

Universidad Internacional de La Rioja
Grado en Derecho

**Orden público internacional y
Derecho de familia: análisis
jurisprudencial**

Trabajo fin de grado presentado por: Julia Sánchez Roa

Titulación: Grado en Derecho

Línea de investigación: Derecho Internacional y Comunitario

Director/a: Dra. D^a María del Ángel Iglesias Vázquez

Madrid

[Seleccionar fecha]

Firmado por:

CATEGORÍA TESAURO: 3.1.4 Derecho Internacional y Comunitario

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar me gustaría mostrar mi agradecimiento a mis profesores del Grado, muy especialmente a la directora de este Trabajo, M^a del Ángel Iglesias. He sido afortunada siendo su alumna en cuatro asignaturas en las que además de transmitirnos conocimientos nos ha hecho disfrutar de cada uno de los temas. Su pasión y entusiasmo han sido muy motivadores.

A Antonio, sus conversaciones sobre temas jurídicos y su insistencia me animó a volver a la universidad e iniciarme en el mundo del Derecho, que para mí ha supuesto un descubrimiento maravilloso. Gracias por su comprensión.

Por último, un recuerdo muy especial a mi más leal compañero, que hasta su reciente marcha, compartió a mi lado cada una de las clases y las largas horas de estudio.

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS	2
RESUMEN	3
1 INTRODUCCIÓN	4
2 ASPECTOS TEÓRICOS.....	4
2.1 Concepto de orden público internacional	4
2.1.1 Características	7
2.1.2 Efectos.....	8
2.2 Orden público atenuado	9
2.3 Orden público de proximidad	10
3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL	10
3.1 Modelos de familia	11
3.2 Matrimonio	12
3.2.1 Matrimonio poligámico.....	12
3.2.2 Matrimonios acordados	14
3.2.3 Matrimonio entre personas del mismo sexo.....	14
3.2.4 Matrimonio entre transexual y persona de su mismo sexo biológico	16
3.2.5 Matrimonio entre personas de diferentes religiones.....	17
3.2.6 Matrimonio con menores.....	17
3.3 Crisis matrimoniales	18
3.3.1 Divorcio revocable	21
3.3.2 Repudio	22
3.3.3 Efectos de las sentencias de divorcio, nulidad y separación con intervención judicial y sin ella.....	23
3.4 Filiación	24
3.4.1 Leyes que limitan la investigación o la impugnación de la paternidad.....	24
3.4.2 Maternidad Subrogada	24
3.5 Adopción internacional.....	27
3.5.1 Adopción	30
3.5.2 Reagrupación familiar	30
3.5.3 Pensión de orfandad	31
4 CONCLUSIONES	31
5 BIBLIOGRAFÍA	33
6 FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS.....	38
6.1 Normativa.....	38
6.2 Jurisprudenciales	38

LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS

AP	Audiencia Provincial
ATS	Auto Tribunal Supremo
CC	Código civil
CE	Constitución española de 1978
DGRN	Dirección General de Registros y del Notariado
FJ	Fundamento jurídico
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
LAI	Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
LTRHA	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
RDGRN	Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado
ROJ	Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
STS	Sentencia Tribunal Supremo
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

RESUMEN

El tema objeto de este Trabajo Fin de Grado es el estudio de la cláusula o excepción del orden público internacional, aplicada al ámbito del Derecho de familia, lo que se efectúa a través de un análisis de la jurisprudencia española en la materia. Esta cláusula, opera como salvaguarda de los principios y valores fundamentales de nuestro ordenamiento, y así, ante un litigio que pudiera conllevar la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de una resolución contraria a nuestros principios fundamentales, el orden público operará como barrera a tales situaciones.

1 INTRODUCCIÓN

Resolver una cuestión jurídica relativa al derecho internacional privado, implica generalmente aplicar la norma de conflicto. Este tipo de normas -que vienen a determinar qué ordenamiento jurídico es el llamado a solucionar el fondo del asunto- implica que el derecho extranjero deba ser aplicado por nuestros juzgados o tribunales. Así, un ordenamiento extraño gobernará en España una determinada situación privada internacional.

En esta labor de aplicación del derecho extranjero, el juzgador deberá ser respetuoso no sólo con el ordenamiento foráneo, sino con el derecho nacional, evitando la entrada de todo aquello que pueda suponer una la afectación a los principios y valores de los que el derecho español está impregnado. Partiendo de un ejemplo, ¿cabría que las autoridades españolas reconocieran una decisión extranjera que pone fin a un matrimonio por repudio unilateral?.

El derecho sigue al hecho, creando normas que lo regulen y siguiendo el mandato del artículo 3 del CC, se ha de interpretar conforme la realidad social del tiempo en que vivimos; está pues atento a la evolución de la sociedad, trata de acomodarse a las circunstancias de la misma. Ocurre entonces un importante (y apasionante) debate, en especial, cuando el cambio derivado de la acomodación parece surgido de modo más o menos repentino, por intereses particulares o como fruto de factores sociales, multiculturalidad por ejemplo, que no se encuentran profundamente acogidos. Y en este debate, en lo que puede suponer una modificación sustancial de principios tradicionalmente parte de nuestro derecho, la excepción del orden público se erige como protectora del sistema.

El objetivo de este trabajo es así el de estudio de cómo ha venido operando la aplicación de ese principio en nuestro Derecho de familia. Ello porque hemos considerado que se trata del ámbito de Derecho más afectado por el orden público internacional. Así, y utilizando una metodología jurídico-descriptiva, el presente Trabajo de Fin de Grado parte de una aproximación al contenido teórico de la cláusula de orden público internacional, concepto, características y efectos, lo que se expone en una primera parte; en una segunda se analizan ámbitos concretos de aplicación, siempre dentro del Derecho de familia, haciendo un recorrido por lo que tanto los Tribunales como la DGRN ha resuelto en estos casos. El trabajo finaliza con las conclusiones obtenidas.

2 ASPECTOS TEÓRICOS

2.1 Concepto de orden público internacional

El orden público internacional constituye una excepción al funcionamiento de la norma de conflicto. En la resolución de un litigio con un componente internacional, una vez determinado el supuesto de hecho, y establecido el punto de conexión, la norma de conflicto puede suponer la aplicación de una ley extranjera que puede ser contraria a los principios básicos del ordenamiento jurídico del país que conoce el asunto (*Lex Fori*). Igualmente, en el ámbito del reconocimiento de una decisión extranjera, los efectos de ésta pueden atentar gravemente a aquéllos. En tales

supuestos, entra en juego la excepción de orden público a efectos de tratar de impedir la afectación de aquellos principios esenciales por el derecho extranjero.

Se trata de un concepto jurídico indeterminado y “*en extremo sutil, imprecisa...y que escapa a toda definición*” (ATS 24 octubre 1979 [ROJ 1/1979]), pero determinable. Carrascosa¹ define el concepto como “claro”, pero de contenido “difuso”. Tal imprecisión e indeterminación viene dada por la evolución de la sociedad, los intereses políticos y la evolución misma del propio Derecho².

No existe una definición detallada ni una lista de todo aquello que se considera contrario al orden público; así, deberá concretarse caso por caso³ siendo los tribunales los que deciden cuándo y de qué forma procede la aplicación de sus efectos, quienes determinan su concurrencia en cada supuesto concreto⁴, según las circunstancias específicas que lo circundan y de acuerdo al momento vigente, y tomando en cuenta, desde luego, el carácter excepcionalísimo de su aplicación. Cabe afirmar que la cláusula de orden público sirve para asegurar principios y normas del orden público de un ordenamiento⁵.

En el ordenamiento español el art. 12.3 CC recoge esta excepción “*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*”. Del precepto reproducido, interesa destacar varios elementos:

1) La redacción dice; “en ningún caso”. La rotundidad se entiende al suponer, la aplicación de la categoría jurídica extranjera, una quiebra a la comunidad jurídica universal española. Contrariamente, sin embargo, a tenor de la jurisprudencia, la cláusula de orden público ha de ser interpretada y aplicada de forma restrictiva. En este sentido, las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y Notariado (en adelante RRDGRN) de 6 de abril de 1979, 24 de enero de 2005, 2 de junio de 2006 y los Autos del Tribunal Supremo (en adelante AATS) de 12 de mayo de 1998 y 23 de febrero de 1999.

2) En el artículo 12.3 reza “resulte”: no se dice “sea”. El verbo empleado al hablar del orden público es fundamental para la aplicación de la excepción de orden público. Lo que nos indica es que se tendrán en cuenta los efectos, no el contenido de la ley extranjera. Así lo recoge la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante SAP) de Barcelona, de 6 de abril de 2000⁶.

3) Destaca la ausencia de la mención “internacional”, si bien, al encontrarse en el Capítulo IV “Normas de Derecho Internacional privado”, no parece albergar dudas respecto de este calificativo y su aplicación a tal orden. De otro lado, por regla

¹ CARRASCOSA GONZÁLEZ (2008: 14)

² ATS de 10 de enero de 1981, ROJ 2/1981, “*ni es posible desconocer el contenido dinámico y cambiante del orden público*”.

³ CALVO CARAVACA - CARRASCOSA GONZÁLEZ (2006 B: 285)

⁴ SAP Santa Cruz de Tenerife, de 10 Sep. 2013, ROJ: 1980/2013, Litigantes de nacionalidad iraní. La normativa iraní establece el régimen económico-matrimonial de separación de bienes, conforme al cual cada cónyuge es dueño de sus bienes en el momento de contraer matrimonio, y en caso de divorcio no existe régimen de gananciales. Para el divorcio la ley iraní es contraria al orden público, y no lo es en este caso al permitir la legislación española el régimen de separación de bienes.

⁵ BUCHER A. (1993)

⁶ ROJ 4454/2000

general, tanto en textos legislativos antiguos como recientes, no se menciona el término “internacional”⁷.

4) Asimismo, dice “Indivisible y único para el conjunto de España: si una ley extranjera no es contraria a leyes autonómicas es improcedente aplicar la excepción de orden público. Como apoyo a esta tesis personal podemos citar dos resoluciones, del Tribunal Supremo (en adelante TS) y otra de la DGRN.

Respecto a la primera, invocamos la STS de 8 de octubre⁸ que trata, entre otras cuestiones, de analizar la validez en España de un testamento mancomunado otorgado por un ciudadano alemán conforme a su ley nacional. Partiendo de la aplicación de la norma de conflicto recogida en los arts. 9.1 y 9.8 CC, será de aplicación para la regulación de los aspectos sucesorios a ley alemana⁹. Las partes no se cuestionan el Derecho aplicable pero si el principio de irrevocabilidad de las disposiciones testadas mancomunadamente por ser contrario a lo dispuesto en los arts. 737 y 739 CC. También se argumenta la prohibición de testar mancomunadamente contemplada en los arts. 669 y 733 CC, como fundamento para la aplicación de la excepción de orden público. Argumenta el Tribunal en el FJ3 “*Siendo así que el Derecho español, en el de Aragón, Cataluña y Navarra, admite el testamento mancomunado, cuyo irrevocabilidad en determinados casos - esencialmente la revocación por uno solo de los testadores y va ínsita en su mismo concepto, no es posible que forme parte del orden público*”.

Respeto a la DGRN invocamos la Resolución-circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles de personas del mismo sexo en la que en el punto V se recoge lo siguiente: “*La Dirección General de los Registros y del Notariado no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el supuesto de una posible intervención del orden público internacional español ante la hipótesis de matrimonio entre personas del mismo sexo de nacionalidad extranjera en caso de que, por adquisición sobrevenida de la nacionalidad española de una de ellas, dicho matrimonio, anterior a la entrada en vigor de la reciente Ley 13/2005, de 1 de julio, hubiese pretendido su acceso al Registro Civil español. No obstante, parece clara la improcedencia de la excepción de orden público en tales casos, aun antes de la entrada en vigor de la citada Ley, dada la amplia admisión en nuestro Derecho de la*

⁷ Art. 26 del Reglamento (UE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de junio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: “*Orden público del foro*”; Art. 45.1.a) del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo. Competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: “*..sí el reconocimiento es manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido*”.

La excepción del orden público es también común en las normas internacionales. Así, el artículo 35 del Reglamento del Parlamento y del Consejo 650/2012, de 4 de julio, en materia sucesoria, la recoge (“Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley de cualquier Estado designada por el presente Reglamento si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro”). También el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, en materia de obligaciones alimenticias (artículo 13 “La aplicación de la ley determinada conforme al Protocolo sólo podrá rechazarse en la medida en que sus efectos fueran manifiestamente contrarios al orden público del foro”). El Reglamento 593/2008 del Parlamento y del Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a las obligaciones contractuales (Roma I) (artículo 21 Orden público del foro 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

⁸ ROJ 5120/2010

⁹ El Código civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch) admite la validez del testamento mancomunado en los artículos 2265 a 2273)

*figura de las uniones estables de pareja entre homosexuales desde la aprobación de la Ley catalana 10/1998, de 15 de julio, posteriormente seguida de otras muchas leyes autonómicas, siendo así que el concepto de orden público internacional español, por su propia naturaleza, debe considerarse indivisible y único para el conjunto de España*¹⁰.

En suma, una ley extranjera no puede ser considerada contraria al orden público internacional teniendo únicamente en cuenta al Derecho común, ignorando las concepciones en que reposan los Derechos civiles forales¹¹.

Apuntados los elementos destacables para una correcta interpretación del artículo 12.3 del CC, interesa ahora poner de manifiesto que el orden público internacional está compuesto por principios, no por normas¹², y así lo manifiesta la jurisprudencia (RDGRN 6 abril 1979). En consecuencia, no será correcto hablar de las normas de orden público internacional, sino de los principios que contienen las normas, y como tales, como principios, tienen un contenido general (dignidad, igualdad, monogamia, etc.).

Por lo que respecta a las fuentes de tales principios generales, son las normas internacionales, el Derecho comunitario, la Constitución española¹³ y la legislación de producción interna.

2.1.1 Características

A fin de establecer las características de esta cláusula, debe recordarse tal y como se ha mencionado anteriormente, que el concepto de orden público es indeterminado en cuanto a su contenido; indeterminación que no viene provocada únicamente porque no exista en nuestra legislación una lista cerrada de situaciones a las que aplicar la excepción o no. Además, el contenido y la aplicación del orden público pueden variar, y de hecho varía, de unos países a otros. Cada ordenamiento evoluciona con el tiempo y al suponer aquélla una alteración en la aplicación de la norma de conflicto se aplica de forma excepcional.

De lo anterior, se extrae que las características que definen al orden público internacional son la de su territorialidad, su temporalidad, su excepcionalidad y flexibilidad.

Territorialidad: cada Estado tiene su conjunto de principios fundamentales, que pueden ser diferentes a los de otro Estado. El orden público es realmente una cláusula de contenido nacional¹⁴, es por eso por lo que hablamos del orden público internacional español, francés, marroquí, etc. En definitiva, cada estado aplicará la cláusula en el territorio sometido a su soberanía y nunca más allá de él.

¹⁰ <http://www.boe.es/boe/dias/2005/08/08/pdfs/A27817-27822.pdf>

¹¹ DELGADO ECHEVERRIA (2009)

¹² CARRASCOSA GONZÁLEZ (2008)

¹³ (SAP Guadalajara 23 de marzo 2006, ROJ: 84/2006 FJU, RDGRN 14 septiembre 1994, FD III)

¹⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ (2008: 15)

Por lo que respecta a la temporalidad, la excepción debe aplicarse de acuerdo con el contenido del momento actual, no del que tuviera en un pasado¹⁵. Es lo que la doctrina ha llamado “la actualidad” del orden público internacional (A. Pillet)¹⁶. Esta temporalidad ha sido recogida reiteradamente por la jurisprudencia¹⁷.

Su aplicación es excepcional. La aplicación de la cláusula de orden público debe realizarse de un modo restrictivo ya que puede dar lugar a situaciones claudicantes. En este sentido, la RDGRN de 6 de abril de 1979 resuelve que “*en todo caso, en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra a la comunidad jurídica universal ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente*”. En igual sentido la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000, ROJ: 4454/2000, que se manifiesta en los siguientes términos; “*debe aplicarse con gran cautela y de modo restringido, ya que si se llevase a sus últimas consecuencias nunca surgiría la posibilidad de aplicar leyes promulgadas por otros Estados o dar eficacia a sentencias no dictadas por nuestros Tribunales*”.

Por último, caracteriza a la cláusula de orden público su flexibilidad. Ello, ha sido manifestado por el TS, en su auto de ATS 24 de octubre de 1979, ROJ 1/1979, “*En lo tocante a la excepción de orden público aducida (...) conviene puntualizar: a) que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición - "omnia definitio periculosa est " - por ser su contenido móvil, flexible y fluctuante*”.

2.1.2 Efectos

La dicción del artículo 12.3 CC a que antes se ha hecho referencia “*En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público*” conduce a interpretar que en ningún caso puede aplicarse esa ley extranjera y que por tanto se desestima íntegramente la petición finalizándose el procedimiento. Sin embargo, no siempre ha sido ni es así. Estudiamos tal cuestión seguidamente.

Cabe distinguir dos situaciones: la aplicación de una ley extranjera y el reconocimiento de decisiones extranjeras.

En la primera situación, si los resultados de la aplicación de la ley extranjera son contrarios a nuestro ordenamiento¹⁸, aquella deviene, pero el juez no puede dejar el caso sin respuesta, y trata de encontrar alternativa a la ley que se aplicará y que no choque con el orden público.

¹⁵ Acorde con el art. 3 CC.

¹⁶ A. PILLET, *Traité pratique de droit international privé*, vol. II, Paris, Sirey, 1923-1924 págs. 123-124

¹⁷ AATS de fechas 24 de octubre 1979, ROJ 1/1979 y 10 de enero de 1981, ROJ: 2/1981; SSTC 43/86 de 15 de abril, 54/89 de 23 de febrero, 132/91 de 17 de junio; ROJ 2/1981

¹⁸ No debe tenerse en cuenta el contenido del Derecho extranjero sino el resultado que la aplicación de éste trae consigo. SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000, en el supuesto de aplicación de la Ley marroquí “*regulación que si bien es distinta a la seguida por nuestro Código Civil y Ley 30/1981 de 7 Jul. no por eso puede ser tildada sin mas, como contraria al orden público constitucional, ni contraria al orden público del art. 12.3º del C.C.*,”

Se produce, por lo tanto, un efecto negativo¹⁹, la exclusión de la ley extranjera, seguido de un efecto positivo, la aplicación de otra ley que solucione el conflicto. El artículo 12.3 CC nada dice de la norma que, en este caso, se debiera aplicar.

Ante esta situación, la práctica nos ofrece dos soluciones:

- a) En el caso de existir varios puntos de conexión, si la ley extranjera respecto al principal punto de conexión es contraria al orden público, deberá acudir al siguiente punto de conexión (SAP Castellón de 21 de enero de 2004, ROJ: 2004, divorcio entre cónyuges iraníes aunque en realidad es un caso de falta de prueba del derecho iraní)
- b) Existe un único punto de conexión, aplicándose la Lex Fori

Los tribunales españoles no suelen diferenciar entre normas de conflicto con uno o varios puntos de conexión, descartando directamente la ley extranjera, aplicando la ley española.

Sin embargo, en el caso de reconocimiento de decisiones extranjeras se produce un efecto negativo al negar su homologación o no dar fuerza ejecutoria (demanda de exequátur). En este caso no existe un efecto positivo.

2.2 Orden público atenuado

No han faltado quienes han afirmado que si bien existen relaciones jurídicas creadas en el extranjero son contrarias a nuestro orden públicos, algunos de sus efectos sí pueden ser aceptados. A ello se le conoce con el nombre de "doctrina del orden público atenuado". Se trata de una tesis decimonónica original de L.v. Bar y de A. Pillet²⁰. La aplicación de la excepción de orden público será distinta cuando la norma de conflicto nos lleve a una ley extranjera que origine la creación de una nueva situación jurídica o que lleve a reconocer los efectos de una ya existente, nacida en el extranjero con arreglo a una ley extranjera que considera válida tal situación.

En el primer caso, el orden público internacional opera de forma total y radical. En el segundo no, pues se trata de desplegar en España los efectos existentes ya en otro país, de tal manera que el perjuicio que puede ocasionar la aplicación de la ley extranjera sobre los principios básicos que inspiran el ordenamiento y los valores básicos de la sociedad, es muy débil.

La tesis de Lagarde aunque criticada por cierta doctrina que estima que se produce una cierta inmunidad legal²¹, es aceptada en Occidente y considerada totalmente válida en España. La aplicación de este efecto atenuado no sería

¹⁹ Único efecto contemplado en el art. 12.3 CC

²⁰ L. V. BAR., *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, vol I, Hannover, 1889, págs. 127-132. PILLET, A. "Principes de Droit International Privé", París, 1905, N° 286

²¹ LAGARDE, P., "La théorie de l'ordre public international face à la polygamie et la répudiation", *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage a François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, págs. 263-282

contrario al art. 12.3 CC, pues no se trata de “aplicar” una ley extranjera sino de “desplegar sus efectos”.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia española, ésta se ha mostrado muy favorable a esta tesis, en particular y como veremos mas adelante, con los matrimonio poligámicos: no se considera posible su inscripción en España aunque si lo permita la ley nacional de los contrayentes²², pero sí se llega a reconocer la pensión de viudedad de las dos esposas legítimas según el derecho musulmán²³.

2.3 Orden público de proximidad

Una modulación en cuanto a la obligatoriedad de aplicar la norma contenida en el artículo 12.3 de CC, es la configurada por la tesis del llamado orden público de proximidad (cláusula *Inlandsbeziehung* en la doctrina alemana o cláusula *Binnenbeziehung* en la doctrina suiza) que fuera esbozada por Kahn en el siglo XIX.

Supone que cuando la aplicación de la norma de conflicto nos lleva a una ley extranjera, la excepción de orden público no se tendrá en cuenta si los hechos se encuentran muy alejados de España. Es decir, únicamente operará la excepción de orden público cuando existe una conexión probada entre el caso y el foro: no se puede dañar el orden público si no afecta a su sociedad. Es una tesis aplicada en Alemania y Suiza.

Doctrinalmente se trata de un tema controvertido. Sin recurrir a diferentes autores, el mismo Carrascosa en 2003 calificaba al orden público de proximidad como “teoría tan ingeniosa como injusta”²⁴, inaplicable en España por varias razones y sin cabida en el Derecho Internacional privado español. Como ejemplo citaba la RDGRN [1ª] 10 junio 1999 en la que se aplica la excepción de orden público impidiendo la aplicación de la ley marroquí que prohíbe el matrimonio por razón de creencias religiosas. Pues bien, en 2008 el mismo autor enuncia sus ventajas y rebate las críticas que contra la tesis de orden público internacional de proximidad lanza cierta doctrina²⁵.

3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

El análisis de la interpretación llevada a cabo por nuestras autoridades respecto del Orden Público, se realiza en el presente apartado teniendo en cuenta diferentes aspectos o sectores del Derecho de familia, en los que se ha encontrado doctrina relevante y suficiente. Así, sobre los modelos de familia, matrimonio, crisis matrimoniales, filiación y adopción internacional.

²² RDGRN 20 septiembre de 2006

²³ STSJ Galicia de 2 de abril de 2002, ROJ: 2547/2002)

²⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ (2003: 116-117)

²⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ (2008: 26-31)

Antes se ha dejado dicho que la indeterminación del concepto de orden público internacional hace que la decisión de si opera o no, es eminentemente casuística. El juez, atendiendo a las circunstancias propias de cada caso, ha determinado su aplicación, por lo tanto en este recorrido iremos viendo lo que al respecto de estos temas ha ido resolviendo el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia, Audiencias Provinciales y la Dirección General de Registros y del Notariado.

3.1 Modelos de familia

Como consecuencia de los flujos migratorios, de la globalización económica, o de la libre circulación de personas, especialmente dentro de la Unión Europea, la sociedad española del siglo XXI es una sociedad de carácter multicultural. La coexistencia de diferentes modelos de vida, personas procedentes de gran cantidad de países con diferentes creencias, tradiciones y culturas, afecta al marco familiar, y así, la creación de nuevas perspectivas en la concepción de familia y por lo tanto de los modelos familiares (parejas de hecho, matrimonio entre personas del mismo sexo, matrimonios heterosexuales, monoparentales, contractuales islámicos, poligámicos, etc.).

Lo anterior no debe llevarnos a suponer que el Derecho Internacional privado de cada país debe contener normas que respeten todas las instituciones existentes en otros ordenamientos, que en ocasiones ni siquiera tienen correspondencia con las ya existentes en otro país (poligamia, repudio, dote, etc.). Sin embargo, sí podemos considerar que existe un común denominador, unos valores comunes de justicia universal²⁶ como la libertad, la dignidad y la igualdad del ser humano. Estos se proclaman en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, texto en el que, en particular, se llama al reconocimiento de la familia como núcleo fundamental de la sociedad²⁷. Salvaguardando estos valores fundamentales, debería aplicarse el Derecho extranjero o dar validez a decisiones pues no supondrían una vulneración del orden público internacional.

Nuevos modelos familiares o tradicionales pero lejanos a nuestro ordenamiento conducen al posible reconocimiento, de instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento como la poligamia, el repudio, el divorcio revocable, etc., que se basan en valores radicalmente opuestos a los occidentales²⁸.

Aun no pudiendo reconocer ciertas instituciones por ser contrarias a estos valores fundamentales, y por lo tanto al orden público internacional, sí parece que se pueden reconocer ciertos efectos (orden público atenuado). Por su particular importancia, trataremos a continuación el tratamiento jurisprudencial de la cuestión.

²⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ (2003)

²⁷ Declaración Universal de los Derechos Humanos 1948 art 16.3 "*La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado*".

²⁸ AGUILAR GRIEDER (2003)

3.2 Matrimonio

Partiendo de que la norma internacional aplicable al régimen jurídico matrimonial nos conduce a la aplicación de la ley personal de los contrayentes, por mandato de lo dispuesto en el art. 9.2 CC, observamos que esta Ley puede ser muy dispar de unos países a otros como lo puede ser el mismo concepto de matrimonio. Así, por ejemplo, en el Derecho islámico es un *“contrato que tiene por objeto la organización de las relaciones sexuales entre el hombre y la mujer”*²⁹, en otros se permite entre personas del mismo sexo, etc. Pasamos seguidamente a estudiar una serie de formas de unión que plantean complejos problemas jurídicos en relación a la aplicación de la cláusula de orden público.

3.2.1 Matrimonio poligámico

El derecho islámico permite el matrimonio de un hombre con hasta cuatro mujeres a la vez, siempre y cuando pueda mantenerlas y tratarlas equitativamente³⁰. El matrimonio así contraído es legal y con plenitud de efectos jurídicos en la mayoría de países musulmanes.

En España, parece que la cuestión no admite dudas respecto de la aplicación de la ley extranjera: es imposible contraer un matrimonio poligámico, pues en palabras del Tribunal Supremo *“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”*³¹. Son numerosos los principios constitucionales vulnerados: la igualdad y la libertad (art. 1 CE), la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), igualdad y no discriminación (art. 14 CE), igualdad de los contrayentes, antes durante y tras la celebración del matrimonio (art 32 CE)³². Así lo confirma la DGRN en resolución del 8 de marzo de 1995 *“se opone frontalmente a la dignidad de la mujer y a la concepción española de la institución matrimonial, por lo que no puede permitirse matrimonio entre una española y un extranjero casado”*.

En estos casos se excluye la aplicación de la ley personal del contrayente extranjero por ser contraria al orden público, y así lo ha reiterado la DGRN en múltiples ocasiones, denegando la inscripción de matrimonios a personas vinculadas con un matrimonio anterior, pues existiría un impedimento de ligamen³³ (art. 46.2 CC).

Sin embargo, a pesar del rechazo frontal de nuestra jurisprudencia al matrimonio polígamo, sí son reconocidos ciertos efectos de contenido diverso derivados del matrimonio: alimentos, derechos sucesorios, prestaciones,

²⁹ CARRACOSA GONZÁLEZ (2003)

³⁰ Sura IV, Aleya 3: *“Si teméis no ser equitativos con (las dotes de) las huérfanas, entonces casaos con otras mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero si teméis no ser justos, casaos con una sola o recurrid a vuestras esclavas. Esto (casarse con una sola mujer) es lo recomendable para evitar cometer alguna”*.

³¹ STS de 19 de junio de 2008, ROJ: 3054/2008

³² JUAREZ PÉREZ (2012:15)

³³ RRDGRN 29 noviembre 1994, 2 septiembre 1996, 5 nov 1996, 14 diciembre 2000, 31 octubre 2001, 4 diciembre 2002, 12 enero 2007.

reagrupaciones familiares³⁴, etc. Estaríamos en este supuesto ante una aplicación del efecto atenuado del orden público con objeto de proteger a las partes más desprotegidas en este tipo de matrimonio: las esposas y los hijos.

Constituye un caso especialmente interesante la respuesta legislativa y judicial a la solicitud de pensión de viudedad en el caso de este tipo de matrimonios.

En cuanto a la respuesta legislativa, invocamos el convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social³⁵ que recoge en el art. 23 lo siguiente: “*La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación*”. En el mismo sentido, el convenio Hispano-Tunecino³⁶ incorpora una disposición similar “*en caso de que exista mas de una viudedad con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales*”. Por lo tanto, si bien la poligamia es totalmente rechazada en nuestro ordenamiento, en los citados convenios se reconocen derechos de las esposas con ese tipo de vínculo matrimonial.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, la doctrina española no ha tratado la cuestión de modo uniforme, ni siquiera ha parecido seguir los criterios de los citados convenios.

Los Tribunales Superiores de Justicia se han posicionado con sentencias a favor y en contra. Hasta el momento no se ha producido unificación de doctrina por parte del Tribunal Supremo. Todas se basan en la aplicación de la excepción de orden público. Unas lo hacen de forma estricta, rechazando cualquier efecto y otras de forma atenuada, admitiendo el derecho a una pensión para las viudas como efecto de un matrimonio legalmente contraído en sus países de origen. Así el TSJ de Galicia, en sentencia de 2 de abril de 2002, ROJ: 2547/2002, reconoce el derecho a pensión de viudedad de las dos esposas del fallecido de nacionalidad senegalesa, por partes iguales, desestimando el recurso del INSS.

Por el contrario el TSJ de Cataluña en sentencia de 30 de julio de 2003, ROJ: 9067/2003, revoca la resolución del INSS que había atribuido el 50% de la pensión a cada una de las esposas del causante ciudadano de Gambia, considerando que el segundo matrimonio no tiene ningún efecto y por lo tanto únicamente tiene derecho a tal percepción la primera esposa. En el mismo sentido, la STJ de Valencia de 6 de junio de 2005, ROJ: 1558/2005, deniega la pensión de viudedad a las dos esposas de un ciudadano marroquí pues no reconoce la existencia del segundo matrimonio por constituir un vínculo polígamo y por lo tanto contrario al orden público. Lo paradójico de esta resolución es que ignora por completo el convenio existente entre España y Marruecos.

La cuestión se complica aun mas en el caso resuelto por el Tribunal Supremo sobre reconocimiento del régimen de pensiones en favor de las esposas de un

³⁴ De otro lado, la reagrupación familiar no sería posible en España, pues así viene determinado por el art. 17.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Explícitamente prohíbe la reagrupación de más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero permita esa modalidad matrimonial.

³⁵ Firmado el 8 de noviembre de 1979 y publicado en el BOE de 5 de julio de 1982

³⁶ Firmado el 26 de febrero de 2001 y publicado en el BOE de 26 de diciembre de 2001

ciudadano marroquí, casado legalmente con dos mujeres en su país y que se divorcia de su segunda mujer. A la muerte de este hombre residente en España, el INSS reconoció, en un primer momento, el derecho a la pensión íntegra de la primera esposa. Posteriormente modificó esta decisión y aplicando el art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí decidió la concesión al 50%. El problema se centra en que la Ley marroquí, en caso de disolución del matrimonio, la excónyuge pierde el derecho a prestación de viudedad. El TS resuelve distribuir la pensión entre las dos esposas, pero en proporción al tiempo convivido con el causante (art. 174.2 LGSS).

Queda por lo tanto fuera de toda discusión la posibilidad de aceptar la celebración y el reconocimiento de matrimonios poligámicos en nuestro país, si bien, con objeto de proteger a las partes más desprotegidas en este tipo de matrimonios - las esposas y los hijos- sí reconocen algunos de sus efectos.

3.2.2 Matrimonios acordados

La figura del matrimonio acordado se encuentra especialmente presente en el Derecho islámico clásico en el que se admite el matrimonio decidido por los padres sin el consentimiento de uno o ambos cónyuges, e incluso contra su voluntad.

En la consulta efectuada el 13 de junio de 2005 por el Cónsul General de España en Orán sobre la inscripción de este tipo de matrimonios celebrados en Argelia por españoles convertidos al Islam, la Dirección General de Registros y Notariado contestó diciendo que puesto que el consentimiento matrimonial es un elemento esencial en el Derecho español, los matrimonios celebrados por el rito islámico cuando se celebren por la voluntad decisoria del padre o tutor y sin el consentimiento o contra la voluntad del hijo o hija, aún cuando ello sea conforme a costumbres inmemoriales propias del país de celebración, no podrán ser reconocidos en España, y en consecuencia deberá denegarse su inscripción en los Registros civiles españoles, por aplicación de la cláusula del orden público prevista por el art. 12.3 CC³⁷.

En nuestro ordenamiento para que un matrimonio sea válido es esencial que exista el consentimiento prestado libremente³⁸, por lo tanto este tipo de matrimonios serán siempre considerados contrarios al orden público internacional español.

3.2.3 Matrimonio entre personas del mismo sexo

Hasta la entrada en vigor de la Ley 13/2005, en España el matrimonio se consideraba la unión legal entre un hombre y una mujer.

Antes de esta fecha, los intentos de solicitud de autorización de matrimonio entre dos personas del mismo sexo resultaron fallidos. La RDGRN 21 de enero 1988 sobre esta situación establece :*“No hace falta resaltar que el matrimonio ha sido*

³⁷ Consultas DGRN

³⁸ Artículo 45.1º CC “No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”

Artículo 73 CC “Es nulo, cualquiera que sea su forma de celebración: 1º el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”

siempre entendido como una institución en la que la diferenciación de sexos es esencial (..) el artículo 32.1 de la Constitución proclame que «el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica» no autoriza a concluir que, al haberse omitido por cualesquiera razones la expresión «entre sí», la Constitución permita el matrimonio entre personas del mismo sexo. Al contrario, es muy significativo que en el Capítulo segundo del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos y libertades fundamentales es el artículo 32 el único que se preocupa de precisar que «el hombre y la mujer» son los titulares del «ius nubendi», mientras que en todos los demás casos se utilizan formas impersonales, como «todos», «toda persona», «se garantiza», «se reconoce», «tienen derecho», sin estimarse necesario referir el derecho al sexo concreto de la persona”.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en su auto de 11 de julio de 1994, ROJ: 222/1994. Según este órgano, “*la unión matrimonial entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento*”. Por otra parte, la RDGRN 21 enero de 1996 calificaba como “*esencial*” en la institución matrimonial “*la diferencia de sexos*”.

A partir del 3 de julio de 2005, con la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de contraer matrimonio, la situación cambia radicalmente, pero los problemas de reconocimiento de este tipo de uniones no quedan solucionados por completo. El legislador no contempló la dimensión internacional a diferencia de lo que hicieron las leyes que permitieron el matrimonio homosexual en Francia³⁹, Bélgica y Holanda.

Este vacío legal se puso de manifiesto inmediatamente. Al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley se presentó una solicitud de autorización de matrimonio entre personas del mismo sexo en el cual uno de los solicitantes era un ciudadano hindú residente en España. Aplicando la literalidad del art. 9.1 CC⁴⁰, la capacidad para contraer matrimonio de este ciudadano hindú debía realizarse según la ley de su país, que no sólo no reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino que criminaliza las relaciones homosexuales consentidas entre adultos⁴¹. Ante esta situación la Resolución-circular de la DGRN de 29 de julio de 2005⁴² considera que el hecho de que una persona pueda contraer matrimonio con otra de su mismo sexo es un principio básico e irrenunciable de nuestro ordenamiento, y por lo tanto, será de aplicación la cláusula de orden público, desplazando en este caso, la Ley hindú.

La resolución meritada es especialmente interesante porque introduce otra cuestión a tener en cuenta: no sólo es importante el factor espacial, también lo es el temporal y así, el reconocimiento de matrimonios de personas del mismo sexo celebrados ante la autoridad extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley

³⁹ Art. 6 Loi n° 2013 – 407 du 17 mai 2013 *ovrant le mariage aux couples des personnes du même sexe*.

⁴⁰ La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

⁴¹ GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2005:148)

⁴² En la línea de lo ya apuntado en la RDGRN de 24 de enero en relación con el matrimonio de un transexual extranjero.

13/2005 no se trataría de dar eficacia retroactiva a la Ley, sino de reconocer una institución no contemplada anteriormente en nuestro ordenamiento.

Como hemos visto, los matrimonios reconocidos en España en el caso de aplicación de la excepción de orden público y por lo tanto del desplazamiento de una ley extranjera al no contemplar esta posibilidad, aplicando la Ley española, puede tener efectos perversos frente a terceros Estados.

Los efectos serán diferentes si estos terceros Estados son miembros o no de la Unión Europea. En este último caso, los matrimonios celebrados en España pueden ser claudicantes, es decir, tener efectos en nuestro país pero no en otro. En el plano del Derecho internacional esta situación no es nueva. Los matrimonios poligámicos son eficaces en los países que lo contemplan, pero son claudicantes en el resto.

Para los países miembros de la UE la situación es distinta pues el art. 18 TCE obliga a los Estados miembros a aceptar la eficacia de los matrimonios de personas del mismo sexo, ya que las situaciones válidamente creadas con arreglo al Derecho Internacional Privado en un Estado miembro deben ser aceptadas en el resto de los Estados de la Unión Europea⁴³.

3.2.4 Matrimonio entre transexual y persona de su mismo sexo biológico

A igual que ocurre con el tema que acabamos de tratar, en el matrimonio entre transexuales, la aplicación del Derecho y su adaptación a los cambios sociales ha sido considerable.

En la RDGRN de 24 de enero de 2005 se plantea la posibilidad de contraer matrimonio un varón español y una mujer costarricense, nacida varón. Previamente sufrió una intervención quirúrgica de cirugía de cambio de sexo tras la que y obtuvo una sentencia firme, dictada por un juez español, declarándolo legalmente mujer.

La argumentación para admitir el matrimonio con una persona transexual se basa en anteriores resoluciones de la DGRN (8 y 31 de enero de 2001) en las que se afirmaba que si la sentencia de cambio de sexo no contiene una declaración sobre la falta de capacidad matrimonial, no hay realmente obstáculos legales que impidan al transexual contraer matrimonio con persona perteneciente en realidad a otro sexo.

La cuestión se complica porque en este caso, el transexual es de nacionalidad costarricense. El art. 9.1 CC señala que la ley personal viene determinada por su nacionalidad. La Ley costarricense no contempla el cambio de sexo y por lo tanto no permite la inscripción de una resolución judicial extranjera que acredite tal cambio. Aquí es donde entra en juego la excepción de orden público internacional español. Efectivamente, la Ley extranjera debe ser rechazada pues supone la vulneración de derechos fundamentales de nuestro ordenamiento, el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), aplicándose por lo tanto la ley española. La sentencia declara la validez del cambio de sexo de la ciudadana costarricense y

⁴³ CALVO CARAVACA- CARRASCOSA GONZÁLEZ (2006)

reconoce la posibilidad de contraer matrimonio con el ciudadano español.

Pero esto no fue siempre así. El matrimonio entre transexuales ha sido admitido en España recientemente. Así las SSTs 2 julio 1987, ROJ: 4665/1987 y 19 abril 1991, ROJ: 2141/1991 entre otras, establecen que el derecho recogido en el art. 10.1 CE *“tiene como limitaciones las deducidas de la naturaleza humana”* declarando nulos tales matrimonios por inexistentes.

En cualquier caso, España es signatario del Convenio de 12 de septiembre de 2000, en vigor desde marzo de 2011⁴⁴, relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo y así, la “evolución del cambio social” se codifica y “legaliza”.

No son muchos los países que reconocen la posibilidad de cambio de sexo⁴⁵ y aun menos la de contraer matrimonio con otra persona de su mismo sexo biológico. La situación que se puede originar es similar a la producida por los matrimonios entre personas homosexuales, matrimonios claudicantes, válidos en unos países pero no en otros.

3.2.5 Matrimonio entre personas de diferentes religiones

Las leyes que impiden el matrimonio entre personas de diferentes religiones son frecuentes en los países islámicos, y a pesar de algunos cambios que están llevando a cabo algunos países, si tomamos como ejemplo Marruecos, la reforma de la *Mudawana* de 3 de febrero de 2004 sigue contemplando el impedimento de disparidad de religión, impidiendo el matrimonio entre una mujer musulmana y un hombre no musulmán, a menos que se convierta a dicha religión.

La aplicación de estas Leyes son contrarias al orden público español pues, como se recoge en las RRDRGN de 7 de junio de 1992 y de 10 junio de 1999 *“la norma marroquí que prohíbe el matrimonio de una musulmana con un varón no musulmán supone una limitación intolerable al ius nubendi de la mujer (cfr. art. 32 C.E.), así como una discriminación infundada por razón de religión (cfr. art. 14 C.E.) y una vulneración del principio constitucional de libertad religiosa (cfr. art. 16 C.E.)”*.

3.2.6 Matrimonio con menores

El Código Civil en su art. 46.1º⁴⁶ recoge la imposibilidad de contraer matrimonio a los menores de edad no emancipados, si bien, el art. 48⁴⁷ contempla la posibilidad de dispensa por edad a partir de los catorce años.

⁴⁴ Convenio de 12 de septiembre de 2000, ratificado por Instrumento de 16 de julio de 2010, relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo, hecho en Viena, BOE nº 36 de 11 de febrero de 2011. A fecha de hoy únicamente se encuentra en vigor en España y Holanda.

⁴⁵ En la India, por ejemplo, reconoce desde 2014 a las personas transexuales como el tercer sexo diferente del femenino y al masculino, pretendiendo acabar con su discriminación, sin embargo, las relaciones homosexuales son ilegales.

⁴⁶ Artículo 46.1º CC: No pueden contraer matrimonio: Los menores de edad no emancipados.
1.º Los menores de edad no emancipados.

El tratamiento jurisprudencial de la cuestión, no parece uniforme. Así, en la RDGRN de 21 de noviembre 2008 se deniega la inscripción del matrimonio celebrado en República Dominicana entre un español y una dominicana de trece años de edad en la fecha de celebración del matrimonio. Dicho matrimonio fue legal en el país de su celebración pues obtuvieron las dispensas requeridas en el ordenamiento de República Dominicana, sin embargo es contrario al contenido del Código Civil anteriormente citado, pues la contrayente aun no había cumplido catorce años. Invocando al orden público internacional se deniega la solicitud.

Por el contrario en la RDGRN de 27 marzo 2007 se revuelve la solicitud de matrimonio de un español y una marroquí de catorce años. Dada la nacionalidad marroquí de la contrayente se aplicaría su ley personal, que en este caso no sería contraria al orden público español al estar permitido el matrimonio con esa edad.

Con anterioridad a aquélla, la RDGRN 27 de mayo de 1994 contempla la solicitud de inscripción de un matrimonio celebrado entre un marroquí mayor de edad y una mujer también marroquí de quince años, ambos solteros. La capacidad para contraer matrimonio viene determinado por la ley nacional. De acuerdo con la Ley marroquí este matrimonio sería válido. ¿Tendría que entrar en juego la clausula de orden público por tratarse de una menor?. La DGRN rechaza tal posibilidad, no sólo porque la aplicación de la excepción de orden público tenga que ser restrictiva sino porque además considera que el matrimonio con una mujer de quince años, con el consentimiento paterno sea equiparable a la dispensa exigida en nuestro ordenamiento, dispensa que, por otro lado, es posible obtener posteriormente a la celebración del matrimonio.

Podemos concluir que cuando uno o los dos contrayentes son menores de catorce años⁴⁸, aunque su ley personal lo permita, es inaceptable para nuestro ordenamiento.

3.3 Crisis matrimoniales

La expresión “crisis matrimoniales” hace referencia a los supuestos en que se relaja (caso de la separación) o se rompe el vínculo matrimonial (caso de la nulidad o el divorcio). De entre estas situaciones, el divorcio es un caso claro de la evolución en la aplicación de la excepción de orden público. Históricamente el divorcio estuvo sujeto a una total prohibición en nuestro país⁴⁹, y por lo tanto considerado contrario al orden público, hasta la entrada en vigor de la Ley de divorcio de 2 de marzo de 1932, consecuencia directa de la Constitución de 1931⁵⁰. El periodo de legalización no fue muy largo, pues la Ley de 23 de septiembre de 1939⁵¹, relativa al divorcio,

⁴⁷ Artículo 48 CC *in fine* : La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

⁴⁸ La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la de Jurisdicción voluntaria, eleva la edad mínima para contraer matrimonio de catorce a dieciséis años.

⁴⁹ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE (2007: 8)

⁵⁰ Art. 43 Constitución española de 1931 “*La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa*”

⁵¹ Efectos suspendidos desde el 2 de marzo de 1938

derogaba en su artículo único la citada ley. No sólo ilegalizaba el divorcio sino que declaraba nulos los efectos de la ley anterior⁵².

En el periodo de tiempo comprendido entre 1938 y la entrada en vigor de la ley 30/1981 de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, la situación fue un tanto confusa.

Si bien en España el divorcio no estaba permitido, la prohibición no impidió en ocasiones la admisión de los efectos que de él se derivaban, los cuales no eran considerados contrarios al orden público. Tanto los tribunales como la DGRN fueron reconociendo situaciones concretas de divorcio.

Ya la RDGRN de 18 de septiembre de 1971 estima que no existe impedimento de ligamen en la celebración de un matrimonio civil entre un hombre nacido en el Sahara, dos veces divorciado y una española acatólica. Afirma por primera vez, que la regla de indisolubilidad del matrimonio no es de aquellas que en nuestro ordenamiento no admita inflexiones y de ahí que no se vean razones para excepcionar el régimen normalmente aplicable. En las posteriores Resoluciones de 5 de abril y 24 de agosto de 1976, la DGRN no autorizó los matrimonios civiles que pretendían contraer españoles solteros y acatólicos con ciudadanas peruana y yugoslava, respectivamente, al estar divorciadas, de acuerdo con su ley personal, de anteriores matrimonios canónicos. En consecuencia, la aplicación o no de la excepción de orden público venía dada por la naturaleza canónica o no del matrimonio disuelto en el extranjero⁵³. En la misma línea, la STS de 22 de noviembre de 1977, ROJ 873/1977, asienta esta doctrina: *“cuando se trate de uniones civiles contraídas en el extranjero, entre extranjeros cuya Ley personal admita el divorcio vincular y éste ha sido declarado judicialmente en aquel país, el reconocimiento de la eficacia disolutiva del vínculo matrimonial no contraviene al orden público de España”*.

La entrada en vigor de la Constitución en 1978 supone una ruptura con la situación anterior. Si bien no contiene de forma tan explícita la referencia al divorcio como la Constitución de 1931, en el art. 32.2 sí hace mención a que *la Ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos*⁵⁴.

En consonancia con la CE, la RDGRN 6 de abril de 1979 ya reconoció un matrimonio en España de un extranjero divorciado de matrimonio civil y canónico con una española. Pero es el auto del TS de 24 octubre de 1979 el que supone un punto de inflexión. No sólo reconoce y ejecuta una sentencia de divorcio dictada fuera de España, sino que hace manifestación expresa de que tras los cambios sociales, políticos y jurídicos producidos a raíz de la aprobación de la Constitución, el divorcio no es contrario al orden público: *“es evidente la necesidad de afirmar que no choca con él [orden público] la resolución judicial extranjera que decreta la disolución del vínculo conyugal y, consecuentemente, que su ejecución es lícita en*

⁵² Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al divorcio, disposiciones transitorias primera, segunda y sexta.

⁵³ IGLESIAS BUHIGUES (1984: 247)

⁵⁴ <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=32&tipo=2>

España". La eficacia inmediata de la Constitución en lo que se refiere at. 32.2, en relación con el orden público fue reiterada en el ATS de 19 de enero de 1981, ROJ: 2/1981, concediendo un exequátur de una sentencia de divorcio dictada por un tribunal alemán, y el ATS de 30 de abril de 1981, ROJ: 449/1981, en la ejecución de sentencia de un divorcio dictada en la República Argentina.

A pesar de que estos autos suponen un gran avance en el reconocimiento del divorcio, su verdadera reintroducción en nuestro ordenamiento tiene lugar con la entrada en vigor de la Ley 30/1981, de 7 de julio, modificando el art. 85 CC, declarando que el matrimonio se disuelve "por el divorcio". A partir de este momento ante una demanda de divorcio con un elemento internacional, no se podrá invocar, en principio, el orden público internacional.

Establecida la inaplicación de la excepción de orden público a los casos de divorcio, debemos determinar cuál es la ley aplicable. Pues bien, la separación judicial y el divorcio en casos internacionales se regulan en nuestro ordenamiento en el art. 107.2 CC. Se establecen unos criterios de aplicación en cascada, de tal manera que si la Ley asignada en el primer punto de conexión puede aplicarse, no se pasará al segundo. Establecida la Ley, de acuerdo con el apartado c) del citado artículo, no se aplicará si ésta es contraria al orden público, pero siempre que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. Se puede apreciar en esta matización una aplicación del orden público internacional de proximidad. Pero ¿qué ocurrirá si ambos cónyuges no son españoles o residen habitualmente en España?. En estos casos siempre se podrá aplicar la cláusula general de defensa del orden público contenida en el art. 12.3 CC. Cabe preguntarse entonces si tal matización en el art. 107.2 CC era necesaria al recoger el CC una ya de carácter general⁵⁵.

Como en el caso del matrimonio, la legislación sobre disolución del mismo presenta diferencias de unos países a otros, presentándose, como veremos más adelante unas figuras extrañas para nuestro ordenamiento. En estos casos la cláusula de orden público interviene de forma muy distinta cuando se trata de determinar el Derecho aplicable o cuando se trate de reconocer y ejecutar decisiones extranjeras.

El hecho de que la Ley extranjera aplicable contemple un sistema de causas de divorcio o sean sencillamente diferentes a las Leyes españolas, no justifica la intervención de la cláusula de orden público, a no ser que estas causas sean discriminatorias. Así la SAP Málaga de 15 de marzo de 2000, ROJ: 1141/1998, contempla un matrimonio contraído en Bélgica cuya disolución se basa en el adulterio al consorte⁵⁶, o divorcio según la Ley marroquí en la SAP de Barcelona de 6 de abril de 2000, ROJ: 4454/1999.

Pasaremos a continuación a analizar algunas situaciones en las que la aplicación de la Ley extranjera en casos internacionales de divorcio puede plantear la inaplicación de aquélla, por ser contraria al orden público.

⁵⁵ CALVO CARAVACA - CARRASCOSA GONZÁLEZ (2004)

⁵⁶ Contemplado en el Código Civil Belga art. 229

3.3.1 Divorcio revocable

Una condición para que se reconozca un divorcio en España es la irrevocabilidad de la situación, es decir, que la disolución matrimonial tenga efectos definitivos según la Ley de origen. En algunos países como Irán, Marruecos o Egipto existe la figura del divorcio que da derecho al hombre, y sólo a él, a continuar el matrimonio sin celebrar un nuevo contrato matrimonial. Este tipo de divorcio atenta contra los principios fundamentales del Derecho matrimonial español. Por lo tanto, una ley extranjera que contemple esta posibilidad es contraria a nuestro orden público internacional.

Por lo que a la jurisprudencia se refiere, el auto del TS de 16 de julio de 1996⁵⁷, ROJ: 1032/1996, resuelve que *“la disolución del vínculo por el divorcio se construye en nuestro ordenamiento jurídico desde la esencial nota de la invariabilidad, es decir, de una manera definitiva e irrevocable...., ya que ello repugna a la estabilidad y certeza que ha de darse en las situaciones que conforman el estado civil de las personas y, por ende, a la igualdad de derechos y deberes del marido y de la mujer que desde el art. 14 de la Constitución Española, que consagra el principio de igualdad, se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico civil, con carácter general, en el art. 66 CC”*. En el mismo sentido la RDGRN [2ª] de 11 de noviembre deniega la inscripción de un divorcio revocable en tanto no se acredite la ruptura total del vínculo matrimonial.

Cuando ya ha transcurrido el plazo para revocar el divorcio y no se ha producido tal revocación, las resoluciones son contradictorias. La DGRN en su resolución de 4 de junio de 2001 sigue aplicando de forma estricta la cláusula de orden público, denegando la inscripción de un matrimonio al no reconocer la disolución del anterior por haber sido revocable. Sin embargo en el auto del TS del 31 de julio de 2000, ROJ: 1194/2000⁵⁸ en el que se solicita el reconocimiento y la ejecución de una sentencia de divorcio revocable otorgada en el Cairo, la Sala otorga el exequátur argumentando que tal revocabilidad ha desaparecido al constatarse que se ha producido la ruptura definitiva del vínculo conyugal, por lo que ya no existe obstáculo para el reconocimiento. En la misma línea se pronuncia la RDGRN [3ª] de 24 de mayo de 2002 y el ATS de 21 de abril de 1998, ROJ. 3563/1998, en el que reconoce que *“La aplicación del criterio expuesto al caso que se examina habría de conducir, indefectiblemente, a la denegación del reconocimiento que se pretende, por cuanto constituye su objeto una resolución por la que se decreta el divorcio revocable de la solicitante (...) Sin embargo, no puede desconocer esta Sala las particulares circunstancias que concurren en el presente supuesto y que aconsejan resolver sobre la homologación que se demanda con la mira puesta tanto en la observancia de los principios que presiden el reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras cuanto en un elemental principio de justicia material....A la vista de semejantes circunstancias, no es posible elevar la barrera del orden público en sentido internacional - de interpretación restrictiva, por demás - de forma que se convierta en infranqueable”*.

⁵⁷ En el mismo sentido ATS de 3 de abril 2001, ROJ 990/2001

⁵⁸ En el mismo sentido ATS de 21 de abril 1998, ROJ 1998/3563

3.3.2 Repudio

Un problema planteado en la actualidad, con frecuencia relativa, dado el gran flujo de migrantes a nuestro país provenientes de estados derecho musulmán, es el del repudio.

El vínculo que genera el matrimonio islámico es, en principio, perpetuo, si bien es lícita su disolución a través de “(1) vías unilaterales como el *talaq* o repudio, (2) vías bilaterales como el *tatliq* o divorcio judicial, y (3) vías intermedias como el *kohl* o repudio mediante compensación económica de la esposa”⁵⁹.

El repudio⁶⁰ es una institución que no ha sido regulada por igual en todos los países islámicos. Recogida en Irak, Kuwait, Omán, Yemen o Sudán, entre otros. Contemplada de una forma más restrictiva en Marruecos⁶¹, y no es admitida en países como Turquía⁶² o Túnez⁶³.

El *talaq tradicional* consiste en el derecho del marido a disolver el matrimonio de forma unilateral, sin necesidad de causa alguna y sin apertura de un procedimiento judicial. Puede tener carácter revocable (*talaq al-sunna*) o irrevocable (*talaq al-bid'a*). En la llamada “via intermedia” por el TS⁶⁴ (*Khol*) es la mujer quien inicia el procedimiento pero se exige el consentimiento de ambos cónyuges.

Ese efecto disolución nos lleva a considerar la similitud o diferencia entre divorcio y repudio, que no se muestra sencilla. Hay legislaciones como la argelina o marroquí que solo hablan de divorcio, aunque por su contenido se refiere a lo que es español llamaríamos repudio y en otros sí diferencian entre repudio y divorcio, empleando este segundo término cuando se produce la disolución judicial del matrimonio. El Tribunal Supremo emplea a veces, ambas expresiones indistintamente (ATS 3 abril de 2001 ROJ: 990/2001; STS 25 de enero de 2006 ROJ: 1637/2006).

Independientemente de uno u otro nombre, para el reconocimiento de efectos de las resoluciones judiciales en España sobre este tipo de disolución matrimonial, lo importante se centra es la irrevocabilidad, la unilateralidad y la existencia, o no de intervención judicial.

Respecto al primero de los puntos, la revocabilidad, ya fue tratado en el apartado anterior. En cuanto al divorcio unilateral habría que distinguir dos supuestos. Por un lado, si la Ley extranjera que contempla esa posibilidad es

⁵⁹ STS 25 de enero de 2006, ROJ 1637/2006

⁶⁰ El Corán y la Suna utilizan el término “*talaq*” para referirse al mecanismo de disolución del matrimonio islámico. Sin embargo en algunos ordenamientos, por ejemplo el marroquí, utilizan este término para referirse al acto de repudio realizado por el marido, por ambos cónyuges de mutuo acuerdo o por compensación económica, denominándose “*tatliq*” a los casos en los que la mujer solicita la disolución del vínculo matrimonial cuando se dan algunas de las circunstancias contempladas en el Código de familia marroquí *Al Mudawana*.

⁶¹ AGUILAR GRIEDER (2003)

⁶² Turquía pese a tener una población mayoritariamente musulmana es un Estado laico

⁶³ El Código del Estatuto de la persona tunecino ha sido objeto de una profunda reforma acabando con instituciones basadas en la inferioridad de la mujer respecto al hombre como el repudio y la poligamia

⁶⁴ STS 25 enero 2006, ROJ 1637/2006, FD 6º

estrictamente unilateral a favor del marido, podría vulnerarse la igualdad de los cónyuges, quedando la esposa en una situación de desprotección (SAP Murcia 12 mayo 2003, ROJ: 1286/2003; SAP Málaga 22 abril 2014, ROJ: 1452/2014). La otra situación consistiría en que la esposa asiente o solicita al esposo ser demanda. Este caso sería asimilable a un divorcio de mutuo acuerdo (SAP Valencia 31 mayo 2010, ROJ: 2963/2010; SAP Cáceres 23 mayo 2012, ROJ: 403/2012). En el primero de los supuestos sería de aplicación la excepción de orden público, pero no en el segundo.

El acto de repudio unilateral es, en principio, contrario al orden público pues lesiona el principio de igualdad. Sin embargo, el TS concede eficacia a este tipo de repudio cuando es solicitado por la mujer repudiada. Menos problemas plantea el repudio bilateral pues se puede asemejar al divorcio al contar con la libre voluntad de ambos cónyuges.

3.3.3 Efectos de las sentencias de divorcio, nulidad y separación con intervención judicial y sin ella

En el Derecho español la disolución del matrimonio, hasta el momento⁶⁵, tiene siempre lugar mediante sentencia judicial⁶⁶. Este hecho no impide el reconocimiento de divorcios *inter privatos* celebrados en el extranjero. Sin embargo, como veremos a continuación, la jurisprudencia exige que las autoridades que intervengan en el divorcio no lo hagan como meros fedatarios públicos (ATS 1 octubre 1996, ROJ: 1431/1996), sino revestidos de *imperium* atribuido por las leyes del Estado. Así los divorcios ante autoridades municipales en Japón (ATS 18 mayo 1999, ROJ: 2406/1999; 24 noviembre 1998, ROJ: 206/1998), las autoridades administrativas en Dinamarca (17 octubre 1995, ROJ: 193/1995; 20 mayo 1997, ROJ: 434/1997; 26 octubre 1999, 900/1999; ATS 31 octubre 2000, ROJ: 2155/2000), en Méjico (ATS 15 julio 2003, ROJ: 7735/2003), o mediante escritura notarial en Cuba (AATS 20 enero 1998, ROJ: 10/1998; 23 febrero 1999, ROJ: 1851/1999;), son reconocidos en España.

Cabe entonces, hacer una mención especial a divorcios obtenidos ante los adules⁶⁷ en Marruecos, en los que la jurisprudencia ha mostrado en ocasiones resoluciones dispares. En el ATS de 6 febrero, ROJ: 364/1996, FJ2 se deniega el exequátur ya que “..el informe en cuestión no dictamina sobre si los Adules autorizantes del acta de divorcio actúan desempeñando funciones jurisdiccionales o de notarios (fedatarios públicos). Por todo ello, no se ha probado que no se trate de un puro divorcio privadamente pactado por los esposos sin intervención resolutoria alguna de juez o funcionario público revestido de "imperium". Mientras que en otros casos sí se admite, si además de la intervención de los adules, el acta es extendida por un juez ATS de 17 de septiembre de 1996, ROJ:1653/1996 FJ5“..divorcio se haya instado ante los Adules (...) pero en seguida se advierte sobre la subsiguiente

⁶⁵ La Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, en la disposición final primera modifica determinados artículos de CC, así el art. 87 queda redactado “Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él”, y el 107.2 “La separación y el divorcio judicial se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado”.

⁶⁶ Art. 117.3º CE, art. 22 LOPJ, art. 89 CC

⁶⁷ En Derecho islámico los Adules ejercen las funciones que en España realizaría un notario

homologación del acta así extendida por el Juez Notarial-Cadi- adscrito al correspondiente Tribunal, en funciones jurisdiccionales, de donde se sigue que el proceso ha contado con la intervención de una autoridad jurisdiccional que ha dotado de eficacia constitutiva al acto”.

Esta situación está en vías de cambio en España, pues con la entrada en vigor de Ley de jurisdicción voluntaria se introduce la posibilidad de obtener el divorcio fuera del ámbito judicial, atribuyendo al notario funciones que hasta ahora correspondían al Juez.

3.4 Filiación

Los conceptos de familia, matrimonio y relaciones paterno-filiales pueden ser muy diferentes de unas culturas a otras, lo que llevará a divergencias en sus respectivos Derechos de familia. La regulación de la filiación en casos internacionales es un tema complejo⁶⁸.

En nuestro ordenamiento, la norma central en Derecho internacional privado que regula la filiación es el art. 9.4 CC⁶⁹. El primer punto de conexión para determinar la Ley aplicable es la nacionalidad del hijo, y si esta no pudiera determinarse, el segundo punto de conexión sería la residencia habitual del hijo.

A continuación nos centraremos en dos situaciones de determinación de la filiación en las que puede intervenir el orden público, cuando las leyes extranjeras impiden la investigación o la impugnación de la paternidad y respecto de hijos nacidos a consecuencia de contratos de subrogación de maternidad.

3.4.1 Leyes que limitan la investigación o la impugnación de la paternidad

La STS de 22 de marzo 2000, ROJ: 2311/2000, descartó la aplicación de la Ley francesa debido al brevísimo plazo para ejercitar la acción de filiación prevista en la ley gala: dos años tras el nacimiento: *“la investigación de la paternidad en la legislación francesa, cuya aplicación postula el recurrente, resultaba restringida en la época de los hechos y entra en colisión con (...) nuestra Constitución”.*

El art. 9.4 CC hace referencia al carácter y contenido de la filiación pero no a su “determinación”. La jurisprudencia suele acudir para ello a la ley nacional del hijo, sometiendo a la misma las acciones de impugnación y reclamación de la filiación.

3.4.2 Maternidad Subrogada

Como mencionábamos anteriormente, los modelos de familia han ido cambiando en el transcurso del tiempo, por la evolución de la sociedad, la

⁶⁸ CALVO CARAVACA - CARRASCOSA GONZÁLEZ (B 2006, 127)

⁶⁹ Artículo 9.4 CC: El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.

multiculturalidad y como no, por los avances en el ámbito de la medicina, etc. La concepción de una pareja heterosexual que tenía hijos, o los adoptaba, ha evolucionado de forma que ahora es legal en nuestro país que una pareja homosexual tenga o adopte hijos, o que ante la imposibilidad de concebir se recurra a técnicas de reproducción asistida.

La legislación española⁷⁰ es en esta materia muy permisiva. Admite casi todas las técnicas de reproducción, excepto la maternidad subrogada y la selección del sexo del nacido⁷¹.

Con relación a la primera de las anteriores excepciones, comenzaremos acudiendo al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, el que se recoge la nulidad de pleno derecho de los contratos en los que se convenga la gestación. Una mujer aporta la gestación comprometiéndose a entregar el nacido a los padres de intención⁷². Esta técnica está prohibida en España.

En la Unión Europea, solo siete países no tienen regulada esta práctica: España, Francia, Portugal, Suiza, Alemania, Italia y Malta. Pero en algunos, como Reino Unido, la legislación es tan restrictiva que la hace prácticamente imposible⁷³. Lo más frecuente es que las personas que desean ser padres por este método acudan a Estados Unidos, país en el que está permitida y presenta mayores garantías legales⁷⁴. Una vez que la gestante da a luz, el nacido es registrado en ese país. Al regresar a España para que esa filiación tenga efectos, será necesaria su inscripción en el Registro civil.

Durante años, a pesar de ser una práctica prohibida en nuestro país, la DGRN ha facilitado el reconocimiento de decisiones extranjeras de inscripción de niños nacidos como consecuencia de la subrogación de la maternidad. Esta situación cambió en noviembre de 2008 cuando dos varones de nacionalidad española, casados en 2005, solicitaron la inscripción en el Consulado Español de Los Ángeles de dos gemelos nacidos en San Diego. El encargado del Registro denegó tal inscripción.

La DGRN en su resolución de 18 de febrero de 2009 ordenó proceder a la inscripción y filiación de los menores, considerando que no se vulneraba el orden público. Esta resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal y revocada por el Juzgado de Primera Instancia de Valencia el 15 de diciembre de 2010. La AP de Valencia, ante el recurso de apelación presentado, ratificó en sentencia de 23 de noviembre de 2011⁷⁵ la decisión de instancia, y por último el TS dio por zanjada la cuestión en sentencia de 6 de febrero de 2014⁷⁶, confirmando la decisión.

⁷⁰ Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida, BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006

⁷¹ También llamada gestación por sustitución o de una forma despectiva “vientre de alquiler”.

⁷² HERNANDEZ RODRIGUEZ (2014)

⁷³ El País 24 de enero 2015

http://politica.elpais.com/politica/2015/01/24/actualidad/1422116335_391939.html

⁷⁴ Gestación por sustitución onerosa permitida en países como Estados Unidos, India, Méjico, Ucrania y de forma gratuita en Gran Bretaña, Grecia, Canadá.

⁷⁵ SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, ROJ: 5738/2011,

⁷⁶ STS de 6 de febrero de 2014, ROJ: 247/2014

Merece la pena detenernos en la resolución del TS, por su trascendencia.

En el FJ 5º.8 se dice que *“Lo expuesto lleva a considerar que la decisión de la autoridad registral de California (...) es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia”*.

Frente a ello, nos preguntamos ¿qué ocurre con el interés superior del menor?. Y a este respecto el TS afirma *“la aplicación del principio de la consideración primordial del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 CE”*. La forma de asegurar esa protección a los menores debe proceder *“de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual”*.

Sin duda se trata de un tema extremadamente complejo. En la citada sentencia se impuso el criterio de la mayoría de los Magistrados del TS por un estrecho margen (5 votos frente a los 4 del voto particular). Los Magistrados discrepantes se muestran en abierto desacuerdo con la mayoría en cuanto a la vulneración del orden público y afirman *“El orden público en esta materia no debe valorarse desde la perspectiva de la contrariedad con la normativa interna, sino desde la consideración que merezca la tutela del interés del menor”*.

Desde la resolución de la DGRN hasta la sentencia del TS que estamos comentando, la RDGRN de 5 de octubre de 2010 había aportado jurisprudencia, permitiendo regularizar la situación de diversas familias españolas cuyos hijos nacieron en el extranjero por maternidad subrogada⁷⁷.

Los recurrentes en casación de la STS de 6 de febrero de 2014 promovieron un incidente de nulidad de actuaciones contra la misma. En auto de 2 febrero 2015, ROJ 335/2015, la Sala analiza la trascendencia para el caso de ciertos pronunciamientos del TEDH⁷⁸. Considera que no existe una situación de incertidumbre similar a la contemplada en las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y que *“el derecho a crear una familia no es ilimitado y no incluye la facultad de establecer lazos de filiación por medios no reconocidos como tales por el ordenamiento jurídico, siempre, naturalmente, que esta falta de reconocimiento no sea contraria a las exigencias constitucionales ni, en general, al orden público internacional español, y respete las exigencias del Convenio Europeo de Protección*

⁷⁷ ALVAREZ DE TOLEDO (2014: 164)

⁷⁸ Las sentencias a que se refiere son las recaídas en el asuntos de fecha 26 de junio de 2014, SSTEDH nº 65941/11 y nº 65192/11, casos *Labasse* y *Menesson* respectivamente, referentes a sendas gestaciones por subrogación contratadas en Estados Unidos en las que el marido era el padre biológico en las que condena al Estado francés porque su negativa a reconocer la relación de filiación constituía una injerencia en el respeto a la vida privada y familiar de los demandantes.

de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales". Por lo tanto, acuerda no haber lugar a declarar la nulidad de su sentencia de 6 de febrero de 2014.

De nuevo un voto particular en el que discrepan cuatro Magistrados. Se muestran en desacuerdo en la trascendencia de que las sentencias dictadas por TEDH y que a pesar de las diferencias existentes entre los casos franceses y el español, no justifican un tratamiento distinto y por lo tanto son favorables a la nulidad de actuaciones.

Como decíamos anteriormente, el tema es muy delicado. No hay datos oficiales publicados, pero es una realidad que existe. La solución está por llegar y el debate está abierto. Mientras tanto, distintas instancias, aplicando un efecto atenuado del orden público, están admitiendo consecuencias de la filiación por maternidad subrogada, como el derecho a la prestación por maternidad o paternidad. Así en STSJ del Principado de Asturias, de 20 septiembre 2012, ROJ 3514/2012; STSJ Madrid 18 octubre de 2012, ROJ 13355/2012; STSJ de Cataluña 9 marzo 2015, ROJ 1613/2015, desestiman los recursos interpuestos por el INSS, declarando el derecho a la prestación por maternidad. En sentido contrario se pronuncia el TSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014, ROJ 22/2014, que resuelve a favor del INSS y deniega la citada prestación.

La situación actual lleva a la imposibilidad de inscripción en el Registro Civil del Consulado, por ejemplo, de Estados Unidos, lo cual supone que los niños seguirán viajando a España con pasaporte estadounidense y un visado que caduca a los noventa días, quedándose tras este plazo en una situación de irregularidad administrativa, con todas las implicaciones que conlleva en el ejercicio de su ciudadanía.

3.5 Adopción internacional

Las adopciones en las que aparece un elemento extranjero son cada día mas frecuentes en nuestro país

El elemento "internacional" surge en dos situaciones:

- a) cuando el adoptante o el adoptado son extranjeros o tienen residencia y/o domicilio fuera de nuestro país
- b) cuando la adopción se constituye en el extranjero y se pretende su reconocimiento e inscripción en el Registro de España.
- c) En nuestro ordenamiento, por medio de la adopción, el adoptado se convierte en hijo del adoptante, de forma irrevocable, con la misma fuerza y efectos que si fuera de sangre, entrando con tal en su familia plenamente, creando parentesco no solo entre adoptado y adoptante, sino entre aquél y su descendencia y éste y toda su parentela⁷⁹. Al mismo tiempo se produce la extinción de los vínculos jurídicos con su familia anterior (art. 178 CC).

La normativa española en materia de adopción internacional es muy dispersa. Junto con las de producción interna⁸⁰, numerosos Convenios Internacionales⁸¹.

⁷⁹ ALBADALEJO (2006: 267)

⁸⁰ Constitución arts. 14 y 39. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección jurídica del menor.

Tras la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, la aplicación de la cláusula de orden público no se apoya en el art.12.3 CC sino que se recoge de forma específica en los arts. 23 y 31 de la citada Ley⁸². Así las adopciones constituidas legalmente en el extranjero no tendrán efectos en España si vulneran los principios básicos del Derecho español y en especial el interés del menor⁸³.

Para que una adopción extranjera tenga efectos plenos en España, es precisa su inscripción en el Registro⁸⁴. Nos encontramos aquí con diversas instituciones que no corresponden con la definición de adopción anteriormente mencionada. Así, hay países que contemplan las adopciones revocables, las simples⁸⁵, o la *kafala*.

La LAI, en el art. 26.2 recoge que cuando la ley aplicable en la adopción admita la revocación por parte del adoptante, será requisito indispensable que éste renuncie a tal facultad antes del traslado del menor a España. De no ser así, no será aceptada la inscripción en el Registro Civil. Pues bien, en el caso contemplado en la RDGRN de 26 de febrero de 2010, la adoptante española de tres niños en Kazajstán no sólo no había renunciado a la revocación, permitida por el Derecho kazajo, sino que había ejercido tal facultad. La resolución concluye que tales adopciones no lo son en el sentido pleno del término propio del Derecho español y en consecuencia no pueden ser inscritas en el Registro Civil español.

Un tema de especial interés deriva de las adopciones de menores procedentes de Nepal. La argumentación, en este caso, no se centra en la revocabilidad de la adopción sino en que sea posible para los menores varones y no para las mujeres. En este sentido, las RRDGRN de 5 febrero, de 14 de febrero, de 23 de marzo y de 21 de abril todas de 1998 han tratado la cuestión en los términos que siguen *“..no puede ser admitida de ningún modo ya que por motivos de orden público no puede aceptarse tal discriminación respecto de los varones, en contra del principio constitucional de igualdad de las personas y no discriminación por razón de*

Resolución-circular de 31 de octubre de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en materia de adopciones internacionales. Instrucción de 28 de febrero, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre competencia de los Registros Civiles Municipales en materia de adquisición de nacionalidad española y adopciones internacionales. Resolución-circular de 15 de junio de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento e inscripción en el Registro Civil español de las adopciones internacionales. Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

⁸¹ Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, Nueva York 20 de noviembre de 1989. Convenio de la Haya de 29 de mayo de 1993 sobre Protección del Niño y Cooperación en materia de Adopción Internacional. Convenio Europeo en materia de adopción de menores, Estrasburgo 27 de noviembre de 2008; ratificado por España el 16 de julio de 2010.

⁸² La Ley 54/2007, de 28 de diciembre, no sólo recoge el rechazo de la ley contraria al orden público internacional español, además concreta que en esos casos la Ley aplicable será la española

⁸³ CALVO CARAVACA - CARRASCOSA GONZÁLEZ (2010: 78)

⁸⁴ El procedimiento para lograr que una adopción extranjera tenga efectos en España no pasa por la vía del *exequatur*, ya que las adopciones son actos de jurisdicción voluntaria, y éste no es aplicable en estos casos como ha señalado repetidamente el Tribunal Supremo (AATS de 21 de octubre de 1997, ROJ: 303/1997; 1 de diciembre de 1998, ROJ: 1429/1998; 31 de julio de 2003, ROJ: 8363/2003 y 30 de marzo de 2004, ROJ: 431/2004, entre otros) y la DGRN (28 de junio de 1996, 6 de septiembre de 2000 o 23 de febrero de 2001).

⁸⁵ La adopción simple genera solo derechos y deberes entre el adoptante y el adoptado, pero no crea relación alguna de parentesco entre el adoptado y los parientes del adoptante ni entre el adoptante y los parientes del adoptado. No existe sustitución automática de apellidos ni el hijo adoptado ocupa un lugar similar en el orden de sucesión testamentaria con los hijos naturales.

sexo". Se admite en interés del menor entendiendo que la irrevocabilidad afecta a ambos sexos por igual.

En lo que respecta a las adopciones simples o menos plenas, contempladas en los ordenamientos de países como México, República Dominicana, Brasil, Guatemala, Francia (RDGRN 11 de abril de 2014), etc., estas no son inscribibles en el Registro civil como tales (art. 30.3 Ley de adopción internacional), si bien no quiere decir que no se le reconozcan unos ciertos efectos legales, asimilando la figura de adopción simple a la de acogimiento familiar. Al igual que no se registran los matrimonios poligámicos, como hemos visto *ut supra*, la jurisprudencia admite, en aplicación del principio de orden público atenuado, ciertos efectos legales periféricos por razones de seguridad jurídica internacional⁸⁶. Para que la adopción simple surta plenos efectos legales en España la LAI no obliga a instar un procedimiento de conversión (en contra el AAP Toledo de 15 de junio de 2009, ROJ: 364/2009), los interesados también pueden iniciar *ex novo* un procedimiento e adopción plena en España.

Por lo que se refiere a la *kafala* es una institución propia de los países de tradición jurídica islámica, como es el caso de Marruecos y Argelia (no de Túnez, a partir de la Ley de 4 de marzo de 1958)⁸⁷. Por medio de la *kafala*, el *kafil* (titular de la *kafala*) adquiere el compromiso de hacerse cargo voluntariamente del cuidado del menor (*makful*)⁸⁸, pero no de la misma forma que si fuera su hijo. De hecho, la adopción, en el sentido de nuestro ordenamiento, no existe en el mundo musulmán⁸⁹. Esta "adopción" no supone vínculo de parentesco ni de filiación, ni implica cambio en el estado civil de los interesados.

Desde el punto de vista del Derecho español, la *kafala* es una institución "extraña", una forma de protección del menor, no contemplada en nuestro ordenamiento, pero no por ello debe ser contraria a nuestro orden público, ya que no vulnera principios esenciales.

Que no es equivalente a una adopción ha quedado patente en las resoluciones de la DGRN de 15 de julio de 2006, de 14 de mayo de 1992, de 18 de octubre de 1993, de 13 de octubre de 1995 y 21 de marzo de 2006, entre otras. Esta institución desconocida en nuestro ordenamiento puede desplegar efectos similares a un acogimiento o a una tutela⁹⁰, si concurren una serie de requisitos en su constitución (art. 43 LAI).

Abordaremos tres de estos efectos: la adopción, la concesión de reagrupación familiar y la pensión de orfandad en caso de fallecimiento del *kafil*.

⁸⁶ DIAZ FRAILE (2011: 137)

⁸⁷ DE VERDA Y BEAMONTE (2010)

⁸⁸ DIAGO DIAGO (2010)

⁸⁹ La prohibición de la adopción encuentra sus orígenes en el Corán (versículos 4 y 5 de la Sura XXXIII)

⁹⁰ RDGRN de 29 de octubre de 2012

3.5.1 Adopción

Si reúne los requisitos del art. 34 Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional, podría concluirse que, en aplicación del art. 176.2.3ª CC, en el caso de la solicitud de adopción del *makfoul* por el *kafil*, no fuera necesaria la propuesta previa por parte de la entidad pública correspondiente con certificado de idoneidad, pues bien, en este punto la jurisprudencia muestra criterios dispares.

3.5.2 Reagrupación familiar

En cuanto a la reagrupación familiar, en la práctica los casos se producen cuando el *kafil* es un extranjero con residencia legal en España y pretende obtener un visado para trasladar a nuestro país al *makfoul*. El TS, Sentencia de 9 Dic. 2011, ROJ. 8175/2011, considera imprescindible que el reagrupante ostente la condición de representante del menor *“Abordándose la institución de la kafala desde la perspectiva del orden público español y en el marco de la petición de un visado para la entrada en España de un menor extranjero procedente de un país de tradición jurídica coránica a título de reagrupación familiar, puede concluirse que cuando se ha otorgado la kafala de un menor por una autoridad pública, administrativa o judicial, la misma es asimilable a la tutela dativa en el supuesto de que el menor careciera de padres, en cuyo caso se puede considerar al ciudadano español o al extranjero residente en España representante legal del menor extranjero, razón por la cual la acogida podría tener carácter permanente y sería válida la vía de la reagrupación familiar para que pudiera trasladar su residencia a España. Y si se tratara de un menor cuyos padres biológicos estuvieran vivos o si aquél estuviera sometido a tutela ordinaria, además de otorgarse la kafala por la autoridad pública a la persona que ésta determinara, sería preciso que, con carácter previo, se hubiera declarado, también por autoridad administrativa o judicial, el desamparo del menor, en cuyo caso la situación podría asimilarse al acogimiento familiar porque la declaración del desamparo comportaría la suspensión de la patria potestad o de la tutela ordinaria, y la persona a la que se le hubiera confiado la guarda del menor sería su representante legal mientras tal situación persistiese, por lo que, durante ese tiempo, el menor también podría residir en España a título de reagrupación familiar. Sin embargo, cuando la kafala se otorga por los padres biológicos, sin intervención judicial ni administrativa, y sin previa declaración de desamparo, la persona a la que se le ha confiado la guarda no puede considerarse representante legal del menor en España”*.

Cuando la *kafala* se ha constituido privadamente o por acta notarial, no se reconoce la condición de representación del menor, y por lo tanto las solicitudes de visado son denegadas. Así se pronuncia el TSJ de Madrid en sentencia de 5 de junio de 2008 ROJ: 11112/2008; Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 23 de septiembre 2008, ROJ: 3234/2008. Ello no significa la total falta de validez de la *kafala* debidamente constituida en Marruecos, pues la propia Administración admite que puede ser eficaz en programas de desplazamiento temporal de menores, siempre que concurren las demás condiciones legalmente exigibles, por lo que cabría el visado de estancia de menor con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones cuando la estancia no corra a cargo de quien ejerza su patria potestad.

3.5.3 Pensión de orfandad

Por último, una de las situaciones que últimamente ha sido objeto de litigios es la demanda al INSS de una pensión de orfandad para el *makfoul* una vez fallecido el *kafil* que trabaja legalmente en España.

De acuerdo con la Ley General de Seguridad Social, que en su art. 175.1 reconoce el derecho a tal pensión “a los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación” El TS se pronunció en su sentencia de 3 de noviembre de 2004 ROJ: 7045/2004, en contra de otorgar tal prestación argumentando que la *kafala*, como ya hemos visto anteriormente, no produce vínculo de filiación. Por el contrario, para el TSJ de Justicia de Madrid en la sentencia de 31 enero de 2008, desestima el recurso interpuesto por el INSS contra la sentencia de instancia que denegaba el derecho de dos menores marroquíes a la percepción de las prestaciones de orfandad derivadas del fallecimiento de su madre. Considera que tal negativa por no existir la filiación exigida al adoptado, implicaría una discriminación ante la igualdad de derechos socio-económicos por el hecho de no poder ser adoptados.

La Sala de lo Social del TS en auto de 10 de febrero de 2009, ROJ: 3221/2009, ha desestimado el recurso de casación para unificación de doctrina, interpuesto por el INSS contra la anterior sentencia entendiendo que no existe contradicción al tratarse de dos supuestos de hecho distintos.

En el reconocimiento de efectos de esta figura ajena a nuestro ordenamiento, la jurisprudencia no muestra un criterio unánime. Es necesario atender a las características concretas de cada caso (representante del menor, acta notarial, etc.) y aun así las resoluciones pueden ser discrepantes.

4 CONCLUSIONES

El análisis de la aplicación por la jurisprudencia de la cláusula de orden público, nos ha llevado a las conclusiones que seguidamente se exponen desde una visión estrictamente personal:

PRIMERA

El papel sustancial de la cláusula de orden público consiste en la salvaguarda de los valores esenciales y básicos de nuestro ordenamiento. Constituye un mecanismo de defensa para evitar que una norma extranjera altere nuestro sistema. Pero estos valores y su regulación mediante normas jurídicas no son estáticos, sino que evolucionan con la sociedad, y la acomodación de la ley implica, su modificación y cambios en los criterios que llevarán a los jueces a determinar si una ley extranjera, en un determinado caso es acorde o no con el orden público.

SEGUNDA

El ámbito más propicio para el planteamiento de cuestiones en las que interviene el orden público es aquel en el que existen más principios reguladores de carácter estructural e imperativo, como es el caso del Derecho de familia. Hemos visto como determinados modelos familiares vulneran principios como los de

igualdad o discriminación, debiendo mantener, en ciertos casos, un difícil equilibrio con otros como el desamparo o el interés superior del menor.

TERCERA

La entrada en vigor de la CE supuso un punto de inflexión, dotando al concepto de orden público de un contenido distinto. A partir de ese momento se han producido unos hitos que han significado, sin duda, cambios en cuanto a la aplicación de la cláusula de orden público; así, la Ley del divorcio, Ley de matrimonio homosexual, etc.

CUARTA

La multiculturalidad presente en nuestra sociedad actual, se muestra factor que viene incidiendo profundamente en la consideración del orden público. Estamos atendiendo a la creación de nuevas relaciones jurídicas o reconocimiento de otras ya existentes que suponen figuras extrañas a nuestro ordenamiento. En este caso, el orden público internacional como salvaguarda de los principios y valores esenciales, en mi opinión, no debería integrar aquellos que le son contrarios, pero tampoco negarles todo efecto jurídico.

QUINTA

El orden público atenuado se configura como el mecanismo apropiado para ello. El hecho de no reconocer los efectos de la poligamia, la maternidad subrogada, por ejemplo, puede llevar a resultados desproporcionados e injustos y a situaciones de desprotección. La aplicación de un efecto atenuado, dentro del alcance constitucional, permitiría formulas para adaptarse a los nuevos modelos de familia.

SEXTA

El cambio jurisprudencial se ha ido produciendo -a veces con anterioridad al cambio legislativo-, mediante la aplicación del efecto atenuado del orden público, como ocurrió con el reconocimiento de divorcios. Otros temas se encuentran aún sin resolver. Las soluciones dadas en el momento actual respecto de la maternidad por subrogación, efectos de la poligamia o adopciones internacionales no están cerrados. Jurisprudencia discrepante o resoluciones del Tribunal Supremo con votos particulares de cuatro de los miembros nos indican que son ámbitos de aplicación del orden público objeto de una clara evolución.

SÉPTIMA

La DGRN ha supuesto un “efecto catalizador” del orden público: sus resoluciones se han adelantado a la existencia de una legislación sobre nuevas figuras jurídicas de nuestro ordenamiento, como ha ocurrido con el divorcio, los matrimonios homosexuales o la maternidad por subrogación.

OCTAVA

Por último, cabe preguntarse si como miembros de la Unión Europea, con nuestro “peculiar” ordenamiento jurídico común, aun joven, alguna vez podremos hablar de un orden público europeo. Esta cuestión ya viene apuntándose y supone un campo de estudio novedoso que ya está siendo tratado con precaución y divergencia doctrinal.

5 BIBLIOGRAFÍA

- ACEBAL PÉREZ, M.R. – SERRANO OCHOA, M.A (2014), “El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho privado internacional”, *Noticias Jurídicas*, artículos doctrinales: civil, (disponible en: <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/739-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espaola-y-en-el-derecho-internacional-privado.html>; fecha de la última consulta 25-04-2015)
- AGUILAR BENITEZ DE LUGO, M. (1975), “La ley aplicable al divorcio en el Derecho internacional privado español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, N° 1566, 15, págs. 51-65 (disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292344069511?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content>; fecha de la última consulta: 18-04-2015)
- AGUILAR GRIEDER, H. (2003), “Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.”, *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, 30, págs. 235-264 (disponible en: <http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/2183/11222/1/CC-73%20art%2017.pdf>; fecha de la última consulta 05-05-2015)
- ALBADALEJO M. (2006), *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, 10ª edición, Madrid, Edisofer.
- ALVÁREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. (2014), “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de la ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transaccional*, Vol 6, N° 2, 45, págs. 5-49 (disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259>; fecha de la última consulta 17-03-2015)
- ÁLVAREZ GONZALEZ, S. (2009), “Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo: lo que el ojo del legislador español no vio”, *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)* / coord. por Santiago Álvarez González, María Paz García Rubio, Marta Requejo Isidro, 361, págs. 9-38
- ÁLVAREZ ORTEGA, M. (2003), “Orden público: unidad axiológica, espacio europeo”, *Revistas Universidad de Sevilla*, 31, (disponible en http://institucional.us.es/revistas/derecho/3/art_1.pdf; ultima consulta 16-03-2015)
- AYALA CADIÑANOS, I. (2008), “Excepción de orden público internacional y no discriminación por motivos de género”, *Mujeres y Derecho: Pasado y presente*, Congreso multidisciplinar de la sección de Bizkaia de la Facultad de Derecho. Ponencia, 15, págs. 10-24
- BARBER CÁRCAMO, R. (2010), “Reproducción asistida y determinación de filiación”, *REDUR* 8, 13, págs. 25-37, (disponible en <http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero8/barber.pdf>; fecha de la última

consulta 23-04-2015)

- BONILLO GARRIDO, L. (2013), “El reconocimiento de sentencias de maternidad por sustitución”, *Diario La Ley*, Nº 8070, Sección Tribuna
- BUCHER, A. (1993), BUCHER A. (1993) “*L’ordre public et le but social des lois em Droit International Privé.*”, Recueil de Cours, tomo 239, 1993.
- CALVO CARAVACA, A L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2004), “El divorcio internacional y el nuevo artículo 107.2 del Código Civil”, *Diario La Ley* Nº 6024 y 6025, Sección Doctrina, Ref- D117, Editorial La Ley, 45, págs.1-45
- CALVO CARAVACA, A L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006), *Derecho Internacional Privado*, Vol I, 7ª edición, Granada, Comares, págs. 283-310
- CALVO CARAVACA, A L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006), *Derecho Internacional Privado*, Vol II, 7ª edición, Granada, Comares, págs. 55-219
- CALVO CARAVACA, A L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006), “Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho internacional Privado”, *Diario La Ley*, Sección Doctrina, Año XXVII, Ref. D-1, Editorial La Ley
- CALVO CARAVACA, A L.- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2010), “Críticas y contracríticas en torno a la ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: el ataque de los clones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 2, Nº 1, 67, págs. 73-139 (disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/97>; fecha de la última consulta: 15-04/2015)
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2003), “Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI”, *Anales de Derecho*, Nº 21, 33, págs. 109-143, (disponible en <http://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57141/55051>; fecha de la última consulta 25-04-2015)
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2008), “Orden público internacional y externalidades negativas”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, págs. 2351-2378 (disponible en <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338967346?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Conten>; última consulta: 18-03-2015)
- CHECA Y OLMOS, F. – ARJONA GARRIDO, A. – CHECA OLMOS J C. (2009), *Globalizacion y movimientos transnacionales*, Almería, Universidad de Almería, 39-78
- CORRIENTE CÓRDOBA, J A. (1975), “La excepción de orden público en el Derecho internacional privado español”, *Anuario español de Derecho Internacional*, Nº2, págs. 125-168 (disponible en <http://dadun.unav.edu/handle/10171/19945>; fecha de la última consulta 20-04-2015)
- DELGADO ECHEVERRIA, J. (2009), “Aplicabilidad de las normas aragonesas en

el espacio y el tiempo”, Derecho Internacional privado, Universidad de Zaragoza (disponible en: http://www.unizar.es/derecho/derecho_aragones/progcivil/Interregional.pdf; última consulta 01-05-2015)

- DE TORRES PEREA, J M. (2014), “Comentario de la STS de 6 de febrero de 2014 sobre maternidad por sustitución desde la perspectiva del interés del menor”, *Diario La Ley*, Nº 8281, Sección Doctrina, 11
- DE VERDA Y BEAMONTE, J R. (2010), “Efectos jurídicos en España del acogimiento de derecho islámico (*kafala*)”, *Diario La Ley*, Nº 7393, Sección Doctrina
- DE VERDA Y BEAMONTE, J R. (2010), “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)”, *Diario La Ley*, Nº 7501, Sección Tribuna
- DIAGO DIAGO, M P. (2001), “Concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, Nº 6, 8, págs. 6-13 13, (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2560003; fecha de la última consulta: 12-04-2015)
- DIAGO DIAGO, M.P., (2010). “la *kafala* islámica en España”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 2, Nº 1, págs. 140-164 (disponible en: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/98/96>; fecha de la última consulta 11-05-2015)
- DIAZ AZNARTE, M.T. (2011), “Protección social de la población inmigrante y poligamia ¿hacia una nueva configuración de la pensión de viudedad?”, *actas del Congreso Internacional sobre migraciones en Andalucía*. Granada Instituto de Migraciones, págs. 763- 769 (disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4051453>; fecha de la última consulta 19-05-2015)
- DIAZ FRAILE, J M. (2006), “Exégesis del la doctrina de la Dirección General de Registros y del Notariado sobre la reforma del código civil en materia de matrimonio introducida por la ley 13/2005, de 1 de julio”, *Diario La Ley*, Nº 6449 y 6450
- DIAZ FRAILE, J M. (2011), “Problemas actuales de la adopción internacional”, *Problemas actuales de la adopción internacional*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 15, 17, págs. 125-141 (disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3753296>; fecha de la última consulta: 01-4-2015)
- FLORES RODRIGUEZ, J. (2014), “vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014”, *Diario La Ley*, Nº 8363, Sección Tribuna

- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ (2005), "El matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva constitucional", *Revista jurídica* N°13, Universidad Autónoma de Madrid, págs.133-164, (disponible en: https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4427/29797_6.pdf?sequence=1; fecha de la última consulta 10-05-2015)
- GIMENO RUIZ, A. (2010), "*Kafala*, adopción internacional y orden público internacional", *Noticias Jurídicas*, 7 (disponible en <http://noticias.juridicas.com/articulos/45-Derecho-Civil/201012-82312548977425.html>, fecha de la última consulta: 07-04-2015)
- GONZÁLEZ CAMPOS, J D.- FERNÁNDEZ ROZAS, J C. (1995), "Orden público como correctivo funcional: artículo 12, apartado 3 del Código Civil", ALBADALEJO, M.- DIAZ ALABART, S. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Jaen, Edersa, págs. 894-933, (disponible en http://eprints.ucm.es/9454/1/ARTICULO_12.3_DEL_CODIGO_CIVIL.pdf; última consulta: 10-04-2015)
- HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, A. (2014), "Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 6, N° 2, 28, págs. 147-174 (disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5008692>; fecha de la última consulta 12-03-2015)
- IGLESIAS BUHIGUES, J.L. (1984), "Reconocimiento y ejecución de sentencias de divorcio extranjeras", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Universidad del País Vasco, págs. 245-273
- IUD, C D. (2013), "Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia", *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, 10 (disponible en <https://socioip.files.wordpress.com/2013/12/los-matices-del-orden-pb-publico-internacional-en-las-relaciones-de-familia-carolina-iud.pdf>; fecha de la última consulta: 20-03-2015)
- JUAREZ PÉREZ, P. (2012), "Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?", *Revista electrónica de Estudios internacionales*, (disponible en: www.reei.org/index.php/revista/num23/.../estudio_JUAREZ_Pilar.pdf; fecha de la última consulta 16-05-2015)
- LABACA ZABALA, M.L. (2009), "El matrimonio polígamo y su repercusión en el Derecho español", *Revista Jurídica de Castilla León*, nº 18, págs.: 292- 301 (disponible en: <http://www.jcyl.es/web/jcyl/binarios/765/269/06-labaca.pdf?blobheader=application%2Fpdf%3Bcharset%3DUTF-8&blobheadername1=Cache-Control&blobheadername2=Expires&blobheadername3=Site&blobheadervalue1=no-store%2Cno-cache%2Cmust-revalidate&blobheadervalue2=>; fecha de la última consulta: 19-05-2015)

- LE CAM-MAYOU C. (2013), “L’exception d’ordre public international dans l’application de la loi étrangère e la réception des jugements étrangers. Etude comparative en droit français et droit américain”, Université Pantheon-Assas Paris II, 94, págs. 8-92 (disponible en http://idc.u-paris2.fr/sites/default/files/memoire___coline_lecam-mayou.pdf; última consulta: 18-03-2015)
- LEONÉS SALIDO, J M. (2010), “Pensiones de viudedad y modelos familiares”, *Diario La Ley*, N° 7453, Sección Doctrina
- MINISTERIO DE JUSTICIA. DGRN, (2006), Consultas en materia de estado civil de la Dirección General de Registros y del Notariado (2005 y 2006), Año LX, Suplemento al N° 2022, 345, págs. 66 y 67
- ORTIZ VIDAL, M D. (2014), “El repudio en el código de familia de marruecos y la aplicación del Derecho marroquí en la UE”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol 6, N° 2, 44, págs. 201-244, (disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2267>; fecha de la última consulta: 15-03-2015)
- OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., (2012), “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de subrogación”, *Iguals Y Diferentes ante el Derecho Privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 465-516 (disponible en: http://eprints.ucm.es/23272/1/reconocimiento_en_espana.pdf; fecha de la última consulta 19-06-2015)
- PÉREZ ALVÁREZ, S., (2008), “Las tradiciones ideológicas islámicas antes el repudio. Su eficacia civil en el derecho del Estado español”, *Revista de Ciencias Religiosas*, Universidad Complutense, vol. 13 (disponible en: <http://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/view/ILUR0808440183A>; fecha de la última consulta: 29-06-2015)
- TAZÓN CUBILLAS, A. (2008) “Matrimonio islámico y derecho de familia español: algunos aspectos conflictivos”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, N° 22, págs. 38-49 (disponible en: <http://dialnet.unirioja.es/ejemplar/197257>; fecha de la última consulta 01-05-2015)
- TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, J.A. (2007), “Hacia un Derecho Internacional Privado uniforme de la Unión Europea sobre separación y divorcio”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 61, N° 2043-2044, 20, págs. 3313-3316 (disponible: <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/1292338973558?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Conten>, fecha de la última consulta 02-05-2015)

6 FUENTES JURÍDICAS UTILIZADAS

6.1 Normativa

Normativa de origen internacional

- Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979 (BOE nº 245 de 13 de octubre de 1982)
- Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001 (BOE nº 309 de 26 de diciembre de 2001)
- Instrumento de Ratificación del Convenio relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo, hecho en Viena el 12 de septiembre de 2000 (BOE nº 36 de 11 de febrero de 2011)

Normativa de origen interno

- Constitución Española de 1931 (Gaceta de Madrid nº 344 de 10 de diciembre de 1931)
- Constitución Española de 1978 (BOE nº 311 de 29 de diciembre de 1978)
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE nº 157 de 2 de julio de 1985)
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE nº 10 de 12 de enero de 2000)
- Real Decreto de 3 de febrero de 1881, Ley de Enjuiciamiento Civil (Gaceta nº 36 de 5 de febrero, rect. Gaceta nº 64, de 5 de marzo y nº 53 de 22 de febrero)
- Real Decreto de 24 de julio de 1889, Código Civil (Gaceta nº 289, 25 de julio)
- Ley de Divorcio de 2 marzo de 1932 (Gaceta del 11 de marzo de 1932)
- Decreto de 2 de marzo de 1938 (BOE nº 500 de 5 de marzo)
- Ley de 23 de septiembre de 1939 relativa al divorcio, BOE 5 de octubre de 1939
- Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE nº 154 de 29 de junio 1994)
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de contraer matrimonio (BOE nº 157 de 2 de julio de 2005)
- Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006)
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (BOE nº 312 de 29 de diciembre de 2007)
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158 de 3 de julio de 2015)
- Ley catalana 10/1998, de 15 de julio (BOE nº 198 de 19 de agosto de 1998)

6.2 Jurisprudenciales

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de fecha 26 de junio de 2014, Labassee contra Francia, asunto nº 65941/11. Disponible en su versión francesa

en:<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145180> (último acceso, 1 de julio de 2015)

STEDH de fecha 26 de junio de 2014, *Mennesson contra Francia*, asunto nº 65192/11, Disponible en su versión francesa en:<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-145179> (último acceso, 1 de julio de 2015)

Tribunal Constitucional

STC de 15 de abril, RTC 1986\43
STC de 23 de febrero, RTC 1989\54
STC de 17 de junio, RTC 1991\132
ATC de 11 de julio, RTC 1994\222

Tribunal Supremo

STS de 22 de noviembre de 1977, ROJ: 873/1977
ATS de 24 octubre 1979, ROJ: 1/1979
ATS de 19 de enero de 1981, ROJ: 2/1981
ATS de 30 de abril de 1981, ROJ: 449/1981
STS de 2 julio de 1987, ROJ: 4665/1987
STS de 19 abril de 1991, ROJ: 2141/1991
ATS de 17 octubre de 1995, ROJ: 193/1995
ATS de 6 de febrero de 1996; ROJ: 364/1996
ATS de 16 de julio de 1996, ROJ 1032/1996
ATS de 17 de septiembre de 1996, ROJ: 1653/1996
ATS de 1 de octubre 1996, ROJ: 1431/1996
ATS de 20 mayo de 1997, ROJ: 434/1997;
ATS de 21 de octubre de 1997, ROJ: 303/1997
ATS de 20 enero de 1998, ROJ: 10/1998
ATS de 24 noviembre de 1998, ROJ: 206/1998
ATS de 1 de diciembre de de 1998, ROJ: 1429/1998
ATS de 23 febrero de 1999, ROJ: 1851/1999
ATS de 26 octubre de 1999, 900/1999
ATS de 18 mayo de 1999, ROJ: 2406/1999;
STS de 22 de marzo de 2000, ROJ: 2311/2000
STS de 31 de julio de 2000, ROJ: 1194/2000
ATS de 31 octubre 2000, ROJ: 2155/2000
ATS de 3 abril de 2001 ROJ: 990/2001
ATS de 15 julio de 2003, ROJ: 7735/2003
ATS de 31 de julio de 2003, ROJ: 8362/2003
ATS de 30 de marzo de 2004, ROJ: 4341/2004
STS de 3 de noviembre de 2004, ROJ: 7045/2004
STS de 25 de enero de 2006 ROJ: 1637/2006
STS de 19 de junio de 2008, ROJ: 3054/2008
ATS de 10 de febrero de 2009, ROJ: 3221/2009
STS de 8 de octubre de 2010, ROJ: 5120/2010
STS de 9 diciembre de 2011, ROJ. 8175/2011
STS de 6 de febrero de 2014, ROJ: 247/2014
ATS de 2 febrero de 2015, ROJ: 335/2015

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002, ROJ: 2547/2002,
STSJ de Valencia de 6 de junio de 2005, ROJ: 1558/2005
STSJ de Madrid de 31 enero de 2008, Rec. 2423/2007
STSJ de Madrid de 5 de junio de 2008 ROJ: 11112/2008;
STSJ del País Vasco de 23 de septiembre 2008, ROJ: 3234/2008.
STSJ del Principado de Asturias, de 20 septiembre 2012, ROJ: 3514/2012
STSJ Madrid de 18 octubre de 2012, ROJ: 13355/2012
STSJ del País Vasco de 13 de mayo de 2014, ROJ: 22/2014
STSJ de Cataluña 9 marzo 2015, ROJ: 1613/2015

Audiencias Provinciales

SAP Málaga de 15 de marzo de 2000, ROJ: 1141/1998
SAP Barcelona de 6 abril 2000, ROJ: 4454/2000
SAP de Galicia de 2 de abril de 2002, ROJ: 2547/2002
SAP Murcia de 12 mayo 2003, ROJ: 1286/2003
SAP Madrid de 21 de enero de 2004, ROJ: 41/2004
AAP Toledo STS 25 enero 2006, ROJ: 1637/2006
SAP Guadalajara 23 de marzo 2006, ROJ: 84/2006
AAP de Guipúzcoa de 4 de junio de 2008 ROJ: 668/2008
AAP de Tarragona de 23 de junio de 2008 ROJ: 905/2008
AAP de Barcelona de 8 julio de 2008, ROJ: 4760/2008
AAP de Barcelona de 30 de octubre de 2008, ROJ: 7264/2008,
AAP de Cádiz de 11 de diciembre de 2008, ROJ: 892/2008
SAP Málaga de 22 abril 2014, ROJ: 1452/2014
SAP Valencia de 31 mayo 2010, ROJ: 2963/2010
SAP de Valencia de 23 de noviembre de 2011, ROJ: 5738/2011
SAP Cáceres de 23 mayo 2012, ROJ: 403/2012
SAP Santa Cruz de Tenerife de 10 de septiembre de 2013, ROJ: 1980/2013

Dirección General de Registros y del Notariado

RDGRN de 18 de septiembre de 1971
RDGRN de 24 de agosto de 1976
RDGRN de 6 abril de 1979
RDGRN de 21 de enero 1988
RDGRN de 1 de 4 de mayo de 1992
RDGRN de 18 de octubre de 1993
RDGRN de 27 de mayo de 1994
RDGRN de 14 septiembre 1994
RDGRN de 13 de octubre de 1995
RDGRN de 28 de junio de 1996
RDGRN de 5 febrero 1998
RDGRN de 14 de febrero 1998
RDGRN de 23 de marzo 1998
RDGRN de 21 de abril 1998
RDGRN de 6 de septiembre de 2000
RDGRN de 8 enero 2001
RDGRN de 31 de enero de 2001

RDGRN de 23 de febrero de 2001
RDGRN de 4 de junio de 2001
RDGRN [3ª] de 24 de mayo de 2002
RDGRN de 24 de enero de 2005
RDGRN de 29 de julio de 2005
RDGRN de 21 de marzo de 2006
RDGRN de 2 de junio 2006
RDGRN de 15 de julio de 2006
RDGRN de 20 de septiembre de 2006
RDGRN de 27 marzo 2007
RDGRN de 21 de noviembre 2008
RDGRN de 18 de febrero de 2009
RDGRN de 5 de octubre de 2010
RDGRN de 29 de octubre de 2012
RDGRN de 11 de abril de 2014