

FILOSOFÍA DEL DERECHO Y SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Directora: MILAGROS OTERO PARGA

Catedrática de Filosofía del Derecho

**CONCEPTOS
MULTIDIMENSIONALES,
CLÁUSULAS GENERALES,
ESTÁNDARES DE CONDUCTA:
ORDEN PÚBLICO, BUENA FE,
PAUTAS DE CONDUCTA Y
DILIGENCIA**

Directores

**MARÍA PAZ GARCÍA RUBIO
JOSEP JOAN MORESO**

Coordinador

IGNACIO VARELA CASTRO



De Conflictu Legum
Grupo de Investigación

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2020

LA RELATIVIDAD ESFÉRICA DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. UNA DESCRIPCIÓN BÁSICA

SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ*

Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Santiago de Compostela

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. REPRESENTACIÓN POSITIVA. EL ORDEN PÚBLICO COMO MECANISMO TÍPICO DE DIPR: LAS CLÁUSULAS DE ORDEN PÚBLICO. 2.1. Cláusulas de orden público generales. 2.2. Cláusulas de orden público especiales. 2.3. Normas materiales imperativas, normas de aplicación necesaria, leyes de policía. 2.4. ¿Excepción de orden público sin cláusula de orden público? 3. LA NOCIÓN ESTRICTA DE “ORDEN PÚBLICO”. SU CONTENIDO. 3.1. Primera aproximación a la delimitación de su contenido. Lo cierto y lo dudoso. 3.2. Segunda aproximación a la delimitación de su contenido: la relatividad de la exclusividad estatal. 3.3. Tercera aproximación a la delimitación de su contenido: la relatividad temporal. 4. OPERATIVIDAD DE LA EXCEPCIÓN. LA VALORACIÓN DE LA CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO. 4.1. Planteamiento. 4.2. Excepcionalidad del orden público. 4.3. La operatividad casuística del orden público: la afectación de los principios superiores en el *caso concreto*. 4.4. La actualidad del orden público. 4.5. La proximidad como medida de la contrariedad: grado de heterogeneidad y proximidad. 4.6. La proximidad como medida de la contrariedad: tipo de heterogeneidad y orden público en la Unión Europea. 5. CONCLUSIONES.

* Las presentes reflexiones son la versión escrita de la ponencia que presenté en el “III Coloquio Internacional entre civilistas y filósofos del Derecho”, organizado por el Grupo De Conflicto Legum en Santiago de Compostela, los días 27 y 28 de noviembre de 2018. Su redacción la he realizado durante mi estancia como *Visiting Research Fellow* (febrero-mayo de 2019) en el *British Institute of International and Comparative Law (BIICL)*, al que expreso mi agradecimiento por las facilidades que me ha proporcionado durante este tiempo.

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los tópicos más conocidos y estudiados en la teoría del Derecho internacional privado (DIPr en adelante) es el *orden público* internacional. Hoy es difícilmente sostenible, como quizá pudo serlo antaño, que se trate de un objeto oscuro, inmanejable, si se quiere, esotérico. Es verdad que se trata de un concepto multidimensional, lo que le hace especialmente atractivo para los cultivadores de la teoría general del Derecho y de otros ámbitos en los que el uso de la misma locución (orden público) puede tener distintos significados, diversas funciones. Pero lo cierto es que tanto la abundantísima literatura sobre el orden público en DIPr cuanto la no menos abundante práctica judicial y administrativa, en España y fuera de España, por instancias nacionales y por instancias internacionales, ofrecen a día de hoy una visión clara, que es la que voy a reproducir en las líneas que siguen, y proporcionan material más que suficiente para una aproximación bien documentada desde la teoría general del Derecho. Por supuesto, que siempre se corre el riesgo de asumir puntos de partida, aparentemente asentados, pero que el tiempo va jubilandando con notoria celeridad, puesto que, como veremos, el tiempo es uno de los factores cruciales en el entendimiento de esta figura.

Intentaré estar alerta de estos peligros y haré una somera descripción del estado de la cuestión, de forma que pueda eventualmente servir de base para la discusión desde otros puntos de vista más generales, ajenos al DIPr. Se trata de una descripción básica, como adelanto en el título, pero en modo alguno simplista. En esta tarea iré de lo más evidente a lo menos evidente. De las certezas (a veces, simplemente hechos o datos, reglas positivas) a las dudas que puedan envolver al orden público en o desde el DIPr. Iré de la representación del orden público a través de las reglas positivas, muchas y variadas, hasta sus consecuencias, pasando claro está por las condiciones de su aplicación y los problemas que esta suele deparar. Nada de especial en relación con otras muchas otras normas jurídicas. Que hoy exista una visión clara del orden público no es incompatible con el sustantivo con el que he adjetivado el título de mi ponencia.

Porque, efectivamente, se trata de una descripción que ya nos dice algo importante. Que el mecanismo del orden público se articula a través de reglas que –vamos a verlo– son o pueden ser de diversa estructura y albergar contenidos distintos. Hablamos de un concepto o categoría abierta, el orden público, con un cierto grado de indefinición, que forma parte de reglas tendentes todas ellas a impedir algo que, de otra manera, estaría admitido o debería implementarse por el ordenamiento jurídico. Como se dijo en los debates de las jornadas en las que se integró esta ponencia, la regla de orden

público es del tipo “a no ser qué”, es una regla que muestra una excepción, una reserva a algo.

En esta tarea nos encontramos de sopetón con una primera necesidad: enfatizar la sinécdoque con la que lidia continuamente literatura científica y práctica judicial: a veces se habla de “orden público” como la excepción consistente en rechazar algo en un proceso aplicativo de una norma extranjera o en un proceso de reconocimiento de una realidad jurídica extranjera. El orden público en su dimensión mecánica, funcional. Hablamos de la excepción de orden público; o de la reserva de orden público; o del expediente del orden público; o del mecanismo del orden público, como una especie de instrumento conocido y común a todos los sistemas de DIPr. En otras ocasiones, sin embargo, nos encontraremos con un concepto de “orden público” que resulta una parte integrante del anterior. El que podríamos describir como orden público en una dimensión más estática (como veremos, dentro de lo que cabe, que es muy poco), identificándose como el elemento sustancial de la excepción de orden público: el *contenido* del orden público (por utilizar una terminología convencional, pero útil), que es particular y exclusivo de cada Estado (también con los matices que veremos).

En las páginas que siguen, trataré de diferenciar tres dimensiones cuya distinción es, creo yo, bastante sana. No hago, con ello, sino seguir el mandato imperativo de José María Miquel en su soberbia ponencia sobre la buena fe de la que hemos disfrutado en estas Jornadas: *distinguir, distinguir, distinguir*. Por un lado, la más global noción de orden público como mecanismo, reserva o excepción. Su mejor manifestación son las reglas positivas; las *cláusulas* de orden público. Por otro, el *contenido* del orden público, como elemento clave en el funcionamiento de aquellas cláusulas: la parte del todo, pero la parte esencial ¿qué es el orden público de un Estado?, ¿cuál su contenido? Y como tercera dimensión, una funcional: ¿cómo opera la excepción de orden público? Una dimensión que podría traducirse, con matices, en ¿cuándo la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de los efectos de una resolución extranjera, o una situación consolidada en el extranjero, resultan contrarios al orden público del Estado donde aquella o estas tienen que ser aplicadas o reconocidas, donde pretenden desplegar algún tipo de efecto propio?

El tratamiento de las tres dimensiones nos mostrará un punto de partida y, sobre todo, un punto de llegada abiertos, donde la relatividad es la característica más evidente. Una característica que sobre todo en la fase de interpretación y aplicación siempre depende de las circunstancias del caso concreto. Una relatividad que lo es en las tres dimensiones que analizaré. Una relatividad que gráficamente he titulado esférica, puesto que lo es desde cualquier punto de vista. Como he anunciado, comenzaré por el

derecho positivo, que mayormente se refiere al *mecanismo*, a la excepción de orden público en DIPr; continuaré con la delimitación de su *contenido* y concluiré con los elementos definitorios de su *funcionamiento*. Desgraciadamente, esa relatividad también afecta a la nitidez de la distinción entre las tres dimensiones. Aunque intentaré reducirla lo más posible, no siempre lo he conseguido. En todo caso, en mi exposición trataré de huir de cualquier tipo de abstracción –más que tendencia, cuando se aborda este tema– y me apoyaré de forma especial en ejemplos extraídos del Derecho positivo y de la práctica judicial y administrativa.

2. REPRESENTACIÓN POSITIVA. EL ORDEN PÚBLICO COMO MECANISMO TÍPICO DE DIPR: LAS CLÁUSULAS DE ORDEN PÚBLICO

2.1. Cláusulas de orden público generales

Como he adelantado, a efectos operativos, es importante diferenciar el *contenido* del orden público de las llamadas *cláusulas* de orden público: estas serían la regla positiva que canalizaría la operatividad del orden público internacional. Y resulta importante la distinción por, al menos, dos motivos. El primero es que este tipo de cláusulas presenta una configuración plural. Las hay típicamente generales (las que más están en el imaginario colectivo); generales con una adición especial; particulares o especiales; e incluso hay sectores o instrumentos jurídicos en los que no hay cláusula de orden público alguno, lo que se ha entendido (o se puede entender) como una eliminación del orden público simplemente eliminando la cláusula de orden público (aunque esta comprensión también es, como más adelante veremos, relativa). En este apartado me detendré sucintamente en las cláusulas de orden público generales.

Y nada como partir de la representación positiva del orden público para conseguir una primera idea de qué es y para qué sirve.

Cláusulas tradicionales de orden público son, por ejemplo:

- “En ningún caso tendrá aplicación la ley extranjera cuando resulte contraria al orden público”¹.

- “En ningún caso procederá el reconocimiento de una decisión extranjera de adopción simple, o menos plena, si produce efectos manifiestamente contrarios al

¹ Art. 12.3 del Código civil español.

*orden público internacional español. A tal efecto, se tendrá en cuenta el interés superior del menor*².

- *“Las resoluciones extranjeras firmes no se reconocerán: a) Cuando fueran contrarias al orden público”*³.

Como se puede apreciar, estas cláusulas de orden público describen un proceso excluyente que se apoya en un concepto jurídico indeterminado cuyo contenido hay que concretar en cada caso. Ninguna nos dice *qué es* el orden público, aunque en la segunda aparece un elemento diferenciador en torno a la idea del “interés superior del menor”. Todas dan por supuesto su contenido, o su configuración o su realidad. En la segunda, aparece también otro elemento diferencial, cual es la calificación del orden público como “internacional”. La diferencia es solo aparente. De hecho, en las otras dos esta misma calificación ha de considerarse implícita. Dada la finalidad de esta ponencia no me detendré en la distinción entre orden público interno e internacional, por ampliamente conocida⁴.

Sus consecuencias jurídicas son, en abstracto, claras: no se reconocerán resoluciones extranjeras, no se aplicará una ley extranjera. Existen otras normas que tienen las mismas o similares consecuencias: evitar que algo que puede ocurrir, llegue a ocurrir. Por ejemplo, cláusulas de orden público como la segunda y la tercera suelen ser (de hecho, ellas dos lo son) condiciones que comparten posición y tarea con otras normas también llamadas a evitar que se produzca el reconocimiento de una resolución (decisión) extranjera. Lo vemos si seguimos leyendo el art. 46 LCJIMC, de donde extraje la tercera regla, dentro del cual la cláusula de orden público es la letra a) *de entre seis, que comparten idéntica consecuencia jurídica*. La diferencia está, podemos avanzar, en el grado de concreción de sus exigencias y en el modo de valoración si concurren o no concurren en un caso determinado. Y lo mismo puede decirse de la primera cláusula reproducida. Hay otras reglas (explícitas o implícitas) que hacen que la ley extranjera no se aplique en España: por ejemplo, cuando no se haya alegado y/o probado convenientemente, es posible defender que así sea. También aquí existe una diferencia importante en cuanto a la causa que determina la no aplicación de la ley extranjera: no conocemos su contenido, no la comparamos con nada. Precisamente no la aplicamos porque (*lato sensu* hablando) la desconocemos. Algo que, como

² Art. 31 de la Ley de adopción internacional.

³ Art. 46 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (LCJIMC).

⁴ Con carácter general *vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 10.^a ed., 2018, pp. 169-170. Una distinción reciente desde otra perspectiva la hacen PERLINGIERI, G. y ZARRA, G., *Ordine pubblico interno e internazionale tra caso concreto e sistema ordinamentale*, Nápoles, 2019, pp. 54-64.

veremos, el mecanismo del orden público no admite; al contrario, la excepción de orden público exige dicho conocimiento para proceder a una evaluación de compatibilidad o no.

En todo caso, esta utilización del orden público se concibe como un freno, como una excepción a una realidad que, *prima facie*, es posible o es un antecedente del propio mecanismo del orden público: en principio, es posible el reconocimiento de resoluciones extranjeras en España. Es posible y es deseable. Aunque el punto de partida sea que tales resoluciones originariamente no despliegan efectos en España, el DIPr considera que es conveniente que los desplieguen, es conveniente el reconocimiento por múltiples razones en las que no voy a entrar. Pero no a toda costa. Solo si superan un filtro, que puede ser más o menos tupido, y que está formado, entre otras, por una condición de no contrariedad con el orden público español.

Y lo mismo ocurre con la ley aplicable. Existen normas (las llamadas normas de conflicto) que prescriben la potencial aplicación a un caso de una ley extranjera... siempre que los efectos de su aplicación no sean contrarios al orden público español. En los dos casos, tanto la ley extranjera cuanto la sentencia extranjera son *antecedentes necesarios*, cuyo contenido y efectos debemos conocer y valorar, lo que resulta especialmente importante de cara a la distinción de este orden público de otras realidades con las que tradicionalmente se ha emparentado⁵.

Así pues, tenemos reglas que utilizan el orden público como mecanismo de defensa del ordenamiento jurídico; como determinante de lo admisible y lo no admisible. Que establecen potenciales resultados negativos (“no se aplicará”, “no se reconocerá”) y que lo hacen en función de un concepto que ni definen ni describen (orden público) y de una operación que tampoco ofrece ningún manual de aplicación: la *contrariedad* de algo (los efectos del reconocimiento de una resolución o de la aplicación de una ley extranjera) con aquel concepto. Son reglas que nos exigen, al menos, esas dos tareas extra: saber en qué consiste este orden público y valorar cuándo se ve contrariado por la aplicación de una ley o el reconocimiento de una resolución extranjeras. Diferenciar, diferenciar, diferenciar.

Sobre ambas tareas desarrollaré el resto de la presentación, pero antes creo que debo alertar de que dentro de la polisemia que el orden público presenta, existen unas reglas que también en ocasiones reciben dicho nombre, que tienen una igual función delimitadora de lo aceptable y lo no aceptable, pero que ni poseen la estructura y el funcionamiento de las que he reproducido más atrás, ni precisan de esas dos tareas extra a las que acabo de

⁵ Vid. *infra* el apartado que dedico a *Normas materiales imperativas, normas de aplicación necesaria, leyes de policía*.

referirme en el párrafo anterior. Son, por un lado, las que podríamos llamar *cláusulas de orden público especiales* y, por otro, las llamadas normas materiales imperativas (“internacionalmente” imperativas), normas de aplicación inmediata, normas de aplicación necesaria o *leyes de policía*, que algunos han bautizado como la “dimensión positiva” del orden público⁶, por contraposición a la “negativa” representada en las reglas que hemos visto y otras similares.

2.2. Cláusulas de orden público especiales

Efectivamente, además de las que podríamos llamar tradicionales cláusulas o reglas de orden público, se ha utilizado el mismo concepto para nombrar a otras normas que pueden ser de la misma familia, pues guardan parecidos comunes, pero tienen como carácter diferencial que no emplean en concreto la noción abierta de “orden público” y, con carácter general, no exigen una confrontación entre el orden público (el que sea) y la realidad que pretende integrarse en el ordenamiento jurídico (la ley extranjera por medio de su aplicación o la sentencia extranjera por medio de su reconocimiento y eventual ejecución). No repararé demasiado en ellas, pero sí creo que es importante traerlas a colación porque sin duda se trata de reglas que concretan qué no es aceptable para el ordenamiento jurídico del foro, para supuestos más o menos delimitados. También son reglas de “a menos que”. Lo mismo que hace la tradicional cláusula de orden público, pero liberando a esta de su relatividad, de su textura abierta. Son reglas que cumplen la misma función del orden público, pero que permiten (o exigen) una subsunción más o menos mecánica. Bien pueden considerarse reglas consecuencia de la aplicación del orden público a “grupos de casos” significativos, en los que la relatividad inherente a la cláusula general no existe o está mucho más debilitada. Es decir, tutelan objetivos similares pero *de otra manera*.

Ejemplos de este tipo son:

- “*Las resoluciones no se reconocerán: 2) cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo*”⁷.

⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 169 y pp. 145-147.

⁷ Art. 34.2 del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

- “Los Estados miembros no estarán obligados a reconocer ni a ejecutar resoluciones de las indicadas en el apartado 1 que tengan por efecto una limitación de la libertad personal o del secreto postal⁸.

- “Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”⁹.

Ciertamente, la calificación de este tipo de reglas como *cláusulas especiales de orden público* es convencional y, por lo tanto, puede ser plenamente discutible. Probablemente sea indiferente que se califiquen así o de otra manera. Son una especie de concreción del concepto jurídico indeterminado orden público y la valoración apriorística de lo que es incompatible con él, en supuestos determinados. En algunos casos, parece claro que si no existiesen la práctica no habría de resentirse, pues en su lugar operaría una cláusula general de orden público. Por ejemplo, aunque no existiera la primera regla reproducida, reconocer una resolución extranjera dictada en las circunstancias en ella señaladas sería contrario al orden público (al menos al orden público español) por atentar contra la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) del demandado. O, aunque no existiera la tercera regla reproducida, una ley extranjera que no concediese a los cónyuges igualdad de acceso al divorcio por motivos de sexo *podría ser* contraria al orden público español y dejar de aplicarse por nuestras autoridades en un caso concreto. Desde ese punto de vista, podrían considerarse manifestaciones concretas del orden público, con una abstracción y generalidad reducidas al punto de convertirlas en reglas que reclaman una menor participación activa del aplicador del Derecho. La idea subyacente podría ser que, en estos casos, en estas situaciones, la sentencia extranjera o la ley extranjera, vulnera el orden público; un orden público cuyo contenido (al contrario que en las cláusulas generales) aparece descrito en la propia regla; no es necesario ni que se determine su contenido ni que se evalúe la contrariedad¹⁰, ni que se tengan en cuenta todas y cada una de las circunstancias del caso concreto porque, por definición, las relevantes ya han sido tenidas en cuenta en el supuesto de hecho de la norma, lo que lleva aparejado un control mucho menos complicado¹¹.

⁸ Art. 25.3 del Reglamento núm. 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

⁹ Art. 10 del Reglamento (UE) núm. 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III).

¹⁰ Advierto de que la propia letra de la ley nos dice que esta afirmación no vale para la segunda regla reproducida.

¹¹ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional. Litigación Internacional*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2007, p. 625.

Esta última precisión, no significa, no obstante, que desaparezca la necesidad de evaluación de las circunstancias del caso. Por un lado, porque la propia confección de la norma así puede exigirlo. Por otro, porque la familiaridad de la norma con las clásicas cláusulas de orden público no acaba de liberarlas del todo (al menos, sin ser categórica, creo que puede defenderse tal afirmación) de aquella nota de relatividad.

Ejemplo de lo primero (la norma exige una cierta valoración del supuesto concreto) es el caso de la primera regla cuando señala “*de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse*”. Lo que ha de entenderse como una llamada a las circunstancias concretas¹², pues lo característico de esta regla es que delimita las circunstancias del supuesto de hecho, dando por supuesta una determinada concepción de la tutela judicial efectiva.

Ejemplo de lo segundo (la relatividad) son las interpretaciones contrapuestas en torno a la tercera regla reproducida (art. 10 del Reglamento Roma III). Aunque parece que su tenor es taxativo (por referirse solo a uno de los supuestos que contempla, no se aplicaría la ley extranjera discriminatoria y en su lugar se aplica la del foro) lo cierto es que si estamos ante una discriminación en abstracto (ley extranjera) o en concreto (con efectos en el caso singular) es un tema abierto¹³. De ahí la cautela con la que describí sus consecuencias en párrafos anteriores (*podría ser* contraria).

Este tipo de reglas, por último, *podría* también tener como consecuencia un efecto negativo respecto de la cláusula general de orden público, que consistiría en delimitar los supuestos en los que la cláusula general (ya) no puede actuar. Es ésta una cuestión de interpretación que depende de múltiples factores, a veces externos a las propias reglas. Así, la primera cláusula reproducida es una regla ampliamente condicionada, pormenorizadamente detallada; y esa exhaustividad nos está mandando un mensaje de que en el círculo de problemas que trata (el derecho de audiencia del demandado dentro de su derecho al acceso a la justicia y a su tutela judicial efectiva) son las circunstancias ahí mencionadas las relevantes; las que definen lo que el ordenamiento jurídico del foro soporta (o no soporta)... y no otras. Por ejemplo, la locución “*de forma tal y con tiempo suficiente...*”, fue la sustituta de la anterior “*de forma regular y con tiempo suficiente...*”. En

¹² Que se ve más clara si lo contraponemos a su precedente, donde se leía: “*de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse*”. Sobre la diferencia VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 628.

¹³ CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 18 ed., Granada, 2018, p. 278, consideran que basta la discriminación en abstracto; en sentido contrario, DIAGO DIAGO, M. P., “Inclusión de los divorcios privados en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, de 30 de abril de 2018.

este caso, el factor externo (la historia de la propia norma) nos podría estar señalando que, aunque no se haya entregado al demandado la cédula de emplazamiento o documento equivalente de *forma regular*, si se ha hecho de *forma tal...* la regla no impediría el reconocimiento, y lo más importante, la cláusula de orden público general tampoco¹⁴. Y quede constancia de que lo que me interesa es describir una *posibilidad y no una certeza*. Porque, aunque la respuesta fuese la contraria (es decir, que la regla especial de orden público no agota ni delimita negativamente el ámbito de aplicación de la regla general), el mero hecho de considerar pertinente la pregunta ya es suficiente¹⁵.

En cualquier caso, no sé cuánto afectan estas cláusulas especiales de orden público a la noción general; ni siquiera si pueden formar parte de la problemática específica de la “excepción general de orden público”. No sé si son dos especies del mismo género o no. Y he de decir que existe un menor consenso en la calificación de determinadas reglas como “cláusulas especiales de orden público”, que el que hay en la identificación de las reglas generales, por distintas que estas puedan ser. Tómense pues las anteriores reflexiones con la necesaria relatividad.

2.3. Normas materiales imperativas, normas de aplicación necesaria, leyes de policía

Dedicaré sólo unos pocos párrafos a describir lo que se ha dado en denominar *aspecto positivo* del orden público¹⁶, fundamentalmente, como en

¹⁴ Esta es una interpretación posible, aunque no necesaria y en todo caso la cláusula general de orden público seguiría siendo eficaz frente a otras posibles violaciones de los derechos de defensa (*vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *op. cit.*, p. 626)

¹⁵ Efectivamente, la Sentencia TJCE, 28 de marzo de 2000, C-7/98, *Dieter Krombach y André Bamberski*, consideró que el art. 34.2 (realmente en su antecesor) no excluía una revisión global de la contrariedad con el orden público del Estado requerido con base en la cláusula general. La respuesta fue, a mi juicio, correcta (*vid.* mis consideraciones en “Orden público y reconocimiento de resoluciones extranjeras: límites a la valoración del Juez nacional y orden público comunitario”, *Revista Jurídica Española La Ley*, núm. 5108, de 31 de julio de 2000, pp. 1-4), aunque no extensible a cualquier tipo de relación entre cláusula general de orden público y otro tipo de cláusulas especiales. Sobre esta idea en torno las relaciones de exclusión o compatibilidad entre cláusulas generales de orden público y reglas especiales de orden público *vid.*, por ejemplo, BODGAN, M., “Private International Law as Component of the Law of the Forum. General Course on Private International Law”, *R. des C.*, 348, 2010, pp. 9-252, p. 173, con cita contraria de JAYME, E., “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé”, *R. des C.*, 251, pp. 9-268, pp. 230-231.

¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 169; además, sobre la recíproca delimitación entre estas reglas y el mecanismo del orden público, CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, pp. 333-334.

el caso anterior, para excluirlo del discurso. Se trata en este caso de la aplicación de reglas cuya consecuencia jurídica se impone *prima facie*, sin ningún tipo de evaluación adicional de su compatibilidad con leyes extranjeras¹⁷. Es precisamente a este ámbito (y no al del reconocimiento de resoluciones) al que se vincula su operatividad. Por emplear una terminología positiva (de legalidad positiva) que puede ser suficientemente ilustrativa, son normas “cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable”¹⁸. Cualquiera que sea la relación global en la que se enmarquen, como un contrato, la responsabilidad extracontractual, u otros aspectos directamente emparentados con el funcionamiento del Estado y la economía¹⁹, pero también el régimen económico matrimonial, las sucesiones por causa de muerte²⁰, o la filiación natural, por ejemplo.

Este tipo de normas, que se dicen de orden público positivo, se alejan significativamente del *funcionamiento* de las cláusulas de orden público generales, tal cual las hemos visto, aunque comparten un fondo común, al tratarse de normas que concretan uno de los principios o valores superiores infranqueables de un ordenamiento en un momento dado; el entrecomillado del anterior párrafo es sumamente ilustrativo²¹. Y como tales, también pueden estar sujetas a un grado de indefinición o relatividad más o menos amplio en su categorización y, consecuentemente, en su función. Así, por ejemplo, el viejo artículo 52 del Código civil (“El matrimonio se disuelve por la muerte de uno de los cónyuges”) podría considerarse una norma de este estilo durante el tiempo en el que la indisolubilidad del matrimonio

¹⁷ La afirmación vale para el propósito de esta ponencia. No obstante, si, por ejemplo, hablamos de leyes de policía vinculadas a relaciones con partes estructuralmente débiles (consumidores, trabajadores) también puede hacerse necesaria la comparación del nivel de protección de la norma y el de la ley extranjera. Y no hablo aquí de meras normas o disposiciones imperativas, sobre las que suele construirse la idea de la protección mínima. La existencia de normas relativamente imperativas o leyes de policía de aplicación condicional queda excluida de mi discurso.

¹⁸ Art. 9 Reglamento Roma I.

¹⁹ Que se considera su ámbito natural (THOMA, I., “Public policy (ordre public)”, en BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. Y DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of Private International Law*, EE Publishing, Cheltenham, Northampton, 2017, pp. 1453-1460, p. 1457).

²⁰ Arts. 30.2 del Reglamento (UE) 2016/1103 (sobre regímenes económicos matrimoniales); art. 30 del Reglamento 650/2012 (sobre sucesiones).

²¹ Con ello estoy adelantando parte de las reflexiones de los apartados dedicados al contenido del orden público, cayendo en el peligro que adelanté de no diferenciar tanto como quisiera.

se consideraba un principio esencial de nuestro ordenamiento jurídico. Y dejaría de serlo cuando tal principio quebró. ¿Cuándo? Posiblemente tras la Constitución española de 1978. Posiblemente. La discusión sobre el principio superior que está tras la regla se traslada también a la delimitación de esta dimensión positiva del orden público.

En otras ocasiones, el principio o valor superior es más estructural, más técnico, menos moral, si se quiere. Aunque no por ello escapa a la discusión. Antes hablé de la filiación. Pues bien, me atrevería a decir que el artículo 113.2 del Código civil es una norma material de imperativa aplicación. Dice que “No será eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria”. Pongo el acento en “contradictoria”. Dentro del ámbito matrimonial, también creo que (todavía) podría calificarse de la misma manera la regla del artículo 46.2 del Código civil (“No pueden contraer matrimonio... Los que estén ligados con vínculo matrimonial”). Se trata de opciones que no necesariamente están amparadas por exigencias constitucionales (y que, de hecho, podrían cambiar) pero cuya aplicación no está supeditada a lo que pueda señalar o no una ley extranjera ni a un juicio de compatibilidad o incompatibilidad. Pero desde el momento que admito la discrepancia al respecto, reconozco la relatividad de la clasificación²².

2.4. ¿Excepción de orden público sin cláusula de orden público?

Este viaje que hacemos desde lo evidente a lo menos evidente tiene que hacer necesaria parada en la situación que rubrica este apartado. Aunque aún no sabemos cuál es el contenido del orden público de cada Estado, ya posiblemente intuimos que es el elemento clave de una barrera para evitar efectos nocivos, perjudiciales para un ordenamiento jurídico dado. He dicho, y así es, que es una excepción conocida de todos los sistemas de DIPr. Pero también he dicho, y en cierto modo los ejemplos que he puesto nos lo atestiguan, que su configuración es plural. Y esta pluralidad es perceptible no solo de un Estado a otro, sino, como también hemos visto con los ejemplos que he puesto, dentro de un mismo Estado. Vimos, por ejemplo, dos cláusulas españolas, una sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras y otra sobre reconocimiento de adopciones constituidas en el extranjero, distintas. Y esa

²² Junto a las tradicionales dimensiones negativa y positiva del orden público, se ha querido ver una especie de tercera dimensión calificada como “orden público de conexión” (*ordre public de rattachement*) que vendría a ser una especie de promoción unilateral de la ley del foro en función de sus valores superiores. Se trata de una propuesta no suficientemente consolidada (y con una terminología que resulta aún equívoca en la doctrina) por lo que no le doy más espacio y me remito a HAMMJE, P., “L’ordre public de rattachement”, *Travaux du Comité français de droit international privé*, 2006-2008, pp. 153-178.

pluralidad también puede afectar a la propia existencia de la cláusula de orden público. La pregunta que ahora me hago es ¿Si no hubiese cláusula de orden público dejaría de existir esa barrera, esa salvaguarda?

Digamos que desde un punto de vista doctrinal se ha respondido que no. Que el orden público es indefectible, inherente a cualquier ordenamiento jurídico²³. Pero en la lógica explicativa que esta ponencia trata de mantener, creo inconveniente asumir un razonamiento apriorístico y considero más propio medir el alcance de la hipótesis partiendo de un dato: la especialización del DIPr moderno hace que existan distintos niveles de producción jurídica (por ejemplo, estatal, europeo e internacional en general) donde cada vez se percibe con más fuerza una parcelación regulativa por razón de la materia (ley especial sobre adopción internacional, convenios internacionales sobre aspectos muy singulares) y por razón de los sujetos (tratados que vinculan a las partes contratantes, normativa de la UE que vincula a los Estados miembros, etc.). Este punto de partida es el que nos permite ver que, por ejemplo, hay tratados internacionales en los que el mecanismo del orden público no existe o, mejor, no está expresamente consagrado; hay reglamentos europeos en los que el mecanismo del orden público está descartado para singulares problemas. ¿Significa esto que cualquier producto extranjero que cumpla con los requisitos establecidos en el convenio o en el reglamento de turno debe desplegar sus efectos en el foro, aunque hipotéticamente pudiera ser contrario al su orden público? Me referiré a dos ejemplos para concluir... que depende.

El primero tiene que ver con el Convenio de La Haya, de 1 de marzo de 1954, sobre el Procedimiento Civil, que establece en su artículo 19 las condiciones de reconocimiento de decisiones sobre costas y gastos judiciales, sin incluir entre ellas la conformidad con el orden público del Estado requerido. Ello, no obstante, no ha impedido que el orden público (un orden público, si se quiere, implícito) haya sido la causa de denegación del reconocimiento de dichas decisiones, cuando existían motivos. La *Sent. Hoge Raad de 10 de septiembre de 1999* es un ejemplo paradigmático²⁴.

El segundo se refiere a determinadas conquistas en la cooperación civil en la UE. En la progresiva simplificación de la ejecución de resoluciones pro-

²³ BUCHER, A., "L'ordre public et le but social des lois en droit international privé", *RCADI*, t. 239, 1993, pp. 9-116, pp. 74-76 habla de una *necesidad axiológica* de la cláusula de orden público, explícita o implícita. BODGAN, M., *cit.*, 166-167, defiende lo mismo y, aunque admite que el orden público pudiera ser excluido expresamente por un tratado internacional, la regla *rebus sic stantibus* podría reactivarlo (pp. 168-170).

²⁴ VLAS, P., "Public Policy in Private International Law and its Continuing Importance", *Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, Antwerp, Portland, 2013, pp. 621-630, pp. 626-627.

venientes de Estados miembros, se ha llegado en algunas áreas a la supresión de cualquier tipo de procedimiento de fiscalización intermedio y a la ejecución directa e incondicionada de resoluciones extranjeras. En estos casos, la resolución dictada en otro Estado miembro se ejecuta, *aunque sus efectos contraríen el orden público del Estado miembro requerido*. De nuevo, he de decir que la rotundidad de la afirmación puede ser objeto de matización, pero para una aproximación general como la propuesta, podemos partir de ella y de un ejemplo paradigmático: la *STJUE de 22 de diciembre de 2010*²⁵ respondió a la siguiente pregunta elevada por un tribunal alemán:

“¿Tiene el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución excepcionalmente una facultad de control propia, en virtud de una interpretación del artículo 42 del Reglamento [núm. 2201/2003] conforme con la Carta de los Derechos Fundamentales, en caso de graves vulneraciones de derechos fundamentales en la resolución que ha de ejecutarse?”

En el fondo, el juez alemán pregunta si puede rechazar el reconocimiento de una sentencia (española en el caso debatido) por considerarla contraria al orden público alemán: los *derechos fundamentales* son, como vamos a ver en los siguientes apartados, parte inequívoca del contenido del orden público de cada Estado. Y la pregunta se hace porque el art. 42 del Reglamento 2201/2003, aplicable al caso, no contiene *cláusula* de orden público. Formalmente no permite un control de compatibilidad con el orden público del Estado miembro requerido. Y el Tribunal de Justicia respondió que no. Que no puede hacerse un tal control... *“por cuanto la apreciación de la existencia de tal vulneración compete exclusivamente a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen”*. Volveré más adelante sobre el alcance de esta nueva realidad²⁶.

Se trata, como bien se puede apreciar, de dos ejemplos contrapuestos que no nos permiten responder con claridad a la pregunta del encabezamiento. En mi opinión, ambos han sido abordados de forma correcta. Y el segundo, está muy condicionado por el nivel de integración de la Unión Europea y por la existencia (aparente o real) de otros mecanismos tendentes a la tutela de los mismos o similares principios que tutela el orden público.

²⁵ Asunto C491/10 PPU, *Aguirre Zarraga v. Simone Pelz*.

²⁶ *Infra* cuando analizo *La proximidad como medida de la contrariedad: tipo de heterogeneidad y orden público en la Unión Europea*. Este reglamento ha sido objeto de una reforma en la que formalmente, lo dicho en el texto no ha cambiado (no cabe el rechazo del reconocimiento de la resolución extranjera por razones de orden público), aunque se ha introducido expresamente una salvaguarda de denegación del reconocimiento y la ejecución sobre la base de la existencia de una resolución posterior inconciliable (algo ya presente en el art. 47.2 del Reglamento 2201/2003, en fase de ejecución).

3. LA NOCIÓN ESTRICTA DE “ORDEN PÚBLICO”. SU CONTENIDO

3.1. Primera aproximación a la delimitación de su contenido. Lo cierto y lo dudoso

El Derecho positivo que hemos manejado hasta el momento no nos dice qué es el orden público, sino que más bien nos describe un mecanismo, un recurso dentro del cual resulta central la noción de “orden público”, que, simplemente, presume. No es inhabitual esta forma de abordar el tema. Describiendo más el instrumento que su parte esencial. Es más, como dije anteriormente, de ordinario, cuando se habla de orden público en DIPr se está pensando en la regla globalmente considerada más que en la parte de la que recibe el nombre. En el último curso de la Academia de La Haya dedicado globalmente al orden público, encontramos una definición de partida que se mueve en este sentido: la excepción de orden público, se dice, se presenta como “un mecanismo del derecho de conflicto de leyes que impide la aplicación en un Estado de la ley extranjera competente por contraponerse al orden público de ese Estado, sustituyéndola por otra ley, normalmente la del foro”²⁷. Ver lo definido en la definición no suele aportar gran luz al problema que ahora nos interesa (aunque sí nos habla principalmente de la función a la que me he referido al analizar las cláusulas y a la que me referiré más adelante al abordar su funcionamiento). Se describe la global “excepción” de orden público, como hemos visto antes con la referencia al Derecho positivo.

Mas, que la visión preeminente sea la de la *excepción* de orden público no significa que no existan intentos claros de definición. Me detendré sucesivamente en los que proporcionan la doctrina, la normativa positiva y la práctica judicial.

En la doctrina, por volver a los clásicos, y dado que en el párrafo anterior me referí al último curso de la Academia de La Haya, si nos retrotraemos al primero dedicado al orden público en particular (ochenta y nueve años atrás) se puede inferir que este “orden público”, no ya como mecanismo global, sino como elemento consustancial de medida, de confrontación, de límite a la aceptación de lo ajeno estaría (estaba) compuesto por “todos los reglamentos que él, soberano territorial, considera como esenciales para la

²⁷ VAREILLES-SOMMIÈRES, P. de, “L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère”, *RCADI*, t. 371, 2014, pp. 153-272, p. 166. La descripción del contenido propio del orden público peca de ambigüedad (pp. 189-191)

seguridad, la moral y el buen gobierno de su territorio”²⁸. Estábamos en 1925 y aparecían los conceptos de *esencialidad* y *moral*, que se repiten (entre otros) a lo largo del siglo pasado y lo que llevamos de este. Uno de ellos, todavía lo vemos en la voz “orden público” de la última enciclopedia de DIPr (2017), donde se apela, advirtiendo de que se habla en términos muy abiertos, al *orden social* y a la *moral doméstica*²⁹.

En todo caso, las definiciones doctrinales son muy variadas y aunque suelen girar en torno a los mismos grandes conceptos, si se analizan de forma precisa están llenas de matices. Veamos dos ofrecidas por la doctrina española: “El orden público ‘internacional’ puede ser definido, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado”³⁰; “su contenido –se dice– se integra a partir de los valores y principios fundamentales del ordenamiento español; en particular, los de rango constitucional y los recogidos en los Convenios de derechos humanos ratificados por España, así como los intereses públicos o generales expresados en la propia Constitución o en otras normas de rango legal”³¹.

En el Derecho positivo, también encontramos pistas de sobre qué hablamos cuando nos referimos al contenido del orden público. Especialmente ilustrativo es el art. 6 de la ley de introducción al Código civil alemán (EGBGB). En tal precepto no se define el orden público y sí se describe el completo mecanismo, el funcionamiento de la excepción de orden público. Pero la lectura conjunta de su rúbrica y su contenido nos conduce a una definición según la cual el orden público (alemán) estaría integrado por los “principios esenciales” del Derecho alemán y especialmente los “derechos fundamentales”³².

En la práctica judicial, igualmente encontraremos definiciones más o menos precisas. En una de las primeras y más recurrentes sentencias del Tribunal Constitucional español se dijo que:

“Este concepto de orden público ha adquirido una nueva dimensión a partir de la vigencia de la Constitución de 1978. Aunque los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución garantiza sólo alcanzan plena eficacia allí donde

²⁸ HEALY, H., “Théorie générale de l’ordre public”, *RCADI*, t. 9, 1925-4, pp. 407-557, p. 412.

²⁹ THOMA, I., *loc. cit.*, p. 1453.

³⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, p. 169.

³¹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 4.^a ed., 2017, p. 320.

³² Art 6. *Öffentliche Ordnung (ordre public)*. *Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.*

*rige el ejercicio de la soberanía española, nuestras autoridades públicas, incluidos los Jueces y Tribunales, no pueden reconocer ni recibir resoluciones dictadas por autoridades extranjeras que supongan vulneración de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados constitucionalmente a los españoles o, en su caso, a los españoles y extranjeros. El orden público del foro ha adquirido así en España un contenido distinto, impregnado en particular por las exigencias del art. 24 de la Constitución*³³.

Una descripción en su momento de cierta trascendencia que, no obstante, se acompañó de la previsible remisión a la jurisdicción ordinaria para definir cuáles son los requisitos esenciales, por formar parte del orden público del foro, para denegar o conceder el exequatur de las ejecutorias extranjeras. En todo caso, resultó, al menos, relevante la delimitación estrictamente constitucional que hace el TC (aunque no pueda considerarse excluyente).

Nuestro Tribunal Supremo nos dice que el orden público está compuesto “básicamente” por “el sistema de derechos y libertades individuales garantizados en la Constitución y en los convenios internacionales de derechos humanos ratificados por España, y los valores y principios que estos encarnan”. Pero en la concreta sentencia de la que he extraído la definición, que se refería a una cuestión de reconocimiento en un caso de gestación por sustitución, “desarrolló” esa aproximación “básica”, señalando que:

“Las normas que regulan los aspectos fundamentales de la familia y, dentro de ella, de las relaciones paterno-filiales, tienen anclaje en diversos preceptos constitucionales del Título I dedicado a los derechos y deberes fundamentales: derecho al libre desarrollo de la personalidad, entendido como la autonomía de la persona para elegir libre y responsablemente, entre las diversas opciones vitales, la que sea más acorde con sus preferencias (art. 10.1 de la Constitución), derecho a contraer matrimonio (art. 32), derecho a la intimidad familiar (art. 18.1), protección de la familia, protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil (art. 39).

También forma parte de este orden publico la protección de la infancia, que ha de gozar de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos (art. 39.4 de la Constitución).

Asimismo, el derecho a la integridad física y moral de las personas tiene reconocimiento constitucional (art. 15), y el respeto a su dignidad constituye uno de los fundamentos constitucionales del orden político y de la paz social (art., 10.1 de la Constitución).

Por tanto, todos estos derechos fundamentales y principios constitucionales recogidos en el Título I de la Constitución integran ese orden publico que actúa como limite al reconocimiento de decisiones de autoridades extranjeras (STC núm. 54/1989, de 23 de febrero, FJ 4o) y, en definitiva, a la posibilidad de que los ciuda-

³³ STC 43/1986, de 15 de abril de 1986.

danos opten por las respuestas jurídicas diferentes que los diversos ordenamientos jurídicos dan a una misma cuestión"³⁴.

Por último, según el TJUE, la excepción de orden público actúa cuando se produce una "violación manifiesta, habida cuenta del interés superior del menor [obviamente la cita está extraída de una sentencia que afectaba a menores], de una *norma jurídica considerada esencial en el ordenamiento jurídico de un Estado miembro* o de un *derecho reconocido como fundamental* en ese ordenamiento jurídico"³⁵.

Algunas de estas definiciones consideran objeto o contenido propio del orden público tanto derechos fundamentales, normas con anclaje en preceptos constitucionales, principios o valores esenciales o, simplemente, reglas concretas. Como más atrás hemos visto, la existencia de reglas de orden público es un lugar común que, recordemos, se suele diferenciar de la clásica noción de orden público porque esta última actuaría *ex post* (frente a una ley extranjera que ya conocemos, frente a una sentencia extranjera ya dictada) mientras que las primeras lo harían *ex ante*.

Ello nos podría llevar a excluir estas reglas del contenido del orden público. La tendencia más evidente es la que describe el contenido del orden público como principios generales, derechos fundamentales, directrices esenciales... Negando, a veces taxativamente, que ese orden público pueda estar compuesto por reglas concretas³⁶. Y es posible que así pueda sostenerse, aunque sin duda su distinta operatividad no las descalifica, pues ya vimos que existe una clara intersección entre ambas realidades. Las reglas podrían ser una especie de testigo, de alerta sobre la importancia infranqueable de su razón de ser. Pero, tal cual vimos más atrás con los ejemplos que puse, lo esencial está en el principio y no en la regla. Un principio no es de orden público porque haya una norma determinada que lo incorpora y lo traduce en una regla imperativa más o menos silogística, más o menos cerrada. Al contrario, podemos hablar *lato sensu* de una regla de orden público porque el principio que la gobierna, el principio que la define y a cuya implementación se orienta es esencial, infranqueable.

³⁴ STS (Sala 1) de 6 de febrero de 2014, ROJ: STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247, y mi comentario sobre la misma en *REDI*, vol. LXVI (2014), 2, pp. 273-277.

³⁵ STJUE, de 19 de noviembre de 2015, C455/15 PPU, y mi comentario "Traslado ilícito de menores, competencia judicial internacional y orden público", *La Ley Unión Europea*, núm. 33, de 29 de enero de 2016.

³⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., "Orden público internacional y externalidades negativas", *BIMJ*, núm. 2065, 2008, pp. 2351-2378, pp. 2360, habla de la contraposición entre principios (genuino contenido del orden público) y "normas" (en lo que entiendo una visión estricta, referida a reglas más o menos formales), que estarían excluidas de tal contenido. BUCHER, A., *loc. cit.*, habla por su parte de principios y reglas precisas.

Por ejemplo, consideramos que aplicamos una regla sobre edad mínima para contraer matrimonio de forma directa e inmediata (si es que pudiésemos calificarla como norma de aplicación necesaria) por lo que supone de esencial para el ordenamiento jurídico del foro, y no autorizamos en el expediente matrimonial que se pueda celebrar un determinado matrimonio con una menor de 12 años, por ejemplo; y, correlativamente, rechazamos una situación creada en el extranjero (el matrimonio celebrado por una menor de 12 años) por ser contraria a nuestro orden público en lo que se refiere a la protección integral de la infancia, la tutela de la libertad de los menores, etc., que además podrían considerarse principios que encuentran plasmación en aquella regla sobre la edad mínima para contraer matrimonio, que se considera, de orden público³⁷.

La discusión probablemente tiene una relevancia práctica limitada. Si hablamos de leyes de policía (o normas de aplicación inmediata o necesaria) lo cierto es que su operatividad excluye que nos preguntemos si forman o no parte del contenido del orden público cuando hemos de interpretar una *cláusula general* de orden público. Simplemente, porque ya se han aplicado. La ley de policía se aplica por delante o al margen de la norma de conflicto, porque esa es su característica fundamental. Y recordemos que la cláusula de orden público sólo actúa *ex post*: ya sabemos qué ley extranjera se aplica. En este contexto sería dable seguir discutiendo sobre si el contenido del orden público está formado o no por reglas (junto a principios) si esas reglas no fuesen (ya) leyes de policía. En otras palabras: que califiquemos las reglas de policía como contenido o no del orden público no va a determinar ni que se dejen de aplicar de forma necesaria y preferencial respecto de las normas de conflicto, ni que la reserva de orden público sea más o menos eficaz frente a productos extranjeros (leyes, resoluciones) cuya recepción atente contra los principios superiores del foro³⁸.

Relativo es también el alcance de los “valores y principios” que en cada caso se consideran integrantes del orden público. En primer lugar, existe una relatividad espacial (no son los mismos en cada Estado) y una relatividad temporal (incluso dentro del mismo Estado no son los mismos en una fecha

³⁷ El ejemplo es puramente descriptivo e hipotético (aunque uno muy similar puede verse para la ley sueca en BODGAN, M., *cit.*, p. 173) y hago abstracción, de un concreto ordenamiento jurídico o de la existencia de concretas normas convencionales como pudieran ser la Convención de Nueva York relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos, de 10 de diciembre de 1962 (BOE de 22 de mayo de 1969).

³⁸ En la descripción del texto utilizo la conceptualización básica de las leyes de policía, excluyendo matizaciones que pudieran derivar de una eventual subdivisión que influyese en su aplicación (absolutamente) imperativa, o no.

o en otra) a las que me voy a referir a continuación. Pero también es discutible en un Estado y en un momento dado, si tal o tal otro principio forma o no parte del orden público. Por ejemplo, en España y en el año 2002 era discutible si el principio de heterosexualidad del matrimonio podría considerarse o no de orden público. Yo creo que no; pero la visión contraria era igualmente defendible³⁹. Otro tanto podría decirse en torno a la “disolución del matrimonio mediante resolución judicial” en 1982 (la admisibilidad del divorcio como cuestión de orden público). Yo creo que no; pero la visión parcialmente contraria podría ser igualmente defendida⁴⁰.

Ahora bien, al lado de estas indefiniciones hoy nadie suele dudar de la inclusión en el orden público (en cualquier orden público de cualquier Estado) de los derechos fundamentales y, en especial, de los derechos consagrados en las respectivas constituciones y convenios internacionales sobre derechos humanos. Esta certeza, además, viene dando pie a una tendencia reciente a excluir cualquier otra consideración; a reducir el contenido del orden público a estos derechos fundamentales o derechos humanos⁴¹.

³⁹ Probablemente de forma mucho más realista, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *La Celebración y el Reconocimiento de la Validez del Matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 299-300, que propone una especie de degradación o conversión (reconocimiento como) unión no matrimonial entre personas de igual sexo. CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.*, 4.ª ed., 2003, son favorables a descartar el orden público, aunque admitían un orden público atenuado (sobre el que volveré más adelante) para algunos supuestos (pp. 76-77).

⁴⁰ Durante la tramitación parlamentaria de la ley de divorcio en 1981 hubo enmiendas que pretendieron introducir una salvaguarda para los casos en los que la ley extranjera no previese el divorcio, siendo esta sustituida por la ley española en determinados supuestos. En la motivación se aludía a que podría tratarse de un supuesto muy previsible “dada la residencia en España de nacionales de países que ignoran el divorcio y frente a los que el Estado español puede hacer valer su propio *orden público en el plano internacional*” (BOCG, Senado, de 14 de mayo de 1981, p. 87; la cursiva es obviamente añadida).

⁴¹ Ejemplo extremo es la *Sentencia de la Corte di cassazione (Italia), de 30 de septiembre de 2016*. En mi comprensión de la misma, la corte estaría defendiendo que nada que el legislador italiano pueda llegar a legislar puede ser contrario al orden público, con una discutible visión de la separación de poderes (*vid.* mi somera impresión en “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, 2/2017, pp. 181-183) Recientemente, SALERNO, F., “La Costituzione e l’ordine pubblico internazionale”, *Riv.dir.int.priv.proc.*, 2018-2, pp. 259-291. La doctrina de esta sentencia ha sido corregida por la posterior *Sentencia de la Corte di cassazione (Sezione Unite Civile) de 6 de noviembre de 2018* (pública el 8 de mayo de 2019), para un caso de gestación por sustitución en el que expresamente se señala que el reconocimiento del vínculo de filiación, “*trova ostacolo nel divieto della surrogazione di maternità previsto dall’art. 12, comma sesto, della legge n. 40 del 2004, qualificabile come principio di ordine pubblico, in quanto posto a tutela di valori fondamentali, quali la dignità umana della gestante e l’istituto dell’adozione; la tutela di tali valori, non irragionevolmente ritenuti prevalenti sull’interesse del minore, nell’ambito di un bilanciamento effettuato direttamente dal legislatore, al quale il giudice non può sostituire la propria valutazione*” (el resaltado es mío).

3.2. Segunda aproximación a la delimitación de su contenido: la relatividad de la exclusividad estatal

De nuevo parto de un tradicional estado consolidado de cosas para matizarlo; para relativizarlo. Probablemente en este epígrafe caiga en una renuncia a la máxima de diferenciar, diferenciar y diferenciar, pues la idea que ahora introduzco es tan propia del *contenido* del orden público como de su *operatividad*. Es decir, claramente se trata de una intersección entre ambos planos.

Como regla, y todas las definiciones que he manejado (y otras que pudieran manejarse) así lo acreditan, el orden público se vincula a un ordenamiento jurídico estatal. Un ordenamiento que es el que señala hasta donde se admite lo ajeno. Así, resulta no solo lógico, sino casi forzoso, que el orden público español sea distinto del orden público francés y este y aquel difieran del orden público alemán, o chino, o iraní.

Cada Estado tiene un *contenido propio* de su orden público. Podríamos hablar de una *exclusividad* estatal del orden público internacional. Y esta exclusividad es independiente, incluso, de que en términos de principios existan denominadores comunes. Es decir, aunque un mismo principio o valor superior configure el orden público de dos ordenamientos jurídicos distintos, su concreción en el caso singular puede determinar concepciones distintas del orden público. Probablemente esto pudiera ser matizado en términos de deber ser, pero así es o ha sido en términos de ser⁴², sobre todo porque los principios pueden estirarse más o menos; pueden implementarse más o menos. Además, el orden público se activa por las autoridades estatales: las españolas tutelan el orden público español, las francesas el orden público francés y así sucesivamente. Lo cual introduce un elemento adicional de particularismo, que no en pocas ocasiones viene condicionado por la respectiva *cultura jurídica*.

Pues bien, esta característica, la exclusividad estatal del orden público, tiende a relativizarse, de una parte, por mor de la normativa internacional de derechos humanos y, por otra, en el marco de la Unión Europea.

En efecto, es lógico que un grupo más o menos amplio de Estados que participan de la codificación internacional de los derechos humanos posean un núcleo común de orden público: todos los Estados vinculados por el Convenio Europeo de Derechos Humanos tienen, al menos, un tronco común

⁴² Por ejemplo, la STS (Sala 1^a) de 22 de marzo de 2000 en materia de filiación, consideró contrario a nuestro orden público el Derecho francés sobre acciones de filiación, en función del distinto alcance de los plazos para ejercitarlas. Esto fue el ser, que no evitan mis dudas (mis críticas) sobre el resultado (que desarrollo en "Filiación, orden público y conexión anticipada a la nacionalidad del hijo", *AEDIPR*, vol. 2, 2002, pp. 878-882).

de orden público. Pero no el mismo. Los derechos humanos tienen un cierto grado de flexibilidad, que continuamente nos está recordando el TEDH, y que del mismo modo que es garantía de una pluralidad jurídica ajustada al Convenio, podría determinar también una pluralidad vinculada al orden público. Tal cual lo señalé en el párrafo anterior, se trata esta de una cuestión poco clara desde el punto de vista del deber ser. Se podría defender que todo lo que quepa bajo el paraguas de un derecho fundamental no puede ser incompatible en términos de orden público. Pero lo cierto es que en la práctica judicial y administrativa de jueces y autoridades puede llegar a serlo.

La exclusividad también tiende a relativizarse como consecuencia del fenómeno de la integración europea. Por un lado, existe una alteración técnica –que ilustré más atrás con la sentencia en el caso *Aguirre*– por la que la defensa de principios superiores cambia de operador. En términos muy generales podríamos decir que el tradicional “control en destino” (el juez verifica si la sentencia extranjera vulnera *su* orden público) se transforma en un “control en origen” (el juez extranjero ha “controlado” ya la sentencia que dictó y al juez nacional solo le queda ejecutarla). Algo que tiene como soporte un *principio de confianza europea*, que impregna todo el sistema y la inevitable idea de que hay un *orden público compartido* que determina los (mismos) límites de lo admisible tanto para el Estado de origen como para el Estado de destino del producto jurídico. El contenido del orden público deja de ser un contenido exclusivamente nacional.

La anterior lógica de que el orden público español sea distinto del orden público francés y este y aquel difieran del orden público alemán se relativiza. Existe un núcleo duro del orden público que es común y es europeo (de la UE). También sobre él pesa un cierto grado de indefinición que el Tribunal de Justicia se irá encargando de delimitar de forma progresiva.

En su *STJCE de 11 de mayo de 2000*⁴³, el Tribunal de Justicia determinó el contenido del orden público italiano, al decir que “*no puede considerarse contraria al orden público una resolución dictada por un Juez de un Estado contratante que reconoce la existencia de un derecho de propiedad intelectual...*”. Se trataba del reconocimiento de una sentencia francesa en Italia, y la respuesta fue a una cuestión en la que el Juez italiano le preguntaba directamente si su reconocimiento podría considerarse contrario al orden público. Repárese en que el TJCE no se refirió al orden público *italiano*. Su respuesta fue general para cualquier contenido del orden público de cualquier Estado miembro. La postura de la Comisión durante el proceso fue más clara: los principios que fundamentan las legislaciones nacionales y que constituyen en la práctica la constitución económica europea son comunes

⁴³ Asunto C-38/98, *Renault*.

a todos los Estados miembros... luego el *contenido* de ese orden público económico ha de ser el mismo.

En determinados ámbitos, esta idea ha estado a punto de pasar de la mera posibilidad interpretativa en asuntos difíciles (como alguno de los que llegan al TJ) para plasmarse en regla positiva. El artículo 24 (Daños e intereses no compensatorios) de la Propuesta de Reglamento Roma II señalaba:

“La aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que conduzca a la indemnización de daños e intereses no compensatorios, tales como los daños e intereses ejemplares o punitivos, es contraria al orden público comunitario”⁴⁴.

La propuesta no llegó a ser parte del texto definitivo y, además, el Reglamento la degradó a un Considerando (el 32) en el que se reafirmó la exclusividad de cada Estado miembro para definir y decidir este mismo problema. Pero ya alerta de una potencial quiebra de la exclusividad estatal. Y no es la única manifestación⁴⁵.

Esta dimensión europea del orden público no solo tiene trascendencia en la configuración de su contenido, sino también en las condiciones de su operatividad, como veremos más adelante⁴⁶.

3.3. Tercera aproximación a la delimitación de su contenido: la relatividad temporal

En tercer término, el contenido del orden público es *cambiante*. Se caracteriza por la nota de *actualidad*. Lo que hoy es contrario al orden público internacional de un Estado, puede dejar de serlo mañana, incluso sin que haya existido una modificación legislativa. El ejemplo que más atrás puse en relación al viejo artículo 52 del Código civil es sumamente ilustrativo: el principio de indisolubilidad del matrimonio dejó de serlo en un momento dado. Y el camino inverso también está condicionado por el tiempo: lo que hoy no es contrario al orden público internacional de un Estado, mañana puede pasar a serlo. El matrimonio entre personas del mismo sexo (o, mejor, su no reconocimiento) es un ejemplo revelador.

Ya dije que, en mi opinión, la ley extranjera que previese un matrimonio entre personas del mismo sexo con anterioridad a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modificó el Código Civil en materia de derecho a contraer matri-

⁴⁴ Bruselas, 22.7.2003, COM (2003) 427 final. 2003/0168 (COD).

⁴⁵ *Vid.* otros ejemplos que manejo en “¿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.

⁴⁶ *Infra* en el apartado que dedico a *La proximidad como medida de la contrariedad: tipo de heterogeneidad y orden público en la Unión Europea*.

monio, no era atentatoria contra el orden público español, si bien podría perfectamente defenderse lo contrario. En todo caso, lo que era indiscutible es que la ley extranjera que no admitiese dicho matrimonio homosexual en ningún modo vulneraba nuestro orden público. Al fin y al cabo, era lo que aquí teníamos. Sin embargo, tras la reforma de 2005 podría sostenerse –y se ha sostenido– que la ley extranjera que no autorice un matrimonio entre personas del mismo sexo sí es contraria al orden público español⁴⁷.

La Constitución es la misma. Me atrevería a decir que los principios y valores superiores del ordenamiento jurídico eran los mismos antes y después del 3 de julio de 2005, fecha en que entró en vigor la ley llamada de matrimonio homosexual. Pero (*tal vez*) en algún momento (que no tiene por qué corresponderse con esa fecha) nuestro orden público cambió. En una aproximación teórica, no creo que pueda afirmarse que la ley fuese determinante, aunque, como más atrás señalé, sí pudo jugar el papel de testigo, de alerta del cambio, de signo emblemático. Y, en la práctica, lo fue. El orden público es el orden público del día⁴⁸.

Mas, sin duda, el ejemplo paradigmático de esta relatividad temporal se produce en materia de reconocimiento de resoluciones extranjeras, de forma más clara que en relación con la aplicación de leyes extranjeras. Y con consecuencias que no siempre encajan bien en la arquitectura del ordenamiento jurídico. De nuevo un ejemplo tomado del ámbito matrimonial me servirá de apoyo.

El *Auto TS (Sala 1ª) de 24 de octubre de 1979*⁴⁹ reconoció en España una sentencia de divorcio pronunciada en Francia dos años antes, haciendo especial mención a la ausencia de razones de orden público que se opusieran a ello y apoyándose expresamente en la Constitución española. Además, sentó una descripción perfectamente asumible hoy en día de orden público:

“que tocante a la expresión de orden público, aducida por el Ministerio público, conviene puntualizar: a) que su noción, en extremo sutil, imprecisa e indeterminada, escapa a toda definición –omnia definitio periculosa est– por ser su contenido móvil, flexible y fluctuante; b) que del orden público podría darse una noción ‘hic et nunc’, aquí y ahora, de su pasado, puede ser otro su sentido en el futuro o en otra circunstancia; c) que por ello es noción sujeta a variación y cambio, tal como del mismo modo varían las leyes, las costumbres y la misma moral social o ética colectiva; d) que integrado el orden público, según el ensayo de definición que dio

⁴⁷ Así, por ejemplo, punto V de la 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.

⁴⁸ La gráfica frase es de BODGAN, M., *cit.*, p. 171, que pone un ejemplo muy similar (sobre los derechos sucesorios de los hijos extramatrimoniales) extraído del Derecho sueco.

⁴⁹ Roj: ATS 1/1979 - ECLI: ES:TS:1979:1ª.

la Sentencia de este Tribunal de 5 de abril de 1966, por los 'principios jurídicos públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, necesarios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada', habrá que estar, para su aplicación, al tiempo en que se vive o, como mejor dice el artículo 3.1, del Código Civil, 'a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas' las normas, justamente por ese carácter relativo, dependiente de las concepciones sociales y políticas de cada momento histórico, según dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 6 de abril de 1979".

Pocos meses antes, el *Auto TS (Sala 1ª) de 26 de junio de 1979*⁵⁰ había decidido exactamente lo contrario, denegar el reconocimiento de una sentencia alemana de divorcio por contrariar el orden público español. Ciertamente, se puede poner en tela de juicio el acierto de cada una de estas resoluciones (en concreto, yo pondría en tela de juicio el acierto de la que rechaza el reconocimiento), pero ello no nos puede llevar a engaño respecto del hecho cierto de que el orden público español cambió en un momento dado. Puede que no necesariamente entre junio y octubre de 1979 (período que separó ambos autos), pero sí en algún momento, que pudo ser el de la aprobación de nuestra Constitución (o quizá antes) u otro.

Esta relatividad temporal, que tiene que ver con su *contenido*, se completa con otra dimensión del principio de actualidad del orden público que tiene que ver de forma directa con su *operatividad* y al que me referiré más adelante⁵¹.

4. OPERATIVIDAD DE LA EXCEPCIÓN. LA VALORACIÓN DE LA CONTRARIEDAD CON EL ORDEN PÚBLICO DEL FORO

4.1. Planteamiento

Los ejemplos de cláusulas de orden público de los que me he servido adelantaban ya la función o *funciones* tradicionales del orden público internacional: *función impeditiva o negativa*, bien de la aplicación de una ley extranjera, bien del reconocimiento de una realidad consolidada en el extranjero (adopción, sentencia, mera situación jurídica...). Esta función negativa o impeditiva es la función clásica más evidente del orden público: el orden público protege el sistema frente a realidades normativas externas (leyes o actos jurídicos) *negándoles* que tengan eficacia en el foro. No se da efecto a

⁵⁰ Roj: ATS 361/1979 - ECLI: ES:TS:1979:361^a.

⁵¹ *Infra* en el apartado que dedico a la "actualidad del orden público".

una sentencia extranjera ni se aplica una ley extranjera cuando sus *efectos en el caso concreto* contraríen los principios superiores del foro en un momento dado: su orden público.

Se trata de un mecanismo derogatorio de la continuidad (de la antes llamada armonía internacional de soluciones).

Desde una perspectiva teórica, también podría decirse que el orden público tiene una dimensión positiva, según la cual asumiría una función de coordinación de sistemas, una dimensión positiva que vendría a describirse como el establecimiento (en positivo) de los límites de tolerancia del producto extranjero. Es más últimamente es frecuente encontrar afirmaciones del estilo de “rechazar el reconocimiento iría en contra del orden público”. Afirmación enfática que comienza a proliferar en relación con el *reconocimiento* y que probablemente lo que quiere decir es que no existe ninguna razón para no reconocer... (lo que sea). Esta especie de nueva dimensión positiva del orden público neutralizadora de algún “otro” impedimento u obstáculo no va a ser objeto de mi exposición, pues posiblemente se trate de un tópico aplicable a situaciones en las que se produce un “desajuste” interno a la hora de determinar las condiciones de aceptación de un producto jurídico extraño: la idea es algo parecido a que, “aunque legalmente existe tal o tal otro impedimento (más o menos formal) para el reconocimiento de esta sentencia, esta situación..., no reconocerla sería contrario al orden público”. Estaríamos contemplando el orden público desde una perspectiva –que no es en absoluto nueva– como un gestor de la diversidad, pero *de parte* de la diversidad. Visión que puede entroncar con una comprensión más internacionalista y abierta, que ya tuvo más predicamento en el pasado que en la actualidad. Es una dimensión interesante que exige una reflexión que el espacio concedido no permite aquí y ahora.

En cualquier caso, en la descripción de aquellas cláusulas ya vimos cómo existían algunas diferencias que, sin afectar al núcleo del contenido del “orden público” ni a su función excluyente, sí anunciaban posibles matices en su funcionamiento: la aparición del “interés del menor”, la exigencia de que la contrariedad con el orden público del foro fuese manifiesta (“efectos *manifiestamente* contrarios al orden público internacional español...”). También he adelantado matizaciones en la operatividad de la excepción del orden público cuando hablé de la incidencia de la UE en la determinación de su contenido o, más recientemente, cuando me he referido a su relatividad temporal y al principio de actualidad. Y ya desde el primer gran bloque de temas puse de manifiesto que la gran diferencia entre el mecanismo del orden público clásico y las cláusulas especiales o las leyes de policía radicaba en la necesidad que aquel lleva implícita de valorar la contrariedad

entre los antecedentes (la ley extranjera, la sentencia extranjera) y el orden público en un caso concreto.

Cuándo, bajo qué condiciones, el orden público cumple o debe cumplir su función negativa es una de las cuestiones sobre la que más temas abiertos existen y sobre la que se han elaborado construcciones explicativas con cierto grado de consolidación, para responder a las preguntas nucleares: ¿cuándo X es contrario a...?, ¿qué produce efectos (manifiestamente) contrarios a...?, ¿qué es una violación (manifiesta) de...? ¿qué papel desempeñan las alternativas que proporciona la ley del foro al rechazo a...”?

En este último gran apartado, me propongo ahondar en las particularidades adelantadas y en otras que aparecerán por primera vez. En cómo el expediente del orden público realiza su función; en cómo y cuándo se ve contrariado el orden público estatal por la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de una resolución igualmente extranjera.

4.2. Excepcionalidad del orden público

Desde el punto de vista *funcional*, la operatividad del orden público internacional de cada Estado siempre se ha considerado como *excepcional*. De hecho, es común, y así lo venimos haciendo a lo largo de estas reflexiones, el referirse al orden público como “*excepción* de orden público”. Ya aludí más atrás a esta idea: tratándose de la ley aplicable, el orden público corrige, excepciona el resultado normal de la regla (de conflicto) cuando esta declara aplicable una ley extranjera. Tratándose del rechazo del reconocimiento, el orden público es también una excepción a la propia existencia de sistemas articulados que *promueven* el reconocimiento de resoluciones extranjeras. Esta característica se ha identificado con la necesidad de que la contrariedad entre los efectos de la aplicación de la ley extranjera o el acto, resolución o mera situación consolidada en el extranjero y el orden público del foro sea frontal, radical. El término consolidado que define esta característica es el repetido adverbio *manifiestamente*. Aunque esta característica no cambia, a mi juicio, por la distinta configuración de la *cláusula* de orden público. Ejemplos:

- “Las resoluciones no se reconocerán: [...] 1. si el reconocimiento fuere contrario al orden público del Estado requerido”⁵².

- “Las resoluciones no se reconocerán: si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido”⁵³.

⁵² Art. 27.1 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968.

⁵³ Art. 34.1 del Reglamento 44/2001.

En ambos casos la operatividad del orden público ha de ser igualmente excepcional, si bien existe una idea generalizada de que el adverbio la cambia, algo que, en todo caso, no afecta al discurso aquí sostenido. A mi juicio, la admonición adverbial es una redundancia o, si se quiere, una advertencia narrativa de lo que, en su ausencia, debería ser lo mismo. Mas también aquí admito la discusión.

Un elemento que suele argüirse como medida de la excepcionalidad es que si el resultado de la ley extranjera cuyos efectos se confrontan al orden público pueden encontrar cierta cabida (si no resultados idénticos, sí al menos equivalentes) a través de la aplicación de la ley del foro, no puede activarse la excepción de orden público. Y otro tanto cabría decir en relación con el reconocimiento de una sentencia o una situación existente en el extranjero. Sin embargo, tal criterio de medida puede ser un arma de doble filo y ser utilizado de forma contradictoria según los casos. De nuevo dos ejemplos ilustrarán que tampoco esta idea es fuente necesaria de seguridad.

Una de las paradojas que arrojó mi análisis sobre el orden público en materia de reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución es, precisamente, el distinto juego que desempeña la posibilidad de *reconstrucción* en el foro de la situación consolidada en el extranjero y el margen de apreciación que cada Estado asume a la hora de interpretar la jurisprudencia del TEDH. El *Auto TS (Sala de lo Civil) de 2 de febrero de 2015*, consideró contrario al orden público español la inscripción del nacimiento de los nacidos en California mediante gestación por sustitución, siendo dos varones españoles los comitentes, señalando que los valores superiores preponderantes en el caso tal cual habían sido interpretados por la doctrina del TEDH no se veían comprometidos por la ausencia de reconocimiento de la filiación “extranjera”, pues la ley española permitía llegar a situación similar a la exigida por el TEDH. Unos meses antes, la Sentencia *BGH de 10 de diciembre de 2014* había valorado exactamente en sentido contrario una solicitud de inscripción de menor nacido también en California y también mediante la gestación por sustitución, siendo igualmente los comitentes dos varones. De la sentencia alemana se desprende que el hecho de que la ley alemana permitiera llegar a una situación similar a la exigida por el TEDH (más en concreto, por el reconocimiento de la filiación discutida) decantó la balanza hacia la inoperatividad del orden público alemán en el caso concreto⁵⁴.

Curiosamente, la visión “española” poco “restrictiva” sobre la operatividad del orden público, no es exclusiva del Tribunal Supremo. Se repite también en la práctica administrativa. La *Resolución DGRN de 20 de julio de 2016*

⁵⁴ Sobre ambas visiones *vid.* mi citado trabajo “Gestación por sustitución y orden público” y los comentarios allí citados.

consideró contraria al orden público español la ley iraní de la nacionalidad del causante, al mismo tiempo que se invitaba a los herederos (que estaban de acuerdo con su aplicación) a que conviniesen llegar a un resultado similar al de aquélla, mediante los instrumentos que les proporcionaba la ley española⁵⁵. En definitiva, que aunque la DGRN les invitaba a consolidar el reparto sucesorio que pretendían los herederos conforme a la ley española, ese mismo reparto lo consideraban contrario al orden público español si era el resultado de la aplicación de la ley iraní, debido a la discriminación por razón de sexo que esta preveía.

Existen otras manifestaciones de esta excepcionalidad, como puede ser, en materia de reconocimiento de resoluciones, la posibilidad de rechazar sólo parcialmente una parte de la sentencia extranjera. En materia de ley aplicable, a pesar de la literalidad de algunas cláusulas de orden público (como la más atrás reproducida del art. 12.3 del Código civil) resulta un lugar común que la excepción de orden público no opere necesariamente para excluir el Derecho extranjero, sino sólo aquellas de sus disposiciones que efectivamente sean contrarias al orden público del foro. En ocasiones, ello ni siquiera exigirá una solución de reemplazo: por ejemplo, en el caso de la citada *Resolución DGRN de 20 de julio de 2016* (y en otros similares) bastaría con dejar de aplicar la norma discriminatoria del Derecho extranjero, y repartir la herencia a partes iguales entre los herederos hombres y mujeres.

4.3. La operatividad casuística del orden público: la afectación de los principios superiores en el *caso concreto*

De entre todas las características que podemos aparejar al funcionamiento del orden público creo que la que más lo define y lo delimita respecto de otros mecanismos que pueden orientarse hacia unos objetivos similares es la necesidad de valoración concreta de la contradicción. La necesidad de evaluación del caso concreto y sus concretas circunstancias⁵⁶. No es solo esta una condición de aplicación sino, podría decirse, la razón de ser de la excepción de orden público en DIPr. En cuanto regla de “a menos que” la excepción de orden público, su carácter abierto y su condicionalidad igualmente abierta, se configuran como un elemento esencial de la tutela del

⁵⁵ Quizá la fuerza del principio afectado (no discriminación por razón de sexo: la ley iraní concedía el doble de derechos sucesorios al varón que a la mujer) tuviese algo que ver en esta forma tan extraña de decidir (*vid.* mi comentario “Sobre la discriminación sucesoria por razón de sexo en el Derecho iraní y el orden público español (Comentario a la Resolución de la DGRN de 20 de julio de 2016)”, *Millenium DIPr*, núm. 4, 2016, pp. 47-60).

⁵⁶ Esta característica constituye la mitad del análisis que efectúan PERLINGIERI, G. y ZARRA, G., *op. cit.*, pp. 91-215.

ordenamiento jurídico del foro frente a realidades que no son manejables *a priori*. *Realidades jurídicas* (una ley extranjera, una resolución extranjera) que pueden llevar ínsita la característica de la sorpresa, de lo imprevisto, de lo que tradicionalmente se ha llamado “salto en el vacío”: un ordenamiento jurídico no puede establecer *reglas cerradas* para su defensa ante el contenido de todas las leyes del mundo; es imposible de prever. Lo mismo cabe decir del contenido de las posibles sentencias que se puedan dictar en cualquier lugar del mundo. Y otro tanto de las variadísimas variantes de las *realidades fácticas subyacentes* (la situación privada internacional) que también exceden en cierta medida el ámbito de una reglamentación *ad hoc* previsible: la sucesión de un causante iraní con bienes en España y en Irán (o solo en España o solo en Irán), con hijos y/o hijas, con o sin viuda o viudo; la solicitud de pensión de viudedad de dos viudas (simultáneas) de un mismo marido dentro de un matrimonio poligámico, la mayor o menor dispersión de los elementos relevantes en el espacio (nacionalidades, residencias habituales, domicilios, lugar de celebración de actos, lugar de situación de bienes, etc.). Aspectos todos que varían, o pueden variar, de un caso a otro.

Estos dos factores, el grado de heterogeneidad de la situación jurídica (la distinta dispersión de sus elementos en el espacio y en el tiempo) y la eventualidad de cualquier tipo de ley extranjera, o de sentencia extranjera, proveniente de cualquier cultura jurídica (*common law*, ordenamientos de origen religioso, etc.), casi *exigen el carácter abierto* de la excepción de orden público para responder caso por caso.

En este contexto, la valoración en concreto no viene acompañada de un manual exhaustivo de funcionamiento, pero sí nos indica qué rutinas no son en principio apropiadas. Por ejemplo, no lo es la valoración abstracta de la compatibilidad de una ley extranjera con el orden público del foro. Ya vimos más atrás que eso podría ser el supuesto de hecho de una cláusula especial. Pero el orden público es un elemento de defensa frente a los *efectos* de las leyes extranjeras (o resoluciones) y no frente a su mera existencia. Dos ejemplos nos ilustrarán esta idea.

Es frecuente que leyes extranjeras que tienen como base el mahometismo contengan reglas contrarias al fundamental principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo. Una de estas reglas es la que posibilita la disolución unilateral del vínculo matrimonial por parte del varón (repudio). Otra la que en el reparto de la herencia concede a los hijos varones el doble de lo que se otorga a las mujeres. Ambas reglas singularmente consideradas son claramente contrarias al orden público español, dentro del que el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo ocupa un lugar destacado. Sin embargo, la excepción de orden público no implica que sus consecuencias jurídicas deban excluirse en todo caso. Por ejemplo, no es

descabellado pensar que el orden público español no se opone al reconocimiento de los efectos de un repudio efectuado en el extranjero, cuando dicho reconocimiento es solicitado precisamente por la mujer repudiada⁵⁷. Del mismo modo que no es dable dejar de aplicar la regla extranjera sobre los derechos sucesorios de las mujeres cuando en la sucesión de que se trate sólo haya hijos varones... o sólo haya hijas. Sus efectos *en el caso concreto* no contrarían ningún principio de orden público español, puesto que no habría discriminación alguna; algo que ocurriría en el caso de que sí concurrieran hijos varones junto con hijas mujeres⁵⁸.

Por supuesto, esta necesidad de verificación de la contrariedad con el orden público en el caso concreto no quiere decir que no existan situaciones de contrariedad plena en las que no hay duda de su operatividad de plano: una autoridad española nunca aplicaría la ley islámica para permitir a un varón repudiar a su mujer. Una autoridad española nunca aplicaría la ley extranjera para admitir la celebración en España un matrimonio poligámico⁵⁹.

Esta última constatación nos pone sobre la pista de una nueva variante de la relatividad inherente a la operatividad del orden público, perfectamente delimitada por la práctica judicial comparada: la que distingue entre el reconocimiento de situaciones consolidadas en el extranjero al amparo de una ley que en sí misma pudiera ser contraria a los valores y principios superiores del foro, por un lado, y la constitución en el propio foro de esas mismas realidades jurídicas, por otro. Se ha hablado en este sentido de un orden público atenuado (en el caso del reconocimiento) frente a un orden público "pleno". Repárese en que tanto en el reconocimiento de un repudio realizado en el extranjero, cuando en el reconocimiento de un matrimonio poligámico (o ciertos de sus efectos) los valores superiores implicados, desde la perspectiva de un ordenamiento jurídico como el español o el francés,

⁵⁷ Vid. ya AGUILAR GRIEDER, H., "Multiculturalidad, reconocimiento en España de repudios islámicos pronunciados en el extranjero y actuales tendencias del orden público en el D.I.Pr.", en MORÁN, G. M. (coord.), *Cuestiones actuales de derecho comparado: actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, Coruña, 2003, pp. 235-264, incidiendo precisamente en la clave de la valoración en concreto.

⁵⁸ Siembre hablo de la sucesión intestada porque, incluso en caso de haber hijos e hijas, la situación en la testada tiene un enfoque distinto: la voluntad de la causante expresada conforme a una ley discriminatoria (incluso reproduciendo sustancialmente la discriminación) no puede rechazarse, al menos no por ese mero hecho, por ser contraria al orden público español: Resolución DGRN, núm. 5507/2016, de 11 mayo 2016 (BOE, de 6 de junio de 2016): el causante kuwaití repartió herencia tal cual venía establecido por su ley nacional: a la esposa el 12%; a sus cinco hijas el 8% a cada una, y a sus tres hijos el 16% [a cada uno] restante. Pero lo hizo en testamento. Ningún orden público fue vulnerado.

⁵⁹ Se trata de ejemplos hipotéticos pues hay otros factores que probablemente hacen que no lleguen a plantearse.

son los mismos que cuando nos planteamos la hipótesis de autorizar el matrimonio poligámico en España o recibir y dar efecto a una declaración de repudio, con base en ambos casos en una ley extranjera⁶⁰.

4.4. La actualidad del orden público

Ya con anterioridad puse de manifiesto cómo el *contenido* del orden público está directamente condicionado por el tiempo. El orden público de un determinado Estado es cambiante. No es el mismo en 1950 y en 2000. Pues bien, la actualidad del orden público tiene que ver no tanto con esta evidencia, cuanto con la necesidad de que siempre sea el orden público actual el que decida la medida de la contrariedad del producto extranjero, aunque éste provenga de un tiempo pasado. Esta característica es especialmente visible en los casos de reconocimiento de resoluciones extranjeras.

Efectivamente, una sentencia de divorcio por la que se disuelve el matrimonio de dos españoles, pronunciada en el extranjero en la década de los años sesenta, no sólo era inverosímil en España, sino que contrariaba directamente el orden público español de la época. La solicitud de reconocimiento de la disolución del vínculo matrimonial en 1970 habría conducido a un rechazo indiscutible por contrariar dicho orden público. Sin embargo, si la solicitud se hace en 1981 (o, incluso en octubre de 1979, como vimos antes) el orden público habría dejado de ser un obstáculo al reconocimiento (podría haber otros, pero no el orden público).

El viaje en la dirección contraria también es posible. En los años sesenta, declarar nulo un acto de disposición de la esposa en aplicación de una ley extranjera que exigiese una autorización del marido para su validez sería totalmente aceptable. Ningún principio de orden público español se vería afectado (sino todo lo contrario). Hacerlo hoy, *para aquel mismo acto de disposición*, sí vulneraría nuestro orden público.

No voy a pasar por alto que este principio de actualidad del orden público aplicado sobre actos y realidades pasadas puede plantear problemas de cierta enjundia, desde la perspectiva de la seguridad jurídica. Por ejemplo, cómo lidiar con un acto que pudo haberse tenido por nulo durante un tiempo más o menos largo y que se “rehabilita” por mor de esta idea de actualidad; por ejemplo, cómo lidiar con todas las consecuencias de la

⁶⁰ La descripción realizada es básica. El efecto atenuado del orden público ha planteado no pocos interrogantes que no podemos ahora abordar. Una visión sintética de los mismos puede verse en GANNAGE, L., “L’ordre public international à l’épreuve du relativisme des valeurs”, *Travaux du comité français de droit international privé*, 2006-2008, pp. 205-222, pp. 210-216.

aparición creada (y los posibles actos jurídicos realizados en torno a ella) por la existencia de un matrimonio (el disuelto en el extranjero cuyo divorcio no se reconoce hasta muchos años después). Pero son cuestiones que deben abordarse más sobre la base de un ajuste o adaptación temporal que a través de la modificación de la operatividad del orden público. De hecho, se trata de problemas que bien se pueden plantear también en situaciones puramente internas (por ejemplo, las consecuencias de la derogación de una norma, por inconstitucionalidad, sobre las situaciones pasadas en las que tal norma pudo haberse aplicado o sobre situaciones configuradas conforme a lo que tal norma disponía).

4.5. La proximidad como medida de la contrariedad: grado de heterogeneidad y proximidad

En la tarea de valorar cuándo la aplicación de una ley extranjera o el reconocimiento de una resolución extranjera contrarían, se oponen, al orden público hay un nuevo elemento que introduce una dosis adicional de relatividad. Es el de la mayor o menor proximidad de la relación jurídica, de la cuestión controvertida, con el foro. La idea es que, manteniendo las coordenadas temporales relevantes intactas, la operatividad del orden público cambia. De nuevo una serie de ejemplos nos ayudarán a comprender mejor esta idea.

En el pasado, la ley española que no preveía el divorcio no contrariaba en sí misma el orden público francés (que sí lo admitía) y un juez francés en los años 70 podría desestimar una demanda de divorcio entre cónyuges españoles regida por la ley española. Digamos que la ley española que preveía la indisolubilidad del vínculo matrimonial no era *per se* contraria al orden público francés... salvo que hubiera de ser aplicada al divorcio entre una francesa y un español. En este caso, el orden público francés se entendería contrariado por la aplicación de la ley española (que a la sazón impediría el divorcio). La ley francesa era la misma, el contenido de su orden público vamos a presumir que también. Lo que cambia es el grado de proximidad de la situación con Francia: en un caso son dos españoles los que quieren divorciarse, y no podrán hacerlo pues la ley aplicable (española) se lo impide. En el otro, se trata de un español y una francesa, y podrán divorciarse pues la ley aplicable (española) será descartada en beneficio de la ley francesa por contrariar el orden público francés.

Mas si el ejemplo anterior puede parecer poco claro, pues, al fin y al cabo, en la admisión o no del divorcio no se percibía (entonces) la impronta de irrenunciables principios (que ahora sí están presentes), otro extraído también de la jurisprudencia francesa nos alerta de las consecuencias en

uno u otro sentido (exclusión o no de la ley extranjera). En el ámbito de la filiación, una reclamación de paternidad interpuesta en Francia puede conducir a la exclusión o no de la ley argelina (que en el momento concreto prohibía dicha reclamación de paternidad) en función de que, en un caso, el hijo fuese francés con residencia en Francia y, en el otro, argelino con residencia en Argelia⁶¹.

Vamos con más ejemplos, ahora directamente vinculados a la actuación de nuestras autoridades. Que un francés, un estadounidense o un alemán se pretendan inscribir en el Registro civil español con un solo apellido no es problema: la ley francesa, estadounidense o alemana que así lo prevén no se considerará contraria al orden público español, por más que en ellas se pudiera ver un cierto atentado al principio de igualdad de los progenitores que nuestro Derecho sí respeta. Que un español pretenda hacer valer aquí su único apellido otorgado en Estados Unidos por la ley estadounidense, es contrario al orden público español⁶².

Este ejemplo es más actual, más complejo y más nuestro (porque hablamos del orden público español). Además, es mucho más gráfico, puesto que tenemos la suerte de contar con una delimitación “oficial” de lo que haya de entenderse por el orden público español en materia de régimen de los apellidos de las personas físicas.

Según la Dirección General de Registros y del Notariado, son principios de orden público español en materia de apellidos, la dualidad de apellidos, la infungibilidad de las líneas paterna y materna (hoy en día, de las dos líneas –de haberlas– respecto de las que se haya determinado la filiación⁶³) y cualquier otro en que puede producirse una violación de los valores superiores del ordenamiento jurídico español⁶⁴.

Aunque, a mi juicio, se trata de una delimitación muy discutible del orden público (y un paso atrás en la consideración del nombre como derecho de la personalidad) lo que me interesa ahora destacar es que se trata de principios de orden público que sólo actúan cuando el interesado es español. Cuando existe un fuerte vínculo con el ordenamiento jurídico español. Un francés nacido en España podrá llevar su (único) apellido conforme al

⁶¹ La cita y el análisis en GANNAGE, L., *loc. cit.*, pp. 218-219.

⁶² En estos dos ejemplos parto de dos situaciones distintas, una de ley aplicable y otra de reconocimiento, pero podría abordar ambas desde la perspectiva del reconocimiento y el resultado no cambiaría.

⁶³ Quiere esto decir que si la filiación está determinada respecto de dos personas (padre y madre, dos padres o dos madres) los apellidos de ambas deben formar parte de los del hijo.

⁶⁴ Instrucciones de la DGRN de 23 de mayo de 2007 (BOE, núm. 159, de 4 de julio de 2007) y de 24 de febrero de 2010 (BOE, núm. 60, de 10 de marzo de 2010) en la que se hace alusión también a la exigencia de homopatronimia entre hermanos de doble vínculo.

sistema francés; o un canadiense. Pero no un español nacido en Dinamarca e inscrito con un solo apellido, o con los dos apellidos del padre o los dos de la madre; o el mismo español nacido en Alemania e igualmente inscrito con un solo apellido. La españolidad del interesado es un catalizador que reactiva el orden público, por contraste con su eventual extranjería, donde el orden público solo entraría en juego ante atentados de verdad⁶⁵.

Obviamente, la relatividad funcional que presenta la idea de proximidad también es discutible. De hecho, suele ser una visión generalmente asumida que existen determinados principios “tan fundamentales” que no precisan de proximidad alguna para su implementación. Determinados derechos humanos (y digo determinados porque cuanto más se amplían los catálogos más hay que matizar) son siempre contenido activo del orden público y se activa siempre contra cualquier ley o sentencia extranjera que pudieran afectarles⁶⁶. Como digo, es una visión extendida, pero no unánimemente aceptada⁶⁷.

4.6. La proximidad como medida de la contrariedad: tipo de heterogeneidad y orden público en la Unión Europea

Mas decía que el ejemplo del nombre, además de más nuestro y más actual era también más *complejo*. La nota de complejidad no la proporciona tanto el mayor o menor grado de proximidad de la relación jurídica con España, sino el *tipo de proximidad...* europea. En el apartado dedicado al contenido del orden público dediqué unas líneas a la relatividad del principio de exclusividad estatal, dentro del cual el fenómeno de la Unión Europea tenía un peso importante. No volveré sobre un tema al que he dedicado ya reflexiones que no es procedente repetir en este momento⁶⁸, pero sí sobre el aspecto que ahora interesa y que representa una muestra más de la relatividad del orden público, ahora en su dimensión operativa; en la que exige la valoración de contradicción entre ley o resolución y orden público del foro.

Por simplificar, de nuevo he de reconocer que el resultado que ahora describo puede verse tanto desde la perspectiva del contenido, cuanto desde la perspectiva de la valoración de la contrariedad, aunque creo que es esta segunda la más clara. La idea es simple, la valoración de si la aplicación de una ley extranjera contraría o no contraría el orden público del foro es

⁶⁵ Obvio las matizaciones que pudieran derivarse de lo que expongo en el siguiente epígrafe.

⁶⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, pp. 170-171.

⁶⁷ *Vid.*, por ejemplo, JAYME, E., *cit.*, p. 229.

⁶⁸ *Vid.*, “¿Orden público europeo versus orden público internacional...”, *cit. supra*.

diferente si esa ley (incluso con el mismo contenido) es la ley de un Estado miembro de la UE o es la ley de un tercer Estado. Paralelamente, el orden público que puede ser contrario a los efectos de reconocer una resolución judicial extranjera (o una situación creada en el extranjero) tiene, o puede tener, una operatividad distinta si esa resolución procede de un Estado miembro o de un tercer Estado.

Describir esta dimensión (el mismo orden público actúa de forma distinta en el contexto europeo que fuera de él) en los términos ejemplificativos que llevo usando me resulta menos fácil que otras anteriores, pues los ejemplos que voy a poner me parecen menos categóricos. Me referiré, en primer lugar, a la modulación del orden público español, tal como lo hemos visto, en materia de nombre y apellidos; en un segundo momento, aludiré cláusulas de orden público que hacen esta distinción y acudiré, por último, a un ejemplo a propósito de uno de los temas más sensibles al orden público, cual es el del matrimonio entre personas del mismo sexo.

Comenzando por lo más simple: ese orden público que la DGRN nos ha positivado en materia de apellidos (de españoles) no será operativo en los supuestos en los que se trate de dobles nacionales de la Unión Europea⁶⁹ (por ejemplo, un hispano francés podrá tener un solo apellido, según la ley francesa), aunque sí actuará “en defensa” del sistema español si un chino adquiere la nacionalidad española y pretende acogerse a la ley china para la conservación de su anterior régimen de apellidos (como, en principio, le permitiría el art. 199 del Reglamento del Registro Civil). Deberá tener dos apellidos, uno por cada línea. Es una cuestión (en este caso) de orden público.

Pasando a la segunda dimensión anunciada, los ejemplos de cláusulas en las que se realiza esta distinción no han llegado a ser Derecho positivo, pero su mero planteamiento ejemplifica esta relatividad. Terriblemente significativo era el artículo 20 de la Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁷⁰, que decía lo siguiente:

Orden público. Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro. No obstante, la aplicación de una disposición de la ley de un Estado miembro designada por el presente Reglamento no podrá excluirse sobre esta base⁷¹.

⁶⁹ Directriz Tercera de la citada Instrucción DGRN de 23 de mayo de 2007.

⁷⁰ Bruselas, 15.12.2005, COM (2005) 649 final, 2005/0259 (CNS).

⁷¹ Otro ejemplo fue el texto articulado planeado durante el proceso de elaboración del Reglamento sobre sucesiones, elaborado por el Grupo PRM III/IV, el 30 de junio de 2008

Cristalino. Por último, la importante *Sentencia TJUE de 5 de junio de 2018*⁷² vuelve a plantear esta dicotomía entre un contenido del orden público claro y asentado con carácter general, y una operatividad del mismo diferenciada en función de su vinculación o no a la UE. Parto de la hipótesis, sin duda bien verosímil, de que en Rumanía y en 2018, el orden público rumano comprendía el principio de la heterosexualidad del matrimonio. Como consecuencia de ello, ningún matrimonio entre personas del mismo sexo podía celebrarse en Rumanía y ninguno celebrado en el extranjero podrían tener efectos como tal en Rumanía, pues sería contrario al orden público rumano. El Tribunal de Justicia dictaminó que no reconocer el matrimonio entre un rumano que había ejercido su derecho de libertad de circulación y su cónyuge estadounidense, a los efectos de la concesión de un derecho de residencia en Rumanía era contrario al Derecho comunitario. Personalmente, creo que la sentencia tiene más recorrido y más aristas que las que mayoritariamente le han sido atribuidas⁷³. Pero amparándome en la interpretación que creo más extendida, lo cierto es que el orden público rumano no podrá operar contra los matrimonios homosexuales (al menos en el ámbito de la concesión de residencia, pero probablemente también en otros ámbitos⁷⁴) cuando estén vinculados al Derecho de la UE... pero sí (de momento) si no lo están. Esta es la clave. Probablemente dos varones rusos o dos mujeres neozelandesas casadas entre sí en Nueva Zelanda o en Sudáfrica no disfrutarán en Rumanía de ningún efecto propio a su condición conyugal⁷⁵ pues lo impedirá el orden público rumano; pero eso no ocurrirá con dos varones casados en España cuando esté implicado el Derecho de la Unión. Es el *tipo de heterogeneidad* el que determina la operatividad del orden público.

(calificado como documento de reflexión): “Article 3.8. Ordre public: *L’application d’une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l’ordre public du for. [Toutefois, l’application d’une disposition de la loi d’un État membre désignée par le présent règlement ne peut pas être écartée sur ce fondement]*”.

⁷² Asunto C673/16, Coman.

⁷³ Las detalles en mi comentario sobre las conclusiones del Abogado General “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *La Ley Unión Europea*, núm. 56, de 28 de febrero de 2018.

⁷⁴ JIMÉNEZ BLANCO, P., “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, de 31 de julio de 2018.

⁷⁵ Eludo las exigencias del Convenio Europeo de Derechos Humanos y la necesidad de dotar de algún tipo de reconocimiento a su realidad como “familia”; no necesariamente como matrimonio.

5. CONCLUSIONES

Uno de los problemas que suele tener el análisis de los temas clásicos, recurrentes, impercederos, como el del orden público, es la enorme dificultad para decir algo nuevo. Los desarrollos que anteceden estas someras conclusiones no lo pretendían. Mi propósito principal era y es contar cuestiones bien sabidas de una manera lo más gráfica y ordenada posible para los que se acerquen por primera vez al tema. Ofrecer una visión general distinguiendo elementos y perspectivas que tradicionalmente aparecen revueltos y desordenados.

Ya sabemos, porque ya lo sabíamos, que el global concepto de orden público (internacional) se configura como una barrera ante lo inaceptable para un ordenamiento jurídico. Es algo que impide aceptar productos incompatibles con el ordenamiento jurídico del foro. Sabemos, porque ya lo sabíamos, pero creo que es un factor sobre el que no se pone suficientemente el acento, que el orden público (de nuevo, globalmente considerado) tiene manifestaciones normativas precisas y diferenciadas: las “cláusulas” de orden público. Y que estas manifestaciones parecen seguir en cierta medida la tendencia a la especialización normativa que en las últimas décadas sigue todo el DIPr (más normas sobre temas más reducidos, sobre situaciones más diferenciadas...). Y ello exige también análisis diferenciados. Ya no vale con pontificar sobre el orden público sustentado en una cláusula general para abordar eficientemente toda su problemática.

Sabemos, y esto probablemente también lo sabíamos, a pesar de que siempre nos hemos revelado contra la relatividad que tanto nos incomoda, que el contenido del orden público, es decir, aquello que define los límites infranqueables del ordenamiento jurídico del foro frente a lo extraño, tiene un núcleo duro en torno a derechos fundamentales (constitucionalmente consagrados o consagrados en convenios, cartas, declaraciones internacionales) y un recubrimiento de ese núcleo duro más o menos variable, con elementos sobre los que razonablemente se puede discutir. De los que razonablemente se puede dudar. Y sabemos también que ese contenido está sujeto a cambios, a entradas y salidas, sobre las que también pesa una indefectible relatividad.

Sabemos, por fin, que el funcionamiento del mecanismo del orden público está igualmente condicionado por elementos más o menos estables, como el momento en que opera (“el orden público del día”, al que me refería más atrás) o la tipología sobre la que opera (“crear” *versus* “reconocer”), pero también por elementos *a priori* inmanejables: el grado de proximidad de la cuestión con el foro; el “tipo” de proximidad del supuesto; el concreto aspecto analizado (si, por ejemplo, la validez de una institución o la –mera–

eficacia de alguno de sus efectos); la mayor o menor sorpresa que provoca ese producto jurídico extraño, pero conocido, o meramente reconocible, o absolutamente desconocido; el interesado en hacer valer dicho producto (la mujer solicita la eficacia de un repudio *versus* la solicita el marido). En el modo de *funcionamiento* está, creo, su mayor seña de identidad y la razón por la que el orden público forma parte esencial del presente seminario: se trata de un mecanismo que opera respecto del caso concreto. Que crea reglas (muy) concretas. Que tiene que ser lo suficientemente abierto y flexible como para poder dar cabida a una constelación de supuestos inmanejables *a priori*: *cualquier* ley extranjera, *cualquier* institución extraña, *cualquier* tipo o grado de proximidad del problema con el ordenamiento del foro, *cualquier* momento.