



---

# Universidad de Valladolid

## Facultad de Derecho

### Grado en Derecho

# ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y EL DERECHO DE FAMILIA

Presentado por:

***Cristina CARRO LAJO***

Tutelado por:

***Diana GLUHAIA***

*Valladolid, xx de diciembre de 2020*

## **RESUMEN**

En el presente trabajo, cuyo título es “Orden público internacional y el Derecho de familia”, vamos a analizar los supuestos jurídicos en los que median relaciones con un elemento de internacionalidad que resulta radicalmente opuesto con los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, para proteger los intereses de nuestra sociedad. Para ello vamos a estudiar, tanto de una manera práctica como teórica, una institución esencial en la materia del Derecho internacional Privado, como es la del orden público internacional. También vamos a analizar la aplicación del orden público internacional dentro del Derecho de familia, cuando en sus relaciones nos encontremos con un elemento de extranjería.

## **ABSTRACT**

The main objective of this paper-work entitled "International public order and family law", we are going to analyze the legal cases in which there are relationships with an element of internationality that is radically opposed to the fundamental principles of our legal system, to protect the interests of our society. For this, we are going to study, both in a practical and theoretical way, an essential institution in the field of Private International Law, such as that of international public order. We are also going to analyze the application of international public order within family law, when in their relationships we find an element of foreigners.

## **PALABRAS CLAVE**

Orden público internacional, derecho de familia.

## **KEY WORDS**

International public order, family law.

---

## **ABREVIACIONES Y SIGLAS.**

ATS	Audiencia Provincial
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
LAI	Ley de adopción internacional.
DDHH	Derechos Humanos
CC	Código Civil
CE	Constitución española
INSS	Instituto nacional de Seguridad Social
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
RDGRN	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
SAP	Audiencia Provincial
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos

---

## ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	2
ABREVIACIONES Y SIGLAS. ....	3
1. Introducción .....	6
2. El orden público internacional.....	8
2.1. Concepto y estructura del orden público internacional.....	8
2.2. Efectos del orden público internacional.....	13
2.3. Orden público atenuado .....	17
2.4. Orden público de proximidad .....	19
3. Derecho de familia internacional.....	24
3.1. Matrimonio .....	25
3.1.1. Concepto .....	25
3.1.2. Tipos de matrimonios .....	26
3.1.3. Figuras asemejadas al matrimonio.....	42
3.2. Filiación.....	46
3.2.1. Concepto .....	46
3.2.2. Determinación de la filiación.....	47
3.2.3. Maternidad subrogada o gestación por sustitución .....	49
3.2.4. Adopción .....	52
3.3. Crisis matrimoniales.....	61
3.3.1. Concepto .....	61
3.3.2. Divorcio revocable .....	63
3.3.3. Repudio .....	65
3.3.4. Efectos de Sentencias extranjeras de separación, nulidad y divorcio en España en el Reglamento 2201/2003.....	67

---

3.3.5. Efectos de las Sentencias extranjeras de separación, nulidad y divorcio en los Convenios Bilaterales .....	69
3.3.6. Efectos de las Sentencias extranjeras en España y normas española de producción interna .....	69
3.3.7. Efectos en España de divorcios extranjeros sin intervención judicial.....	70
4. Conclusiones .....	72
5. Referencias bibliográficas.....	75
6. Fuentes normativas .....	82
7. Fuentes jurisprudenciales .....	84

## 1. Introducción

Vivimos en una época de globalización donde nos topamos ante una constante sucesión de transformaciones sociales y políticas, debido a la existencia de una gran cantidad de diferencias sociales, culturales, ideológicas y religiosas, que nos encontramos a lo largo del mundo. Unas diferencias, a las que cada vez en más ocasiones los Estados tienen que hacer frente jurídicamente debido a la multiculturalidad de las relaciones que tienen lugar entre sus ciudadanos y los ciudadanos de otros Estados con ideologías y culturas diferentes.

En este trabajo vamos a examinar los supuestos jurídicos en los que median relaciones con un elemento de internacionalidad que resulta radicalmente opuesto con nuestro ordenamiento jurídico y con nuestras costumbres, para proteger los intereses de nuestra sociedad. Para ello vamos a estudiar, tanto de una manera práctica como teórica, una institución esencial en la materia del Derecho internacional Privado, como es la del orden público internacional. Y más concretamente del orden público internacional dentro del Derecho de familia, puesto que las relaciones personales de sus ciudadanos son la mayor manifestación de una sociedad.

Tratándose en la actualidad, el orden público internacional, de una figura con cada vez mayor relevancia puesto que en una sociedad tan globalizada y multicultural como la nuestra se corre el peligro de una inseguridad jurídica de la sociedad española.

En este trabajo vamos a examinar el orden público internacional en el ámbito de derecho internacional privado en materia de familia, como una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto en cuya virtud se descarta la aplicación de la Ley extranjera que resulta contraria a los principios fundamentales del Derecho cuyos tribunales conocen del asunto. Y además analizaremos algunos ejemplos del orden público internacional como motivo de denegación del reconocimiento y exequátur<sup>1</sup> de las sentencias judiciales extranjeras.

---

<sup>1</sup> Es el procedimiento jurídico que se encarga de examinar si una sentencia (o laudo) extranjera es válida y cumple ciertos requisitos para que posea plena eficacia y se pueda ejecutar en otro país distinto del que se dictó dicha sentencia.

El objetivo del trabajo no es otro que analizar de que manera es aplicado el orden público internacional en los diferentes ámbitos del Derecho de Familia cuando media un elemento extranjero. Por consiguiente el trabajo quedará dividido en dos partes, en la primera se analizará la institución del orden público internacional como elemento fundamental del Derecho Internacional Privado, mientras que en la segunda una vez establecido de qué se trata el orden público internacional y su funcionamiento pasaremos a examinar las diferentes posiciones que poseen la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país en cuanto a su aplicación dentro del Derecho de Familia cuando en sus relaciones medie un elemento extranjero.

En cuanto a la metodología empleada para la realización de este trabajo hemos de partir de una clara distribución del tiempo de la materia de estudio, abordando cada parte del trabajo de una forma individual y detallada, siguiendo de forma precisa y fiel el plan de organización elaborado como punto de partida del trabajo, citando en todo momento las fuentes y medios consultados para su elaboración.

Hemos realizado una investigación sobre cada uno de los puntos que forman este trabajo analizando tanto los manuales existentes como los artículos de investigación relevantes en la materia, y las posturas tanto de la doctrina como de la jurisprudencia a lo largo del tiempo hasta nuestro momento actual.

Como resultado de la investigación hemos deducido las ideas básicas que han de ser plasmadas en el trabajo, y posteriormente las hemos desarrollado hasta poder formar una conclusión personal de los temas abordados durante la realización del trabajo.

## 2. El orden público internacional

### 2.1. Concepto y estructura del orden público internacional

Antes de entrar a tratar el asunto principal de la cláusula de orden público hay que tener en cuenta cuales son las fuentes del ordenamiento jurídico español. Tales fuentes del ordenamiento jurídico españolas encontramos en el artículo 1 del Código Civil español, en primer lugar, nos encontramos con la ley, las costumbres y los principios generales del Derecho, pero también serán fuente del ordenamiento jurídico español los tratados internacionales de los que España es parte.

Sin embargo, no todas las cláusulas presentes en los tratados internacionales pueden ser de aplicación o pueden trasladarse al ordenamiento jurídico español una vez que estos son publicados en España y pasan a formar parte de su ordenamiento interno, ya que podemos encontrarnos ante una incompatibilidad manifiesta con los principios y valores fundamentales del foro.

Podemos encontrarnos con una vulneración de la estructura jurídica básica del derecho español, así como con una vulneración de la cohesión jurídica de la nación.

Por tanto, ante semejantes situaciones el artículo 12.3 del Código Civil español establece que en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público. Nos encontramos ante un límite o excepción a la aplicación de las normas extranjeras.

De acuerdo con lo expresado por el profesor CARRASCOSA GONZALEZ, puede afirmarse que el orden público internacional corrige el resultado de una localización incorrecta llevada a cabo por la norma en conflicto española. Y esto es así, porque el legislador español estableció la regularización de la base de algunas situaciones jurídicas en un Derecho extranjero que no respeta los establecimientos jurídicos básicos de nuestro ordenamiento. Por ello es



necesario el establecimiento de una cláusula de orden público internacional para proteger los intereses jurídicos básicos de la sociedad española<sup>2</sup>.

Para que dicha cláusula entre en funcionamiento debe por tanto verse afectados los principios básicos del ordenamiento jurídico del foro, de una manera mucho más restringida que lo que se considera el orden público interno.

Actualmente, el orden público internacional está constituido por los principios básicos fundamentales que configuran la sustancia de cada estado, según podemos deducir de lo afirmado por la doctrina. Un Estado no puede aplicar una ley extranjera o tratado internacional si estos principios básicos chocan con la esencia misma del estado. El problema que nos encontramos es que usualmente corresponde a cada Estado determinar razonada y responsablemente cuando debe invocar la excepción de orden público internacional. Es por tanto, la excepción de orden público un instrumento imprescindible para evitar los daños o resultados contrarios que se producirían si se aplicara la ley extranjera o tratado internacional si su contenido infringe o daña los principios fundamentales de la ley del foro<sup>3</sup>.

Debe de esta manera el orden público establecer la función de reintegrar la autoridad a la ley del foro para regular una materia que en inicio debiera estar atribuida a una ley extranjera. Por tanto, declara de esta manera el orden público internacional la incompetencia de un derecho extranjero para aplicar las disposiciones de las que de otra manera tuviera competencia, por resultar estas inadmisibles o incompatibles con los elementos básicos ordenamiento jurídico de dicho foro.

El orden público en Derecho Internacional privado es un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido se fija por los jueces de cada país en cada momento histórico. Este contenido es elástico y variable en el espacio y en el tiempo, es decir, cambia de unos países a otros y, dentro del mismo Estado, lo que hoy es orden público puede no serlo mañana. Está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e

---

<sup>2</sup> CARRASCOSA GONZALEZ, J (2008). Orden público y externalidades negativas. Boletín BIMJ núm. 2065–Pág. 7

<sup>3</sup> Enciclopedia Jurídica. Orden público en el sentido del Derecho Internacional Privado.

incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada<sup>4</sup>.

El orden público internacional es un concepto jurídico indeterminado, aunque sí que es determinable. Podemos afirmar que se trata de un concepto claro, puesto que se puede dar una definición exacta de orden público internacional, pero cuyo contenido es difuso, ya que establecer de manera exacta sus elementos es mucho más difícil y no existe una lista cerrada con los diferentes principios que lo forman, si no que se han de extraer de los diferentes cuerpos legales que forman el ordenamiento jurídico español<sup>5</sup>.

En virtud de lo anterior, la cláusula de orden público internacional pretende proteger los fundamentos jurídicos básicos e imperativos de la sociedad española, rechazando la aplicación de la Ley extranjera designada por la norma de conflicto. Un análisis lexical breve y conciso de la expresión de “orden público internacional” permitirá destapar y descubrir con mayor precisión qué es lo que dicha cláusula internacional protege:

- **Concepto de “orden”:** la estructura básica del Derecho español. El concepto de orden jurídico hace referencia al conjunto armónico de relaciones que se disponen en una sociedad; las mismas se encuentran reguladas por el Derecho y tienen lugar en un espacio y un tiempo determinados. Podríamos decir que se trata por consiguiente de una realidad social. Podemos entender mucho mejor el concepto invocando al profesor CARRACOSA<sup>6</sup> cuando utilizando una metáfora dice que el “orden” hace referencia a la “arquitectura jurídica básica” del Derecho español, compuesta por una serie de principios jurídicos tan básicos y fundamentales que si se vieran afectados, el edificio entero se derrumbaría. El daño que produciría el derrumbamiento del edificio sería catastrófico, ya que la estabilidad y convivencia de la sociedad española se verían gravemente afectadas.

<sup>4</sup> STS de 5 de abril de 1966.

<sup>5</sup> Texto en BIMJ número 1185 pp. 20-22

<sup>6</sup> CARRASCOSAGONZALEZ, J. nota 9, p.2359.

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

- **Concepto de “público”:** la defensa de la sociedad española. El derecho público es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre las personas o entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público cuando estos últimos actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.

El orden público internacional se denomina “público” porque está integrado por principios de que reflejan “intereses de la sociedad” y protege la organización jurídica general, básica y fundamental de la sociedad del Estado en el que va a ser aplicado un Derecho extranjero. Los principios integrantes del orden público internacional se extraen de las normas jurídicas españolas que regulan relaciones entre particulares. Pero estos principios, a pesar de deducirse de normas de “Derecho Privado”, poseen un valor general, pues operan en interés de la organización social, económica y política del Estado. Son por tanto, principios que componen la estructura de la sociedad española<sup>7</sup>.

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

Es decir, estos principios básicos de una sociedad, a pesar de extraerse de normas de Derecho privado, tienen un valor general, ya que operan en interés de la sociedad española en su totalidad. Cuando el supuesto no afecta a la sociedad española el orden público internacional no interviene, ya que si lo hiciera estaría operando para defender los intereses jurídicos de otras sociedades extranjeras, a través de la salvaguarda de los principios jurídicos españoles. Lo cual ocasionaría una imposición de los valores jurídicos españoles a las sociedades de otros países.

<sup>7</sup> P.LOTTI, L'ordine pubblico internazionale. Giuffrè, Milano, 2005, pp. 12-13.

- **Concepto de “internacional”:** **Casos con elementos extranjeros.** El derecho internacional privado es la rama del derecho que tiene como materia los conflictos de competencia internacionales, así como los conflictos de leyes internacionales y la determinación de la situación jurídica de los extranjeros. Aunque en la doctrina hay divergencias respecto a esta definición:

- Una concepción Privatista: para la cual el Derecho Internacional Privado es el sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se encarga de la regulación jurídica de las “situaciones privadas internacionales”. Esta concepción para sus partidarios se considera coherente, lógica y completa, ya que da respuesta a las tres preguntas fundamentales que ocasionan las situaciones privadas internacionales, como son los tribunales que han de conocer, el derecho que se ha de aplicar y los efectos que ocasionan en un Estado las decisiones judiciales extranjeras. Además esta concepción suprime el componente de Soberanía del Estado, que no es de interés para las situaciones privadas internacionales.
- Una concepción Publicista: para ellos el Derecho Internacional Privado no tiene cabida fuera del Derecho Internacional Público. Esta corriente nace en Italia en el siglo XIII y se mantiene hasta el siglo XIX. Fue abandonada ya que los supuestos que regula el Derecho Internacional Privado no afectan a la Soberanía de los Estados.
- Una concepción Normativista: para parte de la doctrina el Derecho Internacional Privado solo lo forman los conflictos de leyes. Utilizando mecanismos de remisión para establecer el Derecho nacional aplicable a las situaciones jurídicas, tanto internas como externas. Se trata de una posición reduccionista puesto que no da respuesta a los tres problemas.
- Una concepción Objetivista Amplia: para esta parte de la doctrina el tráfico externo es la materia del Derecho Internacional Privado, es decir, las situaciones jurídicas internacionales o que presentan un elemento de extranjería. Esta postura es muy criticada por lo que consideran que se en ella se produce una confluencia del Derecho Público y Privado.

Este componente de la expresión orden público internacional resulta sencillo de precisar. Dicho término indica tan sólo que la cláusula de orden público internacional opera, solamente, en relación con casos que presentan elementos extranjeros. De hecho, el artículo 12.3 CC ni siquiera menciona el término “internacional” y tampoco lo hacen numerosos textos de Derecho internacional privado, antiguos y recientes. Prueba de que, cuando el legislador elabora textos de Derecho internacional privado, la utilización de dicho término en las normas de esta rama jurídica, es prescindible. En efecto, se da por supuesto que, en tales textos, el orden público que se menciona es el que opera en casos internacionales<sup>8</sup>.

Además, el término de “internacional” nos indica que la cláusula de orden público internacional solo intervendrá en relación con casos que contengan elementos foráneos. Sin embargo, no existe un único concepto de internacional, ya que cada Estado está legitimado para establecer una cláusula de orden público internacional de acuerdo con los fundamentos y los valores que establecen su ordenamiento jurídico. Por tanto, no es un concepto determinado en cuanto a su definición más estricta.

## **2.2. Efectos del orden público internacional**

Una vez estudiados el concepto y estructura del orden público internacional es necesario pasar a determinar cuáles serán los efectos de la aplicación del orden público internacional.

### **2.2.1. Efecto directo o negativo**

Cuando se debe aplicar una ley extranjera en alguna situación desplazando de esta manera al ordenamiento jurídico del foro y el Juez aprecia que dicha aplicación conduce necesaria e irremediamente a un resultado manifiestamente incompatible con los principios básicos y fundamentales de dicho ordenamiento jurídico, debe actuar impidiendo su aplicación. Esto es lo que se conoce como aplicación directa o negativa del orden público.

---

<sup>8</sup> Texto en BIMJ número 2065 p. 19

Aunque esta restricción en la aplicación de la norma internacional se limita a lo que realmente resulta incompatible con el ordenamiento jurídico español, el resto de la norma extranjera que no resulta incompatible con la ley del foro según el orden público, deberá seguir siendo aplicada en la medida de lo que resulte posible, puesto que aun sigue siendo la norma competente de aplicación.

La dimensión negativa del orden público la encontramos recogida en el artículo 12.3 del Código Civil español cuando dice que “en ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”

### 2.2.2. El efecto indirecto o positivo

Una vez que se ha rechazado la aplicación de la Ley extranjera por producir efectos completamente contrarios a los principios básicos y fundamentales del ordenamiento jurídico español que regulan la sociedad española, aplicando la cláusula de excepción se ha creado un vacío legal.

La situación privada internacional no puede ser regulada por la norma estatal a la que conducía la norma en conflicto, de tal manera que habrá ahora que precisar qué Ley nacional será de aplicación en el supuesto en lugar de las disposiciones legales que se establecían en el Derecho extranjero que debía aplicarse y que han sido descartadas por sus efectos nocivos para la sociedad española.

El artículo 12.3 del Código Civil nada establece para llenar la laguna legal que crea con su aplicación, de tal manera que podrán aplicarse varias soluciones:

- **Sistema subsidiario:** existen normas de conflicto con varios puntos de conexión. En este caso, si el Derecho extranjero designado por el punto de conexión principal resulta contrario al orden público internacional español, puede entonces acudir al Derecho designado por el punto de conexión sucesivo. Esta solución se sigue en países como Italia (art. 14.2 de la Ley de Derecho internacional privado de Italia 31 de mayo de 1995). Esta solución proporciona un nuevo punto de conexión del caso, que produce una nueva esperanza de que la nueva Ley extranjera aplicable no vulnere nuevamente el orden público internacional español.

- **Sistema latino:** existen normas de conflicto con puntos de conexión únicos. En este caso se aplicará la Ley del foro, en este caso el Derecho sustantivo español. En estos casos, la única solución posible es la aplicación de la Ley del foro. Puesto que si los jueces del foro justifican la no aplicación de la Ley extranjera señalada en primer lugar por la norma de conflicto por ser contraria a los principios jurídicos irrenunciables españoles, únicamente cabría aplicar la ley del foro, como señalan los profesores CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZALEZ<sup>9</sup>. Esta solución se basa además en un principio de proximidad, puesto que si los tribunales del país que conoce del asunto justifican la no aplicación de ese Derecho extranjero que choca con el Derecho del foro, se entiende que esos mismos principios y vínculos con el caso serán los que justifiquen que deba ser la Ley del foro la que soluciones le conflicto.

De acuerdo con la Sentencia de 1966<sup>10</sup> la postura de la jurisprudencia española es la de la aplicación del sistema latino, que da lugar a la aplicación de la Ley sustantiva española, produciendo una aplicación directa a favor de la Ley del foro. Este sistema es el seguido en España y en otros países como es el ejemplo de Austria y Francia. Como así aclara posteriormente la misma Sala del Tribunal Supremo en 1979.<sup>11</sup>

También puede ocurrir en algunas ocasiones, que se dé la situación de que sea una Ley extranjera la que sea completamente contraria al orden público español, y tras descartar la aplicación de la misma, pueda darse la situación de que exista otra normativa en ese mismo ordenamiento jurídico extranjero que pueda aplicarse por no encontrarnos ante nada que ocasione se contraria al orden público español, aplicándose de manera subsidiaria.

### 2.2.3. Efecto reflejo del orden público internacional

---

<sup>9</sup> CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZALEZ. Ob. Cit., nota 10, p. 537

<sup>10</sup> STS de 5 de abril de 1966. Que nos dice que “El orden público nacional está integrado por aquellos principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada”.

<sup>11</sup> STS 451/1979, 31 de Diciembre de 1979.

El orden público internacional únicamente defiende los valores jurídicos básicos e irrenunciables del Derecho del foro. Ahora bien, se pueden dar casos en los que varios Estados compartan ciertos valores fundamentales en sus ordenamientos. Como ocurre en el caso de que un ciudadano marroquí contraiga matrimonio con un ciudadano español en Bélgica. La capacidad para contraer matrimonio se rige por la Ley nacional de cada uno de los cónyuges, ya que no hay una regla general en derecho internacional privado que regule esta cuestión y, en consecuencia, se aplicará la ley de la nacionalidad de cada uno de los cónyuges.

En este caso la ley de aplicación será la ley marroquí y española respectivamente. La Ley marroquí prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo, mientras que la Ley española sí que lo permite. En este caso la Ley marroquí no será de aplicación, puesto que cuando la Ley nacional o de residencia habitual de uno de los cónyuges permite el matrimonio homosexual y la Ley nacional o de residencia habitual del otro lo prohíbe, esta última no será de aplicación.

Lo que se intenta conseguir con todo esto es que los valores jurídicos que el Derecho español comparte con el Derecho belga queden debidamente defendidos y protegidos. De esta manera, la no aplicación de la Ley marroquí permite el matrimonio de los dos contrayentes en Bélgica, de acuerdo con el artículo 46.2 LDIPr Belga de 2004, que dice que “Se excluye la aplicación de una disposición de la ley designada en el primer párrafo si esta disposición prohíbe el matrimonio de personas del mismo sexo, cuando una de ellas tenga la nacionalidad de un Estado o tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado cuya ley permite tal matrimonio”<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Art. 46.2 LDIPr Belga 2004 “L’application d’une disposition du droit désigné en vertu de l’alinéa 1<sup>o</sup> est écartée si cette disposition prohibe le mariage de personnes de même sexe, lorsque l’une d’elles a la nationalité d’un Etat ou a sa résidence habituelle sur le territoire d’un Etat dont le droit permet un tel mariage”).



### 2.3. Orden público atenuado

En muchos casos la doctrina trata de suavizar la cláusula de orden público internacional para que solamente sea utilizada en aquellos casos en que la sociedad española se vea manifiesta y gravemente perturbada.

Para que eso sea posible, el objetivo de la doctrina es claro, intentar que el orden público internacional no entre en funcionamiento en los casos en que la sociedad española no sea perturbada por la aplicación de cualquier Derecho extranjero designado por la norma en conflicto, cualquiera que sea su contenido.

Para poder lograr el objetivo señalado en el párrafo anterior, se puede hacer uso de un instrumento doctrinal, como es la tesis del orden público atenuado, que parte de la distinción fundamental de dos situaciones:

- **Situaciones jurídicas que pretenden crearse en España.**

Hay casos en los que a lo que se aspira es a crear en España una situación jurídica de acuerdo con un Derecho extranjero, cuya aplicación en España, vulnera el orden público español

Cuando este planteamiento tiene lugar lo que se produce es la entrada en actividad de la cláusula de orden público internacional española de manera total y completa, para intentar evitar que tal situación perturbe a la sociedad española vulnerando sus principios fundamentales e irrenunciables.

La consecuencia de dicha aplicación de la cláusula de orden público internacional española es la no aplicación de la Ley extranjera, ocasionando con ello la no creación de la situación jurídica de la que se pretende proteger a la sociedad española, impidiendo que vulnere los principios fundamentales del ordenamiento español.

- **Situaciones jurídicas legalmente creadas en un país extranjero.**

En este supuesto, se trata de trasladar o exportar a España aquellas situaciones jurídicas que han sido creadas en otro estado, al amparo del Derecho que rige en el mismo y que ya han producido efectos en ese Estado puesto que su Derecho las admite.

En este caso, la repercusión jurídica que estas situaciones puedan tener en la sociedad jurídica al aplicarse la Ley extranjera, tendrá una repercusión bastante débil, al igual que el perjuicio que pueda acarrear la aplicación de esta Ley extranjera en España también lo será. Por tanto, la intervención del orden público español se limitará a actuar solamente en alguno de los efectos jurídicos que pueda generar la aplicación de la situación que regula la Ley extranjera. Para ello, habrá que diferenciar en primer lugar los diferentes tipos de efectos jurídicos que puede generar la aplicación de dicho Derecho extranjero en España:

- Efectos jurídicos nucleares derivados de la situación jurídica creada en el extranjero al amparo de una Ley extranjera: los efectos jurídicos que produce la creación de la situación jurídica que vulnera el orden público internacional no importa en qué país se hayan creado. Estos efectos, serán rechazados de manera completa sin excepción, ya que, de lo contrario, dañarían los principios básicos y fundamentales del Derecho español, y con ellos ocasionarían un profundo daño en la sociedad española a la que se trata de preservar.
- Efectos jurídicos periféricos producidos por situaciones jurídicas creadas en el extranjero, al amparo de una Ley extranjera: su admisión en España no implica la producción de un daño al ordenamiento jurídico español y con ello una perturbación de la sociedad española. Es decir, su admisión no se considera que ocasionen unos efectos jurídicos contrarios al público internacional español, razón por la cual no podrán ser rechazados en España.

Para examinar completamente ambos efectos jurídicos hay que tener en cuenta su aplicación al hecho jurídico concreto. En el primero de los casos nos podemos encontrar con un ciudadano marroquí casado en Marruecos, que vuelve a contraer matrimonio con otra mujer sin romper su anterior vínculo matrimonial, situación que el Derecho marroquí permite, ya que son legales los matrimonios poligámicos. Posteriormente este hombre de nacionalidad marroquí decide trasladarse y fijar su residencia habitual junto con la de sus dos esposas

en España. Trascurridos los 10 años de residencia legal en España establecidos por la ley para poder solicitar la nacionalidad española el hombre decide solicitarla para lo que deberá inscribir todo lo que afecte a su estado civil en el Registro Civil español.

En este caso, nos encontramos con unos efectos nucleares derivados de la situación jurídica creada en el extranjero al amparo de una Ley extranjera, que serán rechazados en España por vulnerar una de los principios fundamentales del Derecho español, como es el artículo 46 del Código Civil que prohíbe contraer matrimonio a quien ya esté ligado matrimonialmente.

La misma situación puede ocasionar unos efectos jurídicos periféricos si el hombre muere y sus esposas solicitan una pensión de viudedad en España. En este nos encontramos ante una situación que fue creada en el extranjero al amparo de una Ley extranjera, pero que su admisión en España no implica la producción de un daño a la sociedad española ni una vulneración al ordenamiento jurídico español, ya que ambas mujeres tendrán derecho a la pensión de viudedad de manera compartida entre ambas<sup>13</sup>.

Podemos decir después de examinar todo lo anterior que el orden público atenuado es la admisión en España del efecto periférico derivado de una situación jurídica que en España choca con el orden público internacional español.

## 2.4. Orden público de proximidad

Para que la Ley extranjera designada por la norma en conflicto quede apartada en su actuación al producirse la intervención del orden público internacional español, se exige que el supuesto presente una mínima conexión con España.

Así de esta forma el radio de actuación de la cláusula de orden público internacional española se ve reducido, y solo entrará a actuar en situaciones que estén cercanas al Estado cuyos tribunales estén legitimados para conocer del asunto.

La teoría de orden público de proximidad fue elaborada por F. Kahn en el siglo XIX. Este orden público de proximidad elaborado por Kahn se desarrollará

<sup>13</sup> STS 4150/2019 de 17 de diciembre

posteriormente, aunque con ciertos matices, en Suiza (Binnenbeziehung) y Alemania (Inlandsbeziehung). De acuerdo con el Binnenbeziehung, por ejemplo, el Tribunal Supremo de Suiza considera que existe una relación suficientemente estrecha cuando la reclamación se originó o tuvo que realizarse en Suiza, o cuando el deudor realizó determinados actos en Suiza. Sin embargo, el mero hecho de que los activos estén ubicados en Suiza es insuficiente. Además, el hecho de que el tribunal arbitral tuviera su sede en Suiza no crea una conexión tan estrecha con Suiza<sup>14</sup>.

Esta teoría ganará peso a finales del siglo XX tanto en Francia como en España, con el Recurso de la Dirección General del Registro y el Notariado de 10 junio de 1989 en un divorcio entre marroquíes cuya Ley de aplicación será la del Derecho marroquí, y una Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de marzo de 1979 de un contrato de trabajo celebrado, ejecutado y extinguido en Dinamarca y no en España<sup>15</sup>.

Podemos observar la aplicación de esta tesis en dos claros ejemplos. En primer lugar, en materia de sucesiones, no tiene ningún sentido que intervenga el orden público español para decidir quiénes serán los sucesores en la propiedad de una vivienda situada en Argelia propiedad de un ciudadano argelino impidiendo la aplicación del Derecho Argelino, sea cual sea el contenido de la norma y las consecuencias que lleve aparejada su actuación.

En segundo lugar, en materia de filiación, podemos encontrarnos con que la norma de conflicto española establecida en el artículo 9.4 del Código Civil<sup>16</sup>, nos remita en esta materia a la Ley egipcia, la cual impide el establecimiento de la filiación de un ciudadano egipcio cuya residencia habitual está fijada en Egipto. En esta ocasión volvemos a observar la falta de sentido de la oposición de la cláusula de orden público internacional española contra la aplicación de la Ley egipcia.

---

<sup>14</sup> Texto en BIMJ número 2065 p.26

<sup>15</sup> [www.arbitrationblog.practicallaw.com/the-immune-system-enforcing-arbitral-award-in-switzerland-chapter-5/](http://www.arbitrationblog.practicallaw.com/the-immune-system-enforcing-arbitral-award-in-switzerland-chapter-5/)

<sup>16</sup> Art. 9.4 CC. La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento.

Puede suceder que los tribunales de un estado conozcan sobre supuestos jurídicos espacialmente muy alejados de su ámbito de actuación. La consecuencia a esta situación es que los tribunales tendrán que conocer sobre una amplia cantidad de situaciones privadas que no producirán efectos jurídicos sobre su sociedad. Por ello, es legítimo que tal supuesto quede bajo el ámbito de aplicación de la Ley extranjera que le corresponda en cada caso. Como indican P. Mayer y V. Heuzé, “el solo hecho de que un juez francés conozca de un litigio, sólo raramente constituye un vínculo suficiente de la situación con Francia”<sup>17</sup>.

Por otro lado, podemos encontrarnos ante Estados cuyos ámbitos de aplicación de la competencia internacional no son excesivamente amplios, lo que trae como consecuencia que no podrán utilizar un orden público de proximidad, como ocurre precisamente en España.

Tras la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y la integración al Derecho español de los textos legales internacionales más actualizados en la disciplina de la competencia judicial internacional, el Derecho internacional privado español contiene mayoritariamente foros usuales, sobre el domicilio del demandado, y no exorbitantes, es decir, que no se atribuye la competencia internacional a los tribunales de un Estado si no existe una conexión clara y razonable con ese estado.

La consecuencia será que los tribunales españoles como podrán conocer de los supuestos con una conexión real y justificada con España, como regla general. Ya que sigue siendo extraño encontrarnos ante supuestos respecto de los cuales la aplicación de una Ley extranjera no perturbe a la sociedad española.

Por tanto, en España esta tesis de orden público de proximidad es poco utilizada y útil. Sin embargo, el riesgo siempre se puede presentar, ya que el artículo 22.2 LGPJ<sup>18</sup>, sí que acepta supuestos en los que el litigio pueda recaer en los tribunales españoles por la voluntad de las partes presentes en tal litigio.

---

<sup>17</sup> P.MAYER/V.HEUZE. , Droit international privé, París, Montchrestien, 8ª ed., 2004, pp. 149-150.

<sup>18</sup> Art. 22.bis LOPJ. En aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales españoles serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos.

Esto ocasiona que los tribunales españoles este acreditados para juzgar y resolver supuestos muy alejados del ámbito de la sociedad española. .

De ese modo, cuando entra en colación el citado artículo 22.2, la posibilidad de la no injerencia del orden público español de proximidad es alta.

El profesor A. BUCHER<sup>19</sup> ha señalado que, en un plano general, el orden público atenuado puede engendrar el efecto perverso de proteger a la parte que pretende beneficiarse de la divergencia de los regímenes de conflicto de leyes. Es por ello que, tanto la doctrina como la jurisprudencia<sup>20</sup> han puesto énfasis en el hecho de que los resultados del orden público atenuado deban utilizar diversos criterios para establecer si existe una vinculación o no con los tribunales del país que debe conocer el asunto:

- Mínima vinculación por nacionalidad: algunos tribunales tiene como exigencia para que exista una verdadera vinculación que todos los sujetos implicados en el caso sean nacionales del país cuyos tribunales han de conocer, para que la cláusula de orden público internacional pueda actuar. Por tanto, si los sujetos que intervienen en el caso son extranjeros, el orden público internacional no actuará.
- Mínima vinculación por nacionalidad y residencia habitual cumulativamente: algunos tribunales piensan que la vinculación del supuesto con el Estado cuyos tribunales se encargan de conocer el asunto solo tiene lugar si los sujetos que intervienen tienen la nacionalidad de ese Estado, y además, si también tienen fijada su residencia habitual en ese mismo Estado encargado de conocer el asunto.
- Mínima vinculación por nacionalidad o residencia habitual alternativamente: algunos tribunales tienen como exigencia para que exista una mínima vinculación del caso con el país cuyos tribunales son

---

<sup>19</sup> Sur en plan plus général, l'ordre public atténué engendre l'effet pervers de protéger la partie qui exploite la divergence des régimes de conflit de lois, vid., BUCHER, A. L'ordre public et le but social des lois, R. des C., t. 239 1993, pág. 49; id.

La famille en droit international privé, R. des C., op. cit., págs. 130-131.

<sup>20</sup> MATRIMONIO POLIGÁMICO, ORDEN PÚBLICOY EXTRANJERÍA. MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA. Revista Actualidad Laboral (AL) N° 33, 2003, pp. 581-601 ISSN 0213-7097.

los encargados de conocer el asunto si los sujetos que intervienen en él son nacionales del ese mismo estado o si bien tienen su residencia habitual en él. Criterio que es seguido por la doctrina francesa<sup>21</sup>

Podemos deducir de todo lo expuesto anteriormente que no existe una única solución válida para todos los supuestos. Por eso el tribunal español será el encargado de dictaminar si cada caso concreto que está sujeto a un Derecho extranjero, presenta o no una mínima vinculación con España, como requisito preliminar e indispensable para que pueda ser activada la cláusula de orden público internacional española.

---

<sup>21</sup> Como podemos observar del asunto Baaziz. Cuando la Cour de Cassation declaró que la concepción del orden público francés “se opone a que produzca efectos contra la primera esposa el matrimonio poligámico contraído en el extranjero por quien todavía es esposo de una francesa”.

### 3. Derecho de familia internacional

El Derecho de Familia es el conjunto de normas jurídicas que regulan las cuestiones relativas a las personas que integran una familia, entendida esta como el conjunto de personas que proceden de un tronco común y que entre ellas se vinculan por una relación de matrimonio o de filiación.

El Derecho de familia podemos decir que está integrado dentro del Derecho Civil, que es el encargado de regular los aspectos principales y fundamentales que puedan surgir alrededor de esta institución. Además, el Derecho de familia se ve completado por una serie de leyes específicas que se han divulgado con el objetivo de acomodar las cuestiones jurídicas que puedan surgir con la realidad social que se vive en cada momento.

Dentro del Derecho de Familia se pueden englobar tres categorías relativas a tres aspectos:

- Las normas que regulan las relaciones de pareja, especialmente las relaciones matrimoniales y su disolución.
- Las normas que regulan las relaciones de filiación.
- Las normas que regulan las instituciones de guarda legal, como son la patria potestad, la tutela o la curatela.

Dentro del Derecho de Familia también debe operar la cláusula de orden público internacional, ya que como hemos expuesto anteriormente, no deja de ser esta la manifestación de una incompatibilidad manifiesta con los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico del foro, que tratan de salvaguardar a la sociedad del mismo. Y no hay mayor muestra que defina a la sociedad de un Estado que sus relaciones de familia.

En la materia que engloba el Derecho de Familia nos encontramos ante multitud de conceptos de familia a lo largo del mundo, así como abundancia de tipos de relaciones familiares admitidas por algunos Estados y que para otros pueden considerarse radicalmente opuestos en los valores que forman y definen su sociedad. En todas estas situaciones nos encontramos con la presencia un elemento extranjero en la situación privada internacional.



### 3.1. Matrimonio

#### 3.1.1. Concepto

En primer lugar, antes de dar una definición de matrimonio, hay que tener en cuenta que no en todos los Estados se tiene la misma concepción de matrimonio debido a la gran multiculturalidad que nos encontramos a lo largo del planeta, y lo radicalmente opuestas que son algunas sociedades respecto de otras, así como la gran evolución que esta figura jurídica ha ido experimentando a lo largo de la historia.

Podemos definir la figura del matrimonio como la institución social, presente en gran cantidad de culturas, que establece un vínculo conyugal entre personas, reconocido y consolidado por medio de prácticas comunitarias y normas legales, consuetudinarias, religiosas o morales<sup>22</sup>.

Para el Código Civil español el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo<sup>23</sup>.

Mientras que en el ámbito internacional, nos encontramos con que la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 nos dice que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio<sup>24</sup>.

En esa misma esfera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, señala que se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello<sup>25</sup>.

El matrimonio en España se regula en el artículo 49 y siguientes del Código Civil, donde se considera, con carácter general que la capacidad para contraer matrimonio se rige por la ley personal de cada uno de los contrayentes, es

---

<sup>22</sup> Real Academia de la Lengua. Diccionario de la lengua española (23 edición)

<sup>23</sup> Artículo 44 CC.

<sup>24</sup> Artículo 16 DUDH.

<sup>25</sup> Artículo 23.2 ICCPR.

decir por la Ley del país cuya nacionalidad poseen. Esto se debe a la inexistencia de una regulación internacional que regule esta cuestión.

Una vez expuesto de que se trata la figura del matrimonio, entramos a examinar los diferentes tipos de matrimonios que tiene lugar a lo largo del mundo.

### 3.1.2. Tipos de matrimonios

#### 3.1.2.1. *Matrimonio prohibido por razón de religión y/o etnia*

Podemos encontrarnos con varios tipos de matrimonios religiosos a lo largo del planeta, ya que este cambia conforme a los axiomas de la religión que profesen los ciudadanos de cada Estado. Para el matrimonio católico el matrimonio es la unión entre un hombre y una mujer, no aceptando la unión de dos personas del mismo sexo, tanto hombres como mujeres. Mientras que para los judíos sin embargo, el matrimonio es la forma en que un ser humano se completa, siendo esta figura considerada como la única institución social indispensable para la formación física y espiritual del individuo, no aceptando tampoco mediante su rito el matrimonio de dos personas del mismo sexo. Por otra parte para el islam, el matrimonio es un contrato legal necesario bendito entre una mujer y un hombre, rechazando también el matrimonio entre dos personas del mismo sexo.

Teniendo en cuenta todas las concepciones del matrimonio religioso, podemos deducir la evidencia de la entrada en funcionamiento de la cláusula de orden público internacional a este respecto, ya que en los términos del matrimonio religioso las distintas concepciones sociales son radicalmente opuestas en muchos casos.

En España se admite el principio de igualdad de todas las confesiones ya que es un Estado aconfesional, respetando el artículo 32 de la Constitución<sup>26</sup> donde defiende la no discriminación por razón ideológica, de creencias y la no

---

<sup>26</sup> Art. 32 CE. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 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.

discriminación por razón de sexo, admitiéndose desde el año 2005<sup>27</sup> el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Como ya hemos dicho anteriormente no hay en el Derecho Internacional Privado una ley que se aplique de forma única en el matrimonio internacional, sino que lo que existen son normas de conflicto que determinan la ley que sea aplicable en cada caso respecto de la capacidad matrimonial, el consentimiento o la forma de celebración del matrimonio.

La capacidad matrimonial se ha de aplicar en nuestro ordenamiento conforme al artículo 9.1 del Código Civil, que determina que ha de ser de acuerdo a la Ley nacional de los contrayentes. En cuanto al consentimiento, CARRASCOSA GONZALEZ expone que la doctrina está dividida:

- Hay quienes apoyan que el consentimiento matrimonial debe de determinarse por la ley del foro, opción que para él carece de sostenimiento legal.
- Hay quienes apoyan que debe determinarse por la ley personal de los contrayentes, ya que se trata de una situación que atañe al estado civil de los contrayentes. Esta teoría es la que mayoritariamente apoya la Dirección General del Registro y del Notariado.

En cuanto a cómo debe de celebrarse el matrimonio, la regla general es la del lugar de celebración o de la ley personal de cualquiera de los implicados.

Si pasamos a detenernos y a examinar más profundamente alguno de estos matrimonios religiosos nos encontramos con un elemento en el Derecho islámico que puede dar lugar a la entra en acción del orden público internacional español, como es la figura del *walí* en el consentimiento matrimonial.

El matrimonio necesita de la intervención de las dos partes, en este caso de los dos contrayentes, como sucede en todo contrato, que es lo que es el matrimonio. Sin embargo en el Derecho islámico, como puede ser el Derecho marroquí, la mujer no puede ser una de esas partes, ya que se la considera una menor de edad a la hora de prestar consentimiento. Ante su falta de capacidad esta debe ser delegada en un tutor, denominado *walí*, que será

---

<sup>27</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio

escogido entre una serie de personas que la ley establece, generalmente su padre o abuelo. En un primer momento parece evidente que esta cláusula del Derecho marroquí choca fuertemente con el artículo 45 CC<sup>28</sup>, pero nada más lejos de la realidad ya que a efectos legales el consentimiento a través del *walí* no deja de ser un consentimiento matrimonial a través de un mandatario, lo que el Derecho civil español sí que permite en el artículo 87<sup>29</sup>.

La solución tanto a esta cuestión expuesta, la encontramos también en la Resolución de la DGRN de 29 de junio de 2005, cuando nos dice que se ha rechazado la aplicación de la ley extranjera alegando excepción de orden público en las leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos.<sup>30</sup>

Otro problema de orden público internacional nos podemos encontrar en la prohibición de que la mujer musulmana contraiga matrimonio con un hombre que no profese esa misma religión, como ocurre en Irán donde es necesaria una autorización pública para que pueda contraer matrimonio una mujer que profesa la religión musulmana con un sujeto que no lo haga. La aplicación de esta Ley iraní vulnera el principio de igualdad de sexos y es contraria al *Ius Connubii*<sup>31</sup> y por tanto se debe descartar su aplicación en España<sup>32</sup>.

Ocurrirá de igual manera con la aplicación de Leyes extranjeras que no permiten el matrimonio entre personas de diferente raza, que serán contrarias al orden público internacional español<sup>33</sup>.

Otro punto controvertido en el matrimonio islámico es la admisión de silencio de la mujer como forma de consentimiento matrimonial, y aunque este supuesto no se considera contrario al orden público internacional español será necesario que la en Ley nacional de la mujer quede claramente constatado que el silencio

<sup>28</sup> Art. 45 CC. No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial.

<sup>29</sup> Art. 87 CC. El matrimonio podrá celebrarse personalmente o por mandatario a quien se haya conferido poder especial, pero siempre será necesaria la asistencia del contrayente domiciliado o residente en el distrito del Juez que deba autorizar el casamiento. Se expresará en el poder especial el nombre de la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, y éste será válido si antes de su celebración no se hubiera notificado al apoderado en forma auténtica la revocación del poder.

<sup>30</sup> Resolución de este Centro Directivo de 7-1.ª de julio de 2005

<sup>31</sup> Dialnet. *Ius Connubii*. Derecho a contraer matrimonio.

<sup>32</sup> RDGRN [1ª] 10 junio 1999, RDGRN 27 junio 1992.

<sup>33</sup> CARRASCOSA GONZALEZ. Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el siglo XXI.

de la mujer equivale de forma inequívoca al consentimiento matrimonial de la misma.

### 3.1.2.2. *Matrimonio civil*

El matrimonio civil es un tipo de matrimonio que se formaliza ante las autoridades civiles competentes de un Estado, sin que se requiera las formalidades de ninguna confesión religiosa.

En algunos países del medio oriente está vigente la ley islámica, también conocida como *sharia*, donde tienen prevalencia las antiguas tradiciones que provienen del antiguo imperio otomano. En ellos los imanes o sacerdotes controlan todos los asuntos que tienen que ver con el matrimonio, basándose en la creencia de que Dios lo observa todo y la religión no puede verse separada de estos asuntos tan personales como son los relativos al matrimonio. De acuerdo con esto, en países como Líbano o Israel.

En estos supuestos la celebración del matrimonio civil en España de ciudadanos de estas nacionalidades no ocasiona ningún problema ya que el matrimonio civil en España si que está amparado por la Ley, como así se establece en el artículo 49 CC.

### 3.1.2.3. *Matrimonio concertado*

El matrimonio concertado es aquel en el cual los contrayentes son seleccionados por un tercero en lugar de ser acordado el matrimonio por la voluntad de ambos. Este matrimonio era habitual a lo largo del mundo hasta el siglo XVIII, y en la actualidad aun es común en países de Asia, África, Oriente Medio y en algunos países de América del Sur, así como dentro de algunas familias reales como pueden ser la de Japón.

Esta práctica será contraria al orden público internacional español, que considera inadmisibles el matrimonio concertado por la voluntad de los padres o de algún familiar de los contrayentes, sin que estos muestren de forma clara su consentimiento<sup>34</sup>.

<sup>34</sup> 9 B. AUDIT, Droit international privé. Economica, París, 4.ª ed., 2006, p. 262.

#### 3.1.2.4. *Matrimonio forzado*

El matrimonio forzado es un tipo de unión conyugal que se produce en países del sur y oriente de Asia y de África, que se produce sin que alguno de los contrayentes otorgue su consentimiento de forma válida debido a la intervención de terceras personas, en la mayoría de los casos los padres, presionando para que este se produzca.

El matrimonio forzado vulnera los principios fundamentales expuestos en la DUDDDH, como son la dignidad, la igualdad y el consentimiento. También la Declaración de la Organización de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993 incluye los matrimonios forzados entre los motivos de violencia contra las mujeres, en su artículo 3, y los considera un atentado contra los derechos humanos de las mujeres.

El Código Penal español prohíbe este supuesto en su artículo 172 bis, englobándolo dentro de las coacciones. Artículo suficiente para que se produzca la entrada en acción del orden público internacional español.

#### 3.1.2.5. *Matrimonio blanco o de conveniencia*

Este tipo de matrimonio se diferencia del matrimonio forzado en que en este tipo lo único que se pretende conseguir mediante su celebración es una realidad ficticia, es por tanto, una simulación para conseguir otro fin legal diferente como puede ser la obtención de los papeles necesarios para permanecer de forma legal en el estado del que el otro contrayente posee su nacionalidad.

La doctrina de la DGRN ha ido matizando a lo largo de los años su posición sobre este tipo de matrimonios, en su resolución de 9 de octubre de 1993 se posicionaba considerando que el *Ius Connubii*<sup>35</sup> es un derecho fundamental de la persona “de suerte que cualquier limitación, postergación o denegación de este derecho ha de fundarse en la certeza moral absoluta del obstáculo o impedimento legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido”, señalando además que señala que "ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro

---

<sup>35</sup> Dialnet. *Ius Connubii*. El derecho a contraer matrimonio, como derecho fundamental de la persona.

Directivo ha de elegir la primera alternativa”<sup>36</sup>. A continuación hace una puntualización diciendo que “siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto”.

En este mismo sentido la Resolución de 30 de mayo de 1995 señala que “*el ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, reconocido a nivel internacional y constitucional, de modo que la convicción de la simulación y del consiguiente fraude ha de llegar a formarse en un grado de certeza moral en el juicio de quien deba decidir sobre la nulidad del matrimonio discutido”<sup>37</sup>. Reiterando además que “*el ius nubendi* no tolera limitaciones infundadas, basadas en hechos que de por sí no son determinantes para llegar a la conclusión de que no existe intención de contraer matrimonio”, matizando a continuación que “tal derecho no puede ser invocado cuando existen, no sólo meros indicios, sino datos y hechos, por otra parte ciertamente objetivos, que pueden hacer creer que no hay tal voluntad efectiva”.

#### 3.1.2.6. *Matrimonio por raptó y por compra*

Este tipo de matrimonio consiste en el raptó o venta de una mujer a un hombre para que este se case con ella. Se produce en Asia Central, en países como Kirguistán o Kazajistán; en África, en países como Ruanda, Kenia o Somalia; en países del Cáucaso como Georgia o Chechenia; y también es habitual en tribus amazónicas.

En España es más que evidente que este tipo de matrimonios son más que contrarios al orden público, ya que tan siquiera el secuestro es un delito penado por la ley sin que haga falta la mediación de un matrimonio.

#### 3.1.2.7. *Matrimonio igualitario*

Este tipo de matrimonio está protagonizado por dos personas del mismo sexo y es el que posiblemente más problemas genere en el Derecho Internacional Privado. La regulación de este matrimonio igualitario dentro del Derecho

<sup>36</sup> ADGRN, 1993, pp. 1867-1871.

<sup>37</sup> ADGRN, 1995, pp. 1522-1527.

Internacional Privado se fundamenta sobre el principio de un derecho fundamental, como es el *Ius Connubii*, es decir, toda persona tiene derecho a contraer matrimonio de forma libre con quien desee, dentro de los límites que la Ley establezca.

Y es aquí donde radica el problema principal, en la Ley que debe establecer los fundamentos legales del matrimonio. Como bien hemos dicho anteriormente, en el matrimonio la Ley que se aplica es la Ley nacional de cada uno de los contrayentes, y en gran cantidad de Estados el matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido y es perseguido.

En primer lugar hay que aclarar que en España es legal el matrimonio entre personas del mismo sexo desde el año 2005<sup>38</sup>, con la entrada en vigor de la Ley 13/2005 de 1 de julio de 2005.

Con anterioridad a esta ley no estaban permitidos, y así se había encargado de dejar claro el Tribunal Constitucional español en un auto de 11 de julio de 1994<sup>39</sup>, cuando exponía que “la unión matrimonial entre personas del mismo sexo biológico no es una institución jurídicamente regulada, ni existe un derecho constitucional a su establecimiento”. También la DGRN en una resolución de 1996<sup>40</sup>, había establecido como valor fundamental y necesario en el matrimonio que hubiera una diferenciación de sexo para su constitución.

Todo esto pese a que el Parlamento europeo había abogado por la despenalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en una resolución sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y las lesbianas en la comunidad europea<sup>41</sup>. En la misma inste a la Comisión de la Comunidad Europea, denominación que recibía en aquel entonces la Unión Europea, que “presente una propuesta de recomendación sobre la igualdad de derechos de las lesbianas y de los homosexuales que pusiera fin, entre otras muchas situaciones a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales, de manera que se garantizaran los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia, solicitando además que termine

<sup>38</sup> Añadió un segundo párrafo al art. 44 CC. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo.

<sup>39</sup> ROJ 222/1994.

<sup>40</sup> RDGRN de 21 de enero de 1996.

<sup>41</sup> Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOCE 28 de febrero de 1994



con toda restricción de los derechos de las lesbianas y de los homosexuales a ser padres, a adoptar o a criar niños.<sup>42</sup>.

Cuestión que no será trasladada a la legislación española hasta la aprobación de la Ley 13/2005.

Una vez aceptado el matrimonio entre personas del mismo sexo en España surge otro problema, que ocurrirá si entre los contrayentes que pretenden celebrar el matrimonio en territorio de aplicación de la Ley española, nos encontramos ante uno que no es de nacionalidad española y que además su Ley nacional prohíbe el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Como se ha señalado en cuestiones anteriores la capacidad matrimonial dentro del Derecho Internacional Privado se incluye dentro del estatuto personal y por ello será la Ley nacional de cada uno de los contrayentes la que regirá el matrimonio.

Será la DGRN la que se encargue de dar una solución a esta cuestión, protegiendo con ello a los ciudadanos españoles que se vean envueltos en este tipo de situación. Para ello, se produce su Resolución-circular sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, donde expone que podemos encontrarnos ante dos situaciones cuando la ley nacional de uno de los contrayentes no permite este tipo de matrimonio.

En primer lugar, podemos estar ante un “matrimonio en España entre contrayente español y contrayente extranjero nacional de un país cuyas leyes materiales no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, pero cuyas normas de Derecho Internacional Privado fijan puntos de conexión en materia de requisitos para la celebración del matrimonio distintos al de la *lex patriae* del contrayente y que supongan que la Ley aplicable resulte ser la española. Dicho en otros términos, el matrimonio será válido cuando la norma de conflicto extranjera del país que corresponda a la nacionalidad del consorte extranjero reenvíe a la ley española, por fijar como punto de conexión en los supuestos internacionales en materia de capacidad matrimonial bien el domicilio de los contrayentes y hallarse éstos domiciliados en España (este sería el caso, por ejemplo, de Inglaterra, Gales y Escocia), bien el lugar de

---

<sup>42</sup> Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOCE 28 de febrero de 1994

celebración del matrimonio y éste tenga lugar en España (este sería el caso de Suiza, Australia o Islandia)”.

En segundo lugar, donde primará la cláusula de orden público internacional español en todo caso, nos encontramos ante un supuesto de matrimonio entre un español y un extranjero del mismo sexo, en el que la Ley material aplicable a la que las normas de conflicto dirigen, no admite los matrimonios entre personas del mismo sexo. En este caso, la DGRN en esta Resolución-circular expone que se debe aplicar la cláusula de orden público internacional español, ya que la anulación o la prohibición de celebrar tal matrimonio supondrán una vulneración del artículo 14 de la Constitución, produciendo un trato discriminatorio entre españoles y extranjeros, atentatorio al principio de igualdad.

#### *3.1.2.8. Matrimonio entre transexual y persona de su mismo sexo biológico*

En este tipo de matrimonio nos encontramos ante otro supuesto bastante controvertido, ya que la transexualidad sigue siendo perseguida en infinidad de países. Lo que ocurre en este supuesto es que nuestro ordenamiento jurídico no lo regula y ha de ser la jurisprudencia la que se encargue de llenar de contenido esta laguna legal que se ha producido.

Vamos a partir de que la transexualidad no siempre ha sido admitida en España, como así quedó patente en la resolución de 17 de marzo de 1982 de la DGRN, que rechazaba la tesis de que la transexualidad pudiera ser viable para la rectificación del asiento del Registro Civil y que se mantiene en sus siguientes resoluciones de 17 de febrero de 1983 y 26 de abril de 1984. También el Tribunal Supremo rechazaba la posibilidad del matrimonio entre una persona transexual y otra de su mismo sexo, como exponía en sus sentencias 4665/1987 y 2141/1991, entre otras, declarando nulos estos matrimonios e inexistentes, basándose en las limitaciones deducidas de la naturaleza humana que para ellos contempla el artículo 10.1 de nuestra Constitución<sup>43</sup>.

<sup>43</sup> SSTS 4665/1987 de 2 de julio y 2141/1991 de 19 de abril.

En el caso opuesto nos encontramos ante la Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001 que equipara legalmente a una persona transexual con otra del sexo cambiado y donde por primera vez en España permitía el matrimonio entre una persona transexual y otra de su mismo sexo.

Una vez admitido en España el matrimonio entre un transexual y una persona de su mismo sexo nos encontramos ante una doble problemática si el contrayente transexual no resulta ser de nacionalidad española. En primer lugar, que el país de origen de la persona transexual no acepte la transexualidad en su ordenamiento jurídico, por lo que en lo que respecta al matrimonio se estaría produciendo un matrimonio entre personas de su mismo sexo. Y puede ocurrir también, que no solo la transexualidad está penalizada, sino que también lo esté el matrimonio homosexual.

Para resolver esta encrucijada debemos acudir a una Resolución de la DGRN de 24 de enero de 2005 que da solución al problema generado por el matrimonio entre un ciudadano de nacionalidad española y una persona transexual costarricense, que nació siendo varón. Previamente al matrimonio fue sometida a una operación quirúrgica tras la cual un tribunal español la declaró legalmente una mujer. El problema surge porque Costa Rica, país cuya legislación será la aplicable debido a la ley personal de la ya considerada mujer por los tribunales españoles, no contempla el cambio de sexo en sus leyes, y por consiguiente no admitirá la inscripción de esta resolución extranjera que acredita el cambio de sexo de su ciudadano.

La Ley extranjera aplicable, en este caso la costarricense, con la prohibición de inscribir la sentencia declaratoria de cambio de sexo estará vulnerando uno de los principios fundamentales que se exponen en nuestro ordenamiento en el artículo 10.1 de la Constitución<sup>44</sup>, como es el libre desarrollo de la personalidad. Vulneración que hará entrar en juego a la cláusula de orden público internacional española, rechazando la aplicación de la Ley costarricense y aplicándose la legislación española en su lugar. Lo que permitirá que se produzca el matrimonio.

---

<sup>44</sup> Art. 10.1 CE. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

De igual manera, la Resolución de la DGRN de 29 de julio de 2005<sup>45</sup> zanja el tema y deja claro que “se rechaza la aplicación de la ley extranjera alegando excepción de orden público en el caso de leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España<sup>46</sup>”.

#### 3.1.2.9. *Endogamia*

Este tipo de matrimonio endogámico es el que se produce entre familiares consanguíneos, refiriéndose sobre todo a las uniones celebradas entre parientes de hasta el segundo grado, como pueden ser los primos, puesto que los matrimonios entre padres e hijos está penalizada en prácticamente todos los países del mundo.

Estos matrimonios están permitidos en países como China, Japón o Rusia, y también en Suecia aunque de una forma más matizada, al permitir los matrimonios entre hermanastros con un solo progenitor en común.

En este tipo de uniones matrimoniales también nos encontramos ante una vulneración del orden público internacional español que le hará entrar en acción. El artículo 47 CC prohíbe expresamente los matrimonios entre parientes en línea recta por consanguinidad o adopción, ni colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. Permittedose la unión entre tíos y sobrinos de manera muy excepcional a través de una dispensa judicial, situación que apenas tiene lugar.

#### 3.1.2.10. *Poligamia*

La poligamia es un tipo de matrimonio poco común, aunque aún hay países donde sus legislaciones lo avalan, como pueden ser algunos Estados que profesan la religión islámica, que permite a una persona estar casada con varias al mismo tiempo. Para que se pueda considerar poligamia es necesario

<sup>45</sup> Resolución-circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

<sup>46</sup> vid. Resolución de 24-3.ª de enero de 2005.

que exista un verdadero vínculo matrimonial, no basta con una simple relación afectuosa. Dentro de la poligamia se pueden observar varios tipos

- Bigamia: se produce cuando una persona ya unida en matrimonio con otra contrae matrimonio con una tercera persona sin haber roto su vínculo matrimonial anterior.
- Poliginia: se produce cuando un hombre esta unido matrimonialmente a varias mujeres. Propia de los países musulmanes.
- Poliandria: se produce cuando una mujer está unida matrimonialmente a varios hombres. Es un tipo de poligamia históricamente mucho menos utilizado que la poliginia. Propia de países como el Tíbet o de algunas provincias Chinas y awas de Brasil.

El más claro ejemplo de poligamia lo encontramos en el Derecho islámico, donde se permite a un hombre casarse con hasta cuatro mujeres, siempre que pueda mantenerlas<sup>47</sup>.

Nuestro Código Civil es claro al respecto, y prohíbe esta práctica en su artículo 46<sup>48</sup>, ya que con esta práctica son multitud los principios constitucionales que resultan vulnerados, como son la igualdad y la libertad<sup>49</sup>, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad<sup>50</sup>, la igualdad y la no discriminación<sup>51</sup>, o la igualdad a la hora de contraer matrimonio<sup>52</sup>.

También es claro el Tribunal Supremo cuando dice que “la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al

---

<sup>47</sup> Versículo 3 del 4º Sura An-Nisa. Si temes que no podrás tratar con justicia a las niñas huérfanas, entonces cástate con (otras) mujeres de tu elección, dos o tres o cuatro; pero si temes no poder tratar con justicia (con ellas), entonces únicamente con una o (esclava) que poseen tus manos derechas. Eso estará más cerca para evitar que hagas injusticia.

<sup>48</sup> Art. 46 CC. No pueden contraer matrimonio: Los que estén ligados con vínculo matrimonial.

<sup>49</sup> Art. 1 CE. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

<sup>50</sup> Art. 10.1 CE. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

<sup>51</sup> Art. 14 CE. Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

<sup>52</sup> Art. 32 CE. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica

orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero<sup>53</sup>”

La DGRN tiene también una clara postura de rechazo del matrimonio polígamo, que expresa desde dos situaciones. En primer lugar rechaza la posibilidad de que un ciudadano español pueda contraer matrimonio con otra persona extranjera ya casada<sup>54</sup>. También rechaza tajantemente la posibilidad de que los ciudadanos que se han adquirido la nacionalidad española y anteriormente estuvieran unidos matrimonialmente mediante un matrimonio polígamo válido por la Ley personal que poseía con anterioridad, puedan inscribir su matrimonio polígamo en el Registro Civil español<sup>55</sup>.

Pese a la claridad con la que parecen expresarse tanto nuestra legislación, mediante el art. 46 CC como el Tribunal Supremo, la realidad jurídica es bastante diferente y no rechaza el matrimonio polígamo de forma sistemática y radical, sino que si que se admiten una serie de efectos derivados del matrimonio como pueden ser la pensión de viudedad, de alimentos o los derechos sucesorios. Supuestos en los que se puede observar el efecto atenuado del orden público internacional, derivado de algunos convenios establecidos como puede ser el Convenio Hispano-Marroquí de Seguridad Social<sup>56</sup>, cuando en su artículo 23 expone que “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”.

Sin embargo, esto no impide una clara disparidad en la ejecutabilidad del orden público internacional español por nuestros tribunales, ya que en sus diferentes sentencias podemos observar un criterio bastante dispar. Podemos encontrarlos con que un Juzgado Social de La Coruña conceda la pensión de viudedad de un ciudadano senegalés muerto en un accidente laboral a sus dos esposas senegalesas<sup>57</sup> y a su vez un Juzgado Social de Madrid conceda la pensión de viudedad de un ciudadano marroquí tan solo a la primera de sus

<sup>53</sup> STS de 26 de febrero de 2010.

<sup>54</sup> RDGRN de 4 junio 2001.

<sup>55</sup> RDGRN de 14 mayo 2001.

<sup>56</sup> El Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos se firmó el 8 de noviembre de 1979 y entró en vigor el 1 de octubre de 1982. Está publicado en el BOE de 13 de octubre de 1982.

<sup>57</sup> ST del Juzgado social de La Coruña de 13 de julio de 1998.

esposas tan solo 4 años después, en 2002. Esta sentencia del Juzgado Social de Madrid sería después corregida por el TSJ de Madrid concediendo dicha pensión a sus dos viudas<sup>58</sup>.

Las decisiones posteriores respecto a esta materia fueron rechazadas por los tribunales, denegando la pensión de viudedad de manera conjunta a las esposas de un hombre polígamo. Alegando el orden público internacional español contra esta aspiración para rechazarla, como ocurre en las sentencias del TSJ de Cataluña<sup>59</sup> y del TSJ de Valencia<sup>60</sup>. Mismo criterio que tendrá después la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo<sup>61</sup>, cuando desestima el recurso de casación sobre nacionalidad, defendiendo que “Se entiende por orden público el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico. Y, aunque no toda situación personal extraña al ordenamiento jurídico español implica necesariamente un insuficiente grado de integración en nuestra sociedad, la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sancionable penalmente, sino que, además, repugna al orden público español, límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero. La situación del recurrente, casado a la vez con dos mujeres, resulta incompatible con los valores informadores de nuestro ordenamiento, porque presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos, impidiendo la concesión de la nacionalidad reclamada.”

Finalmente en el año 2005<sup>62</sup> la DGRN fijó su criterio rechazando la aplicación de la ley extranjera alegando excepción de orden público en el caso de las leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto<sup>63</sup>.

En 2018 volvemos a encontrarnos con diferentes resoluciones sobre situaciones con efectos jurídicos en España de matrimonios polígamos

---

<sup>58</sup> STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002.

<sup>59</sup> STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003.

<sup>60</sup> STSJ de Valencia de 6 de junio de 2005.

<sup>61</sup> Sentencia Administrativo Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 6, Rec 6358/2002 de 19 de Junio de 2008.

<sup>62</sup> Resolución-circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

<sup>63</sup> Cfr. Resoluciones de 14 de diciembre de 2000 y 4-7.<sup>a</sup> de diciembre de 2002.

celebrados en el extranjero. Como muestra de ello tenemos una Sentencia del TSJ de Andalucía<sup>64</sup>, en la cual se reconoce a una ciudadana española que contrajo matrimonio polígamo en Marruecos con un ciudadano marroquí, el derecho a la pensión de viudedad, aplicando la doctrina que sigue el orden público atenuado en esta materia.

### 3.1.2.11. *Matrimonio infantil*

El requisito fundamental en este tipo de matrimonio es que uno de los cónyuges sea menos de edad. Aunque la edad en la que se considera menos a una persona puede no ser igual en todos los países. No solo la distinta concepción de la minoría de edad es diferente en algunos países, sino que además en ciertos países está permitido el matrimonio con un menor de edad sin ninguno tipo de limitación por la edad de ese menor.

En España la mayoría de edad está fijada por el artículo 12 de la Constitución<sup>65</sup>, que la establece en 18 años. Y será el artículo 46 de Código Civil<sup>66</sup> el que determine a qué edad se está capacitado para poder contraer matrimonio, prohibiendo el matrimonio a los menores que no estén emancipados. El artículo 48 del Código Civil permitía contraer matrimonio a los menores de hasta 14 años mediante una dispensa, sin embargo, en el año 2015 la situación cambió, y la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria<sup>67</sup>, que entraría en vigor ese mismo 23 de julio, elevó de los 14 a los 16 años la edad mínima legal para poder contraer matrimonio, eliminando la posibilidad de que un juez pueda autorizar a un menor de hasta catorce años a contraer matrimonio.

En este caso, también existe una variedad de opinión dentro de la jurisprudencia. En una Resolución de la DGRN de 27 de mayo de 1994<sup>68</sup>, con motivo de un matrimonio celebrado en Marruecos entre una ciudadana de ese Estado de quince años de edad y un español mayor de edad, autorizado por el padre de la joven, no considera el matrimonio contrario al orden público

<sup>64</sup> STSJ de Andalucía 1589/2018, de 24 mayo.

<sup>65</sup> Art. 12 CE. Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años.

<sup>66</sup> Art. 46 CC. No pueden contraer matrimonio: Los menores de edad no emancipados.

<sup>67</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

<sup>68</sup> ADGRN, 1994, pp. 1464-1467.



internacional español vigente en el momento de celebración del matrimonio. Este mismo criterio se será el seguido en sus siguientes resoluciones de 4 de abril de 1997<sup>69</sup>, donde una dominicana de catorce años contraía matrimonio, y en otra resolución de 7 de octubre de 1997<sup>70</sup>, respecto de un matrimonio contraído por una ciudadana dominicana de quince años de edad y un ciudadano español, celebrado en la República Dominicana, y autorizado por la madre de la joven, que era el único progenitor que se conocía en ese momento. En este último caso se consideró que la autorización de uno de los progenitores de la persona menor de edad equivalía legalmente a la dispensa que se establecía en la legislación española para los menores de hasta catorce años en ese momento.

En ese mismo año 1997<sup>71</sup>, nos encontramos con una Resolución de la DGRN de 14 de abril aún más compleja, con motivo de la inscripción de un matrimonio que se celebró en Marruecos por unos nacionales de ese Estado, y que posteriormente adquirieron la nacionalidad española, teniendo que determinar si el matrimonio fue celebrado conforme a la legislación española o tuviera que entrar en funcionamiento el orden público internacional español. El matrimonio fue celebrado en el año 1970 y la edad de la mujer por aquel entonces era de trece años, deducida de su partida de nacimiento. En este supuesto no se aplicó el orden público internacional español, ya que se tuvo en consideración el año de celebración del matrimonio y no el año de inscripción del matrimonio, teniendo en cuenta que la edad permitida por la legislación española en el año de celebración del matrimonio en Marruecos era de 12 años<sup>72</sup> para las mujeres, y si bien la autorización paterna era necesaria, en ningún caso invalidaría el matrimonio.

Unos años más tarde si veríamos activada la cláusula de orden público internacional española en la Resolución de la DGRN de 21 de noviembre de 2008, en la cual se examinaba el matrimonio entre una dominicana de trece años y una española celebrado en la República Dominicana, estimando que la

<sup>69</sup> ADGRN, 1997, pp. 1517-1520.

<sup>70</sup> ADGRN, 1997, pp. 2217-2219

<sup>71</sup> ADGRN, 1997, pp. 1566-1569.

<sup>72</sup> Arts. 45 y 50 del Código Civil, redacción de 1958

edad de la joven no respetaba la legislación vigente en ese momento, y por tanto era contraria al orden público internacional.

La Resolución de 2005<sup>73</sup>, dejaba claro que se debe rechazar la aplicación de la ley extranjera alegando excepción de orden público en el caso de leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, es decir, respecto de menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento de edad es dispensable<sup>74</sup>.

Como conclusión podemos decir que serán considerados en España contrarios al orden público internacional los matrimonios celebrados por un menor de edad no emancipado, fijando por tanto, la edad legal mínima para contraer matrimonio en los 16 años.

### 3.1.3. Figuras asemejadas al matrimonio

#### 3.1.3.1. *Relaciones de hecho*

La pareja de hecho o unión de hecho consiste en la convivencia pública y estable entre dos personas de distinto o igual sexo, con intereses comunes en desarrollar una vida familiar, pero que no han contraído matrimonio<sup>75</sup>.

El ordenamiento español no posee una norma específica que afecte a todo su territorio para regular las parejas de hecho dentro del Derecho Internacional Privado, que establezca la Ley aplicable a las situaciones jurídicas que las relaciones dentro de las parejas de hecho puedan generar.

Muchos otros Estados sí que poseen una regulación jurídica para estas relaciones de convivencia, de tal manera nos encontramos con este tipo de regulación en países como Francia, Países Bajos o Suecia, así como en algunas Comunidades Autónomas de nuestro país.

En España existe una regulación especial dentro de autonomías como Aragón, Cataluña o Navarra, lo que ocasiona la creación dentro del Derecho Internacional Privado español de una figura como es el estado jurídico de los convivientes de hecho, lo que comúnmente conocemos como parejas de

<sup>73</sup> Resolución-circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.

<sup>74</sup> vid. «a sensu contrario» Resolución de 15-3.ª de junio de 2004

<sup>75</sup> <https://www.conceptosjuridicos.com/pareja-de-hecho/>

hecho. Existiendo por tanto, dentro del ámbito legal un conjunto de derechos y obligaciones para las personas que componen dichas pareja o relación.

La consecuencia de esta existencia de la pareja de hecho dentro de una parte de nuestro país, podemos afirmar que no existe ninguna Ley extranjera contraria al orden público internacional español por admitir el estado jurídico de la pareja de hecho.

La doctrina ha intentado solventar esta laguna legal dentro del ordenamiento jurídico español a través de tres tesis, como así expone el profesor CARRASCOSA GONZALEZ<sup>76</sup>:

- Tesis de los derechos y deberes de la familia: una parte de la doctrina entiende que el artículo 9.1 CC puede ser aplicado a las relaciones de las parejas de hecho, y como consecuencia a la Ley nacional común de los miembros de la pareja a la que se someten. Los que siguen esta tesis sostienen que el citado artículo contiene un principio general según el cual los asuntos concernientes a los derechos y deberes de la familia se ordenan según la Ley nacional de sus miembros. Si los integrantes de la pareja tuvieran distinta nacionalidad, se regularizaran entonces por la ley del lugar donde este situada su residencia habitual.

El profesor CARRASCOSA GONZALEZ rechazará esta tesis al considerar que el legislador cuando redactó el mencionado precepto no estaba pensando en la existencia de la figura de las parejas de hecho, y que este precepto fue diseñado para asegurar la Soberanía nacional del Estado sobre todos sus nacionales que se encontraran en el extranjero, objetivo que hoy resulta carente de necesidad y que resulta perjudicial para los particulares, ya que ocasiona una vulneración de la previsibilidad de la Ley aplicable y del libre desarrollo de la personalidad. Considera que el artículo 9.1 CC, solo debería aplicarse en el caso de que los ciudadanos implicados guarden aun una relación con la comunidad social y jurídica de su país de origen que les mantenga integrados en ella.

---

<sup>76</sup>JAVIER CARRASCOSA GONZALEZ. Nuevos modelos de familia y derecho internacional privado en el siglo XXI. Anales de Derecho, 21, 2004. pp 138.

- Tesis de la aplicación del Derecho Internacional Privado matrimonial: algunos autores, como A. BUCHER, S. OTHENIN-GIRARD O A. RÖTHEL, y cierta jurisprudencia<sup>77</sup>, sopesan que existe una cierta analogía entre las parejas de hecho y el matrimonio, por lo que deben aplicarse a las parejas de hecho todas las normas de Derecho Internacional Privado concernientes al matrimonio. Ambas figuras buscan, en opinión de estos autores, las mismas consecuencias que el matrimonio, lo que justifica aplicar el mismo régimen que si se tratara de un matrimonio.

Esta tesis también sería rechazada, ya que el propio Tribunal Constitucional español ha declarado que nos encontramos ante figuras diferentes, entre las que no se puede estimar que exista una analogía. Así se desprende de su sentencia de mayo de 1994<sup>78</sup>, lo que ocasiona que la mayor parte de la doctrina desestime esta relación de analogía de las relaciones de Derecho Internacional Privado concerniente al matrimonio sobre las parejas de hecho. En contraposición a esta postura podemos encontrarnos una Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 2002<sup>79</sup>.

- Tesis de la autonomía de la voluntad conflictual: esta tesis es la seguida en España mayoritariamente por la doctrina, entre la que se encuentra el propio profesor CARRASCOSA GONZALEZ, así como A.L. CALVO CARAVACA Y B.L. CARRILLO CARRILLO. Esta parte de la doctrina presume que estamos ante una laguna legal dentro de nuestro ordenamiento de Derecho Internacional Privado, no pudiendo ser aplicado el anteriormente utilizado artículo 9.1 CC, ni por consiguiente las normas de Derecho Internacional Privado concernientes al matrimonio.

Los efectos derivados de la pareja de hecho, siguiendo a esta vertiente de la doctrina, deberán ser regidos en primer término por la Ley de elección de las partes. Acudiendo de esta manera al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, básico en la regulación jurídica de las parejas de hecho, de

<sup>77</sup> SAP Navarra 12 junio 2002.

<sup>78</sup> STC 27 mayo 1994.

<sup>79</sup> SAP Girona 2 octubre 2002.

acuerdo con el profesor CARRASCOSA GONZALEZ. Ya que considera que no puede existir una verdadera convivencia de hecho sin la existencia de una voluntad de las partes. Esto se puede reflexionar de la Ley 18/2001 de 19 de diciembre, sobre parejas estables de las Islas Baleares, cuya aplicación se deja a elección de la voluntad de partes. Podrán establecer de esta manera las partes el punto de conexión en caso de conflicto, desapareciendo de esta manera el vacío legal existente.

El problema puede surgir si existe una falta de elección de Ley por parte de las partes que componen la pareja no casa y a las relaciones que puedan existir entre los convivientes. La primera solución, será la aplicación de *la Lex Origins*, es decir, la Ley del país donde surgió la convivencia o la Ley del país donde otorgaron documento público de su intención de convivir. Este modelo es el que se adoptó en Alemania en 2001 y en Finlandia en 2002. Esta solución va ganando peso en la doctrina como propuesta de *lege ferenda*<sup>80</sup>.

La segunda solución será la aplicación de la Ley del país que guarde una mayor relación con la situación, recurriendo de esta manera al principio de proximidad como principio general. De esta forma, será el Juez quien determine en cada caso, el país que guarde una mayor vinculación con el supuesto planteado, aplicando de esa manera su Ley nacional.

Esta tesis de la autonomía de la voluntad conflictual puede ser observada en España en una Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona<sup>81</sup>, donde se estudiaba un caso de dos miembros de una pareja de hecho cuya nacionalidad era suiza, pero que tenían situada su residencia en Cataluña, que litigaban por la pensión compensatoria que surgía de la ruptura de la pareja de hecho. En este caso, el tribunal desestimó la aplicación de la Ley suiza, Ley nacional de los litigantes, al no apreciar una relación con el caso por no ser alegada por las partes, y consideró en su caso aplicable la Ley catalana sobre parejas de hecho, ya que esta era invocada tanto en la demanda como en la contestación de la misma. Esto sumado, a que ambos tenían su residencia habitual situada en Cataluña, motivó la decisión del juez de aplicar la Ley catalana en este supuesto.

<sup>80</sup> De *lege ferenda* es una locución latina que significa «para una futura reforma de la ley» o «con motivo de proponer una ley»

<sup>81</sup> SAP Girona 2 octubre 2002

En el año 2012, la pareja de hecho recibió un gran respaldo por parte del TJUE, al señalar en una de sus Sentencias<sup>82</sup> que “el derecho de estos otros miembros de la familia, nacionales de terceros países es, en todo caso, un derecho derivado del derecho del ciudadano de la Unión y no un derecho autónomo de los nacionales de terceros países, pero añadió que dicho concepto de familia extensa, estaría formada por cualquier otro miembro de la familia, cualquiera que sea su nacionalidad, que no entre en la definición de miembro de la familia del artículo 2 de la Directiva y que, en el país de procedencia, esté a cargo o conviva con el ciudadano de la Unión beneficiario del derecho de residencia con carácter principal o, en caso de que por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia y además que también se considerará miembro de la familia extensa a la pareja con la que el ciudadano de la Unión mantenga una relación estable debidamente probada.

Como consecuencia de dicha resolución, el legislativo español se vio obligado a añadir esta novedad en nuestro ordenamiento, mediante una reforma<sup>83</sup> del Real Decreto 240/2007. El nuevo articulado señala que “se podrá solicitar la aplicación de las disposiciones previstas en este Real Decreto para miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo a favor de la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable debidamente probada, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 4.b) de este artículo”.

## 3.2. Filiación

### 3.2.1. Concepto

La filiación es el vínculo jurídico que une a una persona con sus progenitores. Puede ser un vínculo biológico o adoptivo. Y las normas que regulan todas las cuestiones de filiación han de serlo adecuadas al orden público internacional español. El artículo 108 CC, nos dice que “la filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y

<sup>82</sup> Sentencia del TJUE, de 8 de noviembre de 2012 en el caso Lida (c-40/11)

<sup>83</sup> RD 987/2015, de 30 de octubre de 2015.

no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código.

La filiación se acredita por la inscripción en el Registro Civil, por el documento o sentencia que la determina legalmente, por la presunción de paternidad matrimonial y, a falta de los medios anteriores, por la posesión de estado. Para la admisión de pruebas distintas a la inscripción se estará a lo dispuesto en la Ley de Registro Civil<sup>84</sup>.

### 3.2.2. Determinación de la filiación

La determinación de la filiación en nuestro país, de acuerdo con nuestro Código Civil, puede hacerse de dos maneras dependiendo si se trata de una filiación matrimonial o no matrimonial.

La determinación de la filiación matrimonial se establece en los artículos 115-119 CC, donde se expone que esta quedará determinada legalmente por la inscripción del nacimiento o por sentencia firme<sup>85</sup>. La presunción legal es que se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges<sup>86</sup>. Esta presunción admitirá prueba en contrario.

La determinación de la filiación no matrimonial la encontramos en los artículos 120-126 CC. El Derecho español también admite la impugnación de la filiación<sup>87</sup>.

La regulación de la filiación en casos internaciones resulta bastante más compleja. El ordenamiento español regula estos casos de filiación donde interviene un elemento internacional en el artículo 9.4 CC<sup>88</sup>, que nos señala

---

<sup>84</sup> Art. 113 CC.

<sup>85</sup> Art. 115 CC.

<sup>86</sup> Art. 116 CC.

<sup>87</sup> Arts.136-141 CC.

<sup>88</sup> Art. 9.4 CC. La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento

que el primer punto de conexión para determinar la Ley que resultará de aplicación es la Ley de la residencia habitual del hijo, y en caso de que esta no fuera posible de determinar, el siguiente punto de conexión será la nacionalidad del hijo en ese momento.

Podemos ver como entra en juego la Cláusula de orden público internacional español en varias sentencias.

En una sentencia del año 2000 del Tribunal Supremo en materia de filiación podemos observar cómo se acude al orden público internacional español aludiendo al artículo 9.4 CC, cuando dice que “tanto el carácter como el contenido de la filiación (cabe comprender lo mismo la matrimonial que la no matrimonial) se regirán por la ley personal del hijo, que, conforme al párrafo primero, es la determinada por la nacionalidad y en este caso la madre como la hija ostentan la francesa, al atender, en principio, que el nacimiento de ésta se inscribió en el Registro municipal del Distrito veinte de París. Se desestima la casación”<sup>89</sup>.

También podemos ver como el Tribunal Supremo acudía al orden público en el año 2000<sup>90</sup>, para descartar la aplicación de la Ley francesa debido al breve plazo para ejercitar una acción de filiación, que fija en dos años tras el nacimiento, lo que entra en colisión con nuestro ordenamiento.

Otro caso, es de la Audiencia Provincial de Barcelona en 2017<sup>91</sup>, donde la juez en su sentencia la acoge a favor de la ley española, descartando la Ley francesa, por mor de la dicción del art. 9.4 C.c. en su redacción vigente al momento de dictar sentencia, conforme a la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en tanto el precepto determina como aplicable la ley de residencia del hijo, el aquí actor (residencia no negada, en la ciudad de Valencia desde 2008, según carta de residente comunitario referida en el poder para pleitos).

---

de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.

<sup>89</sup> STS 289/2000, de 22 de marzo.

<sup>90</sup> STS 2311/2000, de 22 de marzo

<sup>91</sup> SAP Barcelona 2469/2017, de 21 de marzo.



### 3.2.3. Maternidad subrogada o gestación por sustitución

La maternidad subrogada o gestación por sustitución es un acto mediante el cual una mujer, que será la gestante, genera con su material genético o con el otro persona, un embrión por encargo, con retribución o no por ello, de otra u otras personas, con el pacto de renunciar a la filiación del mismo una vez nacido, a favor de la persona que lo encargó. Este tipo de procedimiento suele suceder en casos en los que el embrión no puede ser gestado por ellos mismos, así como los que carecen de esa capacidad de gestación, como puede ser el caso de dos varones. Nuestro ordenamiento lo considera un tipo de reproducción asistida, aunque si bien es cierto que la reproducción asistida está legitimada en nuestro ordenamiento, no sucederá lo mismo con la maternidad subrogada, mediante un vientre de alquiler.

La Ley 14/2006<sup>92</sup>, en su artículo 10, así se pronuncia en su contra, cuando dice que “será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. Dejando claro que “la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

Algunos países de nuestro entorno sí que reconocer como legítima esta forma de gestación, como es el caso de países como Reino Unido, donde la gestación por sustitución es legal para sus nacionales si es altruista, o en Portugal donde se permite a las parejas homosexuales con necesidades médicas esta práctica. Mientras que la regulación más permisiva la encontramos en Ucrania o Rusia, donde está permitido legalmente pagar a una mujer para alquilar su vientre, no solo a nacionales sino a extranjeros. Sin embargo, en el caso de los ciudadanos españoles lo más común es que recurran a Estados Unidos para realizar esta práctica, donde es completamente legal su realización.

En España pese a que la Ley 14/2006 puede parecer que deja bastante claro su posición al respecto, nos encontramos con una diferencia de criterios entre la DGRN y el Tribunal Supremo.

---

<sup>92</sup> Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

La polémica alrededor de la inscripción del nacimiento y filiación de los hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución se origina en España con una Resolución de la DGRN en 2009. Hasta ese momento, se podían pensar, algo alejado de la verdad, que ninguno de los ciudadanos españoles había recurrido a esta práctica de gestación fuera de nuestro país, puesto que en el año 2003 el Consulado de España en Los Ángeles no impidió la inscripción ni denegó la filiación de dos niñas a una conocida aristócrata española.

A partir de ese momento, recurrir a esta forma de reproducción asistida se ha vuelto más habitual, y a pesar de encontrarnos ante una situación jurídicamente prohibida por nuestro ordenamiento, las autoridades españolas no oponían ninguna traba en el momento de inscribir los nacimientos fuera de nuestras fronteras mediante esta gestación por sustitución.

Esta situación cambia, cuando en el año 2008, se deniega la inscripción en el Registro Civil del Consulado de España en los Ángeles, del nacimiento de dos niños gemelos a dos ciudadanos españoles varones, que habían contraído matrimonio en nuestro país en 2005. Sin embargo, la DGRN<sup>93</sup> un año después permitiría la inscripción de los dos menores, así como su filiación, de la manera que constaba en su certificación registral extranjera originaria.

Sin embargo, esta Resolución de la DGRN, sería impugnada por el Ministerio Fiscal y revocada en sede judicial, por una Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Valencia en el año 2010<sup>94</sup>

El Tribunal supremo zanjaría la cuestión definitivamente con una Sentencia en 2014, confirmando la decisión de los tribunales de Valencia, oponiendo la excepción de orden público internacional español para ello, al considerar “que la filiación cuyo acceso al Registro Civil se pretende es justamente la consecuencia directa y principal de un contrato de gestación por sustitución considerado contrario al orden público español, no puede admitirse la disociación entre el contrato y la filiación que pretenden sea reconocida en España los recurrentes”<sup>95</sup>. Esta decisión del Tribunal Supremo no fue tomada

<sup>93</sup> Resolución DGRN, de 18 de febrero de 2009.

<sup>94</sup> Sentencia JPI de Valencia, de 15 de septiembre 2010

<sup>95</sup> STS 835/2013, 6 de Febrero de 2014.

de forma unánime por sus Magistrados, sino que se produjo una gran discrepancia entre ellos, imponiéndose la aplicación de la excepción de orden público internacional español por un escaso margen, ya que se tomó con los votos a favor de 5 Magistrados, mientras que 4 votaron en contra. Los Magistrados que votaron en contra, lo hicieron amparándose en el interés del menor, afirmando que “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.

Todo parecía indicar con esta Sentencia, pese a la gran división de sus Magistrados, que se podía haber alcanzado una solución definitiva en la materia, aunque esta pudiera ser muy discutida desde el punto de vista jurídico. Entonces el TEDH dicta dos Sentencias el 6 de febrero de 2014, que vuelven a abrir el debate. Una sobre el asunto *Mennesson* contra Francia<sup>96</sup> y otra sobre el asunto *Labassee* contra Francia<sup>97</sup>, que además de desdecir a los tribunales españoles, obliga a plantearse el tratamiento de este delicado problema desde otra visión como es el respeto a los derechos humanos y a la protección del interés superior del menor, cuando considera que “el interés superior del menor es un concepto que debe plasmarse de forma indubitada en el establecimiento de la filiación, haciendo posible desde el nacimiento del niño que su filiación quede acreditada, sin que ello pueda verse afectado por el diferente tratamiento normativo sobre la gestación por sustitución que pueda haber en el país en que residen los padres intencionales y donde residirá el propio menor<sup>98</sup>.

Esta sentencia volvió a dar pie a las diferentes interpretaciones de los tribunales españoles, amparándose en la excepción de orden público internacional español o aplicándola de una forma atenuada, como es el caso del derecho a la prestación por maternidad o paternidad que origina la filiación por gestación por sustitución. De esta manera el TSJ del Principado de Asturias<sup>99</sup>, el TSJ de Madrid<sup>100</sup> o al de Cataluña<sup>101</sup>, declaran el derecho de los

---

<sup>96</sup> STEDH de 26 de junio de 2014, caso *Mennesson* contra Francia, recurso nº 65192/11.

<sup>97</sup> STEDH de 26 de junio de 2014, caso *Labassee* c. Francia, recurso nº 65941/11.

<sup>98</sup> Antonia Durán Ayago. Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca.

<sup>99</sup> STJ del Principado de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, ROJ 3514/2012.

padres a una prestación por paternidad o maternidad, desestimando los recursos del INSS. Y en la posición contraria vemos como muestra su pronunciación el TSJ del País Vasco<sup>102</sup>, denegando la prestación y resolviendo a favor del INSS.

#### 3.2.4. Adopción

La adopción internacional puede ser definida como aquella en la que un ciudadano menor de edad, al que se considera adoptable por las autoridades de su país de origen competentes, es o puede ser trasladado a España por las personas consideradas adoptantes, cuya residencia habitual está situada en España, bien después de ser adoptado en su país de origen, o con la finalidad de constituirse la adopción en España.

Encontramos el antecedente de esta regulación en la Ley 54/2007<sup>103</sup>, de Adopción Internacional, donde se recogían todos los puntos relativos al interés de los menores dentro de una adopción, y que deben ser superiores a cualquier otro interés legítimo que pueda darse en el proceso. Esta Ley fue promulgada debido al gran aumento de las adopciones fuera de nuestras fronteras por residentes españoles, hasta el punto de ser manifiestamente superiores a los procesos de adopción que se constituyen en España.

El objetivo es estudiar el régimen jurídico aplicable tras las modificaciones que la Ley 26/2015<sup>104</sup> introdujo en nuestro ordenamiento, para una mayor protección de la infancia y la adolescencia, y que se aplicará en las adopciones que han sido constituidas en un país extranjero ante sus autoridades competentes, para que estas tengan repercusión jurídica en España.

La Ley 26/2015 establece en su artículo 18 que “la constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos; Cuando el adoptando tenga su

---

<sup>100</sup> STJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012, ROJ 13355/2012.

<sup>101</sup> STJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2015, ROJ 1613/2015.

<sup>102</sup> STJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2014, ROJ 22/2014.

<sup>103</sup> Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.

<sup>104</sup> Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción o cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España". Y en el artículo 24 establece las situaciones en las que se verá dañado el orden público internacional español en los procesos de adopción internacional<sup>105</sup>.

En cuanto al sistema de establecimiento de la competencia judicial internacional, esta nueva Ley mantiene las normas de protección del articulado anterior, como son los foros de competencia establecidos en la LOPJ<sup>106</sup>, así como la figura de la adopción consular<sup>107</sup>, incorporando como novedad la referencia a los supuestos de modificación, reversión, declaración de nulidad y conversión en adopción plena, añadiendo al criterio general (adoptante o adoptado español o con residencia habitual en España) el punto de conexión relativo a que la adopción haya sido constituida por autoridad española<sup>108</sup>.

La nacionalidad o residencia habitual de adoptante o adoptado, es considerada por una parte de la doctrina como un foro exorbitante<sup>109</sup>, criticando la situación de que la Convención de la Haya de 1993<sup>110</sup>, utiliza como ámbito de aplicación personal la residencia habitual del menor.

Hemos de describir también a la adopción como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, lo que hará imprescindible para su constitución en nuestro país su inscripción en el Registro Civil<sup>111</sup>.

Una vez establecido la legislación española al respecto de la adopción internacional hay que analizar lo que sucede en España con cierto tipo de adopciones o figuras asemejadas a la adopción que operan en algunos países,

---

<sup>105</sup> Art. 24 Ley 26/2015. A estos efectos se considerará que vulneran el orden público español aquellas adopciones en cuya constitución no se ha respetado el interés superior del menor, en particular cuando se ha prescindido de los consentimientos y audiencias necesarios, o cuando se constate que no fueron informados y libres o se obtuvieron mediante pago o compensación.

<sup>106</sup> Art. 22.3 LOPJ.

<sup>107</sup> Art. 9.5.3 CC.

<sup>108</sup> Noticias jurídicas. Kafala, adopción internacional y orden público.

<sup>109</sup> Foro que atribuye competencia judicial internacional a los tribunales de un Estado sin que exista una conexión razonable con dicho Estado.

<sup>110</sup> Convención de La Haya de 1993 sobre la protección del niño y la cooperación en materia de Adopción internacional

<sup>111</sup> Como así se deduce del art. 29 Ley 54/2007. Inscripción de la adopción en el Registro Civil. Cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley de Registro Civil para que la adopción se reconozca en España.

y si chocan o no con nuestro ordenamiento jurídico haciendo que entre en juego el orden público internacional español.

#### 3.2.4.3. *Adopción simple*

La adopción simple, es un tipo de adopción en la cual no se rompen los vínculos que existen entre la familia de origen y el menor. Situación que no se corresponde con los efectos que se desprenden de la concepción de adopción en la legislación española, y que por tanto pueden dejarla sin efectos jurídicos.

Sin embargo, este tipo de adopción no es algo una figura que resulte extraña en nuestro ordenamiento jurídico. Si no que es una figura que venía regulada en el Derecho Positivo español hasta su supresión en 1987<sup>112</sup>. Y aun hoy en día podemos encontrarnos con algún supuesto de adopción abierta amparándose en la Disposición Transitoria Segunda de esta Ley, que permite la existencia de algunas adopciones simples constituidas antes de la su vigencia.

Incluso en la actualidad una parte de la doctrina aboga por la recuperación de esta figura como instrumento para proteger los intereses de los menores. Han existido incluso intentos de volver a incluir esta figura en los ordenamientos de nuestro país, como ocurrió cuando el legislador catalán intentó incluir este tipo de adopción dentro del libro II del Código Civil de Cataluña.

Este tipo de adopción está legalizado en países como Brasil, México o Guatemala, y sin alejarnos tanto de nuestro entorno encontramos como el Código Civil francés también lo legitima en los artículos 343 y siguientes, de igual manera que lo hacen Portugal o Mónaco.

Sin embargo en España, de acuerdo con el artículo 30.3 de la Ley 26/2015<sup>113</sup>, la adopción simple no será inscribible en Registro Civil español, y como ya

---

<sup>112</sup> Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.

<sup>113</sup> Art. 30.3 Ley 26/2015. La adopción simple o no plena no será objeto de inscripción en el Registro Civil español como adopción ni comportará la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al artículo 19 del Código Civil

hemos visto anteriormente la falta de esta inscripción ocasiona la falta de reconocimiento en España de la misma<sup>114</sup>.

Por ejemplo, podemos ver esta postura en una Resolución de la DGRN de 2006<sup>115</sup>, donde se declara la imposibilidad de reconocer e inscribir una adopción simple de un mayor de edad constituida en Francia.

Sin embargo, esta adopción simple no conllevará la anulación plena de sus efectos, sino que se producirá la entrada en actuación de un orden público atenuado, mediante el cual sí se producirán ciertos efectos jurídicos en España, equiparando la adopción simple con una situación de acogimiento familiar y otorgándola, por tanto, sus mismos efectos. Se producirá este orden público atenuado como forma de protección jurídica del menor.

Aunque posteriormente sí que está permitido instar a la conversión ex novo de la adopción simple en adopción plena, como así lo permite el artículo 30.4<sup>116</sup> de la mencionada Ley.

#### 3.2.4.4. *Adopción revocable*

El artículo 180.1 de nuestro Código Civil<sup>117</sup> establece bien claro el criterio ante la revocabilidad de una adopción, declarando que la adopción es irrevocable. Posición que también es defendida por la doctrina como podemos observar en una Resolución de 2004<sup>118</sup>. Como consecuencia de todo esto, podemos afirmar que una adopción revocable no puede acceder en ningún caso al Registro Civil.

Aunque la legislación española también incluye una serie de supuestos en los que si se acepta una adopción revocable, como es el caso del artículo 26.2

---

<sup>114</sup> Art. 29 Ley 54/2007. Inscripción de la adopción en el Registro Civil. Cuando la adopción internacional se haya constituido en el extranjero y los adoptantes tengan su residencia habitual en España deberán solicitar la inscripción de nacimiento del menor y de adopción conforme a las normas contenidas en la Ley de Registro Civil para que la adopción se reconozca en España.

<sup>115</sup> RDGRN de 26 de mayo de 2006.

<sup>116</sup> Art. 34 Ley 26/2015. La adopción simple o no plena constituida por autoridad extranjera competente podrá ser convertida en la adopción regulada por el Derecho español cuando se den los requisitos previstos para ello, a través de un expediente de jurisdicción voluntaria. La conversión se registrará por la ley determinada con arreglo a la ley de su constitución

<sup>117</sup> Art. 180.1 CC. La adopción es irrevocable.

<sup>118</sup> RDGRN de 22 de febrero de 2004.

apartado tercero<sup>119</sup> de la Ley de Adopción Internacional<sup>120</sup>, cuando establece que será permitida una adopción revocable en España amparada en una Ley extranjera cuando antes del traslado a España del menor se haya renunciado expresamente a la posibilidad de revocar la adopción. Esta renuncia ha de hacerse compareciendo ante el Encargado del Registro Civil y en documento público.

La falta de este requisito hace que el orden público internacional español deniegue la inscripción de la adopción revocable en el Registro, como podemos observar en la resolución DGRN de 26 de febrero de 2010, donde se ha denegado la inscripción de una adopción constituida en Kazajstán en la que no sólo no se había renunciado a la revocación, sino que esta facultad se había ejercitado judicialmente.

Opuestamente, se había producido anteriormente una Resolución de la DGRN<sup>121</sup> que si permitió la inscripción de una adopción de una menor china revocable, amparándose en que “aun cuando la ley china admite que, durante la minoría de edad del adoptado, el adoptante y la persona que hubiere dado al niño en adopción pueden acordar dar por terminada la adopción, es dudoso la aplicación de la norma a los casos en que la adopción se haya concedido por la institución que haya recogido a un niño abandonado, pues parece referida a la adopción convenida entre padres biológicos y los adoptivos”. Aunque esta Resolución no será más que una excepción aislada a la irrevocabilidad de las adopciones.

También vemos como la DGRN declara contraria al orden público internacional español otra serie de adopciones revocables, aunque en este caso por motivos muy diferentes a los anteriormente expuestos, como es el caso de las adopciones revocables en Nepal, donde la inadmisibilidad de la adopción no está basada en el elemento de irrevocabilidad de las mismas, sino en la posibilidad de que la revocación solo pueda ser realizada por los hombres y no

---

<sup>119</sup> Art. 26.2 apartado tercero Ley 54/2007. Cuando la ley extranjera admita que la adopción constituida a su amparo pueda ser revocada por el adoptante, será requisito indispensable que éste, antes del traslado del menor a España, renuncie al ejercicio de la facultad de revocarla. La renuncia deberá formalizarse en documento público o mediante comparecencia ante el Encargado del Registro Civil.

<sup>120</sup> Artículo 26 de la Ley de Adopción Internacional, recogiendo el precedente del último párrafo del artículo 9.5-IV del Código Civil, añadido por la Ley 18/1999, de 18 de mayo.

<sup>121</sup> RDGRN de 4 de febrero de 1997.



por las mujeres. Así vemos como estas las Resoluciones de la DGRN<sup>122</sup> se amparan para la aplicación del orden público internacional español en la vulneración del principio constitucional de la igualdad y la no discriminación por razón de sexo<sup>123</sup>, ya esta revocación solo es posible cuando el adoptado es un niño y no cuando la adoptada es una niña, porque éstas no heredan a sus padres.

Posteriormente, analizando las adopciones que se producen en Vietnam, la DGRN ha mostrado más flexibilidad en este asunto, afirmando en su Resolución de 10 de febrero de 2005, que lo fundamental es que “la adopción suponga, durante la menor edad del adoptado, la integración plena de éste en la familia adoptiva, sin injerencias de la familia de origen, y considerando al adoptado a todos los efectos como un hijo por naturaleza del adoptante o adoptantes, y sin que a ello estorbe en consecuencia la posibilidad de acordar la extinción de la adopción tras la mayor edad del adoptado”. El Convenio Europeo de 2008 avalará estos supuestos de flexibilidad al considerar en su artículo 14 que “antes de la mayoría de edad la revocación sólo procede por motivos graves”, lo cual no hace otra cosa que avalar que se pueda producir una revocación de la adopción tras convertir el menor adoptado en mayor de edad, aunque no exista un motivo grave que lo justifique.

#### 3.2.4.5. *Kafala*

La Kafala podemos definirla, como nos indica DIAGO DIAGO<sup>124</sup>, como una figura jurídica que es propia del Derecho Islámico, que consiste en que el kafil, que es el titular de la kafala, manifiesta la obligación de hacerse cargo de manera voluntaria del cuidado, de la educación y de la salvaguarda de un menor, que será conocido como makful, y lo hará de tal forma como un progenitor lo hiciese con su descendiente.

<sup>122</sup> Resoluciones DGRN de 5 febrero, 14 de febrero, 25 marzo y 21 de abril de 1998.

<sup>123</sup> Art. 14 CE.

<sup>124</sup> DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> DEL PILAR. La kafala islámica en España. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), Vol. 2, N<sup>o</sup> 1, pp. 140-164.

Esta figura surge ante la prohibición del mundo musulmán de llevarse a cabo una adopción<sup>125</sup>. La mayor incidencia de esta figura en nuestro país la encontramos en el Derecho marroquí, dado el gran número de nacionales de este Estado que tienen fijada su residencia en España.

Esta figura jurídica tiene varias modalidades:

- La kafala de menores abandonados: esta figura está regulada en la Ley 15/01<sup>126</sup>, donde se recogen los deberes de las personas que constituyen la Kafala, relativos a la guarda, manutención, educación y salvaguarda del menor en acogida. Estas obligaciones se extienden hasta que el menor varón cumpla los 18 años, y en el caso de las mujeres hasta que estas contraigan matrimonio. En el supuesto de que el makful sea discapacitado este deber se extenderá más allá de la mayoría de edad. Esta forma de Kafala se puede constituir cuando el makful es un menor de 18 años que se encuentra en situación de abandono, bien porque se desconozca su filiación, bien porque sea huérfano o de padres considerados de mala conducta. Solo podrán ser kafil los musulmanes, ya que asumen el deber sagrado de educar al niño en la verdad del Corán. Es posible también una kafala internacional establecida por extranjeros que hayan abrazado la religión islámica.
- La kafala notarial: es la establecida mediante un acta adular de forma privada, no requiere que el menor de edad se encuentre en situación de abandono, si no que la entrega del menor al kafil puede realizarse de manera voluntaria por sus progenitores. Este tipo de kafala puede producir lo que se conoce como fenómeno de les *petites bonnes*<sup>127</sup>, que transforma a los menores en esclavos o son objeto de malos tratos.

Pese a que existe la posibilidad de que la kafala sea constituida por extranjeros, esta posibilidad se ha visto restringida, como en el caso de

---

<sup>125</sup> Art. 149 del Código de familia marroquí. La adopción se considera nula y no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima. La adopción de recompensa o de asimilación o sustitución al rango del hijo no establecerá la filiación y se registrará por las disposiciones testamentarias.

<sup>126</sup> Ley 15/01 B.O de 5 de septiembre de 2002. Marruecos

<sup>127</sup> Las "Petites Bonnes" marroquíes: causas y consecuencias socioeducativas. Vicente Llorent Bedmar. <https://revistas.um.es/educatio/article/view/175201>

Marruecos debido al aumento de solicitudes de adopción de familias españolas de menores que anteriormente habían formado una kafala. Esto fue lo que ocasionó la toma de restricciones de las autoridades marroquíes en relación con los solicitantes extranjeros ante el temor de que estos menores no fueran educados en la fe islámica y sus valores, lo que ocasionaría una ruptura con los principios fundamentales de la kafala.

Para ello, el Ministerio de Justicia y Libertad marroquí dictó la Circular 40 S/2 de Justicia, mediante la cual se insta a las autoridades competentes para constituir una kafala en Marruecos a que verifiquen si el solicitante extranjero tiene fijada su residencia habitual en dicho país, y si esto no fuera así, a denegar la constitución de la misma. Además el Gobierno Marroquí modificó el ordenamiento jurídico relativo a esta figura para endurecer las condiciones de las solicitudes extranjeras<sup>128</sup>.

Por este motivo, el Gobierno español asumió el compromiso ante las autoridades marroquíes de modificar el ordenamiento jurídico español, para evitar que se constituyan en España adopciones de menores marroquíes objetos de una kafala en dicho país. Esto dio lugar a la modificación del artículo 19.4 de la LAI, mediante la Ley 26/2015<sup>129</sup>, diciendo a partir de ese momento que “en el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción se denegará la constitución de la adopción, excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo y tutelado por la Entidad Pública”.

Sin embargo, en la normativa establecida por el Código Civil catalán<sup>130</sup> encontramos otra postura en su artículo 235.44.4, cuando dice que “la autoridad judicial puede disponer, de modo excepcional, respecto a menores en cuyos países de origen no exista la adopción ni ninguna otra institución equivalente, la constitución de la adopción en aquellas situaciones análogas al acogimiento o a la tutela, constituidas en el extranjero con finalidad protectora permanente. Son requisitos imprescindibles que la constitución de la adopción sea necesaria para el interés del menor, que lo permitan las normas de

---

<sup>128</sup> N. Marchal Escalona, “La Kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana”, Revista Internacional de Derecho y Jurisprudencia nº3, 2013, Universidad de Almería

<sup>129</sup> la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. B.O.E. 29 julio de 2015.

<sup>130</sup> Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

derecho internacional privado aplicables y que la entidad pública competente de la residencia de la familia emita el certificado de idoneidad respecto a la persona o personas que lo tienen confiado y solicitan su adopción”.

Ahora bien, pese a todo esto no podemos decir que se haya solventado el problema con las kafalas transnacionales, ya con la LAI la doctrina mayoritaria se decantó por permitir la adopción de menores que eran objeto de una kafala, si estos tenían su residencia habitual en España y como consecuencia de la adopción iban a adquirir la nacionalidad española, de acuerdo con su artículo 18<sup>131</sup>. Postura que seguirá manteniendo tras la modificación de 2015, incluso con la oposición del Ministerio Fiscal y aún en el caso de que el adoptado no adquiriera la nacionalidad española como resultado de su adopción. Muestra de ello son las Resoluciones de la Audiencia Provincial de Girona de 27 de diciembre de 2017 y de las Islas Baleares de 25 octubre 2017.

En estas Resoluciones podemos observar que aparece un elemento común, que es el la procedencia de la adopción de menores nacionales de Marruecos, que, en el momento de la solicitud de adopción, se encontraban en situación de Kafala, previamente constituida mediante sentencia por las autoridades del país vecino<sup>132</sup>. Estamos ante kafalas judiciales de menores en situación de abandono, que en ambos casos tenían fijada su residencia habitual en nuestro país y que ninguno de los dos adquirió la nacionalidad española mediante la adopción, sino que conservaron su nacionalidad de origen.

Ahora hay que analizar qué ocurrirá cuando un menor en situación de kafala sea trasladado a España. Por una parte, nos encontramos ante la kafala constituida por un autoridad extranjera en el caso de menores abandonados, que como anteriormente hemos señalado no generará ningún vínculo de filiación, pero si encontramos un resultado parecido a la tutela dativa, por lo que el kafil actuará como un representante legal y acogerá al makful en España con

---

<sup>131</sup> Artículo 18. Ley aplicable a la constitución de la adopción. La constitución de la adopción por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos:

a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.

b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

<sup>132</sup> Adopción en España de menores en situación de kafala y ley nacional del adoptando. M<sup>a</sup> Jesús Sánchez Cano. 12.07.2018. Pág. 940

un carácter permanente, y a este se le concederá un visado de residencia por reagrupación familiar.

Sin embargo, en la kafala notarial no surgirá ningún vínculo similar al de la tutela dativa, por lo tanto, la transmisión de la patria potestad a un tercero por parte de los padres biológicos del menor no será legal en España. Como se puede deducir de la postura respaldada mayoritariamente por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>133</sup>, que considera que si el menor no se encuentra en una situación de abandono no se le puede considerar representante legal a quien se hace cargo de él.

Por tanto, no es resultado de que la kafala notarial sea contraria al orden público internacional español, si no a la necesidad de realizar una interpretación conforme a la legislación en materia de reagrupación familiar, no siendo la denegación contraria al derecho a la vida en familia regulada por la Ley de Extranjería<sup>134</sup> por su artículo 16<sup>135</sup> y por el artículo 20<sup>136</sup> del Convenido sobre los Derechos del niño<sup>137</sup>.

### 3.3. Crisis matrimoniales

#### 3.3.1. Concepto

Por crisis matrimonial entendemos los casos en los que se produce una relajación en el matrimonio, como es el supuesto de la separación, o se produce una ruptura del vínculo matrimonial, como ocurre en la nulidad o el divorcio.

<sup>133</sup> Sentencia del T.S del 9 de diciembre de 2011.

<sup>134</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>135</sup> Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar. 1. Los extranjeros residentes tienen derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en la forma prevista en esta Ley Orgánica y de acuerdo con lo dispuesto en los Tratados internacionales suscritos por España. 2. Los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar con ellos a los familiares que se determinan en el artículo 17.

<sup>136</sup> Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, otros tipos de cuidado para esos niños. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción, o de ser necesario la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las soluciones, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.

<sup>137</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

El tema de las crisis matrimoniales en el ámbito internacional adquiere una relevancia cada vez mayor, dado el gran incremento de los matrimonios en los que al menos uno de los contrayentes es extranjero. Estos matrimonios con elementos de extranjería son cada vez mayores, de acuerdo con los datos ofrecidos por la Comisión Europea<sup>138</sup>, el veinte por ciento de los matrimonios que se celebran en la Unión Europea son transfronterizos, y como resultado de esto también nos encontramos con un aumento en las disoluciones de los mismos.

En las crisis matrimoniales la competencia judicial está establecida en el Reglamento 2201/2003<sup>139</sup>, también operarán las reglas comprendidas en la LOPJ<sup>140</sup> en los casos que no se encuentran recogidos en el Reglamento<sup>141</sup>.

De acuerdo con la profesora REINA MONTES<sup>142</sup>, en las crisis matrimoniales podemos encontrarnos ante un sistema de dispersión judicial del supuesto en el Derecho Internacional privado, por lo que debemos atender a dos principios:

- Principio de proximidad: dentro de los litigios internacionales podemos encontrarnos con la existencia de elementos dispersos en varios países, es decir, supuestos que se encuentran conectados con varios Estados. En estos supuestos el Derecho Internacional Privado debe otorgar la competencia a los tribunales más próximos al caso concreto. Con esto se trata de facilitar el acceso a la jurisdicción de los particulares que se ven envueltos en el caso, la previsibilidad de los jueces que tienen la competencia, la práctica de la prueba y las notificaciones oportunas, así como la ejecutabilidad de la sentencia.

---

<sup>138</sup> Información encontrada en el portal Europeo de la Comisión Europea.

<sup>139</sup> REGLAMENTO (CE) No 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000.

<sup>140</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>141</sup> El día 6 de julio de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el “Reglamento UE 2019/1111 de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores”, que sustituirá en estas materias al vigente Reglamento UE 2201/2003 (Bruselas II bis) cuando entre en vigor, lo que ocurrirá el día 1 de agosto de 2022.

<sup>142</sup> Elisabet REINA MONTES. Crisis Matrimoniales en el Derecho Internacional Privado español. Pág.3

- Principio de protección de la parte más débil: el Derecho Internacional Privado debe usar instrumentos legales diferentes con foros específicos para otorgar la competencia más próxima a la parte que se encuentra en la posición más débil y que debe ser protegida. Como es el caso del demandante del divorcio, el que solicita la pensión compensatoria, etc.

En cuanto a la Ley aplicable nos encontramos con la inexistencia de una regulación específica completa que atañe a todos los supuestos de crisis matrimoniales, como ocurre con la competencia judicial. Hay que diferenciar por tanto, entre la ley aplicable en los casos de nulidad, y en los casos de separación judicial o divorcio. También en los supuestos de disolución por muerte o declaración de fallecimiento, o en los casos de separación de hecho, y de repudio.

Como ya hemos visto existen varias figuras dentro de las crisis matrimoniales en las que pueden aparecer elementos internacionales, ahora bien, hay que analizar en que supuestos puede entrar en juego nuestro orden público internacional español.

### 3.3.2. Divorcio revocable

Para que un divorcio establecido por una autoridad extranjera sea reconocido en España es necesario que este sea considerado irrevocable, es decir, que para la Ley de origen esta situación tenga efectos definitivos. Sucede que en algunos Estados como Marruecos o Egipto, podemos encontrarnos con un supuesto de divorcio que otorga al varón un derecho a continuar con el matrimonio sin que sea necesaria la celebración de un nuevo contrato matrimonial. Este tipo de divorcio choca absolutamente con lo establecido en la legislación española y por tanto atenta contra el orden público internacional español, declarando estas legislaciones extranjeras contrarias a él.

La postura de la jurisprudencia la podemos encontrar en un Auto del Tribunal Supremo de 1996<sup>143</sup>, cuando establece que “la revocabilidad del divorcio acordado por el Tribunal marroquí se alza como un elemento añadido a la disolución del vínculo que se antoja contrario a los principios que inspiran y

<sup>143</sup> ATS 1032/1996, de 16 de julio.

conforman el concepto de orden público, sin duda en esta materia en íntimo entronque con los principios y derechos constitucionales, y que, por ello, pudiera verse afectado; y es que no puede desconocerse 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, lo cual no empieza a que quepa un ulterior matrimonio de los ex-esposos, pero sin que en modo alguno la subsistencia del ligamen pueda quedar sometido a la libre disposición de uno de los cónyuges de manera que, por su mera voluntad, pueda volverse al anterior estado marital,- aun cuando la apreciación de las circunstancias determinantes de la revocación del divorcio se deje a una cierta Autoridad-, pues ello repugna a la estabilidad y certeza que han de darse en las situaciones que configuran 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 recoge en nuestro ordenamiento jurídico civil, con carácter general, en el art. 66 del CC”.

La postura es clara, no se reconocen en España divorcios revocables amparándose en nuestro orden público internacional, sin embargo, cuando el plazo para que se produzca tal revocación ha expirado, la postura ya no es tan unánime, y podemos encontrarnos con resoluciones contradictorias.

En la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001 podemos observar cómo se aplica de manera radical la cláusula de orden público internacional española, cuando se deniega la inscripción de un matrimonio al no ser reconocida la disolución del matrimonio anterior por tratarse de un matrimonio revocable. En contraposición nos encontramos con un Auto del Tribunal Supremo, de 31 de julio de 2000<sup>144</sup>, donde se reconoce y se ejecuta una sentencia de divorcio revocable otorgada en El Cairo, argumentando 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 y su esposo, D. Rodolfo. Sin embargo, no puede desconocer esta Sala el dictamen aportado a las actuaciones, en el que dos

<sup>144</sup> ATS 1194/2000, de 31 de julio.



jurisconsultos que lo suscriben certifican que en el caso objeto de estudio se ha producido la ruptura definitiva del vínculo conyugal, de donde se sigue que ha desaparecido ese tinte de condicionalidad inherente al carácter inicialmente revocable de la resolución por reconocer, y, consecuentemente, el obstáculo para la homologación de sus efectos derivado tanto de su falta de firmeza como de la inestabilidad y falta de seguridad y certeza exigible en las resoluciones propias del estado civil de las personas. Y desde el punto de vista de la desigual capacidad que el ordenamiento islámico confiere a los cónyuges ya divorciados para retomar el estado de casados, no cabe desconocer tampoco, que es la parte que vería menoscabados sus derechos, la que solicita el reconocimiento de la resolución extranjera, de forma que tal circunstancia, unida al carácter definitivo de la disolución del vínculo, convierte ese menoscabo en irrelevante, bien por no exigirse tutela alguna frente a él, bien, en fin, por no ser actual sino pretérito y no subsistir los efectos o consecuencias lesivas de los derechos fundamentales.

Esta misma opinión sigue la DGRN en su Resolución de 24 de mayo de 2000 y el Tribunal Supremo en su Auto de 21 de abril de 1998<sup>145</sup>, en un divorcio revocable egipcio, una vez ha expirado el plazo para la revocación sin que haya tenido lugar.

Tribunal consideró que la apariencia se correspondía con la realidad y, en consecuencia, denegó el exequátur por considerarlo contrario al orden público (AATS de 6 de febrero de 1996, RAJ 1998\7192; 23 de julio de 1998, RAJ 5337).

### 3.3.3. Repudio

El repudio es una figura típica de los ordenamientos jurídicos inspirados en el Islam, es una forma de disolución del matrimonio de una manera rápida y económica.

Podemos diferenciar dos tipos de repudio, el *talaq* y el *khol*, cuya diferencia radica en que el *talaq* solo puede ser promovido por el hombre sin que exista una justa causa para ello, ni tampoco precisa el consentimiento de la mujer.

<sup>145</sup> ATS 3563/1998, de 21 de abril.

Mientras que el *khol*, puede ser promovido también por la mujer, mediante el mutuo consentimiento de los cónyuges y debe concurrir una compensación, generalmente pecuniaria. Sin embargo, la mujer solo podrá ejercitar esta posibilidad cuando así se haya expuesto expresamente en el contrato matrimonial, mediando normalmente una compensación económica para el marido por su utilización. Es mucho más habitual en la práctica el *talaq*.

Sus caracteres principales son:

- Discriminatorio: ya que se trata en la mayor parte de los casos de una renuncia llevada a cabo de manera unilateral por el varón, que al margen de los procedimientos judiciales, en privado, sin necesidad de la presencia de la esposa, pronuncia unas palabras rituales mediante las cuales repudia a la esposa. En el caso de la Ley egipcia, este repudio puede ser comunicado a la esposa, y esta puede dar su aprobación o denegarlo.
- Revocable: en la mayor parte de los casos este es revocable hasta en tres ocasiones, concediéndole al hombre un periodo de reflexión para poder revocar su decisión. El Derecho marroquí concede un plazo para revocarlo de tres meses. Transcurrido el plazo, el repudio se convierte en irrevocable.
- Privado: basta con que el hombre, en la mayoría de los casos, pronuncie su intención de repudiar a su esposa de una manera privada, sin la intervención de un procedimiento judicial, las palabras rituales ante dos testigos. Aunque en algunos estados sí que se requiere que el repudio sea homologado por un fedatario público o un adul, y en otros es necesaria una autorización judicial previa para su realización.

El repudio es por tanto, un acto generalmente revocable y discriminatorio. En cuanto a la revocabilidad del repudio ya hemos señalado anteriormente lo que ocurre en nuestro país con los divorcios revocables, y en cuanto a su nota de discriminación hacia las mujeres, esta choca radicalmente con el orden público internacional español, como puede deducirse de las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Murcia en 2003<sup>146</sup> y de Málaga de 2014<sup>147</sup>.

<sup>146</sup> SAP de Murcia 1286/2003, de 12 de mayo.

<sup>147</sup> SAP de Málaga 1452/2014, de 22 de abril.

Sin embargo, sí que existen casos en los que el repudio es aceptado por las autoridades españolas:

- Cuando la mujer acepta la disolución del matrimonio mediante el repudio y renuncia con ello a ser protegida.
- Si la mujer fue la que solicitó el repudio. Podemos encontrarnos ante este supuesto en el Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998<sup>148</sup>, mediante el cual se otorga a solicitud de la mujer exequátur al acta de divorcio revocable otorgada por Notarios de la Oficina Notarial de los Estatutos Personales en el Cairo (Egipto) entre un ciudadano de nacionalidad egipcia y una española, quienes habían contraído matrimonio en dicho país.

#### 3.3.4. Efectos de Sentencias extranjeras de separación, nulidad y divorcio en España en el Reglamento 2201/2003

Es nuestro país, producirán efectos las Sentencias que se dicten en el extranjero siempre que estas sean reconocidas en España. En primer lugar habrá que acudir al Reglamento 2201/2003 por prevalecer el mismo ante Convenios internacionales que pueda tener España con otros países en esta materia. Pero este Reglamento prevalecerá ante las resoluciones dictadas por los países que forman parte del Reglamento en materia de reconocimiento de sentencias sobre separación, nulidad y divorcio, por lo tanto, el requisito para aplicar el Reglamento, es que las decisiones hayan sido dictadas por las autoridades de un Estado miembro, sin embargo quedará excluidas las resoluciones producidas por autoridades religiosas.

Este Reglamento lo que trata de realizar con esto es facilitar el movimiento de personas dentro del espacio de la Unión Europea.

Existen tres tipos de reconocimiento<sup>149</sup>:

- Reconocimiento incidental: se produce cuando la autoridad que tiene competencia para reconocer la resolución en nuestro país coincide con la autoridad competente para conocer el asunto en materia matrimonial.

<sup>148</sup> ATS 3563/1998, de 27 de enero

<sup>149</sup> Elisabet REINA MONTES. Crisis Matrimoniales en el Derecho Internacional Privado español. Págs. 23 y 24.

Debiéndose producir un control por parte de la autoridad extranjera para posteriormente otorgar a la resolución la condición de cosa juzgada y que esta sea vinculante para el juez español. Los efectos de este procedimiento se agotan en el mismo proceso en el que se insta. La consecuencia de ello será que uno de los cónyuges pueda instar al reconocimiento incidental de la resolución impidiendo que se pueda volver a conocer sobre el asunto. Se podrá rechazar por producirse una contradicción expresa contra el orden público internacional español, por vulnerar los derechos de defensa, por tratarse de una Resolución inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado miembro requerido, o por tratarse de una Resolución inconciliable con otra dictada con anterioridad en otro Estado miembro o en un Estado no miembro en un litigio entre las mismas partes.

- Reconocimiento por homologación: los jueces de primera instancia en España podrán realizar un reconocimiento *erga omnes* para desvanecer las dudas sobre el reconocimiento para poder disipar las dudas sobre el reconocimiento de la resolución en materia matrimonial. O, por el contrario, realizar una acción para obtener el no reconocimiento de la resolución extranjera. En estos casos se siguen los trámites del exequátur.
- Exequátur: La excepción por la que se aplica para el exequátur el Reglamento 2201/2003, en materia de separación judicial, nulidad y divorcio, se produce en las resoluciones en materia de responsabilidad parental sobre menores. La sentencia podrá obtener el exequátur. La resolución sobre la solicitud de declaración de ejecutoriedad puede ser recurrida con base en los artículos 33 y 34 del Reglamento<sup>150</sup>.

---

<sup>150</sup> El día 6 de julio de 2019 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el “Reglamento UE 2019/1111 de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores”, que sustituirá en estas materias al vigente Reglamento UE 2201/2003 (Bruselas II bis) cuando entre en vigor, lo que ocurrirá el día 1 de agosto de 2022.

### 3.3.5. Efectos de las Sentencias extranjeras de separación, nulidad y divorcio en los Convenios Bilaterales

Existen una gran cantidad de Convenios bilaterales ratificados por España con otros Estados, pero desde que entró en vigor del Reglamento 2201/2003 solo tienen validez los Convenios firmados con Suiza, Colombia, Marruecos, Túnez y otros pocos más.

### 3.3.6. Efectos de las Sentencias extranjeras en España y normas española de producción interna

La Ley de Cooperación Jurídica Internacional<sup>151</sup> en materia civil incorpora una noción muy extensa de la expresión “cooperación jurídica internacional” y regula no solo la cooperación en sentido estricto, si no entre muchos otros supuestos, la ejecución de resoluciones judiciales y documentos públicos extranjeros<sup>152</sup>. De acuerdo con el profesor Francisco Garcimartín<sup>153</sup>, aunque serán sólo susceptibles de reconocimiento y ejecución las decisiones extranjeras firmes, o definitivas si se trata de decisiones extranjeras derivadas de procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Por el contrario, las sentencias provisionalmente ejecutivas en el Estado de origen no se podrán ejecutar en España, ni siquiera cuando el interesado preste caución. Esta opción parece razonable si pensamos que se trata de sentencias provenientes de Estados con los que no tenemos ningún tipo de convenio y, por consiguiente, con los que tiene sentido no desplegar el aparato de ejecución coactiva español mientras la resolución sea susceptible de modificación en el Estado de origen.

Cuando la sentencia es contraria al orden público internacional español, a diferencia de los textos supranacionales, la LCJl no necesita que se trate de una oposición ostensible, y por tanto considera que esta cláusula de orden público internacional sea considerado una excepción.

<sup>151</sup> Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

<sup>152</sup> Título V de la LCJl.

<sup>153</sup> Francisco Garcimartín. Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España.

La interpretación de orden público internacional del artículo 46 LCJIC<sup>154</sup> en este caso debe hacerse en conjunto con el artículo 48 de la misma<sup>155</sup>, que prohíbe la revisión en cuanto al fondo de la resolución extranjera<sup>156</sup>. Y es que el orden público como causa de denegación del reconocimiento no puede apoyarse en la existencia de distintos resultados, ni al hecho de que los tribunales españoles hubieran llegado a otra solución o hubieran obrado de otro modo; si no a la posibilidad de que el reconocimiento de dicha resolución pueda afectar al conjunto de principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico<sup>157</sup>.

### 3.3.7. Efectos en España de divorcios extranjeros sin intervención judicial

En este asunto podemos distinguir entre divorcios realizados por autoridades públicas no judiciales, divorcios privados por autoridades públicas extranjeras o divorcios privados pactados por las partes sin intervención de ninguna autoridad.

En este supuesto las autoridades que otorgaran el divorcio serán los notarios (ATS sobre actas notariales en Cuba<sup>158</sup>), alcaldes, autoridades civiles (ATS sobre autoridades municipales de Japón<sup>159</sup>), autoridades administrativas (ATS sobre autoridades administrativas de Dinamarca<sup>160</sup> o México<sup>161</sup>), Ministerio de Justicia y Asuntos Eclesiásticos o autoridades registrales. Estos divorcios producirán efectos en España si concurren las siguientes circunstancias:

---

<sup>154</sup> Art. 46 LCJIC. Causas de denegación del reconocimiento. 1. Las resoluciones judiciales extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público.

<sup>155</sup> Art. 48 LCJIC. Prohibición de revisión del fondo. En ningún caso la resolución extranjera podrá ser objeto de una revisión en cuanto al fondo. En particular, no podrá denegarse el reconocimiento por el hecho de que el órgano judicial extranjero haya aplicado un ordenamiento distinto al que habría correspondido según las reglas del Derecho Internacional privado español.

<sup>156</sup> J.J. Álvarez Rubio, "Artículo 48. Prohibición de revisión del fondo." en F.P. Méndez, G. Palao Moreno (Dir.): Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, Tirant lo Blanch-Registadores de España, Valencia 2017, pp. 562 (560-571.)

<sup>157</sup> A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, Derecho Internacional. Pág. 435.

<sup>158</sup> ATS 1851/1999, de 23 de febrero.

<sup>159</sup> ATS 2406/1999, de 18 de mayo.

<sup>160</sup> ATS 2155/2000, de 31 de octubre.

<sup>161</sup> ATS 7735/2003, de 15 de julio.

- Deben ser decisiones que corresponde dictar a los tribunales de justicia en España.
- La autoridad extranjera comprobará la legalidad del acto y no una función de mero fedatario de la voluntad de las partes.
- La autoridad extranjera debe ser una autoridad pública o estatal y no una autoridad privada.

Un supuesto especial en el que se han manifestado resoluciones dispares por parte de la jurisprudencia es el de los adules marroquíes. Los adules de acuerdo con el Derecho islámico realizan las mismas funciones que en España hace un notario. Veíamos como un Auto del Tribunal Supremo de 1996<sup>162</sup> denegaba exequátur de un divorcio autorizado por un adul y ese mismo año otro Auto<sup>163</sup> sí lo admitía. Sin embargo esta disparidad de criterio terminaría en 2015 con la entrada en vigor de la Ley de jurisdicción voluntaria<sup>164</sup>, en cuya disposición final primera modifica el artículo 87 CC<sup>165</sup>, atribuyendo competencias en materia de disoluciones matrimoniales al notario que hasta ese momento correspondían al juez, e introduciendo la posibilidad de la obtención del divorcio fuera de las vías judiciales, haciendo de esta manera que el adul quede legitimado para otorgar actas de disolución matrimonial.

---

<sup>162</sup> ATS 364/1996, de 6 de febrero.

<sup>163</sup> ATS 1653/1996, de 17 de septiembre.

<sup>164</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria

<sup>165</sup> Art. 87 CC. 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. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio.

## 4. Conclusiones

Tras el análisis del concepto de orden público internacional y su aplicación en las diferentes situaciones que pueden surgir dentro del Derecho de familia internacional, podemos exponer las siguientes conclusiones desde el más estricto pensamiento personal.

En primer lugar entendemos el orden público internacional como una de los mayores instrumentos para salvaguardar los principios básicos e inquebrantables de un Estado, convirtiéndose en un mecanismo de protección de su sociedad. Es necesario la existencia de un orden público internacional debido a la cada vez más multiculturalidad que se produce dentro de la Unión europea, como dentro de nuestras propias fronteras.

Entendemos el orden público internacional como un elemento que no se mantiene fijo e inalterable en el tiempo, sino que sufre una evolución a la par que lo hacen las costumbres y los principios jurídicos básicos de nuestro ordenamiento.

De igual manera, la aplicación del orden público por nuestros tribunales tampoco se hace de forma uniforme e inalterable, sino que en multitud de ocasiones el orden público se aplica de una manera más flexible, adecuando su mayor o menor grado de empleo al caso concreto, valorando en multitud de ocasiones otros intereses que son más necesarios de salvaguardar por encima del orden público internacional español, como hemos visto que puede ser el caso de los intereses de los menores.

Con el paso del tiempo también hemos podido observar cómo tanto la doctrina como la jurisprudencia, ha ido modificando su forma de actuar ante situaciones que pudieran vulnerar nuestro orden público internacional, cambiando su criterio y adecuándose a una realidad donde cada vez nos encontramos con más relaciones familiares en las que media un elemento de extranjería, ya que debido a la existencia de un mundo cada vez más global y multicultural las relaciones entre personas de diferentes Estados son cada vez más comunes, tanto por las migraciones que se producen entre los diferentes países como por la cada vez mayor red de telecomunicaciones que tenemos a nuestro alcance.



Esto ocasiona que figuras muy alejadas de nuestro ordenamiento tengan cada vez mayor repercusión dentro de nuestra jurisprudencia y esta se ve obligada a actuar de una forma más flexible, quizá, bajo mi punto de vista, en algunas ocasiones de una manera demasiado flexible, dando cabida a supuestos que se alejan completamente de nuestros principios básicos como sociedad. En otras ocasiones, y siempre bajo mi punto de vista, se produce una aplicación del orden público internacional de una manera demasiado restrictiva e incluso sin la existencia de un criterio demasiado claro entre nuestros diferentes tribunales, lo que da lugar a sentencias o resoluciones un tanto dispares.

También se ha tratado de llevar a cabo una armonización entre los ordenamientos de algunos otros Estados con ideologías y legislaciones que en nada tienen que ver con la nuestra, a través de Convenios internacionales en algunas materias, que dan entrada en nuestro país a figuras que en un principio pudiera ser consideradas bastante alejadas de los principios básicos de nuestro ordenamiento, lo que tiene como consecuencia la aplicación de una manera más atenuada del orden público internacional español.

Si bien considero que la forma más sencilla de solventar las diferencias interculturales y legislativas que surgen dentro de las relaciones de las que se ocupa el Derecho de familia internacional es a través del orden público internacional, que es la mejor forma de salvaguardar nuestros principios legislativos fundamentales, quizá muchos de los problemas que pueden tener lugar tienen una sencilla respuesta si ese orden público internacional se introduce de una manera atenuada.

Como es el caso de la poligamia, una figura tan alejada de nuestro ordenamiento jurídico y que sin embargo, a través del orden público internacional atenuado hace que se produzcan efectos jurídicos propios de ese tipo de matrimonio en nuestro país, a través de resoluciones como son las que se producen con relación a las pensiones de viudedad, donde si bien la poligamia no se reconoce como forma legal de matrimonio, si que despliega sus efectos posibilitando que todas las viudas de un hombre polígamo compartan su pensión de viudedad.

En definitiva, si bien la cláusula de orden público internacional es una figura que tradicionalmente ha operado en nuestro sistema legislativo y judicial, y del

que extensamente se ha encargado nuestra jurisprudencia y doctrina a lo largo de los años, es una figura del Derecho internacional privado que cada vez tiene mayor repercusión e importancia, interviniendo en multitud de situaciones que este mundo tan globalizado y multicultural produce. Institución que seguirá operando a lo largo de los años sin que se pueda predecir una fecha de caducidad de su actuación, puesto que las diferencias que existen entre las diferentes culturas y estados difícilmente veo que sean subsanables, sino que incluso en algunos principios o ideas la brecha será cada vez mayor con el paso del tiempo, dotando quizá de una mayor relevancia al orden público dentro del Derecho internacional privado.

## 5. Referencias bibliográficas

- ABARCA, PALOMA. La excepción de orden público en el Convenio de Bruselas. UNED boletín de la facultad de Derecho nº 4.
- ACEBAL PEREZ, M<sup>a</sup> DE LOS REYES Y SERRANO, M<sup>a</sup> ANGELES. El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado. Noticias jurídicas, 7 de octubre de 2016.
- ACEDO PENCO, ANGEL. El orden público como límite a la autonomía de la voluntad en la doctrina y la jurisprudencia. Dialnet. Págs. 327-391.
- ADAM MUÑOZ, M. D. (2012). Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en el Derecho internacional privado español. *Estudios de Deusto*, 56(2), 191. [https://doi.org/10.18543/ed-56\(2\)-2008pp191-216](https://doi.org/10.18543/ed-56(2)-2008pp191-216).
- ADAM MUÑOZ, M<sup>a</sup> DOLORES. Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en el Derecho internacional privado español. ISSN: 0423 - 4847, Vol. 56/2, Bilbao, julio-diciembre 2008, págs. 191-216.
- AGUILAR BENÍTEZ DEL LUGO, MARIANO. Ius Nubendi y orden público matrimonial. Dialnet. Boletín núm. 1862. Págs. 5-27.
- ALBALADEJO, M. Curso de derecho civil, IV. derecho de FAMILIA (12<sup>o</sup> ED.)
- ALVAREZ GONZALEZ, SANTIAGO. ¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado? La gobernanza del interés público global, XXV Jornadas de Profesores de Derecho internacional y relaciones internacionales, Madrid, 2015, pp. 146-181.
- ALVAREZ GONZALEZ, SANTIAGO. Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo. 2009, Estudios de Derecho de familia y de sucesiones, (S. Álvarez González, ed.), Santiago de Compostela.
- B. AUDIT, Droit international privé, Economica, París, 4<sup>a</sup> ed.

- BARBER CÁRCAMO, R. (2010). Reproducción asistida y determinación de la filiación. *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja (REDUR)*, 8, 25. <https://doi.org/10.18172/redur.4065>
- BARBER CÁRCAMO, RONCESVALLES. Reproducción asistida y determinación de la filiación. REDUR 8, diciembre 2010, págs. 25-37. ISSN 1695-078X.
- BEDMAR, V. L. (2013). *Las “Petites Bonnes” marroquíes: causas consecuencias socioeducativas | Educatio Siglo XXI*. Revistas UM. <https://revistas.um.es/educatio/article/view/175201>
- BENOT, A. R. (2015). *Manual de Derecho Internacional privado (Derecho - Biblioteca Universitaria De Editorial Tecnos)* (edición ed.). Tecnos.
- BORRAS RODRIGUEZ, BOUZA VIDAL, GARCIMARTIN ALFEREZ Y VIRGOS SORIANO. Legislación básica de Derecho internacional privado. Tecnos, 30 edición, 2020.
- CALERO, F. J. S. (2020). *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y Sucesiones*. Tirant Lo Blanch.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, derecho Internacional Privado y matrimonio del mismo sexo. *Anales de Derecho*. Universidad de Murcia. Número 23 2005. Págs.11-70.
- CALVO, FLORA. ¿Es posible constituir en España una adopción sobre la base de la kafala islámica? *Confilegal*, 30 de noviembre de 2016.
- CARAVACA, C. A. C. G. (2014b). *DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. VOLUMEN II*. (15.<sup>a</sup> ed.). Editorial Comares.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2020). *Derecho Internacional Privado - volumen II*. Editorial Comares.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2020). *Derecho Internacional Privado, vol I*. Editorial Comares.
- CARRASCOSA GONZALEZ, J. Nuevos modelos de familia y Derecho Internacional Privado en el siglo XX. *Anales de la Universidad de Murcia* núm. 21, 2003. Págs. 109-143.

- CARRILLO CARRILLO, BEATRIZ. La adopción internacional en España. ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia. Número 21. 2003. Págs. 145-192.
- CARRILLO POZO, LUIS F. crisis matrimoniales, imperatividad de la norma de conflicto y Derecho extranjero. Cuadernos de Derecho transnacional. Octubre 2008. Volumen 10 nº 2. Págs. 249-275.
- CARRILLO POZO, LUIS. Crisis matrimoniales, imperatividad de la norma de conflicto y derecho extranjero. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 249-275.
- CASTILLO MARTINEZ, CAROLINA. Magistrada-juez titular del Juzgado núm. 4 de Castellón. La gestación por sustitución y el problema de su acceso al Registro Civil español. Lefevre 11 de junio de 2020.
- CERVILLA GARZÓN, M. <sup>A</sup>. J. (2019). Identidad islámica y orden público: los efectos del matrimonio poligámico en el Sistema Español de Seguridad Social = Islamic identity and public order: the effects of polygamic marriage in the Spanish Social Security System. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 11(1), 235. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4619>
- CERVILLA GARZON, M<sup>a</sup> DOLORES. La aplicabilidad de las normas del código de familia marroquí (la mudawana) que regulan el divorcio en España: el filtro constitucional. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2018), Vol. 10, Nº 1, pp. 144-163.
- CERVILLA GARZON, MARIA DOLORES. TRANSEXUALIDAD. Cambio de sexo y derecho a contraer matrimonio, a propósito de la Resolución de la DGRN de 8 de enero de 2001. La Ley: Revista española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 2001.
- CICCIONE, BEATRICE. La ejecución en España de sentencias de un país miembro de la Unión Europea. Röld & Partner. Blog área legal, 7 de febrero de 2019.
- CUDDY, A. (2019, 19 febrero). *¿Dónde es legal la gestación subrogada en Europa?* euronews. <https://es.euronews.com/2018/09/13/donde-en-europa-es-legal-la-gestacion-subrogada>

- DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> DEL PILAR. La kafala islámica en España. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2010), Vol. 2, N<sup>o</sup> 1, pp. 140-164.
- FATWA núm. 109271. La invalidez del matrimonio sin el consentimiento del walí. Islamweb.net. <https://www.islamweb.net/es/fatwa/109271/La-invalidez-del-matrimonio-sin-el-consentimiento-del-wali>
- FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2018). Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(151), 1-28. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2018.151.12291>
- FERNANDEZ ROZAS, JOSE CARLOS. (2017, 21 noviembre). *Necesidad de ser declara ejecutiva por un Tribunal español un «acta de divorcio revocable» pronunciada en Marruecos*. El Blog de José Carlos Fernández Rozas. <https://fernandezrozas.com/2017/11/22/necesidad-de-ser-declara-ejecutiva-por-un-tribunal-espanol-un-acta-de-divorcio-revocable-pronunciada-en-marruecos/>
- FUENTES CAMACHO, VICTOR. Derecho Internacional Privado. 9<sup>a</sup> ed., marzo 2016. Capítulo VI. Persona.
- GARCIMARTIN, FRANCISCO. Lecciones: reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en España. Almacén de Derecho, 10 de septiembre de 2015.
- GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO. El exequátur ante el tribunal supremo (un repaso de la jurisprudencia reciente). [https://eprints.ucm.es/15918/1/2000\\_El\\_exequatur\\_ante\\_el\\_Tribunal\\_Supremo.pdf](https://eprints.ucm.es/15918/1/2000_El_exequatur_ante_el_Tribunal_Supremo.pdf).
- GUILLERMO, E. M. C. I. B. J. L. P. M. (2020). *Derecho internacional privado*. Editorial Tirant lo Blanch.
- Iberley. El valor de la confianza. (2019, 23 octubre). *Delito de matrimonio forzado*. Iberley, Información legal. <https://www.iberley.es/temas/delito-matrimonio-forzado-63602#:~:text=%221.,o%20de%20los%20medios%20empleados>.
- IUD, CAROLINA. Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia. Ley Online AR/DOC/2643/2013.

- IUD, CAROLINA. Los matices del orden público internacional en las relaciones de familia. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, Año V, Nº 8, septiembre 2013, LL, septiembre d 2013, págs. 43751.
- JUAREZ PEREZ, PILAR. Consolidación de una lúcida doctrina judicial sobre poligamia y pensión de viudedad: la STSJ de Andalucía de 24 de mayo de 2018. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2019), Vol. 11, Nº 1, pp. 801-806. ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt) - DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4653801LA>
- Jurídicas, N. (2016, 23 diciembre). *Análisis del fenómeno de los matrimonios forzados desde la perspectiva jurídico penal*. Noticias Jurídicas. <https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/11526-analisis-del-fenomeno-de-los-matrimonios-forzados-desde-la-perspectiva-juridico-penal/>
- MAGALLÓN ELÓSEGUI, N. (2019). Reconocimiento y ejecución parcial de resoluciones judiciales extranjeras y orden público en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Comentario al auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 2ª) núm. 120/2018, de 9 de marzo = Partial recognition and enforcement of foreign decisions and public order under the Spanish Act on International Judicial Cooperation in civil matters. Comment on the act of the Spanish Court of Appeal of Guipúzcoa (Section 2) number 120/2018, Of 9th march. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 11(1), 834. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4657>
- MONTALVO ALBIOL, JUAN CARLOS. Concepto de orden público en las democracias contemporáneas. *RJUAM*, nº 22, 2010-II, pp. 197-222.
- MOTA, C. E. (2016). *Las crisis matrimoniales*. Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5901062>
- NAVARRO VALLS, RAFAEL. Divorcio: orden público y matrimonio canónico. Eficacia en España de las sentencias extranjeras de divorcio. Editorial Montecorvo 1972.
- NAVARRO VALLS, RAFAEL. Poligamia y orden público. *El Mundo*, 6 de febrero de 2018.

- NIETO CRUZ, A. (2020). Discriminación de la mujer en el Derecho de familia islámico y orden público = Discrimination of women in Islamic Family Law and public order. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 12(1), 286. <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5190>
- ORTEGA, MIGUEL ANGEL. Orden público: unidad axiológica, espacio europeo. Universidad de Sevilla.
- P.LOTTI, L'ordine publico internazionale. Editore Giuffrè, 2005.
- P.MAYER/V.HEUZE. Droit international privé, 2004.
- Real Academia de la Lengua. Diccionario de la lengua española (23ª edición).
- REINA MONTES, ELISABET. Crisis matrimoniales en el Derecho Internacional Privado español. Uco.
- RODRÍGUEZ, A. H. (2014). *Determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿hacia una nueva regulación legal en España?* Dialnet. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5008692>
- ROZAS, L. S. C. J. F. (2020). *Derecho internacional privado (Papel + e-book)*. Civitas.
- SÁNCHEZ CANO, Mª JESÚS. Hacia la recuperación de la adopción simple en el derecho español. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2018), Vol. 10, Nº 2, pp. 642-675.
- Santaolalla Montoya, C. (2019a). El exequátur en los procesos de jurisdicción voluntaria: el orden público y el triunfo del interés superior del menor = Exequatur in voluntary jurisdiction proceedings: public order and the triumph of the best interests of the child. *Cuadernos de derecho transnacional*, 11(1), 929. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4667>
- SANTAOLALLA MONTOYA, C. (2019b). El exequátur en los procesos de jurisdicción voluntaria: el orden público y el triunfo del interés superior del menor = Exequatur in voluntary jurisdiction proceedings: public order and the triumph of the best interests of the child. *Cuadernos de derecho transnacional*, 11(1), 929. <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4667>



- SILVA, J. A. (2005). CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza (coord.), El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 1(5), 109-143. <https://doi.org/10.22201/ijj.24487872e.2005.5.136>
- *Sobre los matrimonios forzados*. (2020, 13 agosto). El Derecho. <https://elderecho.com/sobre-los-matrimonios-forzados-2>
- TENCONI, JUAN CARLOS. El orden público internacional. Academia.
- Texto en BIMJ número 1185.
- Texto en BIMJ número 2065.
- TORDESILLAS ESCUDERO, E. (2016b). El matrimonio entre personas del mismo sexo en derecho internacional privado. Derechos civiles y Derechos Humanos afectados en diferentes países. *UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, 0(24), 11-70. <https://doi.org/10.20318/universitas.2016.3177>
- UNIR, V. (2020, 28 septiembre). *Derecho de familia, ¿en qué consiste esta especialidad?* UNIR. <https://www.unir.net/derecho/revista/derecho-de-familia/>
- VALVERDE MARTÍNEZ, M. J., & CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2018). Poligamia en Marruecos y pensión de viudedad en España. El Tribunal Supremo y el orden público internacional atenuado = Poligamy in Morocco and pension in Spain. The Spanish Supreme Court and the public policy exception. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 10(2), 718. <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4396>
- VARGAS GOMEZ-URRUTIA, MARINA. Matrimonio polígamo, orden público y extranjería. UNED. Revista de Actualidad Laboral, núm. 33. Págs. 531-601.
- VILLATA MICUESA, AURA ESTHER. El interés superior de los menores es de orden público. Observatorio digital, 20 de junio de 2018.
- ZAPPALÁ, F. (2015). Auténtico orden público internacional desde la óptica del arbitraje internacional. *Revista de Derecho Público*, 34, 1-25. <https://doi.org/10.15425/redepub.34.2015.33>.

## 6. Fuentes normativas

- Código Civil de Cataluña.
- Código Civil español.
- Constitución Española de 1978.
- Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- Convenio sobre Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos.
- Declaración de la Organización de Naciones Unidas sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de 1993.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- LDIPr Belga de 2004.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida.
- Ley 15/01 B.O de 5 de septiembre de 2002. Marruecos.
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 21/1987, de 11 de noviembre, de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción.
- Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional.
- Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.
- Real Decreto 987/2015, de 30 de octubre de 2015.
- REGLAMENTO (CE) No 2201/2003 DEL CONSEJO de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000.

- Reglamento (UE) 2019/1111 Del Consejo de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

## 7. Fuentes jurisprudenciales

- ADGRN de 14 de abril 1997.
- ADGRN de 27 de mayo 1994.
- ADGRN de 4 de abril 1997.
- ADGRN de 7 de octubre 1997.
- ADGRN de 1995, de 30 de mayo.
- ATC de 11 de julio de 1994. ROJ 222/1994.
- ATS 3563/1998, de 27 de enero.
- ATS 1032/1996, de 16 de julio.
- ATS 1194/2000, de 31 de julio.
- ATS 1653/1996, de 17 de septiembre.
- ATS 1851/1999, de 23 de febrero.
- ATS 2155/2000, de 31 de octubre.
- ATS 2406/1999, de 18 de mayo.
- ATS 3563/1998, de 21 de abril.
- ATS 364/1996, de 6 de febrero.
- ATS 7735/2003, de 15 de julio.
- ATS de 23 de julio de 1998, RAJ 5337.
- ATS de 6 de febrero de 1996, RAJ 1998\7192.
- RDGRN de 10 junio 1999, RDGRN 27 junio 1992.
- RDGRN de 14 de febrero de 1998.
- RDGRN de 17 de febrero de 1983.
- RDGRN de 21 de abril de 1998.
- RDGRN de 25 marzo de 1998.
- RDGRN de 26 de abril de 1984.
- RDGRN de 4 de diciembre de 2002.
- RDGRN de 14 de diciembre de 2000.
- RDGRN de 14 mayo de 2001.
- RDGRN de 15 de junio de 2004.
- RDGRN de 21 de enero de 1996.
- RDGRN de 21 de noviembre de 2008.
- RDGRN de 22 de febrero de 2004.
- RDGRN de 24 de enero de 2005.

- RDGRN de 24 de enero de 2005.
- RDGRN de 26 de mayo de 2006.
- RDGRN de 29 de junio de 2005.
- RDGRN de 4 de febrero de 1997.
- RDGRN de 4 junio de 2001.
- RDGRN de 5 febrero de 1998.
- RDGRN de 8 de enero de 2001.
- RDGRN de 8 de enero de 2001.
- RDGRN de 18 de febrero de 2009.
- Resolución A3-0028/94 del 8 de febrero de 1994, DOCE 28 de febrero de 1994.
- Resolución-circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.
- Resolución-circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.
- Resolución-circular de 29 julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.
- RGDRN de 17 de marzo de 1982.
- SAP Barcelona 2469/2017, de 21 de marzo.
- SAP de Málaga 1452/2014, de 22 de abril.
- SAP de Murcia 1286/2003, de 12 de mayo.
- SAP Girona de 2 octubre 2002.
- SAP Navarra de 12 junio 2002.
- Sentencia Administrativo Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 6, Rec 6358/2002 de 19 de Junio de 2008.
- Sentencia del TJUE, de 8 de noviembre de 2012.
- SJPI de Valencia, de 15 de septiembre 2010
- ST del Juzgado social de La Coruña de 13 de julio de 1998.
- STC de 27 mayo de 1994.
- STEDH de 26 de junio de 2014, caso Labassee c. Francia, recurso nº 65941/11.

- 
- STEDH de 26 de junio de 2014, caso Mennesson contra Francia, recurso nº 65192/11.
  - STJ de Cataluña, de 9 de marzo de 2015, ROJ 1613/2015.
  - STJ de Madrid, de 18 de octubre de 2012, ROJ 13355/2012.
  - STJ del País Vasco, de 13 de mayo de 2014, ROJ 22/2014.
  - STJ del Principado de Asturias, de 20 de septiembre de 2012, ROJ 3514/2012.
  - STS 2141/1991 de 19 de abril.
  - STS 2141/1991.
  - STS 2311/2000, de 22 de marzo.
  - STS 289/2000, de 22 de marzo.
  - STS 4150/2019, de 17 de diciembre.
  - STS 451/1979, 31 de diciembre.
  - STS 4665/1987, de 2 de julio.
  - STS 4665/1987.
  - STS 835/2013, 6 de Febrero de 2014.
  - STS de 26 de febrero de 2010.
  - STS de 5 de abril de 1966.
  - STSJ de Andalucía 1589/2018, de 24 mayo.
  - STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003.
  - STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002.
  - STSJ de Valencia de 6 de junio de 2005.