalidad o diversidad cultural es un fenómeno con el que llevamos tiempo conviviendo. De hecho, la Europa que conocemos hoy día se construye a raíz de las huellas de sus propias migraciones culturales (colonialismos, cambios en las fronteras, imperios multinacionales...). Empero, actualmente, y gracias a la inmigración, globalización y al turismo, hemos logrado cimentar una Europa basada en el pluralismo político y la tolerancia, lo que nos permite disfrutar de una sociedad diversa y multicultural. No obstante, no siempre ha sido así; la Europa del siglo XVI difería a la Europa del siglo XXI: diversidad de lenguas, razas, fronteras etc.

Este pluralismo cultural ha sido reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia Gorzelik et autres, de 17 de febrero de 2004¹: “*el pluralismo se basa en el reconocimiento y respeto verdadero de la diversidad y de la dinámica de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y culturales, de las convicciones religiosas, y de las ideas y conceptos artísticos, literarios y socioeconómicos y que una interacción armoniosa entre personas y grupos que tengan identidad diferente es esencial para la cohesión social*”.

A este respecto, existen tres actitudes posibles ante la diversidad cultural. Así, los tres modelos de relaciones entre el derecho y las diferentes culturas son (i) el monoculturalismo o asimilacionismo, (ii) multiculturalismo cerrado y (iii) multiculturalismo abierto. Sin embargo, *¿cuál de los tres modelos es el más respetuoso con los **derechos humanos**?*

El primero de ellos, el monoculturalismo, consiste en imponer la propia cultura a los demás, lo cual es característico de los imperialismos o colonizaciones que han tenido lugar a lo largo de la historia europea, en los que se ha impuesto la cultura del invasor frente a la del pueblo conquistado. Estas actitudes impositivas son las que pueden llegar a desembocar en actitudes racistas o xenófobas, pudiendo incluso, según la profesora M. ELÓSEGUI, llegar a causar el genocidio². Es decir, el modelo del monoculturalismo se basa en que hay una ***cultura superior a las demás***. Puede ser que la cultura que se piensa superior a las demás sea la mayoritaria, no obstante, en ocasiones, ha resultado ser la cultura minoritaria la dominante, la que se ha impuesto en el resto del país. Este modo de organizar la multiculturalidad parte de la premisa de que las personas diferentes no pueden convivir juntas pacíficamente, lo cual, desde mi punto de vista, implica un juicio de valor negativo y por lo tanto, una afirmación más que discutible.

El derecho a la identidad cultural y consecuentemente, la diversidad cultural, es un derecho reconocido en diferentes tratados internacionales de las Naciones Unidas como

¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de febrero de 2014, relativa al caso Gorzelik et autres, c. Pologne.

² Elósegui Itxaso, M. (2012). *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI*. Navarra: EUNSA, p.23.

la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 etc. No obstante lo cual, la reivindicación del derecho a la identidad cultural puede llevarse a cabo desde dos puntos de vista diferentes: multiculturalismo cerrado o multiculturalismo abierto o interculturalismo³.

El multiculturalismo cerrado es la reacción de las minorías que no han querido ser asimiladas y que han reivindicado sus derechos. Este modelo de organización se basa, en primer lugar, en el hecho de que todas las culturas son iguales; sin embargo, asimismo afirma que las distintas culturas son tan diferentes entre ellas que no hay valores comunes a todas ellas. Sostiene, además, que para que una cultura pueda sobrevivir no debería estar en contacto con cualquier otra cultura diferente, por lo que no pide al Estado leyes comunes a todas las culturas, sino leyes diferenciadas para cada grupo cultural dentro de un mismo Estado. También defiende encarecidamente la existencia de derechos colectivos llegando a restringir libertades y derechos individuales de las personas pertenecientes al grupo por preservar la supervivencia del grupo. Esto último es, en gran medida, lo que ocurre con el orden público, como veremos más adelante.

En conclusión, el modelo multicultural cerrado reclama el derecho a una identidad cultural propia, terminando por violar la libertad y derechos de las personas que pertenecen al propio grupo, imponiéndoles uniformidad y llegando a acabar por violar los derechos humanos más fundamentales.

Justo lo contrario ofrece el multiculturalismo abierto, modelo propio de los Estados sociales y democráticos de derecho, como son la gran mayoría de Estados europeos, cuya filosofía radica en la convivencia en la diversidad. No obstante, la interculturalidad exige a todos los individuos y grupos culturales unos valores comunes y un referente jurídico común. W. KYMLICKA establece que es completamente usual y normal que un Estado ofrezca una mayor protección a sus culturas territoriales, que a aquellas que provienen de los flujos migratorios⁴. Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma Vasca,

³ Elósegui Itxaso, M. *Ob.Cit.* nota 2, p.45.

⁴ Kymlicka, W., Fernández Aúz, T. and Eguibar, B. (2003). *La política vernácula*. Barcelona: Paidós.

los niños escolarizados tienen derecho a estudiar en español o euskera. No obstante, el Estado no se ve obligado a ofrecer un programa formativo en una lengua extranjera como puede ser el marroquí. Aunque la experiencia nos enseña que existe un número considerable de niños marroquíes escolarizados en el País Vasco, ello no obliga al Estado a una diversidad lingüística producida por la inmigración. Sin embargo, ello no implica que no exista el deber de respetar los derechos civiles de las personas que vivan en un país social y democrático de derecho. Es más, el Estado tiene la firme obligación de hacerlo, siempre que se siga el modelo intercultural al que estamos haciendo alusión. Un claro ejemplo de dicha obligación es, entre otros, el acuerdo entre la Santa Sede y la religión hebrea⁵.

Ahora bien, las costumbres culturales que un Estado debe proteger deberán ser, en todo caso, conformes con los derechos humanos universales, pues de lo contrario, se extinguiría tal obligación. Es decir, lo que un Estado no puede admitir es que determinados grupos culturales impongan restricciones a sus miembros por el solo hecho de ser usos o costumbres inherentes a su cultura, como puede ser, por ejemplo, la poligamia, por atentar al derecho de igualdad entre el hombre y la mujer.

El modelo intercultural es el modelo más respetuoso con las culturas extranjeras, siempre que en todo caso se respeten los derechos humanos. Se trata de apostar por la coexistencia pacífica y diferenciada de una pluralidad de culturas, abogando por la integración de aquellas ajenas del país de acogida. Así, personalmente, me decanto por este último modelo de interculturalidad, por ser el más respetuoso con los derechos humanos y defensor de los valores universales compartidos, basados en la igualdad en la dignidad de cada individuo.

Un modelo muy parecido propone el Consejo de Europa en el “*Libro blanco sobre el diálogo intercultural; Vivir juntos con igual dignidad*”⁶. Este libro pretende crear un

⁵ Ley 24/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (BOE, nº. 272, de 12 de noviembre); Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE, nº 158, de 3 de julio).

⁶ Ministro de Asuntos Exteriores del Consejo de Europa, (2008). *Libro Blanco sobre el diálogo intercultural*. Estrasburgo: Estrasburgo Cedex. Recuperado en:

dialogo intercultural europeo con el objetivo de valorar la diversidad cultural manteniendo la cohesión social de los estados. Así, el carácter más destacable del modelo del Consejo radica en la primacía de los principios y valores universales (derechos civiles, sociales, políticos, económicos y culturales) frente a las tradiciones culturales contrarias a la dignidad e igualdad del ser humano.

Sin embargo, *¿cómo solventar estas diferencias interculturales y por tanto, legislativas?* Pues bien, la herramienta más adecuada para ello es el orden público internacional.

2. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL COMO INSTITUCIÓN CLÁSICA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

En el ordenamiento jurídico español, la decisión del juez sobre las pretensiones de las partes no siempre debe fundamentarse sobre el derecho positivo español. Al contrario, pueden darse situaciones que, efectivamente, se caractericen por la presencia de uno o varios factores de extranjería, siendo aplicable una norma de conflicto multilateral propia del Derecho Internacional Privado. En tales casos, los jueces nacionales deberán remitirse al Derecho extranjero, remisión que tendrá lugar siempre y cuando el punto de conexión elegido por la norma de conflicto aplicable al caso de que se trate sea el derecho nacional de otro Estado.

En definitiva, podemos observar que el objeto de las normas de conflicto es, principalmente, indicarnos qué reglas materiales aplicará un juez nacional para resolver los litigios surgidos de una relación privada internacional. Ello supone que el juez o autoridad española puede tener que aplicar el derecho de un ordenamiento jurídico distinto al español como fundamento jurídico de su decisión.

No obstante, el legislador, en el artículo 12.3 del Código Civil, establece un límite o excepción al mandato expuesto en los párrafos inmediatamente anteriores: *"en ningún*

p.http://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_SpanishVersion.pdf.

caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público". Se trata de la cláusula o excepción de "orden público internacional", que constituye (o al menos así debería) como su propio nombre indica, una excepción, un remedio de carácter extraordinario al normal funcionamiento de la norma de conflicto, cuya activación descarta la aplicación de la Ley extranjera por ser contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*), en nuestro caso, del ordenamiento jurídico español⁷.

2.1. Concepto y origen

2.1.1. Concepto de orden público internacional: análisis lexical de la expresión

Como ha quedado antedicho, la norma de conflicto internacional se remite a un Derecho estatal para dar solución a una situación privada internacional, sin embargo, dicha remisión se establece sin tener en cuenta el contenido material de la Ley extranjera, pudiendo producir efectos negativos en el ordenamiento y sociedad española. Es el autor francés L. RAAPE, quien en sus diferentes trabajos utiliza la expresión "*salto en la oscuridad*" o "*salto en el vacío*"⁸ para hacer referencia a dicha incertidumbre o "localización incorrecta"⁹ que en ocasiones puede producir la remisión a un Derecho estatal por la norma de conflicto, sin previamente tener en cuenta el contenido material del mismo.

⁷ Gonzalez Campos, J. and Fernandez Rozas, J. (1995). Artículo 12, apartado 3 del Código Civil. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2(1), pp.826-895.

⁸ Raape, L. (1934). Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problemas du droit international privé. *RCADI*, 50, pp.405-544.

⁹ Como expone Carracosa González, J.: "*la aplicación de un Derecho extranjero para regular las relaciones entre particulares deviene, en determinados casos, una localización incorrecta. Es decir, el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto española puede tener un contenido contrario a los fundamentos del Derecho español y por tanto, desde ese punto de vista, la norma de conflicto deviene una localización incorrecta. Supone un fracaso del legislador ya que localizó la regulación de las bases jurídicas de la sociedad española en un Derecho extranjero que no respeta tales bases jurídicas fundamentales de nuestra sociedad. En este sentido, puede afirmarse que el orden público internacional corrige el resultado de una localización incorrecta llevada a cabo por la norma de conflicto española*". Carracosa González, J. (2008). Orden público internacional y externalidades negativas, *BIMJ*. p.2367.

El efecto negativo de la aplicación de una Ley extranjera al que aludíamos no lo asume única e íntegramente un individuo, sino que es la sociedad española en su totalidad la que carga con las consecuencias. Es por ello que se hace necesaria la existencia de una cláusula de orden público que proteja la sociedad española, o en palabras de C. CAMPIGLIO, proteja la “*identidad cultural del Estado*”¹⁰.

Podríamos definir la cláusula de orden público internacional como lo hacen los profesores CALVO CARAVACA Y CARRACOSA, que la concretan de la siguiente manera: “*La excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en cuya virtud se descarta la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país*”¹¹.

De forma parecida la define la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la Sentencia 9122/2014 (nº resolución 50/2014) cuando dispone que “*el orden público debe ser entendido como el conjunto de principios y normas esenciales que inspiran la organización política, social y económica de España, con inclusión desde luego de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, pero no sólo de ellos; el orden público opera en consecuencia como un límite necesario e imprescindible a la autonomía de la voluntad, a fin de garantizar la efectividad de los derechos constitucionales de los ciudadanos, el fundamento de las instituciones y la protección de los conceptos y valores inspiradores del sistema de democracia social constitucionalmente consagrado, límite que se impone también.*”¹².

En virtud de lo anterior, la cláusula de orden público internacional pretende proteger los fundamentos jurídicos básicos e imperativos de la sociedad española, rechazando la aplicación de la Ley extranjera designada por la norma de conflicto. Un análisis lexical

¹⁰ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. (2014). *Derecho Internacional Privado*. 15th ed. Granada: Comares, pág.525.

¹¹ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 10, p.524.

¹² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona de 14 de julio de 2014 (núm. 50/2014).

breve y conciso de la expresión de “orden público internacional” permitirá destapar y descubrir con mayor precisión qué es lo que dicha cláusula internacional protege¹³:

- **Concepto de “orden”:** la estructura jurídica básica del Derecho español: entenderemos mejor el concepto de “orden” en relación al orden público internacional si hacemos referencia a una bella metáfora del profesor CARRACOSA. El “orden” hace referencia a la “arquitectura jurídica básica” del Derecho español, compuesta por una serie de principios jurídicos tan básicos y fundamentales que si se vieran afectados, el edificio entero se derrumbaría. El daño que produciría el derrumbamiento del edificio sería catastrófico, ya que la estabilidad y convivencia de la sociedad española se verían gravemente afectadas.

El “orden” son, por tanto, los fundamentos o principios jurídicos básicos del Derecho español, sobre los cuales se construye la sociedad española, su paz, su convivencia y su armonía.

- **Concepto de “público”:** la defensa de la sociedad española: el orden público internacional opera, en todo caso, cuando se pretende aplicar en España una Ley extranjera, cuyos efectos son contrarios a los principios y valores imperativos del Derecho español. A este respecto, el orden público internacional se denomina “público” puesto que protege los intereses y principios rectores de una sociedad donde va a ser aplicado un Derecho extranjero.

Es decir, estos principios básicos de una sociedad, a pesar de extraerse de normas de Derecho privado, tienen un valor general, ya que operan en interés de la sociedad española en su totalidad.

- **Concepto de “internacional”:** casos con elementos extranjeros: El término de “internacional” es el más sencillo de definir ya que únicamente indica que la cláusula de orden público internacional solo intervendrá en relación con casos que contengan elementos foráneos. Sin embargo, esta última afirmación es, desde mi punto de vista, un

¹³ Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 9, p.2359.

tanto criticable ya que cada Estado detenta sus propios principios y valores jurídicos básicos, irrenunciables e imperativos por lo que el orden público internacional será diferente en cada Estado. *¿Podríamos hablar, por tanto, de un orden público nacional?*

2.1.2. Evolución del concepto “orden público internacional”

El orden público internacional tal y como ha quedado definido no ha coexistido en los ordenamientos jurídicos nacionales desde los inicios de la civilización, sino que ha ido adquiriendo forma y firmeza a medida que han ido transcurriendo los años. Pues bien, podemos deslindar el proceso de formación de la institución a la que hacemos alusión, en tres fases:

La primera de ellas se sitúa en la Baja Edad Media, época en la que Derechos particulares de determinados territorios convivían en armonía, llegando incluso a aplicar el derecho de un territorio en otro, de cuyo cuerpo normativo difería. No obstante, existían ciertos principios de equidad extraídos del Derecho Romano que no podían ser vulnerados por la aplicación de otro derecho; así, los derechos particulares de cada territorio no podrían aplicarse en otras ciudades si como consecuencia de ello resultaban vulnerados los principios de equidad aludidos.

En la segunda fase, el jurista holandés U. HUBER¹⁴, desvinculó el orden público internacional del Derecho Romano, afirmando que la aplicación de una Ley extranjera no debía darse si la nación sufría una disminución de su poder o los ciudadanos en sus derechos.

El proceso “culmina” con los famosos autores F. K. SAVIGNY¹⁵ y P.S. MANCINI, quienes construyen una noción de orden público internacional que se plasmará en los

¹⁴ ULRICH HUBER, gran jurista y publicista frisón del siglo XVII, nació en 1636, fue catedrático de Derecho en Franken (Alemania), presidente del Tribunal Supremo de Frisa (Alemania), y murió en 1694, habiendo publicado numerosas obras a lo largo de su vida profesional.

¹⁵ F.K. SAVIGNY considera que el orden público internacional opera como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, siendo el instrumento idóneo para flexibilizar las normas de conflicto. Para el autor, la regla general es la aplicación del Derecho designado

Códigos Civiles europeos del siglo XIX. Merece especial mención la opinión al respecto del jurista italiano MANCINI, quien introduce por primera vez lo que en los próximos siglos será un aspecto criticable de la institución, tal y como veremos: si el orden público internacional se constituye por los principios esenciales del Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, ¿no deberíamos hablar de un orden público nacional en lugar de un orden público internacional?¹⁶

2.2. Régimen jurídico y requisitos para su intervención

2.2.1. El régimen jurídico del orden público internacional

El orden público internacional español encuentra su fundamento legal en el artículo 12.3 del Código Civil, que se pronuncia en el siguiente tenor literal: “*en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”.

La redacción del artículo resulta un tanto vaga y difuminada al no precisar más detalladamente qué se entiende por orden público. Consecuencia de ello ha sido la reiterada y variada jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia núm. 122/2016, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 13471/2015) estableciendo que el concepto de orden público se encuentra dentro de los que llamamos “*conceptos jurídicos indeterminados*”, teniendo que detenernos caso por caso para detectar su presencia.

En definitiva, y atendiendo a la redacción del artículo 12.3 del Código Civil, el orden público se perfila como un concepto jurídico indeterminado que solo podrá definirse casuísticamente, atendiendo a las circunstancias de lugar y tiempo que se tercien en cada caso¹⁷.

por la norma de conflicto y su no aplicación será, en todo caso, la excepción. Friedrich Karl von Savigny, jurista alemán fundador de la escuela histórica de derecho alemana.

¹⁶ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 10, p. 529.

¹⁷ Sobre el particular, véase: <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/177/177560.pdf>

Por otro lado, el artículo 12.3 Cc dispone que no se aplicará la Ley extranjera cuando sea contraria al orden público internacional. No obstante, el artículo no dispone que la Ley extranjera no se aplicará cuando sea –hablando en términos de contenido- contraria al orden público internacional; esa es la razón por la cual se deduce que no es el contenido del derecho extranjero el que puede activar la cláusula de orden público internacional, sino el resultado que se produce tras su aplicación. Es decir, el hecho de que una norma extranjera tenga una regulación que difiera del derecho español, no activa por sí sola la excepción de orden público internacional, sino que la cohesión jurídica de la sociedad española debe verse amenazada por la *aplicación* de dicha norma extranjera.

El hecho de que una norma extranjera sea diferente a la española, incluso se base en principios contrarios a los existentes en el ordenamiento español, no es suficiente para declarar dicha norma extranjera contraria al ordenamiento español y por tanto, activar la cláusula de orden público internacional español. Por ejemplo, en el Código de Familia Marroquí (“Al Mudawana”), las mujeres, por el hecho de serlo, disponen, en general, de la mitad de los derechos hereditarios de los varones. No obstante, habrá que ver cuál es el resultado de la aplicación de dicho derecho en un caso concreto que se de en España. Esto es así porque puede ocurrir que solo sean mujeres las que concurran a la sucesión en el Estado español, no produciéndose en este sentido, ningún resultado contrario al orden público español.

Por lo expuesto, cabe declarar que el hecho de que una institución jurídica extranjera no exista en el ordenamiento jurídico español como tal o incluso se asiente en principios contrarios a los nuestros, no es óbice para activar el orden público internacional. A modo de ejemplo, nos vamos al derecho inglés, que reconoce la validez del “trust”, figura que en el ordenamiento español es inexistente. No obstante, el mero hecho de que el derecho anglosajón reconozca su existencia y el español no, no justifica, ni mucho menos, que la ley inglesa sea contraria al ordenamiento jurídico español y que, por tanto, deba activarse la excepción de orden público internacional español.

Lo mismo ocurre en el derecho marroquí, que contempla una medida de protección de los menores conocida como “*kafala*”, que, sin embargo, no existe en el derecho

español. Ello no implica que el derecho marroquí sea contrario al derecho español y que por tanto, deba aplicarse el orden público internacional (Sentencia del Tribunal Supremo 8175/2011)¹⁸.

Asimismo, es interesante traer a colación la institución jurídica del derecho islámico llamada “repudio”, que consiste en una forma de disolución de matrimonio no existente en nuestro ordenamiento. ¿Deberá intervenir el orden público internacional español si se solicita ante un juez español la disolución matrimonial en base a esta institución? Tal y ha quedado acreditado en los párrafos precedentes, el orden público es una institución casuística. Por ello, si atendidas las circunstancias del caso, la esposa repudiada muestra su acuerdo con el repudio, los resultados son similares a los de un divorcio de mutuo acuerdo. Por ello, en este caso, aunque el repudio sea una figura inexistente en nuestro derecho e incluso, contraria a los principios del mismo, no justificará la intervención del orden público internacional español¹⁹.

Por otro lado, y a la vista de la insuficiente regulación del artículo 12.3 del Código Civil, son muchos los aspectos que hay que matizar; otro de ellos es el hecho de que es evidente que para la aplicación de la cláusula de orden público internacional no es suficiente con una mera contrariedad o incompatibilidad con el ordenamiento jurídico del país cuyos jueces conocen del asunto, sino que la misma tiene que ser “*manifiesta*”. Así lo indica también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia 13471/2015 (nº recurso 85/2015), en su fundamento jurídico sexto, apartado 11^{o20}.

Sin embargo, ¿cuándo considerar que una contradicción o incompatibilidad es manifiesta? Pues bien, según A.L. DIAMOND, una contrariedad es manifiesta cuando

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2011 (núm. 8175/2011)

¹⁹ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 10, p. 534.

²⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de noviembre de 2015 (núm.13471/2015). Los magistrados del TSJ de Madrid, Don Francisco Javier Vieira Morante, Dña. Susana Polo García y Don Jesús María Santos Vijande disponen en el F.J.6º que: “*la Sala hace ver la necesidad de tener presente que, en este ámbito de enjuiciamiento, no tiene por qué incidir, ni incide, en si el contrato debió ser anulado o no en función de un error esencial de consentimiento: su objeto de análisis es el laudo, cuya motivación contraviene el orden público por arbitraria, ex art. 24.1 CE , en el sentido de manifiestamente contraria a reglas legales imperativas, tal y como hemos expuesto*”.

no hay dudas de su contrariedad. Por tanto, solo cuando los jueces nacionales consideren que están ante un caso de manifiesta incompatibilidad será cuando no apliquen las normas extranjeras; por el contrario, en caso de duda, la Ley extranjera deberá aplicarse en todo caso²¹.

2.2.2. Los requisitos necesarios para la activación de la cláusula de orden público internacional

El objetivo de la cláusula de orden público internacional es evitar un daño en los intereses generales de la sociedad española, que puede producirse como consecuencia de la aplicación de un Derecho extranjero en España. Totalmente de acuerdo con el señor T. BALLARINO me encuentro cuando indica que el orden público internacional opera como una “válvula de seguridad” del Derecho internacional privado²².

Ahora bien, el paracaídas (P. MENGOZZI)²³ que es la cláusula de orden público internacional únicamente se activará en el caso que concurren una serie de requisitos, que son los siguientes:

- Elemento material del orden público internacional: vulneración de la estructura jurídica básica del Derecho español → la activación de la excepción de orden público internacional entrará en juego cuando exista un peligro manifiesto de vulneración de los elementos jurídicos básicos e imperativos de la sociedad española. En este punto, debemos mencionar el hecho de que el orden público internacional se activará con más frecuencia y facilidad en aquellos ámbitos del derecho en los que existan más principios reguladores y más normas imperativas, en razón de que en este tipo de sectores, la autonomía de la voluntad de los particulares se encuentra notablemente limitada; es el caso del Derecho de Familia o Sucesiones.

²¹ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.* nota 10, p. 533.

²² Ballarino, T. and Milan, D. (2007). *Corso di diritto internazionale privato*. Padova: CEDAM, pp.94-96.; Ballarino, T. and Milan, D. (1982). *Corso di diritto internazionale privato*. Padova: CEDAM, pp.94-96.

Por el contrario, aquellos sectores del derecho donde los particulares pueden hacer un mayor uso de su autonomía de la voluntad serán los sectores donde menos principios jurídicos y normas imperativas operen. Por consiguiente, el orden público internacional tendrá un menor campo de acción. Es el caso del derecho de contratos, responsabilidad civil por daños etc.

- **Elemento espacial del orden público internacional: perjuicio para la sociedad española** → el orden público internacional pretende proteger la cohesión jurídica del país cuyos tribunales están conociendo del asunto. Es decir, únicamente podrá operar en aquellos casos en los que la aplicación del derecho extranjero vulnere la cohesión jurídica de la nación de que se trate en cada momento. Una interpretación negativa de la anterior afirmación implica que cuando la aplicación de una ley extranjera no afecta a la sociedad española – en nuestro caso – el orden público internacional no entraría en juego. De esta forma, cuando una institución determinada regulada en un ordenamiento jurídico extranjero no afecta a la sociedad española, el orden público internacional español no intervendrá²⁴.

2.3. Principios que integran el orden público internacional

Según los profesores CALVO CARAVACA y CARRACOSA, el orden público internacional está compuesto por los principios jurídicos del Derecho español que constituyen los “ejes maestros” sobre los que se edifica el Derecho Privado español²⁵:

2.3.1. Principios básicos del Derecho español

No todos los principios jurídicos forman parte del orden público internacional, tal y como ha quedado acreditado anteriormente. Así, para poder considerar un principio jurídico como parte del orden público internacional español, deberá ser, en todo caso, un principio fundamental, básico y central del ordenamiento jurídico español. Según los profesores, un principio jurídico será fundamental cuando presente dos características; en primer lugar, tendrá que ser un principio que inspire y presida el ordenamiento

²⁴ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 10, p. 526.

²⁵ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 10, p. 535.

nacional. En segundo lugar, deberán funcionar como pauta de buen funcionamiento del Derecho español y de la sociedad española.

En definitiva, un principio jurídico fundamental será el reflejo de los intereses generales de la sociedad española, cuya protección resulta esencial en aras de conservar la cohesión de la sociedad española.

2.3.2. Principios generales del orden público internacional

El orden público internacional está compuesto por principios. Por ejemplo, no discriminación por razón de sexo o raza²⁶, igualdad entre los cónyuges ante la ley, propiedad privada, tutela judicial efectiva²⁷, el interés superior del menor etc.

Como el orden público internacional está formado por principios, por defecto, debemos excluir las normas de su contenido; es decir, el orden público internacional no está formado por normas, sino por principios, por lo que referirnos a “normas de orden público” es incorrecto.

Por otro lado, no podemos incluir dentro del orden público internacional todos aquellos principios jurídicos del ordenamiento español. Al contrario, aquellos principios que no inspiran o presiden el ordenamiento jurídico español, y que no constituyen pautas para el correcto funcionamiento del Derecho español ni son garantía de integridad del mismo, no podrán ser parte del elenco de principios del orden público internacional.

²⁶ Los magistrados del Tribunal Constitucional disponen que existe una: “*prohibición de incurrir en discriminaciones contrarias al orden público constitucional, como son, entre otras, las que expresamente se indican en el art. 14 CE*”. Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 1992 (núm. 28/1992).

²⁷ Este Tribunal ha declarado, en su fundamento jurídico 2º, que “*resulta incuestionable que el cumplimiento de los requisitos procesales es un tema de orden público, cuyo control en modo alguno, puede negarse al Tribunal superior que tiene la competencia para conocer y resolver los recursos que ante el mismo se interpongan, ya que no está vinculado por las decisiones que haya adoptado el órgano judicial inferior cuya resolución es objeto de recurso...*”. Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1990 (núm. 113/1990).

2.3.3. Principios actuales

Los principios que forman el orden público internacional son principios cambiantes. Es decir, los principios jurídicos se extraen de normas, las cuales se modifican a medida que así lo exige la sociedad. Por ello, para evitar confusiones, es necesario que, llegados a este punto, dejemos claro que el orden público internacional español está compuesto por los principios que, en el momento presente, formen los pilares fundamentales del Derecho Privado español.

Por ejemplo, con anterioridad a la Constitución de 1978, el principio de indisolubilidad del matrimonio era considerado un principio básico integrante del orden público internacional español. De esta forma, las leyes de otros países que admitían el divorcio no podían aplicarse en España, en razón de que vulneraba el orden público internacional español²⁸. No obstante, tras la Constitución, dicho principio deja de ser esencial en el Derecho español ya que el divorcio queda admitido en nuestra sociedad. De esta forma, las leyes extranjeras que admitan el divorcio de los cónyuges pueden aplicarse en el ordenamiento español sin mayores problemas.

2.3.4. Carácter nacional o particular del orden público internacional

Cada Estado tiene su propio ordenamiento jurídico, que difiere del ordenamiento jurídico de otro Estado. Por tanto, cada Estado cuenta también con su propio elenco de principios básicos, que serán los que habrán de tenerse en cuenta a la hora de valorar si se activa o no la cláusula de orden público internacional del Estado de que se trate.

²⁸ La DGRN, dictó en 1979 resolución en la que, aunque disponía el orden público ya no podía impedir el matrimonio entre una mujer española viuda con un francés divorciado, sí lo hacía con anterioridad a ese momento: *“el apartado 3. del artículo 12 del mismo código dispone que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden publico y el artículo 52 del mismo citado código considera como única causa de disolución del matrimonio la muerte de uno de los cónyuges, es por ello que la dirección general de los registros y del notariado en diversas resoluciones ha considerado, hasta ahora, de orden publico el principio de indisolubilidad del matrimonio, negando validez para contraer nuevas nupcias en España el divorcio vincular decretado por autoridades extranjeras”*. Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado sobre celebración de matrimonio entre española y extranjero divorciado de 18 de mayo de 1979 (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1979).

El orden público internacional es, por lo tanto, diferente en cada Estado; es decir, es un orden público internacional realmente nacional, tal y como se estudiará más adelante.

2.4. Carácter restrictivo del orden público internacional

El orden público internacional es fundamentalmente dinámico en cuanto que es un concepto que cambia según cambian las realidades jurídicas de los estados. De hecho, las reformas tanto constitucionales como legislativas pueden llegar a alterar la noción de orden público que cada Estado tiene en un momento determinado, pudiendo una norma pasar de ser imperativa e infranqueable a ser una más del ordenamiento jurídico como consecuencia de los constantes cambios en las fuerzas políticas y por tanto, legislativas.

Igualmente, el concepto de orden público no es un concepto que se mantenga constante en cada ordenamiento jurídico, sino que, al contrario, cambia de un país a otro. La razón de dicho factor cambiante es que cada ordenamiento jurídico posee sus propios principios y normas fundamentales, inquebrantables por otras normas extranjeras. Así, puede ocurrir que una sentencia o laudo arbitral sea reconocido en un territorio y sin embargo, ser rechazado en otro.

No obstante, el dinamismo que representa el orden público internacional tiene límites: su carácter restrictivo. El carácter restrictivo del orden público implica que cuando los jueces del foro analicen si en el caso en concreto se dan las circunstancias para aplicar la cláusula de orden público internacional, deberán hacerlo de forma restrictiva. Esto último queda manifiesto en la Sentencia de 4 de febrero de 1988 del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (núm. 145/86)²⁹, cuando el presidente del Tribunal Mackenzie Stuart y demás integrantes, disponen que el objetivo de la Convención de Bruselas era facilitar la circulación de sentencias³⁰, lo que implica, palmariamente,

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de febrero de 1988 (núm. 146/1988).

³⁰ “El 21 de abril de 2009, la Comisión adoptó un informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En dicho informe se concluía que, en general, el funcionamiento del citado Reglamento es satisfactorio, pero que es deseable mejorar la aplicación de algunas de sus disposiciones, facilitar en mayor

aplicar de forma restrictiva la cláusula de orden público internacional, acercándonos, así, al objetivo de la norma europea.

En definitiva, tal y como se viene manifestando, la cláusula de orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en razón de que impide la aplicación de una ley extranjera, y como excepción que es, deberá operar siempre de manera restrictiva. Las cosas así, el orden público internacional opera exclusivamente cuando sea estrictamente necesario en aras de proteger la organización social y economía española; es decir, únicamente operará una vez probado el efecto negativo que la aplicación de las normas foráneas³¹ conlleva (STSJ de Murcia de 17 de marzo de 2014³²)³³.

En conclusión, y en palabras del profesor H. M. MEDINA CASAS, “una correcta comprensión del orden público internacional y de su aplicación restrictiva ayudaría a evitar la proposición de esta excepción como argumento residual, pero casi siempre presente, para evitar el reconocimiento de un laudo extranjero, pues la denegación por motivos de orden público debe ser excepcional”.³⁴

2.5. Las fuentes del orden público internacional

Para que la cláusula de orden público internacional pueda ser aplicada, es necesario que la aplicación de una ley extranjera origine un perjuicio de los principios jurídicos básicos e irrenunciables de la sociedad española. Sin embargo, ¿dónde ponemos el

medida la libre circulación de las resoluciones judiciales y mejorar el acceso a la justicia. Debiéndose llevar a cabo una serie de modificaciones, conviene, en aras de una mayor claridad, proceder a la refundición del mencionado Reglamento”.

³¹ Se utiliza en sentido amplio para identificar sentencias proferidas por órganos jurisdiccionales estatales, así como laudos dictados por tribunales de arbitramento.

³² Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 17 de marzo de 2014 (núm. 584/2014), cuyo fundamento jurídico 5º dispone que: “*la noción de orden público debe ser interpretada con carácter restrictivo, por tratarse de una excepción al principio de la comunidad de Derecho, y para no hacer ilusoria la aplicación de la ley extranjera declarada competente por la propia norma del derecho internacional privado del Juez*”.

³³ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 10, p. 528.

³⁴ Medina Casas, H. (2014). El orden público internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: concepto difuso de aplicación restrictiva. *Revista de Arbitraje PUCP*, 4(1). p. 158.

límite? Es decir, ¿qué principios podemos considerar como básicos e irrenunciables y cuáles no? Bajo mi punto de vista, es palmaria la necesidad de establecer una lista más o menos cerrada de cuerpos legales a los que recurrir para poder identificar los principios a los que hacíamos alusión; de lo contrario, podríamos crear situaciones de inseguridad jurídica difícilmente solventables.

A tales efectos, debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4713/1979 de 31 de diciembre, que dispone que *“el concepto de orden público nacional viene integrado por aquellos principios jurídicos públicos y privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”*.³⁵

Pues bien, según la gran mayoría de los autores, entre los que destacamos a B. BAREL y ST. ARMELLINI, los cuerpos legales que conforman el tronco normativo del cual se extraen los principios constitutivos del orden público internacional son los que siguen:

(i) *La constitución española*. Ciertamente, no todos los principios fundamentales del Derecho Privado español se encuentran recogidos en la Constitución española; de hecho, esta última regula un Derecho Privado meramente embrionario. No obstante, podemos destacar una larga lista de principios básicos e irrenunciables del Derecho Privado español. Por ejemplo, el artículo 14 (*“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*), el artículo 39.2 (*“los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”*), el artículo 33 (*“se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”*), o el artículo 38 (*“se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”*).

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre (núm. 4713/1979).

(ii) *Normas españolas de producción interna*. También del Código Civil y de las leyes españolas de derecho privado podemos extraer numerosos principios básicos que forman el orden público internacional español. Por ejemplo, el matrimonio será monógamo, se prohíbe la adopción de los descendientes (art. 175.3 Código Civil)³⁶, el matrimonio podrá ser celebrado por personas del mismo o distinto sexo (artículo 44 Código Civil)³⁷ etc.

(iii) *Derecho de la Unión Europea* (en adelante, “UE”). El Derecho originario de la UE y el Derecho derivado comunitario, van a dar lugar a un ordenamiento jurídico autónomo que se integra en los ordenamientos internos bajo unos especiales principios garantizados por un auténtico “poder judicial” constituido por el TJCE³⁸. Si a esto último le añadimos los artículos 93 a 96 de la Constitución española, quedan recogidas las bases del principio de primacía del Derecho internacional sobre el Derecho interno y respecto del que, actualmente y en tanto se refiere siempre a primacía sobre normas infraconstitucionales, está firmemente asentado tanto en el Derecho positivo como por la jurisprudencia estatal e internacional, que lo asumen sin mayor cuestionamiento.

De ciertas normas derivadas de la UE, también se pueden expresar una serie de principios irrenunciables que forman parte del orden público internacional español: la libre competencia del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la protección de los consumidores, la famosa libre circulación de ciudadanos, trabajadores, capital y mercancías.

(iv) *Normas internacionales de Derechos Humanos*. Al igual que ocurre con el derecho de la UE, las normas y tratados internacionales también gozan de primacía respecto del

³⁶ El artículo 175.3 del CC es del siguiente tenor literal: “No puede adoptarse: (1) a un descendiente, (2) a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad, (3) a un pupilo por su tutor hasta que haya sido aprobada definitivamente la cuenta general justificada de la tutela”.

³⁷ El artículo 44 del CC dice como sigue: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”.

³⁸ Isaac, G. (1995). *Manual de derecho comunitario general* (Título original: Droit communautaire general). Barcelona: Editorial Ariel. Pp. 245-247.

derecho interno. Las cosas así, el Estado español es parte de numerosos tratados internacionales que reconocen derechos humanos, por lo que resulta obvio que también de éstos últimos podemos extraer principios básicos del Derecho español, que forman parte del orden público internacional español.

Son muchos los instrumentos legales internacionales que están vigentes en España, los cuales contienen cláusulas específicas del orden público internacional: artículo 26 del Reglamento Roma II³⁹, el artículo 10 del Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973⁴⁰, el artículo 10 del Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971⁴¹, el artículo 21 del Reglamento Roma I⁴² etc.

No obstante, estas cláusulas que se han mencionado tienen una eficacia material limitada ya que se limita a las materias reguladas por los instrumentos legales internacionales anteriores. Además, estos instrumentos exigen que, para que pueda activarse la cláusula de orden público internacional, debe darse una incompatibilidad manifiesta con el ordenamiento del país cuyos tribunales conocen del asunto, que deriva de la aplicación de una Ley extranjera. Por otro lado, los anteriores instrumentos admiten la posibilidad de un orden público internacional parcial; es decir, si la incompatibilidad manifiesta con los principios básicos del ordenamiento cuyos tribunales conocen del asunto deviene de la aplicación de *una disposición* de una Ley extranjera, solo se rechazará la aplicación de tal disposición, quedando el resto de la norma a salvo⁴³

³⁹ “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁴⁰ “La ley aplicable a la obligación alimenticia determinará, entre otros aspectos: (1) si el acreedor puede reclamar alimentos, en qué medida y a quien. (2) quién está legitimado para ejercitar la acción alimenticia y en qué plazos. (3) los límites de la obligación del deudor, cuando la institución pública, que ha suministrado alimentos al acreedor, pida el reembolso de su prestación”.

⁴¹ “La aplicación de alguna de las leyes cuya competencia declara el presente Convenio no podrá ser rechazada salvo que sea manifiestamente contraria al orden público”.

⁴² “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier país designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

⁴³ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 10, p. 548.

Sin embargo, ¿todos los derechos humanos recogidos en los textos legales internacionales forman parte del orden público internacional español? Existen dos tesis que responden a esta pregunta:

La primera, **la tesis de la jerarquía de los derechos humanos**, aboga por que la noción de derechos humanos es oscura y difusa ya que no todos pueden presentar la misma importancia; además, afirma que no todos los Estados admiten los mismos derechos humanos. Por ello, los autores de esta tesis dividen los derechos humanos en dos grupos: (i) aquellos derechos humanos absolutos, que en todo caso forman parte del orden público internacional español como la tutela judicial efectiva, la no discriminación por razón de sexo, igualdad entre los hijos, el derecho a la libertad y dignidad del ser humano etc.

Por otro lado, (ii) tenemos aquellos derechos humanos que solo formarán parte del orden público internacional español cuando el litigio esté especialmente vinculado con el país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Dentro de este segundo grupo se encuentran el derecho a cambiar de sexo, a la no discriminación por la orientación sexual etc.

La segunda, **la tesis de los derechos humanos**, se sitúa en una posición convenientemente opuesta a la primera. No realiza una división de los derechos humanos como la anterior, sino que coloca a todos en el mismo nivel. De esta forma, todos los derechos humanos recogidos en los textos legales internacionales que estén en vigor para España, forman parte del orden público internacional español.

Para defender la anterior idea, los autores de esta corriente de pensamiento exponen una serie de argumentos; por un lado, manifiestan que desde el primer momento en que España incorpora en su ordenamiento jurídico tales derechos humanos, tiene la obligación de defenderlos. Expresa, asimismo, que la distinción de derechos humanos de “primera” y segunda división” (como ocurre con la anterior tesis) no se recoge en el Derecho español. Por ello, declaran que siempre que la aplicación de una ley extranjera

vulnere un solo derecho humano, sea cuál sea, se deberá activar la cláusula de orden público internacional⁴⁴.

No obstante, llegados a este punto y si se opta por esta última tesis, me pregunto, *¿por qué no todos los derechos fundamentales consagrados en la Constitución española son parte del orden público internacional español, y si, por el contrario, todos los derechos humanos consagrados en los textos internacionales?* Pues bien, a este respecto, solo puedo decir que, desde mi punto de vista, no necesitamos distinciones entre “derechos de primera” y “derechos de segunda”; necesitamos un cuerpo legal al que poder adherirnos cuando hablamos de orden público, y dicho cuerpo legal debería de ser el resultado de la unión de los siguientes:

- Sección Primera, del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución española
- La Carta Europea de Derechos Humanos
- La Convención Europea de los Derechos del Hombre
- La jurisprudencia del Tribunal Europea de los Derechos Humanos (TEDH)

2.6. Los efectos del orden público internacional

Ya hemos visto qué es el orden público internacional, qué requisitos son necesarios para su intervención, sus características etc. Ahora, por tanto, veremos cuáles son los efectos de la intervención del orden público internacional.

2.6.1. Efecto directo o negativo

La redacción del artículo 12.3 del Código Civil dispone, como ya ha quedado plasmado, que *“en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”*. Dicho precepto únicamente establece que no se aplicarán aquellas disposiciones del Derecho extranjero que cuya aplicación vulnere el orden público internacional español.

⁴⁴ Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 10, p. 536.

2.6.2. Efecto indirecto o positivo

Por ello, una vez que los tribunales del foro han rechazado la aplicación de la Ley extranjera por ser contraria al ordenamiento jurídico del Estado español, debe precisarse la Ley estatal que se aplicará para resolver el caso. No obstante, el artículo 12.3 del Código Civil nos deja una laguna legal para ese tipo de casos. A este respecto, los sistemas legales más productivos para poder localizar la ley estatal aplicable son, entre otros, el sistema subsidiario⁴⁵, seguido por países como Italia (artículo 14.2 LDIPr Italiana de 1995) o el sistema latino⁴⁶.

No obstante, la posición de la jurisprudencia española (Sentencia de 5 de abril de 1966⁴⁷) no es otra que la aplicación de la Ley sustantiva española; es decir, se trata de una solución directa a favor de la Ley del foro, que, al igual que aquí, se sigue en otros países como, por ejemplo, Austria.

Asimismo, en ciertos casos, puede darse que sea una única Ley extranjera la que sea contraria al orden público internacional español. Así, tras descartar la aplicación de dicha normativa, puede observarse que exista otro cuerpo legal en ese mismo ordenamiento extranjero que, al no ser contrario al ordenamiento jurídico internacional español, se aplicará subsidiariamente.

⁴⁵ Según Calvo Caravaca, “*el sistema subsidiario se refiere a aquellos casos en los que existen normas de conflicto con varios puntos de conexión. En estas situaciones, si el Derecho extranjero designado por el punto de conexión principal es contrario al orden público internacional español, el juez aplicará el Derecho extranjero designado por el punto de conexión sucesivo*”. Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.* nota 10, p. 537.

⁴⁶ “Este sistema, por el contrario, opera en aquellos casos en los que la norma de conflicto establece puntos de conexión únicos. En estos casos, la única solución posible es la aplicación de la Ley del foro. A este respecto, si los jueces del foro justifican la no aplicación de la Ley extranjera señalada en primer lugar por la norma de conflicto por ser contraria a los principios jurídicos irrenunciables españoles, únicamente cabría aplicar la ley del foro”. Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 10, p. 537.

⁴⁷ Indica, al efecto, esta importante sentencia, que: “El orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

En cualquier caso, no nos podemos olvidar de lo que la doctrina y jurisprudencia llama “orden público internacional anticipado”. En los casos en que los litigantes tengan sospechas fundadas de que la Ley extranjera aplicable a la situación privada internacional activará la cláusula de orden público internacional español, y lo así lo prueben, podrán las partes basar sus pretensiones en Derecho español aplicable subsidiariamente. De esta forma, las partes litigantes se anticipan al resultado dañino para la sociedad española.

2.6.3. Efecto reflejo del orden público internacional

El orden público internacional únicamente defiende los valores jurídicos básicos e irrenunciables del Derecho del foro. Ahora bien, se dan casos en los que los valores fundamentales de un Estado pueden estar presentes en otro. Por ejemplo, un hombre chino contrae matrimonio con otro español, en Bélgica. La capacidad para contraer matrimonio se rige por la Ley nacional de cada uno de los cónyuges (la china y la española respectivamente) y la Ley china, al contrario que la española, prohíbe el matrimonio entre dos personas del mismo sexo, por lo que no podrá aplicarse. Es decir, cuando la Ley nacional o de residencia habitual de uno de los cónyuges permite el matrimonio homosexual, la Ley de nacionalidad o residencia habitual del otro cónyuge que la prohíbe, no será de aplicación.

El resultado de todo ese procedimiento es claro: defender los valores jurídicos básicos del Derecho español, los cuales comparte con el Derecho belga. Así, la no aplicación de la Ley china hará que el matrimonio de los dos hombres sea posible en Bélgica (artículo 46.II LDIPr Belga de 2004: “*L’application d’une disposition du droit désigné en vertu de l’alinéa 1^o est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l’une d’elles a la nationalité d’un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d’un Etat dont le droit permet un tel mariage*”).

2.7. Orden público internacional y casos no conectados con España: orden público atenuado

Son muchas las acciones y esfuerzos realizados por la doctrina por suavizar la cláusula de orden público internacional en aras de que únicamente sea empleada en aquellos

casos en los que la sociedad española se vea **efectivamente** perturbada. Pues bien, el objetivo de la doctrina es claro: pretender que el orden público internacional no se active en los casos en los que la aplicación del Derecho extranjero designado por la norma de conflicto no perturbe la sociedad española, cualquiera que sea el contenido de dicho Derecho⁴⁸.

Para poder lograr la pretensión del párrafo precedente, se puede hacer uso de dos instrumentos doctrinales, entre las cuales se encuentra la *tesis del orden público internacional atenuado*, que arranca de una distinción básica entre dos tipos de situaciones:

2.7.1. Situaciones jurídicas que pretenden crearse en España

Hay casos en los que se pretende crear en España una situación jurídica con arreglo a un Derecho extranjero, cuya aplicación en España, vulnera el orden público internacional español.

Cuando eso ocurre, el orden público internacional interviene radicalmente; es decir, el orden público internacional español operará con una mayor intensidad en este tipo de situaciones en las que se pretende crear en España una situación jurídica con arreglo a un Derecho extranjero cuya aplicación vulnera los principios básicos e irrenunciables de la sociedad española.

En definitiva, cuando se trata de **crear** en España una situación jurídica con arreglo a una Ley extranjera, el orden público internacional opera de modo total, completo y radical.

La consecuencia de dicha intervención radical y total también es clara: la Ley extranjera no se aplicará y no podrá crearse en España la situación jurídica pretendida cuando la aplicación de la Ley extranjera vulnere los principios fundamentales del ordenamiento español.

⁴⁸ Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 9, p. 2369.

2.7.2. Situaciones jurídicas legalmente creadas en un país extranjero

En este caso, se trata de aquellas situaciones jurídicas que ya han sido creadas en otro país, al amparo de un Derecho extranjero, y las cuales ya han producido efectos legales en un país extranjero, cuyo Derecho las admite. No obstante, de lo que se trata ahora es de trasladar o exportar tales situaciones jurídicas a España.

En este tipo de situaciones, el impacto que puede tener en la sociedad española la aplicación de una Ley extranjera aplicada al asunto es débil, al igual que el perjuicio que puede surtir dicha Ley extranjera en España. Por ello, la intervención del orden público internacional se limitará únicamente a ciertos efectos derivados de la situación regulada por la Ley extranjera. Así, es conveniente diferenciar los diferentes efectos jurídicos que puede generar la aplicación de dicho Derecho extranjero en España:

- Efectos jurídicos nucleares derivados de la situación jurídica creada en el extranjero al amparo de una Ley extranjera: estos efectos jurídicos vulneran el orden público internacional español cualquiera que sea el país donde se haya creado la situación jurídica. Estos efectos, deberán ser completamente rechazados, ya que, de lo contrario, dañarían los principios básicos y fundamentales del Derecho español, y por tanto, la sociedad española se vería altamente perjudicada.
- Efectos jurídicos periféricos producidos por situaciones jurídicas creadas en el extranjero, al amparo de una Ley extranjera: este tipo de efectos serán admitidos en España, puesto que su admisión no implica un daño a la cohesión jurídica de la sociedad española. Es decir, no se considera que tales efectos jurídicos sean contrarios al orden público internacional español, razón por la cual no podrán ser rechazados en España.

A continuación, se expondrá un ejemplo para ver cómo se pronuncian en la práctica los efectos jurídicos mencionados: un hombre argelino, previamente casado con otra mujer, contrae segundo matrimonio con una mujer argelina, en Argelia. El Derecho argelino permite la poligamia por lo que este matrimonio poligámico producirá efectos jurídicos

en Argelia. No obstante, el hombre y sus dos mujeres, deciden mudarse a España a vivir y tras pasados unos años, el hombre adquiere la nacionalidad española. Así, todo lo que afecte al estado civil del varón deberá inscribirse en el Registro Civil español.

El segundo matrimonio es un una situación jurídica ya creada en el extranjero que pretende trasladarse o exportarse a España. Por ello, diferenciaremos los efectos nucleares de los periféricos. Los primeros, no podrán aplicarse en España por lo que el segundo matrimonio del varón no existirá en España ni podrá inscribirse en el Registro Civil español.

No obstante, los efectos periféricos de este segundo matrimonio si se admitirán por no producir efectos jurídicos contrarios al ordenamiento español. De esta forma, los efectos que si se admitirán en España serán, entre otros, el derecho a la pensión de alimentos por parte de la segunda mujer, carácter matrimonial de la filiación de los hijos nacidos de la segunda mujer, la pensión post-divorcio para la segunda mujer etc.

2.7.3. Juicio positivo de la tesis de orden público internacional atenuado

La jurisprudencia española se ha mostrado muy receptiva respecto de esta tesis de orden público internacional atenuado y en particular, tal y como hemos comprobado, respecto de los matrimonios poligámicos: no se admiten los efectos nucleares de dichos matrimonios (el matrimonio en sí mismo no será válido en España) pero, sin embargo, sí se admiten los efectos periféricos de los mismos (filiación, alimentos, pensiones...). Esto último se ha visto reflejado en diferentes sentencias del Tribunal Supremo, como la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1969, tal y como se verá más adelante.

Pues bien, la tesis de orden público internacional atenuado ya expuesta resulta, según el profesor CARRACOSA GONZALEZ, muy útil por varios motivos⁴⁹:

- Refuerza la estabilidad legal de las situaciones creadas en el extranjero y la seguridad jurídica: tales situaciones fueron creadas en un país extranjero, conforme a un Derecho extranjero que las permitía. Por ello, y si el simple

⁴⁹ Carrascosa González, J. *Ob. Cit.*, nota 9, p. 2369.

hecho de cruzar una frontera implicara que dicha situación jurídica fuera inexistente en otro país, estaríamos creando un perjuicio muy elevado a los particulares afectados por dicha situación jurídica legalmente creada en otro país. Si ello fuera posible, queda patente que la seguridad jurídica quedaría totalmente desvirtuada.

A este respecto, con la tesis de orden público internacional atenuado, logramos “mantener” la situación jurídica válidamente creada en el extranjero en tanto que no perjudique el orden público internacional español.

- Preserva la organización valorativa y económica de la sociedad española: solo los efectos jurídicos producidos por una situación jurídica legalmente constituida en el extranjero, vulneradora de los principios básicos e irrenunciables del ordenamiento español y por tanto, de la estructura básica de la sociedad española, serán rechazados.

En virtud de lo anterior, cabe destacar que no todos los efectos jurídicos derivados de la aplicación de un Derecho extranjero se producen en España, sino que, al contrario, pueden producirse en otro Estado, sin llegar a perjudicar de modo alguno la cohesión de la sociedad española. En esos casos, no será necesaria la activación de la excepción del orden público internacional español.

Sin embargo, dicha afirmación nos deja un resquicio de duda en virtud de que pueden aceptarse, por ejemplo, en Francia situaciones jurídicas que en España vulnerarían los principios jurídicos fundamentales. Por ello, y siendo ambos países miembros de la Entidad supranacional conocida como Unión Europea, *¿no estaríamos permitiendo una inmunidad legal de ciertas situaciones privadas internacionales y por tanto, dañando en cierto modo la cohesión de la Unión?*

2.8. Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado

Llegados a este punto, debemos hacer mención a lo que quizás sea lo más criticable de

la institución del orden público internacional. A este respecto, debemos recordar que el orden público ha existido antes de que la Unión Europea llegara a formarse, y que de igual forma, continúa coexistiendo con dicha realidad.

El orden público se configura como el conjunto de principios y valores imperativos que inspiran un ordenamiento jurídico nacional, cuyo objetivo principal es la protección de la cohesión social de dicha nación. No obstante, el concepto de orden público internacional es todo, menos internacional. Es decir, se trata de **un orden público internacional de cada Estado**, lo cual resulta cuanto menos, paradójico.

Pero, ¿por qué decimos que el orden público internacional es nacional o estatal? Pues bien, la realidad respalda que cada Estado tiene su propio contenido de orden público en razón de que cada Estado tiene su propio elenco de principios imperativos, que pueden diferir de los principios imperativos que inspiran otro ordenamiento. A este respecto, el orden público internacional italiano es diferente al orden público internacional español, incluso cuando existan principios comunes a ambos estados. Por ejemplo, la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de marzo de 2000⁵⁰, consideró el orden público internacional español vulnerado por el Derecho francés en materia de filiación. Según el tribunal, tanto la legislación española como la francesa regulan la filiación de una manera similar, no obstante, ofrecen soluciones diferentes a determinadas situaciones, dentro de las cuales se veía vulnerado el orden público internacional español.

Es decir, aunque un mismo principio o valor superior configure el orden público de dos ordenamientos jurídicos distintos, su concreción en el caso singular puede determinar concepciones distintas del orden público⁵¹.

Pero, ¿cómo es posible que en una realidad de Unión Europea como la que vivimos cuente con 28 diferentes conceptos de orden público internacional? ¿para cuándo un concepto de orden público a nivel europeo?

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2000 (núm. 2485/2000).

⁵¹ Álvarez, S. (n.d.). ¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado? [online] pp.147-179. Available at: https://www.academia.edu/6232084/_Orden_p%C3%BAblico_europeo_versus_orden_p%C3%BAblico_internacional_de_cada_Estado [Accessed 19 Mar. 2016].

Elaborar un concepto de orden público a nivel internacional supondría un reto difícilmente alcanzable por las variedades de ordenamientos jurídicos existentes en el mundo. No obstante, las probabilidades de conseguirlo aumentan notablemente en Europa.

Desde el Tratado de Ámsterdam de 1997 se lleva desarrollando un complejo trabajo en el ámbito del derecho privado a nivel europeo, ¿no es ya hora de conseguir un concepto de orden público unificado a nivel europeo/comunitario?

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo (en adelante, “**TJUE**”) se ha manifestado en varias ocasiones sobre la operatividad del orden público y su trascendencia europea. No obstante, y aunque ha llegado a admitir que el concepto de orden público se constituye en cada Estado teniendo, en todo caso, en consideración las normas europeas, no se ha atrevido a afirmar que el concepto de orden público sea unitario para toda la comunidad europea⁵².

Es más, todo lo positivo que habíamos logrado con el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante, “**Reglamento Bruselas II Bis**”), lo perdemos 7 años más tarde en el Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (en adelante, “**Reglamento Roma III**”).

Fijémonos bien en las redacciones de uno y otro Reglamento europeo, para poder darnos cuenta de que lo que ganamos en el Reglamento de reconocimiento y ejecución

⁵² Según reiterada jurisprudencia, los derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia (véase, en particular, el dictamen 2/94, de 28 de marzo de 1996, Rec. p. 1-1759, apartado 33). A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido. Dentro de este contexto, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales reviste un significado particular (véase, en especial, la sentencia de 15 de mayo de 1986, Johnston, 222/84, Rec. p. 1651, apartado 18)”. Sentencia del TJUE del 28 de marzo de 2000 (caso C-7/98 Dieter Krombach vs. André Bamberski).

de sentencias, lo perdemos hoy en el Reglamento sobre ley aplicable:

El artículo 11 del Reglamento Bruselas II Bis relativo al reconocimiento y ejecución de sentencias, dispone lo que sigue:

*“Las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial no se reconocerán: a) si el reconocimiento fuere **manifiestamente contrario** al orden público del Estado miembro requerido”.*

Lo que el Consejo pretende con la anterior redacción es limitar la operatividad de la cláusula de orden público a aquellas situaciones en las que la contradicción entre ambas legislaciones *sea manifiesta*. De hecho, la derivada es que, en trece años de aplicación de este reglamento, la operatividad de orden público ha quedado reducida a lo mínimo y los jueces están concienciados de ello.

No obstante, veamos qué es lo que establece el propio Consejo en el artículo 10 del Reglamento Roma III sobre ley aplicable:

*“Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, **se aplicará la ley del foro**”.*

De la lectura de los artículos, encontramos una clara contradicción entre ambos ya que, el primero de ellos está tratando de limitar el juego del orden público mientras que el segundo de ellos permite al juez nacional aplicar la ley del foro cuando la figura que regula la legislación extranjera no se contemple en el ordenamiento del foro.

Pongamos el ejemplo de un matrimonio homosexual de Polonia, al que por residencia de las partes, debe aplicarse la Ley española. Cuando la pareja decide divorciarse en Polonia, el juez polaco, de acuerdo con este precepto, podrá negarse a aplicar la legislación española y aplicar la ley polaca puesto que el matrimonio homosexual es una figura totalmente desconocida en dicho país.

De esta forma estamos, lejos de unificando conceptos, incentivando una nacionalización del concepto de orden público.

¿Es posible encontrar un sustrato de derechos fundamentales que inspiren a una Europa unificada?

La respuesta no puede ser otra que la afirmativa. A este respecto, contamos, entre otros, con dos de los textos comunitarios más importantes de la Unión Europea: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, “CDFUE”), y la Convención Europea de los Derechos del Hombre de 1950 (en adelante, “CEDH”). Estas últimas recogen la esencia de los derechos fundamentales que inspiran la Unión Europea en su totalidad, lo que debería de ser suficiente para establecer un elenco firme de principios y valores que formaran el concepto de orden público europeo.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar que el contenido del Capítulo II del Título I de la Constitución Española de 1978 (en adelante, “CE”) relativo a los “derechos y libertades” fundamentales de los ciudadanos apenas difiere de los derechos recogidos en los textos comunitarios mencionados.

¿A qué esperamos para desnacionalizar este concepto?

Ya hemos visto que los reglamentos europeos nos ofrecen una de cal y otra de arena. No consiguen perfeccionar un criterio unificado que pueda servir de referencia clara y transparente para los jueces nacionales. Otro ejemplo de la difusa regulación es el Reglamento (CE) n°864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (en adelante, “**Reglamento Roma II**”), cuyas consideraciones iniciales manifiestan lo siguiente:

*“Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de **daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva**, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro”.*

Esto último fue de aplicación en un pleito que promovió una anciana de 79 años llamada Stella Liebeck contra la cadena multinacional conocida como McDonald's (caso Liebeck vs. McDonald's). El relato de los hechos transcurre en el coche, cuando la anciana, tras pedir un café para llevar, se le cae la bebida ardiendo en las piernas, ocasionándole quemaduras de tercer grado, cuya curación le supuso alrededor de 15.000 dólares en hospitales. Tras varios años de pleitos, la Empresa fue condenada al pago de 600.000 dólares por daños punitivos y compensatorios.

No obstante, este concepto de daños punitivos y compensatorios no existe en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que, de acuerdo con el Reglamento Roma II, podría considerarse contrario al orden público español en el caso de que la legislación norteamericana se quisiera aplicar en España.

Todo lo anterior es la prueba de que el Derecho Europeo trata de frenar el juego de orden público automático, pero, sin embargo no termina de ofrecernos una regulación uniforme en un único sentido. Por lo tanto, avance sí, pero muy tímido.

¿Dónde está la solución?

La solución la van ofreciendo poco a poco los jueces nacionales, cuyas sentencias van definiendo cada vez más la operatividad y alcance del orden público, inclinando la balanza hacia un concepto unitario europeo. Asimismo, la Ley de Cooperación Internacional está logrando mentalizar al poder judicial de los diferentes países de que acudir siempre y en todo caso al orden público no es viable, sino que su adopción debería ser muy sopesada.

En la actualidad, no paramos de hablar del tan recurrido artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (en adelante, "TUE"), que regula las cuatro libertades de circulación en el Mercado Interior de la Unión Europea, también llamado Mercado Único Europeo: libertad de circulación de mercancías, de personas, de trabajadores y de capitales. Y, bajo mi humilde opinión, lo único que debería de ser capaz de paralizar dichas libertades es algo tan evidente y flagrante que no pueda ser ignorado. De lo contrario,

estaríamos trazando el camino hacia una autarquía que no se corresponde con los tiempos y necesidades actuales.

Las cosas así, ¿dónde pondríamos el límite? ¿Qué es lo que no puede traspasarse? La línea roja que, desde esta perspectiva, no puede traspasarse está clara: **los derechos humanos**. Nada más. Pero no solo los derechos humanos recogidos en las leyes internas de cada Estado, sino aquellos derechos recogidos en los compromisos internacionales que haya suscrito el Estado de que se trate. Con todo esto, crearíamos una cúpula de orden público común.

2.9. Una luz de esperanza: últimas novedades legislativas

En apenas un año, el poder legislativo ha llevado a cabo tres reformas legislativas que optan por atemperar la supuesta fortaleza del concepto de orden público frente a instituciones desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico: (i) la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (ii) la Ley de Jurisdicción Voluntaria y (iii) la Ley del Registro Civil de 2015.

En la Ley de Cooperación Internacional, se hace alusión a la contrariedad *manifiesta* que debe existir entre la legislación extranjera y la ley del foro para que pueda operar la cláusula de orden público. De esta forma, no le permite al juez nacional encerrarse en su ordenamiento jurídico sin prestar atención a otras instituciones y legislaciones extranjeras, por lo que es evidente que se ha conseguido dar un paso hacia delante. Es decir, la ley no le permite al juez español cerrarse en banda ante una institución extranjera que no es estricto sensu igual que la de su ordenamiento y que por tanto, es desconocida para él.

Por ejemplo, si una pareja marroquí en lugar de llevar a cabo una adopción como nosotros la conocemos, optan por la *Kafala*, el juez nacional no puede no darle efectos activando la cláusula de orden público por el mero hecho de no conocerla estricto sensu. Así, la Ley le obliga a ampliar la visión y no quedarse únicamente en la superficie, teniendo que entrar a valorar dicha institución.

Algo muy similar ocurre con la Ley de Jurisdicción Voluntaria. El artículo 12.3.c) de dicha ley dispone que “*el reconocimiento en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por las autoridades extranjeras sólo se denegará en estos casos:* c) *Si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español*”.

Asimismo, la Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil, en sus artículos 95, 96 y 97 manifiesta que no se inscribirán en el Registro Civil español aquellas resoluciones judiciales extranjeras, documentos extrajudiciales extranjeros o las certificaciones de asientos extendidos en registros extranjeras que sean **manifiestamente** contrarios al orden público español.

En conclusión, como podemos observar, aunque el avance es tímido y lento, existe una evolución en el camino de avanzar en una mayor interacción entre diferentes ordenamientos jurídicos. Pero no solo eso, debemos reconocer también los esfuerzos legislativos nacionales con los que en este momento contamos. A título ejemplificativo, acudamos al artículo 9.4 del Código Civil español, que es del siguiente tenor literal:

“La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5”.

Es decir, tras la reforma del Código Civil de 2015, las cuestiones de filiación del hijo se rigen ya no por la ley nacional, sino por la ley de su residencia habitual (centro de vida). En su virtud, si, por ejemplo, un niño de padres españoles nace en California por gestación por sustitución, pero reside habitualmente en España en el momento de determinar su filiación, ésta última se determinará de acuerdo con la ley española.

Esta nueva redacción del precepto va a acabar amortiguando la trascendencia del orden público ya que, si eliminamos la ley nacional para sustituirla por la de residencia habitual, no estamos más que frenando la operatividad del orden público.

3. REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES: Gestación por sustitución y poligamia

En el presente apartado trataremos de estudiar, por un lado, la figura de la gestación por sustitución y su acceso al Registro Civil español. Para ello, en primer lugar haremos una breve aproximación teórica de la institución, para después centrarnos en la jurisprudencia derivada de un caso en concreto: caso *Labasse c. Francia*.

En segundo lugar, realizaremos un breve estudio práctico de los matrimonios polígamos y el reconocimiento judicial de algunos de sus efectos en España.

3.1. Breve aproximación teórica a la figura de Gestación por sustitución

La Audiencia Provincial de Valencia de 26 de noviembre de 2011 define la gestación por sustitución como: “*un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no su óvulo, con el compromiso de entregar al nacido a los comitentes, que pueden ser una persona o una pareja, casada entre sí o no, que a su vez pueden aportar o no sus gametos.*”⁵³

Como la experiencia bien nos muestra, la regulación respecto de la gestación por sustitución es muy dispar en los diferentes estados: existen países que lo aceptan libremente, países que lo prohíben tajantemente –entre los cuales se encuentra España– y países que lo toleran si se cumplen ciertos requisitos.

Tanto la Ley 35/1998 de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, “LTRHA”), como la Ley 54/2003 de 21 de noviembre que

⁵³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de noviembre de 2011 (núm. 826/2011).

modifica la anterior, como la Ley 14/2006 de 26 de mayo manifiestan la nulidad del contrato de gestación por sustitución en España y determinan la filiación de los hijos nacidos por esta vía por el parto, guardando la posibilidad de reclamar la paternidad (artículo 10):

1. *“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.*
2. *La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto.*
3. *Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.*

Consecuencia de las leyes anteriores es que el contrato de gestación por sustitución resulta nulo y de esta forma, la madre legal y en cuyo favor será la filiación, será la mujer gestante. No obstante, como hemos mencionado en el párrafo precedente, se le reserva al padre comitente, es decir, biológico, la acción de reclamar la paternidad. Esto último crea, a mi parecer, una desigualdad respecto de la madre comitente ya que al contrario que al padre, no se le permite ser declarada madre biológica del niño.

Las cosas así, *¿cómo se inscriben los nacidos mediante esta técnica en el extranjero en el Registro Civil español?*

La Ley del Registro Civil establece que se permitirá la inscripción de las resoluciones extranjeras firmes siempre que se cumplan ciertos requisitos. Asimismo, el artículo 7.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 de las Naciones Unidas establece que: *“el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.*

No obstante, si relacionamos la regulación del Registro Civil –que permite la inscripción de resoluciones extranjeras firmes- con el artículo 10 de la LTRHA – que declara la nulidad de la gestación por sustitución-, las contradicciones son notorias.

Por ello, la Dirección General del Registro del Notariado (en adelante, “DGRN”), publicó una instrucción el 5 de octubre de 2010 donde expresaba la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español a los menores nacidos por gestación por sustitución en el extranjero, en aras de proteger jurídicamente el interés superior del menor. No obstante, la DGRN impuso una condición para proceder a la inscripción del menor: la presentación ante el encargado del registro consular español de una **resolución judicial** dictada por Tribunal competente, donde se establezca la filiación del menor.

Sin embargo, hay algo que debemos tener claro y es que con esta instrucción, la DGRN manifiesta que la inscripción no determina la filiación del menor, sino que únicamente exporta al Registro Civil español una filiación que ha sido determinada por una resolución judicial en el país donde se haya llevado a cabo la gestación por sustitución. De esta forma, habrá que seguir, en la mayoría de los casos, un procedimiento de “*exequátur*” ante los tribunales españoles de dicha resolución extranjera que determina la filiación del menor, y en ese momento, los tribunales entrarán a conocer el fondo del asunto.

Sobre toda esta complicada situación el Tribunal Supremo dictó la sentencia 835/2013, de 6 de febrero de 2014, que expondremos a continuación.

3.2. Referencias jurisprudenciales de la gestación por sustitución: especial referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero

En este punto haremos un estudio en profundidad de la sentencia del Tribunal Supremo nº 835/2013 de 6 de febrero; sentencia que, lejos de avanzar en la internacionalización del concepto de “orden público”, fue duramente criticada por derivar en importantes consecuencias en la sociedad española.

3.2.1. Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Todo comenzó cuando una pareja homosexual española compuesta por dos hombres (en

adelante, “el matrimonio” o “los comitentes”) fue a Estados Unidos –California- para llevar a cabo la gestación por sustitución en aras de tener un niño. No obstante, cuando instaron al Registro Consular de Los Ángeles la inscripción del niño nacido por esta vía, les fue rechazada con base en el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, “LTRHA). El consulado dispuso que el libro de familia que habían expedido las autoridades californianas no tenía ningún valor constitutivo de la filiación entre el matrimonio y el menor. Frente a dicha resolución, el matrimonio interpuso un recurso ante la Dirección General del Registro y del Notariado (en adelante, “DGRN”) suplicando la revocación de la anterior resolución y por tanto, proceder a la inscripción del menor en el Registro Civil español con la filiación determinada en el Registro californiano.

El 18 de febrero de 2009, la DGRN dictó una **resolución** donde estimaba la pretensión del matrimonio en base a que el matrimonio presentó una certificación registral extranjera en la que constaba el nacimiento y la filiación del nacido. Así, procedía a la inscripción del menor en el Registro Civil español y su filiación respecto de los padres españoles en atención al interés superior del menor. Esta resolución, sin embargo, no entraba a juzgar las cuestiones de fondo (validez del contrato de gestación por sustitución, exequátur etc.) sino que únicamente se pronunció sobre la posibilidad o no de inscribir en el Registro español el certificado registral extranjero del nacimiento del bebé. Es decir, la DGRN se limitó a llevar a cabo un control de legalidad de la certificación de nacimiento del menor, sin entrar a valorar si su contenido es acorde con el derecho español o no, ya que consideró que dicha labor pertenecía a los tribunales a través del procedimiento de exequátur.

En dicha resolución, la DGRN dispuso una serie de requisitos (cuya existencia debía ser comprobada por el registrador), que los documentos extranjeros deberán cumplir para poder ser inscritos en el Registro español, que son los que siguen:

1.- Se exige que la certificación registral extranjera sea un documento "público", esto es, un documento autorizado por una autoridad extranjera. En el presente caso, no hay duda de la autenticidad de la certificación registral extranjera, que se ha presentado con las exigencias formales exigidas por la legislación española.

2.- Se requiere que la certificación registral extranjera haya sido elaborada y adoptada por una autoridad registral extranjera que desempeñe funciones equivalentes a las que tienen las autoridades registrales españolas. Tampoco existen dudas sobre esta exigencia en razón de que la autoridad registral californiana constituye una auténtica decisión, lo que nos permite comprobar que el Registro Civil californiano lleva a cabo sus funciones de manera muy similar al español.

3.- Se precisa, además, un control de legalidad de la certificación registral extranjera. Esta exigencia tiene su fundamento en el artículo 81 del Reglamento del Registro Civil, que impone la necesidad de un control de legalidad del acto extranjero. De esta forma, se pretende que al Registro Civil español únicamente puedan acceder documentos “válidos”, lo que se acredita con la función de la calificación de la certificación extranjera presentada, que debe realizar el Encargado. Sin embargo, este artículo no exige que la solución jurídica de la certificación registral extranjera sea idéntica a la que darían las autoridades españolas mediante la aplicación de normas españolas. Tampoco exige que la ley extranjera tenga un contenido idéntico a la española. Lo que este artículo exige es que la certificación registral extranjera cumpla con algunas exigencias imperativas para poder acceder al Registro español; por ejemplo, el respeto de los derechos de defensa de las partes interesadas, o que la certificación registral extranjera no vulnere el orden público internacional español.

Respecto de esto último, decir que según la DGRN, la certificación registral californiana no presenta ningún problema respecto del orden público internacional español ya que los principios básicos del Derecho español no se ven afectados o vulnerados. Las razones que sustentan la opinión del Registro son las que siguen:

1.- La inscripción en el Registro Civil español del nacimiento y de la filiación de los nacidos en California en favor de dos sujetos varones españoles no vulnera el orden público internacional español ya que en Derecho español se admite la filiación en favor de dos varones en casos de adopción, sin que quepa distinguir entre hijos adoptados e hijos naturales. Por tanto, si la filiación de un hijo adoptado puede quedar establecida en favor de dos sujetos varones, idéntica solución debe proceder también en el caso de los hijos naturales.

2.- En el Derecho español, concretamente en el artículo 7.3 de la LTRHA, se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil a favor de dos mujeres. Por esta razón, no permitir que la filiación de los nacidos conste en favor de dos varones resultaría discriminatorio por una razón de sexo, lo que está vedado por el art. 14 de la Constitución.

3.- La tercera razón versa en el interés superior del menor, lo cual aconseja proceder a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero y en la certificación registral extranjera a favor de dos mujeres o dos varones. En efecto, en el caso de rechazar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español, podría resultar que los hijos, de nacionalidad española, quedarían privados de una filiación inscrita en el Registro Civil. Ello vulnera el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

4.- El "interés superior del menor" al que alude el mencionado artículo 3 de la Convención se traduce en el derecho del menor a tener una "**identidad única**". Es decir, los menores tienen derecho a tener una única filiación válida en varios países y no de disponer de una filiación en un país y otra en otro país, lo cual supondría una inseguridad jurídica del menor. Así, el modo más efectivo de evitar dicha situación es inscribiendo en el Registro Civil español la certificación registral californiana

5.- No cabe afirmar que los interesados han llevado a cabo un fraude de Ley, ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. Tampoco se puede estimar que los interesados hayan incurrido en el conocido como "Forum Shopping fraudulento" al haber situado la cuestión de la determinación de la filiación en manos de las autoridades californianas con el fin de eludir la Ley imperativa española. Dicho aspecto debe ser vinculado con el interés del menor, que es un interés "superior" de forma que dicho interés se impone sobre cualquiera otra consideración en juego, tal y como podría ser la represión de movimientos presuntamente fraudulentos.

7.- No se puede negar que los contratos de gestación por sustitución están expresamente prohibidos por las Leyes españolas (art. 10 LTRHA). Es indudable también que "la

filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto" (art. 10.2 de la misma Ley). Ahora bien, según la DGRN dicho precepto no es aplicable al presente caso, ya que no se trata de determinar la filiación de los nacidos en California. Se trata, por el contrario, de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español.

Lo que definitivamente se pretende con la inscripción de la certificación registral californiana en el Registro Civil español es evitar dejar a unos menores que son indudablemente hijos de ciudadano español (art. 17.1 del Código Civil) sin filiación inscrita en el Registro Civil y admitir una situación de no certeza en la filiación de los menores en la que dichos menores cambiarían de filiación cada vez que cruzan la frontera de los Estados Unidos con destino a España y viceversa, lo que vulneraría el art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño, lo que iría en contra del interés superior del menor.

Finalmente, la DGRN invoca el artículo 17.1.a) del Código Civil, que expresa que son españoles los **nacidos** de padre o madre españoles; se trata del criterio "*ius sanguinis*". De esta forma, son españoles los hijos de españoles. No obstante, dicho precepto plantea un problema ya que para saber si un menor tiene o no la nacionalidad española, habrá que saber en primer lugar quienes son sus padres y si estos son españoles; es decir, habrá que saber cuál es su filiación. Por otro lado, también será necesario saber cuál es la nacionalidad del menor para poder saber cuál es su filiación⁵⁴.

Pues bien, para evitar dichas situaciones, el legislador introdujo el término "**nacidos**" en el artículo 17.1.a) del Cc. De esta forma, no se exige que la filiación haya quedado determinada para saber cuál es la nacionalidad del menor, sino que es suficiente que se acredite que el niño/a haya nacido físicamente de un español/española.

⁵⁴ Esta exigencia correspondía a la anterior versión del 9.4 Cc, que preveía el punto de conexión de la nacionalidad del menor; esa versión ha cambiado ahora, el pasado mes de julio de 2015, y ahora se alude a la residencia habitual del menor.

En consecuencia, según la DGRN, al tratarse en el presente caso de la inscripción del nacimiento y filiación de sujetos españoles, y al ser nacidos de progenitor español, procede su acceso al Registro Civil español (art. 15 de la Ley del Registro Civil)⁵⁵.

Así, y en base en todo lo anteriormente expuesto, la Dirección General del Registro y de Notariado dictó resolución estimando el recurso y revocando el auto del Consulado de Los Ángeles denegando la inscripción del menor.

3.2.2. La instrucción de 5 de octubre de 2010 de la DGRN

La DGRN publicó la instrucción de 5 de octubre de 2010 que hemos mencionado al principio del capítulo, modificando el criterio afincado en la resolución de 18 de febrero de 2015. En esta instrucción, mantenía la posibilidad de inscribir en el Registro Civil español el nacimiento de un menor nacido en el extranjero por gestación por sustitución pero establecía criterios adicionales para poder acceder al Registro Civil español de los nacidos en el extranjero mediante esta técnica de reproducción asistida.

En virtud de lo anterior y con el objetivo de garantizar la protección de los intereses de los menores y de la madre gestante, la Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el Encargado del Registro Civil de una **resolución judicial** dictada por Tribunal competente. En particular, dicha exigencia pretende constatar la eficacia legal del consentimiento prestado, que la mujer gestante no haya estado sometida a coacción o violencia, presión etc. De esta forma, se permite vigilar que el contrato de gestación por sustitución no esté encubriendo un tráfico ilegal e internacional de menores⁵⁶.

En definitiva, con el requisito de la resolución judicial que determina la filiación del menor se pretende la continuidad transfronteriza de una relación de filiación declarada por Tribunal extranjero, siempre que tal resolución sea reconocida en España.

⁵⁵ Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 18 de febrero de 2009.

⁵⁶ *Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 07/10/2010).*

Sin embargo, de acuerdo con los artículos 954 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, habrá que instar el exequátur de la resolución judicial extranjera, en este caso californiana, ante los juzgados y tribunales españoles. No obstante, la Instrucción nos ofrece una excepción en la que no será necesario el exequátur: “en aquellos casos en los que la resolución judicial derive de un procedimiento equiparable a un procedimiento español de jurisdicción voluntaria, el Tribunal Supremo ha proclamado en numerosas ocasiones, que **su inscripción no queda sometida al requisito del exequátur, bastando a tales efectos con el reconocimiento incidental de la resolución como requisito previo a su inscripción**”.

Es decir, en general, existe la obligación de instar el exequátur de las resoluciones judiciales extranjeras para que estas puedan ejecutarse en España y por tanto, inscribirse en el Registro Civil español. No obstante, tenemos una salvedad a la regla general y es que no hará falta instar el exequátur para inscribir las resoluciones en el Registro Civil español en aquellos casos en los que la resolución judicial haya derivado de un procedimiento equiparable a un procedimiento de jurisdicción voluntaria español. En estos casos, si el encargado del Registro Civil considera que la resolución judicial extranjera ha sido dictada en un procedimiento judicial equiparable a un procedimiento de jurisdicción voluntaria cumpliendo unos requisitos, se podrá inscribir en el Registro Civil sin la necesidad del exequátur. Si, por el contrario, el registrador considera que la resolución ha sido dictada en un procedimiento contencioso, denegará la inscripción y exigirá el exequátur de la misma previo a su inscripción.

Pero, ¿cómo calificará el encargado del Registro Civil dicha resolución judicial extranjera derivada de un procedimiento extranjero equiparable a un procedimiento de jurisdicción voluntaria española?

Pues bien, en dicho control por parte del encargado del Registro, este último deberá constatar lo siguiente:

- a) *“La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.*
- b) *Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.*

c) Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d) Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante. En especial, deberá verificar que el consentimiento de esta última se ha obtenido de forma libre y voluntaria, sin incurrir en error, dolo o violencia y que tiene capacidad natural suficiente.

e) Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado”.

Tras la resolución e instrucción de la DGRN gracias a la cual los menores fueron inscritos en el registro Civil, el Ministerio Fiscal formuló una demanda contra la misma y el matrimonio ante el Juzgado de primera Instancia (nº15) de Valencia. Esta última canceló las inscripciones del menor por entenderlo contrario al orden público internacional español. La sentencia fue recurrida en segunda instancia a la Audiencia Provincial de Valencia, la cual dictó el 23 de noviembre de 2011 sentencia desestimatoria.

Tras los recursos anteriores, los padres comitentes recurrieron en casación ante el Tribunal Supremo. Estos últimos, presentaron un único motivo de casación: la negación de la inscripción vulneraba el artículo 14 de la Constitución por entender que la negación estaba produciendo una discriminación por razón de sexo, en relación al interés superior del menor de la Convención de los Derechos del Niño:

3.2.3. Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013 de 6 de febrero de 2014

La sentencia que será analizada en breves momentos ha adquirido una gran importancia ya que es la primera sentencia que el Alto Tribunal dicta en torno al tema de la gestación por sustitución.

Los comitentes articularon su recurso de casación en base a un único motivo del siguiente tenor literal: “*infracción del art.14 CE (RCL 1978, 2836), por vulneración del principio de igualdad, en relación con el derecho a la identidad única de los menores y*

al interés superior de los menores consagrado en la Convención de Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 2 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712)”⁵⁷.

Adelantaremos el fallo de la sentencia, el cual podemos ir deduciendo a medida que vamos adelantándonos en la lectura de la misma: se confirma la cancelación de la inscripción del nacimiento de los menores por considerar que la decisión extranjera determinando la filiación de los menores es contraria al orden público internacional español (art. 10 LTRHA).

El Tribunal apenas entró a valorar la discriminación por razón de sexo que planteaba el matrimonio, por considerar que la prohibición de la inscripción no se debe a su condición o género sexual, sino que únicamente se debe a que la filiación pretendida deriva de un contrato de gestación por sustitución prohibido en España.

Sin embargo, el debate se centra en las otras dos cuestiones: el interés superior del menor y en la posibilidad o no de reconocer la inscripción fijando la filiación de los menores llevada a cabo por las autoridades registrales californianas en el Registro Civil español.

En primer lugar, en cuanto al argumento de que el reconocimiento en el Registro Civil español de la inscripción californiana determinando la filiación de los menores **no vulnera el orden público internacional español**, los demandantes disponen que el reconocimiento de la filiación determinada en la certificación registral de California no contradice el orden público internacional español ya que el orden público lo que impide es ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, no el acceso al Registro Civil español de la filiación resultante de dicho contrato. Es decir, “los comitentes alegan que la determinación de la filiación en la certificación registral californiana es una consecuencia última y periférica del contrato”⁵⁸.

⁵⁷ Antecedente de hecho 7º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013).

⁵⁸ Fundamento Jurídico 2º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013).

A tal respecto, el Tribunal alega que en el procedimiento de reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera encargada del Registro Civil de California no significa que el control deba limitarse a los aspectos formales, sino que ha de extenderse a cuestiones de fondo.

No cabe duda de que la libre circulación de personas deja abierta la vía a las relaciones jurídicas internacionales y por tanto, a respuestas jurídicas diferentes dependiendo del ordenamiento jurídico del que se trate. Por ello, no niega el Tribunal que el Derecho Internacional Privado debe adaptarse a la situación y buscar compatibilizar las diferentes normas estatales, pero siempre con el límite del respeto al orden público internacional español.

En base a lo anterior, sigue el Tribunal manifestando que la legalidad de los asientos expedidos en Registros extranjeros respecto de la Ley española, si bien no puede entenderse como absoluta, sí debe de serlo con respeto a las normas y principios que constituyen el orden público internacional español.

Y es que, en nuestro ordenamiento jurídico no se acepta que las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño “mercantilizando las gestación y la filiación, “cosificando” a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocios con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de “ciudadanía censitaria” en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno filiales vedadas a la mayoría de la población”⁵⁹.

En virtud de lo anterior, el Tribunal consideró que la decisión de la autoridad registral de California vulneraba el orden público internacional español (incompatibilidad con las normas reguladoras de las relaciones familiares) por atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer californiana.

⁵⁹ Fundamento Jurídico 3º, apartado 6º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013).

De esta forma, y como la filiación cuyo acceso al Registro Civil español se pretende es contrario al artículo 10 de la LTRHA y por tanto, incompatible con el orden público, no procederá el reconocimiento de la decisión registral de las autoridades californianas en lo que respecta a la filiación en que en ella se determina. Es decir, el Alto Tribunal no admite la disociación entre el contrato y la filiación que sostienen los comitentes en la demanda por entender que la filiación cuyo reconocimiento pretenden es justamente una “consecuencia directa y principal del contrato de gestación por sustitución que nuestro ordenamiento prohíbe”⁶⁰.

Por otro lado, en cuanto al argumento del **interés superior del menor**, los recurrentes alegan que privar de su filiación a los menores vulnera el principio del interés superior del menor pues: (i) perjudica su posición jurídica y les deja desprotegidos; (ii) los recurrentes, al haber manifestado su consentimiento inicialmente para ser padres, son los mejores padres que los menores puedan tener, frente a la mujer gestante que simplemente asumió un papel de mera parte en el contrato; y porque (iii) el menor tiene derecho a una identidad única que debe respetarse por encima de todas las fronteras.

Según los comitentes, la única manera de proteger el interés superior del menor es reconociendo la filiación que ha sido reconocida en el asiento registral de California como consecuencia del contrato de gestación por sustitución, legal en dicho Estado. De esta forma, los comitentes serían los padres del menor y no la mujer que le dio a luz tal y como pretende el artículo 10 de la LTRHA⁶¹.

No obstante, y aunque el Tribunal reconoce que el interés superior del menor tiene un “carácter primordial”, expone que la invocación indiscriminada de este interés del menor provocaría una tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos. Así, la consideración primordial del interés superior del menor no permite al juez adoptar cualquier resultado.

⁶⁰ Fundamento Jurídico 3º, apartado 11º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013).

⁶¹ Fundamento Jurídico 5º, apartado 4º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013).

Prosigue el Tribunal manifestando que el interés superior del menor “no es el único que se ha de tomar en consideración. Pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación. Tales son el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”⁶².

Al hilo de lo anterior, y pese a admitir que el no reconocimiento de la filiación establecida en el registro californiano puede perjudicar la posición jurídica de los menores, considera que el establecimiento de una filiación que contradiga los criterios previstos en una ley para su determinación, como en el caso de la gestación por sustitución, supone otro aún mayor, al atentar contra su dignidad al convertirlo en objeto de tráfico mercantil.

Además, indica el Tribunal respecto de la alegación de los recurrentes al derecho a una identidad única, que no existe vulneración alguna de dicho derecho puesto que el menor contará con una identidad única derivada de la legislación española, y más concretamente del artículo 10 de la LTRHA, la cual determina la maternidad respecto de la mujer que dio a luz, es decir, de la mujer gestante.

Finalmente, y en cuanto a la desprotección de los menores que alegan los recurrentes, no la acepta el Tribunal, puesto que el artículo 10 de la LTRHA, en su párrafo tercero, permite al padre biológico la reclamación de la paternidad por lo que si alguno de los dos lo fuera, podría reclamar la paternidad y determinarse la filiación paterna del mismo. Además, según el Tribunal, existen otro tipo de figuras jurídicas como la adopción que permitirían la formalización jurídica de la integración real de los menores en el ámbito familiar.

La sentencia y sus efectos fueron duramente criticados, comenzando por cuatro de los magistrados del Tribunal Supremo, quienes realizaron un voto particular. Los magistrados que lo realizaron se opusieron abiertamente sobre la vulneración del orden

⁶² Fundamento Jurídico 5º, apartado 7º de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013).

público. En primer lugar alegan que en el hecho de que en España el contrato de gestación sea nulo, no puede implicar que sus efectos, cuando provienen de un Estado en el que se admiten y tienen eficacia vinculante, sean declarados ilegales y contrarios al orden público internacional español. Es decir, disponen que lo que se somete a la legalidad española no es la legalidad del contrato en sí mismo, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida, que se ha llevado conforme a su legislación.

Por tanto, el orden público en esta materia no deberá valorarse únicamente respecto de la legalidad o no con la normativa interna española, sino teniendo en cuenta el carácter de orden público que también ostenta el interés superior del menor, que deberá en todo caso observarse y ponderarse por los tribunales.

En segundo lugar, como bien indican los magistrados, no se puede subestimar la capacidad de decidir o consentir de la madre gestante puesto que este último se lleva a cabo ante una autoridad judicial con total libertad y conocimiento de causa. Se trata de un acuerdo voluntario donde difícilmente se cosifica a la mujer gestante. Es más, tampoco el interés del menor queda afectado por este tipo de contratos ya que, muy al contrario, se le está ofreciendo una familia y un hogar que le proporcione todas aquellas cosas que de no ser por ellos no hubiera llegado nunca a tener.

Asimismo, indican los magistrados que la decisión que se ha tomado desde el Alto Tribunal vulnera gravemente el interés superior del menor, que como su propio nombre indica es superior y por tanto, también integrador el orden público. La sentencia, prosiguen los magistrados, “ignora una nueva realidad y no se procuran las soluciones más beneficiosas para los hijos, y es evidente que ante un hecho consumado como tal y que ha actuado legalmente conforme a la normativa extranjera, aplicar la normativa interna como cuestión de orden público perjudica a los niños que podrían verse abocados a situaciones de desamparo”⁶³.

⁶³ Voto particular del Magistrado José Antonio Seijas Quintana, apartado 5º, de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013).

No obstante, la sentencia no solo supuso una situación de inseguridad jurídica en este caso en concreto, sino que a raíz de ella, inscripciones que habían sido posibles gracias a la Instrucción de la Dirección General del Registro y del Notariado, resultaron alarmantemente paralizadas.

3.3. Posición de los tribunales supranacionales: sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: asunto Labasse c. Francia

Nos situamos en Francia, donde un matrimonio francés (compuesto por una mujer y un hombre), dada la infertilidad de ella, se decidieron por la gestación por sustitución para poder ser padres: suscribieron un contrato de gestación por sustitución donde se recogía que “M. Y Mme. L.” pondría el embrión proveniente de un óvulo de una donante y que los gametos los aportaría el marido de la pareja comitente.

El Tribunal del Estado de Minnesota dictó el 31 de octubre de 2001 una sentencia en la que se establecía que el bebe fruto de la gestación por sustitución era biológicamente de los comitentes y que la mujer gestante renunciaba a todo derecho sobre la menor. Asimismo, se dictó acta de nacimiento en la que se recogía que la menor era hija de los padres comitentes.

No obstante, el fiscal de Nantes no permitió que dicha acta se inscribiera “Registre de l’état civil” por ser contrario al orden público internacional francés. A este respecto, el 22 de marzo de 2007, un tribunal francés dictó una sentencia disponiendo que el acuerdo con la mujer gestante era nulo por ser contrario al derecho francés. De esta forma, negó la inscripción en el Registro francés del nacimiento de la menor y por tanto, no pudieron establecer filiación alguna.

Así, tras sucesivas instancias, el matrimonio llegó al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”) alegando que los tribunales franceses estaban vulnerando el interés superior del menor y el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, “CEDH”) con sus diferentes sentencias, al

imposibilitárlas el reconocimiento legal de la filiación de la menor que había sido válidamente establecida en el extranjero⁶⁴.

El artículo 8 de la CEDH dice así: *“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.*

2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

El TEDH tuvo que preponderar cuál de los dos principios debía ponderar en este caso: el interés superior del menor o el orden público internacional francés. Y en este caso, el TEDH consideró que el interés superior del menor está por encima del orden público.

En este proceso de ponderación, el TEDH admite que la negación de reconocer la relación familiar es una interferencia en el derecho al respeto de la vida privada y familiar del matrimonio. De esta forma, manifiesta que a su parecer, la razón que Francia maneja para denegar el reconocimiento de la filiación es la de disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir a técnicas de reproducción asistida como la gestación por sustitución, que está prohibida en Francia⁶⁵.

Es decir, lo que trata de hacer el TEDH es, en definitiva, intentar buscar el equilibrio entre los intereses del Estado y el interés superior del menor, pero, *¿cómo lo hace?* Pues bien, para poder llegar a una conclusión válida, el Tribunal parte de lo siguiente: una distinción entre el derecho al respeto de la vida privada y familiar de los padres

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, Asunto Labasse c. Francia.

⁶⁵ El artículo 16-7 del Código Civil francés, introducido por la Ley nº 94-653 de 29 de julio de 1994, arts. 1 I, II, y 3, dispone que: *“todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”*. Este precepto establece la indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas.

comitentes, de la de los menores nacidos por esta vía. Especial mención merece el derecho a la vida privada y familiar de los menores pues según el Tribunal, en el momento en que se les rechaza la filiación legalmente establecida en el extranjero a los menores, se les está provocando una situación de inseguridad jurídica.

A este respecto, decir que, aunque el artículo 8 de la Convención que venimos tratando no garantiza en sí misma la adquisición de una nacionalidad concreta, no pone el duda el Tribunal que se trata parte de la identidad de una persona. Así, si el padre del menor nacido por gestación por sustitución tiene nacionalidad francesa, el hecho de que a los menores no se les reconozca dicha nacionalidad les coloca en una situación perjudicial⁶⁶.

De esta forma y en base a que el derecho del artículo 8 de la CEDH relativo a los menores se ve gravemente afectado, el Tribunal opta por inclinar la balanza a favor del interés superior del menor, entendiendo que el Estado francés ha superado los límites al invocar el orden público internacional francés en este caso. A este respecto, dispone el TEDH que aunque un Estado puede prohibir la gestación por sustitución, ello no es razón suficiente para no reconocer la filiación de los menores nacidos por esta vía, afectando gravemente a la identidad de los menores y colocándoles en una situación de inseguridad jurídica.

En definitiva, podemos concluir diciendo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido su propio criterio a favor del interés superior del menor, impidiendo que los intereses de los estados puedan interferir en el reconocimiento de la filiación de los menores.

3.4. El Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015

Tras la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 (Labasse c. Francia), y la Sentencia del Tribunal Supremo nº 835/2013 de 6 de febrero, los padres comitentes españoles promovieron un incidente de nulidad de actuaciones ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, solicitando la anulación de la Sentencia

⁶⁶ Párrafo 76 de la Sentencia Labasse c. Francia.

anteriormente mencionada y por tanto, solicitando se mantuvieran las inscripciones registrales de los menores llevadas a cabo de acuerdo con la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010. En concreto, los recurrentes solicitaban su anulación en base a los siguientes fundamentos jurídicos:

- Vulneración del artículo 24 de la Constitución relativo a la tutela judicial efectiva: Consideraban los recurrentes que el TS había infringido normas sobre prueba y carga de la prueba al partir de la existencia de una serie de hechos y circunstancias cuya existencia no está probada, y había desviado el debate desde una cuestión registral civil a otra distinta sobre las consecuencias de la ilicitud en España de la gestación por sustitución.
- Vulneración del derecho a la igualdad de los menores por razón de nacimiento, como de los padres comitentes por discriminación por razón de orientación sexual.
- Vulneración del derecho a la intimidad familiar, en cuanto al derecho de la pareja a acudir a técnicas de reproducción asistida.

En primer lugar, y en cuanto al primer motivo de alegación por parte de los recurrentes, el Tribunal Supremo manifiesta que los comitentes no pueden alegar la vulneración de la tutela judicial efectiva, ya que habían admitido que el nacimiento de los menores se llevó a cabo por un contrato de gestación por sustitución. A este respecto, dispone el TS que “no es conforme a las exigencias de la buena fe que los recurrentes cuestionen sus propias alegaciones y acusen al tribunal de haber vulnerado sus derechos fundamentales”⁶⁷. Asimismo, en cuanto a la incongruencia que alegan, el Auto expone que no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que el tribunal resuelva la cuestión de un modo diferente a cómo la parte pretendió que lo fuera. A este respecto, prosigue el Tribunal diciendo que resulta lógico que tribunal no acepte las razones que se alegaron para sustentar el recurso que finalmente ha sido desestimado⁶⁸.

⁶⁷ Fundamento Jurídico 3º del Auto del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 2015.

⁶⁸ El fundamento jurídico 3º, apartado 7º, del Auto razona que: “*la sentencia cuya nulidad se pide razonó que era preciso valorar la "legalidad conforme a la Ley española" de los asientos*”

En segundo lugar, en cuanto al motivo segundo de los comitentes (vulneración del derecho a la igualdad sin sufrir discriminación), el TS dispone que el artículo 14 de la Constitución no implica la obligación de los poderes públicos de otorgar necesariamente el reconocimiento de filiación a relaciones jurídicas que en ordenamientos extranjeros son reconocidas como tal filiación, pero que no lo son en el ordenamiento jurídico español, como ocurre en este caso. Por otro lado, y respondiendo a la discriminación por razón de sexo u orientación sexual que alegan los promotores, manifiesta el TS que no puede ser acogida puesto que la decisión habría sido la misma si el sexo u orientación sexual de los comitentes fuera cualquier otra.

Por último, en cuanto a la alegación de vulneración del derecho a la intimidad familiar en cuanto al derecho a la pareja a acudir a la procreación médicamente asistida, el Alto Tribunal indica que no se trata de un derecho ilimitado y que la Sentencia cuya actuación de nulidad se insta, tomó las precauciones necesarias para proteger jurídicamente a los menores.

3.4.1. Trascendencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso concreto

En el Auto, el Tribunal Supremo analiza la jurisprudencia del TEDH a la que hemos hecho alusión previamente para ver si efectivamente el Tribunal Supremo vulneraba con su sentencia lo que posteriormente había establecido en TEDH. Para ello, lleva a cabo una comparación entre ambos supuestos- el de la Sentencia nº 835/2013 y la Sentencia del TEDH Labasse c. Francia-. No obstante, el Tribunal Supremo considera compatible su jurisprudencia y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos por ser ambos casos (el francés y el español) sustancialmente diferentes.

Es decir, aunque en ambos casos (el español y el francés) se deniega la transcripción a

extendidos en Registros extranjeros, por exigirlo así el art. 23 de la Ley del Registro Civil, y con base en ello procedió a analizar la conformidad de la decisión de la autoridad extranjera, cuyo reconocimiento en España se pretendía, con las normas constitutivas del orden público internacional español en materia de filiación y reproducción asistida. Se trata de argumentos pertinentes para resolver la cuestión planteada por el Ministerio Fiscal al interponer la demanda”.

los Registros Civiles correspondientes de los nacimientos extranjeros de los menores estableciendo la filiación de los mismos, según el Alto Tribunal, son muchas las diferencias existentes entre ambos asuntos. En primer lugar, el ordenamiento jurídico francés “impide absolutamente el establecimiento del vínculo de filiación con los comitentes, sea mediante la inscripción de las actas de nacimiento expedidas en el extranjero, sea mediante la inscripción del acta de notoriedad de la relación de filiación por constar que los solicitantes crían y educan al niño desde su nacimiento, sea mediante la constatación de la filiación biológica paterna, sea mediante la adopción”⁶⁹. Esto último trae consecuencias importantes ya que los menores no podrán heredar de los comitentes sino es a título de legatarias, teniendo, de esta forma, derechos sucesorios menos favorables, por ejemplo.

Esto es, en Francia, existe una imposibilidad de que pueda determinarse legalmente en Francia cualquier relación de filiación entre el niño y los padres comitentes, de tal modo que procede incluso anular el reconocimiento o el establecimiento de la paternidad del padre biológico por el carácter fraudulento del contrato de gestación por sustitución. No ocurre lo mismo en el ordenamiento jurídico español, donde el artículo 10.3 de la LTRHA prevé que respecto del padre biológico es posible la determinación de filiación paterna; y, en todo caso, si los comitentes y los niños efectivamente forman un núcleo familiar "de facto".

En segundo lugar, el Tribunal destaca que en Francia las niñas no pueden adquirir la nacionalidad francesa ni, por tanto, heredar a los comitentes en calidad de hijas. En cambio, en España, la sentencia del TS solo acordó la anulación de la mención de la filiación de los menores en tanto se determinara la filiación biológica paterna y, en su caso, la filiación acorde con la situación familiar de facto (por ejemplo, mediante la adopción). De esta manera, una vez quede determinada la filiación biológica respecto del padre biológico y la filiación por criterios no biológicos respecto del otro cónyuge (o respecto de ambos, si ninguno de ellos fuera el padre biológico), tendrán la nacionalidad española y podrán heredar como hijos.

Esto es, en Francia no existe ninguna alternativa para inscribir a los menores como hijos de los comitentes en el Registro Civil en razón de que el origen de dicha filiación

⁶⁹ Fundamento Jurídico 6º, apartado 8º, del Auto del Tribunal Supremo.

constituye un fraude. No obstante, en España, conscientes de que ello puede causar inconvenientes a los menores implicados⁷⁰, y a pesar de que se niega la inscripción de manera directa, se permiten otras vías para lograr el acceso al Registro Civil.

En definitiva, el tribunal entiende que el hecho de que existan vías para acceder al Registro Civil y por tanto, determinar la filiación, no puede entenderse como un desequilibrio del interés superior del menor.

Otra de las diferencias que expone el TS en su fundamentación es que el Tribunal de Casación de París afirma que ante la existencia de fraude, no se puede invocar el interés superior del menor ni su derecho a la vida privada. Sin embargo, el Tribunal Supremo español afirma que se deberá tener en cuenta el interés superior del menor (protegido en el artículo 10 de la LTRHA), y por tanto, ejercitar las acciones necesarias para determinar en la medida de lo posible su filiación: artículo 10.3 LTRHA.

Por último, la siguiente diferencia entre ambas fundamentaciones es que en el caso francés, se había solicitado la filiación de la menor no solo con base a las actas de nacimiento expedidas en Estado Unidos, sino que, subsidiariamente, pidieron que se determinara la filiación paterna biológica respecto del marido, cosa que no hicieron los comitentes españoles⁷¹.

En base a todo lo anterior, el Tribunal Supremo acordó no haber lugar a la nulidad de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 por entender que no existía una correlación de fondo en los casos franceses y el español.

3.5. La situación actual de la gestación por sustitución en España y sus principales consecuencias

En definitiva, todo lo anteriormente expuesto podemos resumirlo de la siguiente forma: para que las resoluciones judiciales extranjeras puedan acceder al Registro Civil español tienen, según el artículo 96.1 de la Ley del Registro Civil (en adelante, LRC), que

⁷⁰ Fundamento Jurídico 5º de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 835/2013: “*No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute*”.

⁷¹ Fundamento jurídico 6º, apartado 10º, del Auto del Tribunal Supremo.

haber adquirido firmeza o tratándose de jurisdicción voluntaria, ser definitivas.

El apartado segundo del mismo precepto indica, además, que la inscripción de dichas resoluciones extranjeras únicamente podrá hacerse por dos vías:

1.- Previa superación del trámite del *exequátur* contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Hasta entonces sólo podrán ser objeto de anotación en los términos previstos en el ordinal 5º del apartado 3 del artículo 40 de la presente Ley.

2.- Ante el Encargado del Registro Civil, quien procederá a realizarla siempre que verifique:

- La regularidad y autenticidad formal de los documentos presentados.
- Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.
- Que todas las partes fueron debidamente notificadas y con tiempo suficiente para preparar el procedimiento.
- Que la inscripción de la resolución no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

El Encargado del Registro Civil deberá notificar su resolución a todos los interesados y afectados por la misma. Contra la resolución del Encargado del Registro Civil los interesados y los afectados podrán solicitar *exequátur* de la resolución judicial o bien interponer recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado en los términos previstos en la presente Ley.

Por otro lado y en cuanto a los asientos extendidos en Registros extranjeros, dice el artículo 98 de la misma ley que para que éste pueda inscribirse en el Registro Civil español debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Que la certificación ha sido expedida por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.
- Que el Registro extranjero de procedencia tenga, en cuanto a los hechos de que da fe, análogas garantías a las exigidas para la inscripción por la ley española.

- Que el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.
- Que la inscripción de la certificación registral extranjera no resulta manifiestamente incompatible con el orden público español.

¿Qué consecuencias tiene todo ello en la gestación por sustitución?

Pues bien, en primer lugar, en cuanto al artículo 96 de la LRC, resulta evidente que choca frontalmente la exigencia de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 que requiere la aportación de una resolución judicial determinando la filiación. Y en segundo lugar, en cuanto al artículo 98, en caso de que se proceda a inscribir la filiación del menor en el Registro Civil español, podrá impugnarse por ser “manifiestamente contrario al orden público español”.

Es decir, la situación de los menores nacidos por esta vía podemos definirla como nefasta, en cuanto que se encuentran en un limbo jurídico y desprotección jurídica alarmante, no pudiendo disfrutar de ninguno de los beneficios de un ciudadano español.

Ciertamente, y a mi modo de ver las cosas, el legislador y en general, el sistema jurídico español no puede seguir defendiendo sus intereses nacionales con un instrumento anticuado llamado orden público sin atender a los avances de la sociedad, y en definitiva, a la globalización cultural.

No obstante, no podemos dejar de apuntar que la Sentencia del Tribunal Supremo es anterior a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, la cual, como se expuso, supone un considerable avance en cuanto a operatividad y límites del orden público internacional pues dispone que para que pueda el orden público operar, el perjuicio debe de ser **manifiesto**.

3.6. Aplicación práctica del orden público atenuado en la institución de la poligamia

La poligamia puede definirse como aquel matrimonio que, de acuerdo con el derecho islámico, permite al hombre celebrar matrimonio de forma simultánea con varias

mujeres, hasta un número máximo de cuatro. No obstante, dicha no está reconocida para la mujer. Ello se desprende del artículo 30 del Código de familia de Marruecos, en el que se regula expresamente la posibilidad de introducir una cláusula en el contrato matrimonial, por la que “*la mujer puede imponer al marido la condición de que no le sean impuestas otras esposas. En el supuesto de que se produjera el incumplimiento de la misma, la esposa podrá exigir al marido que se comprometa a no tener más de una esposa y a reconocerle el derecho a exigir la anulación del matrimonio en el caso de que se viole el compromiso asumido*”⁷².

La poligamia es, en sí misma, contraria al orden público español, y de hecho, así lo establecen diferentes tribunales como la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en la sentencia núm. 6358/2002, de 19 de junio de 2008⁷³. Sin embargo, los tribunales tienen una **tendencia atenuadora** de los efectos de la poligamia cuando el matrimonio polígamo se ha llevado a cabo de acuerdo con la ley de los contratantes:

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas, en su sentencia de 30 de octubre de 2013⁷⁴ estudia un caso de matrimonio polígamo. De los hechos probados se deduce que D. Valentín contrajo un primer matrimonio con D^a Paula conforme a la ley marroquí. Unos años más tarde, en el 1992, el mismo hombre contrajo matrimonio con D^a Celsa, también conforme a la ley marroquí. D^a Paula fallece en el año 1994, por lo que D. Valentín comenzó a percibir la prestación por viudedad de la Seguridad Social.

⁷² Labaca, M. L. (2009). El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el derecho español. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 18, pp.266-267.

⁷³ El Tribunal Supremo, en su sentencia de 19 de junio de 2008 establece que: “*la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Es perfectamente ajustado a derecho, por ello, que la Administración española considere que alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un “suficiente grado de integración en la sociedad española”*. Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (núm. 6358/2002).

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de 30 de octubre de 2013 (núm. 1619/2013).

En el año 2004, Valentín, tras la adquisición de la nacionalidad española, instó al Registro Civil español que se inscribiera el matrimonio con D^a Celsa, a lo que la DGRN respondió denegando tal inscripción por considerar que aun cuando dicho Matrimonio pudiera ser válido conforme a la ley marroquí, no respetaba las normas de orden público español, entendiéndose que el matrimonio polígamo atenta contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad de la mujer.

En el año 2009, muere Valentín y como consecuencia de ello, D^a Celsa solicita pensión de viudedad ante la Seguridad Social. No obstante, el Instituto Nacional de la Seguridad Social deniega a la actora la pensión de viudedad por no ser su relación con el fallecido ninguna de las que pueden dar lugar a una pensión de viudedad por no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento y no mantener convivencia ininterrumpida de al menos cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento como pareja de hecho registrada con el fallecido (artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social).

Frente a dicha resolución, la actora interpuso demanda en la jurisdicción social solicitando se le declarase receptora de la prestación de viudedad. La sentencia de instancia desestimó su pretensión, frente a lo cual interpuso recurso de suplicación ante el TSJ de Las Palmas.

El tribunal de suplicación, en el fundamento jurídico 3^o, hace una diferenciación entre los efectos nucleares del matrimonio polígamo y los efectos periféricos del mismo. Indica que una cosa es que para la legislación española sea nulo el matrimonio celebrado por personas ya ligadas por un vínculo matrimonial no disuelto, y que a Doña Celsa y Valentín se les niegue el acceso al Registro Civil español con justificación en el orden público, la dignidad constitucional de la mujer española y la concepción española de la institución matrimonial, y otra cosa muy distinta que a Doña Celsa (casada con Valentín válidamente de acuerdo con la ley marroquí), no se le reconozca la condición de cónyuge legítima a la muerte de su esposo y como consecuencia, beneficiaria de la pensión de viudedad.

Prosigue el tribunal diciendo que negarle la prestación a la mujer viuda implicaría castigarla por la decisión de su marido de adquirir la nacionalidad española. De esta forma, el Tribunal accede a declarar a Doña Celsa beneficiaria de la pensión de

viudedad.

Sin embargo, ¿qué ocurriría en el caso de que ambas mujeres estuvieran vivas en el momento de la muerte del esposo polígamo?

Pues bien, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia se pronuncia sobre dicha situación en la sentencia de 2 de abril de 2002⁷⁵: D^a Amina y D^a Ana estaban casadas ambas con D. Mor, de nacionalidad senegalesa. Tras la muerte del marido, ambas solicitan la pensión de viudedad y orfandad (respecto de los diferentes hijos nacidos de ambos matrimonios). Frente a la negativa del INSS, recurrieron ante la jurisdicción social, que estimó su pretensión declarando a las viudas beneficiarias de la pensión de viudedad; es decir, debían repartir la pensión de viudedad en dos partes iguales y cada una de ellas sería beneficiaria de una parte.

En desacuerdo con dicho fallo, recurrieron ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia solicitando que, como esposas que eran, tenían derecho a la pensión de viudedad “*in integrum*” y no a dividir por mitad entre ambas esposas. El tribunal considera que, aunque el matrimonio polígamo está absolutamente proscrito en nuestro país (art. 217 CP), y a pesar de la excepción de orden público del artículo 12.3 del Cc, el matrimonio de las actoras fue legítimamente contraído con D. Mor de acuerdo con la ley legislación senegalesa, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración (Senegal).

En virtud de lo anterior, y a pesar de la prohibición en España de este tipo de matrimonios, dispone el tribunal que sí cabe el reconocimiento de los efectos jurídicos que del vínculo matrimonial contraído conforme a la ley senegalesa por el causante con las actoras se derivan en nuestro país en el contexto de prestaciones de la Seguridad Social. De esta forma, procede a reconocer a las actoras la pensión de viudedad derivada del matrimonio polígamo. Indica, asimismo, que la excepción de orden público no es una regla absolutamente rígida y que admite inflexiones.

No obstante, no estima el tribunal la pretensión de las actoras de percibir la pensión de viudedad “*in integrum*”, sino que entra en este momento en juego el orden público y

⁷⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002 (núm. 899/2002).

limita la pensión a la mitad para cada una⁷⁶.

En definitiva, y a grandes rasgos, aunque en España no se reconoce la legalidad del matrimonio en sí mismo –de hecho, se encuentra penado por el Código Penal- sí se reconocen determinados efectos derivados del matrimonio polígamo celebrado legítimamente de acuerdo con la ley del país de los contratantes. Es por ello que los tribunales tienden a reconocer a las viudas de un hombre polígamo el derecho a percibir las pensiones de viudedad derivadas de su muerte.

4. CONCLUSIONES

La cláusula de orden público internacional, una excepción compuesta por los principios y derechos inquebrantables de un Estado, lleva conviviendo con la sociedad desde prácticamente la Edad Media. Es por ello que se trata de una de las más clásicas instituciones del Derecho Internacional Privado; una figura de parte general al nivel de la cuestión previa o el reenvío; es, en definitiva, una de sus grandes divas

En gran medida, su operatividad ha versado en la defensa ciega de los intereses estatales, no obstante, y debido a los avances en la sociedad y las mezclas culturales, hemos podido percibir un avance en su ámbito de aplicación. Seguimos manteniendo su vigencia, pero a su vez, el poder legislativo ya ha comenzado a hablar de “**contrariedad manifiesta**” en la nueva Ley de Cooperación Jurídica Internacional o en el Reglamento Roma II. Es más, ya hemos observado como los tribunales españoles tienden a flexibilizar sus efectos en determinadas ocasiones como es en el caso de otorgar la pensión de viudedad a las viudas de un hombre polígamo.

A este respecto, el juego del orden público se debería limitar a casos en los que realmente sea necesaria su operatividad; es decir, debería convertirse en la excepción, y no en la regla, actuando únicamente en casos excepcionales vulneradores de derechos fundamentales o principios absolutamente inquebrantables.

Ya hemos comprobado que existe una corriente tanto doctrinal como jurisprudencial

⁷⁶ Fundamento jurídico 4º de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (núm. 899/2002).

que, por mandato de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional, está adaptando el concepto de orden público a la realidad actual (STSJ Madrid nº 13471/2015). La Ley de Cooperación Jurídica Internacional implica que el poder judicial no pueda pasar por su tamiz todo lo que viene de legislaciones extranjeras y sea desconocido para el suyo propio, sino que deberá, en la medida de lo posible, trata de no desvirtuar la institución extranjera para adaptarla a nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, también hemos comprobado que no es posible que los estados se estanquen en su propia autarquía, negándose a dar efecto a cualquier institución que por desconocida, no valga para nuestro ordenamiento. Dichas actitudes egoístas generan una desconfianza e inseguridad jurídica que no tienen en consideración la realidad multicultural actual. La solución más coherente y eficaz a dicha desconfianza de lo desconocido es la creación o unificación de todos los conceptos de orden público estatales en uno solo: orden público europeo.

El objetivo principal del presente trabajo consistía en mostrar que el orden público es un tema clásico del Derecho Internacional Privado que no hemos logrado vencer y que por tanto, sigue estando en total auge hoy en día. Pero, ¿cómo vencerlo y dejar de ser un problema para los ciudadanos y el poder judicial y legislativo? Pues bien, dejará de ser un problema y una traba cuando consigamos limitarlo a lo que debe de ser: una excepción.

No podemos permitir una libre aplicabilidad del orden público. Muy al contrario, debemos poner frenos y corsés al “libre albedrío” de su operatividad estableciendo determinadas líneas rojas de actuación, que serán los derechos fundamentales.

Sin embargo, no todo lo que rodea a la institución del orden público es negativo. De hecho, actualmente, la jurisprudencia va avanzando lentamente y va marcando un nuevo camino, donde percibimos cierta receptividad del operador jurídico de que el elemento de extranjería esta cada día en nuestra realidad jurídica. De esta forma, los jueces están comenzando a quitarse la anteojera de su propio ordenamiento jurídico para abrir sus mentes a instituciones extranjeras desconocidas hasta ahora para nosotros. Asimismo, el legislador español está llegando a colocar en sus razonables términos el orden público, entre otras, en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional.

En definitiva, siendo una figura clásica del Derecho Internacional Privado, está más actual que nunca, imperante en un mundo globalizado como el nuestro. Es una institución con plena operatividad, cuya aplicación va a seguir manteniéndose a lo largo del tiempo mientras no logremos armonizar materialmente las legislaciones de los diferentes estados, lo que es si no imposible, muy difícil. Y aunque la globalización tienda a lograr una mayor empatía del juez a la posibilidad de aplicar otros ordenamientos jurídicos, la figura del orden público seguirá aplicándose mientras no consigamos limitar considerablemente su ámbito de actuación.

Con perspectiva de futuro, únicamente nos queda esperar que la labor de avance jurisprudencial en torno a este tema lleve a una materialización o positivización del legislador que disponga expresamente su carácter de excepción. Hoy por hoy los tribunales son tímidos, pero algún día llegaremos a ello.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, S. (n.d.). ¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado? [online] Available at: https://www.academia.edu/6232084/_Orden_p%C3%BAblico_europeo_versus_orden_p%C3%BAblico_internacional_de_cada_Estado [Accessed 19 Mar. 2016].

Ballarino, T. and Milan, D. (1982). *Corso di diritto internazionale privato*. Padova: CEDAM.

Ballarino, T. and Milan, D. (2007). *Corso di diritto internazionale privato*. Padova: CEDAM.

Calvo Caravaca, A. and Carrascosa González, J. (2014). *Derecho Internacional Privado*. 15th ed. Granada: Comares.

Carrascosa González, J. (2008). Orden público internacional y externalidades negativas, *BIMJ*.

Elósegui Itxaso, M. (2012). *El derecho a la identidad cultural en la Europa del siglo XXI*. Navarra: EUNSA.

Gonzalez Campos, J. and Fernandez Rozas, J. (1995). Artículo 12, apartado 3 del Código Civil. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, 2(1).

Isaac, G. (1995). *Manual de derecho comunitario general* (Título original: Droit communautaire general). Barcelona: Editorial Ariel.

Kymlicka, W., Fernández Aúz, T. and Eguibar, B. (2003). *La política vernácula*. Barcelona: Paidós.

Labaca, M. (2009). El matrimonio polígamo islámico y su repercusión en el derecho español. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 18.

Medina Casas, H. (2014). El orden público internacional en el reconocimiento de laudos extranjeros: concepto difuso de aplicación restrictiva. *Revista de Arbitraje PUCP*, 4(1).

Raape, L. (1934). Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes du droit international privé. *RCADI*, 50.

SENTENCIAS y RESOLUCIONES

Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado sobre celebración de matrimonio entre española y extranjero divorciado de 18 de mayo de 1979 (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 1979).

Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de diciembre de 1979 (núm. 4713/1979).

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de febrero de 1988 (núm. 146/1988).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de junio de 1990 (núm. 113/1990).

Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de marzo de 1992 (núm. 28/1992).

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2000 (núm. 2485/2000).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de abril de 2002 (núm. 899/2002).

Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (núm. 6358/2002).

Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 18 de febrero de 2009

Instrucción de 5 de octubre de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución (BOE 07/10/2010).

Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 26 de noviembre de 2011 (núm. 826/2011).

Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2011 (núm. 8175/2011)

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 19 de diciembre de 2012 (núm. 40685/2012).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Palmas de 30 de octubre de 2013 (núm. 1619/2013).

Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 (núm. 835/2013).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de febrero de 2014, relativa al caso Gorzelik et autres, c. Pologne.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 17 de marzo de 2014 (núm. 584/2014).

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014, Asunto Labasse c. Francia.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Barcelona de 14 de julio de 2014 (núm. 50/2014).

Auto del Tribunal Supremo del 2 de febrero de 2015.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de noviembre de 2015 (núm.13471/2015).