

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD, LEYES DE POLICÍA Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN LOS REGLAMENTOS EUROPEOS DE DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES

AUTONOMY OF THE WILL, PUBLIC POLICY AND INTERNATIONAL PUBLIC ORDER IN EUROPEAN FAMILY AND SUCCESSION LAW REGULATIONS

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 01.06.2021 / Aceptado: 29.06.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6311>

Resumen: Partiendo de la base de que vivimos en sociedades cada vez más multiculturales, este trabajo se pregunta si la autonomía de la voluntad conflictual en el Derecho de familia y de sucesiones puede ser una vía para garantizar respuestas justas que conjuguen el respeto a la identidad cultural con el deseo de aplicar la ley del Estado de acogida, como medio para reducir la acción del orden público internacional. Aunque, a priori, esta premisa se cumpliría, la acción de las leyes de policía europeas hace que el etnocentrismo sea todavía una característica muy importante de nuestras normas de conflicto en estas materias, lo que conduce irremisiblemente a cierto legefórmismo.

Palabras clave: Autonomía de la voluntad, orden público internacional, leyes de policía, Derecho de familia, Derecho de sucesiones

Abstract: Starting from the basis that we live in increasingly multicultural societies, this work asks whether the autonomy of the conflictual will in family and succession law a way can be to guarantee fair responses that combine respect for cultural identity with the desire to apply the law of the host State, as a means to reduce the action of international public order. Although, this premise would be fulfilled, the action of the European public policy makes ethnocentrism still a very important characteristic of our conflict norms in these matters that inevitably leads to a certain legefórmism.

Keywords: Autonomy of the will, international public order, public policy, Family Law, Succession Law

Sumario: I. Notas preliminares II. La autonomía de la voluntad, factor en alza III. Falta de adecuación de la cláusula de excepción del orden público internacional en un contexto intercultural 1. Interculturalidad y orden público internacional A) Introducción B) Alternativas legales a) Divorcio y separación judicial: Reglamento (UE) 1259/2010 b) Regímenes económicos matrimoniales y efectos económicos de parejas registradas: Reglamento (UE) 1103/2016 y Reglamento (UE) 1104/2016 c) Sucesiones internacionales: Reglamento (UE) 650/2012 d) Alimentos: Protocolo de La Haya de 2007 e) Materias en las que está vedada la acción de la autonomía de la voluntad IV. Conclusiones.

I. Notas preliminares

1. Hasta que comenzaron a elaborarse y a aplicarse los Reglamentos europeos sobre derecho aplicable en materia de familia y sucesiones¹, en España el sistema autónomo de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.) había quedado superado por los cambios sociales experimentados desde 1974, fecha en que se reformó el Título preliminar del Código civil y se redactaron las normas de conflicto españolas en Derecho de familia y de sucesiones. En ellas, en consonancia con la época, momento en que la inmigración en España apenas era perceptible, se hizo un uso reiterado de la conexión de la nacionalidad. Pero a partir de los noventa, cuando España se convierte en un Estado de destino de la inmigración, y nuestros tribunales comienzan a encontrarse con casos en los que nuestras normas de conflicto conducían a la aplicación del derecho extranjero, en ocasiones opuesto a nuestra concepción del Derecho de familia, y se tiene que recurrir con frecuencia a la cláusula de excepción del orden público internacional para evitar tener que aplicar el Derecho extranjero, es a partir de entonces cuando se manifiesta con claridad la necesidad de actualizar nuestro sistema. Actualización que finalmente ha llegado no directamente de la mano del legislador español, sino del legislador europeo. Pero ¿esa actualización es suficiente para garantizar respuestas que integren la multiculturalidad presente en nuestras sociedades?²

2. En principio, la introducción del punto de conexión de la autonomía de la voluntad podría conducir a una respuesta afirmativa, en la medida en que sería el propio interesado quien podría elegir entre distintas concepciones jurídicas de la familia, próximas todas ellas a la situación, con cuál de ellas se encuentra más identificado³. El uso de esta conexión reduciría en buena medida la acción del orden público internacional, lo que sería positivo, pues se encontraría en la propia norma de conflicto, y no en su excepción, la respuesta jurídica demandada⁴. La cuestión es que, junto con la incorporación de la autonomía de la voluntad, también se ha incorporado la acción de las leyes de policía que actúan como dique ante la acción de la autonomía de la voluntad. El propósito de este trabajo es analizar en qué medida, la acción de las leyes de policía puede garantizar realmente respuestas interculturales.

II. La autonomía de la voluntad, factor en alza

3. Pese a que sus orígenes no sean claros y generalmente se atribuya a CH. DU MOULIN su paternidad, la autonomía conflictual constituye un expediente consolidado del DIPr. de los contratos. Sin embargo, SÁNCHEZ LORENZO ha puesto de manifiesto que es precisamente en esta materia donde la tendencia hacia la autonomía de la voluntad se muestra más restringida por la politización, en tanto que se observa una evolución inversamente proporcional en el ámbito del Derecho de la persona, familia y sucesiones. Mientras en el ámbito patrimonial, el principio que inspira la autonomía conflictual respon-

¹ Reglamento (UE) 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 [DO L 343, 29-XII-2010]; Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo [DO L 201, de 27-VII-2012]; Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales [DO L 183, de 8-VII-2016] y Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias [DO L 331, de 16-XII-2009].

² En 2020, 761.122 personas de origen marroquí residían en España, siendo la nacionalidad extracomunitaria mayoritaria en número de extranjeros <https://es.statista.com/estadisticas/472512/poblacion-extranjera-de-espana-por-nacionalidad/>, consultado el 26 de abril de 2021.

³ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Internacional Privado*, vol. I, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 246 y ss., y vol. II, pp. 341 y ss.

⁴ En palabras de Stuart Mill, “las personas son los mejores jueces de sus propios intereses”, lo que significa que, para unas concretas personas, las reglas que éstas elaboren (“Derecho voluntario”) serán siempre mejores que el Derecho objetivo fabricado por el Estado (“Derecho dirigista”), *cfr.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Tratado...*, vol. I, *op. cit.*, p. 248.

de preferentemente al principio de eficiencia económica, en los sectores no patrimoniales se asienta en el principio de libertad individual. Mientras un principio se vincularía necesariamente a la politización, el otro lo haría con la privatización⁵.

4. Ciertamente, nos encontramos en un contexto en el que la autonomía de la voluntad está conquistando parcelas que hasta ahora le habían permanecido vedadas. Una autonomía que se asienta en la libertad e, indisolublemente unida a ella, en la dignidad humana y en el libre desarrollo de la personalidad, y que ha fijado su mirada en todas aquellas instituciones que afectan a la vida personal y familiar de los individuos. En materia patrimonial, esa autonomía también continúa ganando espacio, si bien sus límites vienen dados no tanto desde la protección y garantía de los derechos fundamentales como reducto del orden público internacional, sino desde las normas materiales imperativas a través de las que los Estados expresan la protección de unos intereses generales que en ningún caso pueden resultar afectados por la autonomía de la voluntad de las partes (normas de protección de consumidores, de trabajadores, normas ordopolíticas como la defensa de la competencia, control de cambios, etc.).

5. Es un hecho que el sistema tradicional conflictual se muestra inadaptado ante las nuevas demandas de la sociedad multicultural de nuestros días. La norma de conflicto que concibió y formuló SAVIGNY, se fundamentaba en la localización de las relaciones jurídicas, sobre la premisa comúnmente aceptada de que las distintas leyes con vocación para resolver el supuesto pertenecían a una misma civilización.

En la actualidad, el creciente pluralismo jurídico y cultural demanda una mayor presencia de la libertad, de la voluntad de las personas para discernir qué Derecho prefieren para regular las relaciones que los unen. El método conflictual sigue siendo válido en sus líneas generales, pero es necesario revestirlo de actualidad, y la actualidad demanda libertad. La libertad se manifiesta, así como un derecho a elegir y a ser.

6. Los ordenamientos jurídicos, con carácter general, han sido muy reacios a conceder parcelas de libertad al individuo para regular cuestiones que les afectan directamente como el Derecho de familia o el de sucesiones⁶. El Derecho imperativo de los Estados se ha esforzado por verter un concepto de familia (influenciado las más de las veces por la religión) que no se correspondía, en muchas ocasiones, con la pluralidad de los modos de convivencia presentes en la sociedad.

Así, y aunque en España desde 1978 el artículo 39 CE plasmaba un concepto amplio y plural de familia, lo cierto es que, hasta hace relativamente poco, las normas estatales -las autonómicas han ido más raudas⁷ consagraban un modelo de familia basado en el matrimonio heterosexual⁸. Aunque se admitía desde 1981 el divorcio, éste era causalista, lo que implicaba la búsqueda de un culpable y se presentaba al Estado como protector último del vínculo conyugal⁹. En materia de capacidad, el

⁵ S. SÁNCHEZ LORENZO, "Postmodernismo y Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1994-2, pp. 572-573.

⁶ Vid. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, "Réflexions sur les mythes fondateurs du droit contemporain de la famille", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1995-2, pp. 249-270; D. MAYER, "Evolution du statut de la famille en droit international privé", *Journal du Droit international*, 1977-2, pp. 447-469.

⁷ Hasta el momento, sólo leyes autonómicas regulan las parejas de hecho, tanto hetero como del mismo sexo. De sumo interés es su coexistencia con el *Reglamento (UE) 1104/2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*. Algunas de las cuestiones más problemáticas son analizadas por M. MOYA ESCUDERO, "El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 35, 2018, 32 pp.

⁸ La *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio* [BOE núm. 157, de 2-VII-2005], introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de que dos personas del mismo sexo puedan contraer matrimonio entre sí.

⁹ Con la *Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* [BOE núm. 163, de 9-VII-2005] se elimina el sistema causalista de divorcio en España y se sustituye por un sistema volitivo, en que basta la manifestación de la voluntad de querer divorciarse para poder hacerlo.

particular tenía el terreno vedado hasta que se pudo introducir en nuestro ordenamiento la institución de la autotutela¹⁰. Cosa que sigue sucediendo en el Derecho sucesorio, fuertemente intervenido por el Derecho imperativo estatal. También en materia de transexualidad, se están presentando obstáculos en España ante la posibilidad de reconocer a nivel nacional la autodeterminación de género a través de su despatologización¹¹.

Las reformas que se han producido en los últimos años en el Derecho de familia español encuentran su origen en el artículo 10 CE, al consagrar éste un equilibrio entre el respeto a la autonomía individual (“libre desarrollo de la personalidad”) y el respeto a la dignidad humana (y a “los derechos inviolables que le son inherentes”).

Si bien es verdad que, en el Derecho de familia español, la autonomía de la voluntad ha sido tradicionalmente muy limitada, poco a poco, ha comenzado a conquistar pequeñas parcelas de libertad que, por fuerza, deberían traducirse también en una formulación más adecuada a los nuevos tiempos de nuestras normas de DIPr.¹².

7. Un análisis de las normas de conflicto españolas que regulan la ley aplicable al estatuto personal, a las instituciones incardinadas en el Derecho de familia y al Derecho de sucesiones, nos enfrenta con una dura realidad, puesta de manifiesto persistentemente por la doctrina. Nuestro sistema autónomo de DIPr. no está adaptado a los nuevos tiempos. Esta carencia, no obstante, hoy en día, ha quedado en cierto modo mitigada, si se tiene en cuenta el desplazamiento progresivo que el DIPr. de origen europeo y de origen convencional está haciendo de nuestro sistema interno, hasta el punto de que, cuando no ha sido directamente sustituido a través de remisiones a textos de origen convencional (p. ej., art. 9.4 II, 9.6 I o 9.7 Cc), su aplicación efectiva se limita al Derecho interregional, en los casos en que los Reglamentos europeos son de aplicación universal.

La mayor parte de nuestras normas de conflicto internas fijan como principal o único punto de conexión la nacionalidad. Y esto que para algunos ha sido defendido como bandera del respeto a la multiculturalidad, si bien es verdad que no pretendidamente buscado, no parece que sea la solución idónea para resolver cuestiones en las que están con frecuencia llamados a dialogar ordenamientos jurídicos con muy diferentes concepciones de la justicia en estas materias.

8. Hasta la llegada de la normativa europea, la autonomía de la voluntad era un criterio que no estaba presente en el sistema español de DIPr. en lo relativo al estatuto personal y al Derecho de familia y de sucesiones, a excepción de la limitada intervención en el artículo 9 apartados segundo y tercero del Código Civil¹³. En el Derecho convencional, sin embargo, la autonomía de la voluntad conflictual ya estaba presente, como en el artículo 8 del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a las obligaciones de alimentos, que contempla la posibilidad de elegir el Derecho aplicable entre una serie de ordenamientos previamente designados, siempre que los alimentos no afecten a menores de 18 años. También el *Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978, sobre regímenes matrimoniales* (art. 3)¹⁴, el *Convenio de 20 de*

¹⁰ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa tributaria con esta finalidad [BOE núm. 277, de 19-XI-2003]. Y esta concepción cambiará aún más tras la publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica [BOE núm. 132, de 3-VI-2021], que marca un profundo cambio de paradigma en esta materia, poniendo siempre el acento en la persona con discapacidad y facilitándole apoyos únicamente en la medida en que los necesite.

¹¹ A. DURÁN AYAGO, “La autodeterminación de las personas trans”, publicado en <https://theconversation.com/la-autodeterminacion-de-las-personas-trans-144184>, consultado el 18 de mayo de 2021.

¹² Vid. P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, en A. L. CALVO CARAVACA, / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Editorial Colex, 2000, p. 168.

¹³ E. ZABALO ESCUDERO, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y familia*, Editorial Colex, 2001, pp. 22 y ss.

¹⁴ Si bien se trata de una autonomía limitada, dado que los futuros esposos sólo podrán elegir, antes de su matrimonio, entre una de estas leyes: ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes en el momento de la elección; ley del Estado en que los contrayentes tengan su residencia habitual en el momento de la elección; ley del Estado en el que los esposos fijarán su residencia tras el matrimonio.

octubre de 1988 sobre ley aplicable a la sucesión por causa de muerte (art. 6) y el Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre protección de adultos, aunque de estos últimos España no forma parte.

En el régimen europeo de DIPr., en todos los Reglamentos que se han ido elaborando sobre Derecho de familia y también en el de sucesiones, está presente la autonomía de la voluntad conflictual¹⁵, aunque siempre limitada a una serie de conexiones que traslada cierta proximidad de la situación privada con el Derecho que es posible elegir. Así, el artículo 5 Reglamento (UE) 1259/2010¹⁶ y los respectivos artículos 22 del Reglamento (UE) 1103/2016¹⁷, del Reglamento (UE) 1104/2016¹⁸ y del Reglamento (UE) 650/2012, si bien en este último caso, la posibilidad de elección se reduce a una única ley, la ley de la nacionalidad del causante¹⁹.

9. Esta incorporación progresiva de la autonomía de la voluntad a facetas en las que tradicionalmente había estado vedada se asienta sobre el reconocimiento de que es el individuo al que se le va a aplicar la norma quien se encuentra mejor posicionado para elegir, en términos generales, bien que se le aplique la ley de su nacionalidad, o bien la de su domicilio, dejando que sea él quien resuelva la interculturalidad implícita en el caso, optando por la aplicación del Derecho que considere que le va a aportar una respuesta más justa²⁰.

Con el establecimiento de la autonomía de la voluntad como punto de conexión se evitará que sea el juez el que tenga que valorar las circunstancias que concurren en el caso para determinar la ley aplicable, dado que, en función de la elección del Derecho, se podrán concretar muchos aspectos que sería menester indagar de no haber sido elegida la ley. Así, si se elige el Derecho del país de origen, previsiblemente será porque se trate de una inmigración temporal, porque persistan los vínculos con el país de origen, facilitando esta elección un reconocimiento de una hipotética sentencia española en el país de procedencia del inmigrante. Si, por el contrario, se elige el Derecho español, en tanto domicilio del inmigrante en España, ello puede indicar que la conexión con el país de origen se ha relajado, que el inmigrante se halla integrado en la sociedad de acogida, y que probablemente no se necesite un reconocimiento de una hipotética sentencia española en su país de origen. Aunque también es verdad que la elección de la ley española se puede deber, simplemente, a las facilidades de aplicación que ésta presenta, la más evidente que el derecho español no necesita ser probado para ser aplicado en España.

10. Además, la autonomía de la voluntad presenta la ventaja de poder actuar como un principio intermedio entre el principio de proximidad y el elemento material localizador²¹, y ello porque las par-

¹⁵ Vid. A. S. DE SOUSA GONÇALVES, “El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones”, *La Ley Unión Europea*, núm. 40, 30 de septiembre de 2016.

¹⁶ El artículo 5 Reglamento 1259/2010 propone la posibilidad de elegir entre las siguientes leyes: a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o d) la ley del foro.

¹⁷ El artículo 22 permite elegir bien la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, bien la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo.

¹⁸ En este caso, el artículo 22 propone la posibilidad de elegir entre tres leyes: a) la ley del Estado en el que los miembros o futuros miembros de la unión registrada, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo; b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión registrada en el momento en que se celebre el acuerdo o c) la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

¹⁹ Se precisa en este artículo que si el causante posee varias nacionalidades podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento.

²⁰ Entiende P. GANNAGÉ, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Revue Critique du Droit International*, 1992, p. 428, que, de esta manera, se pueden conciliar las exigencias de una política de asimilación cuando su realización sea posible, con la necesidad de tener en cuenta los particularismos de la cultura del inmigrante, cuando éste prefiera recurrir a su ley de origen. Vid. también A. E. VON OVERBECK, “L’irrésistible extension de l’autonomie de la volonté en droit international privé”, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 619-636 y P. LAGARDE, “Vers un règlement communautaire du droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos, Tomo II, Derecho internacional privado, Derecho constitucional, Varia*, UAM-Eurolex, 2005, pp. 1687-1708.

²¹ Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 249; P. LAGARDE, “Le principe de

tes van a elegir, previsiblemente, el Derecho más vinculado con su relación, que además va a coincidir con el que consideren que refleja la mejor noción de justicia. Esta posibilidad de elección de ley va a estar limitada, pues sobre la base del principio de proximidad, se van a poder elegir únicamente los ordenamientos jurídicos que justifiquen un interés para regular un determinado caso²². De esta manera, al principio de previsibilidad, garantizado por la elección de la ley por las partes, se le une el principio de seguridad jurídica.

11. Esta autonomía de la voluntad conflictual limitada choca con la libertad absoluta que contempla el *Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*²³ en su regulación de la ley aplicable a los contratos²⁴. Sin embargo, ya hemos puesto de manifiesto que ambas cuestiones no son comparables. Mientras en los contratos se pretende obtener una seguridad jurídica a través de la previsibilidad vinculada intrínsecamente a la idea de eficiencia (reducción de costes), en el Derecho de familia se pretende lograr el respeto a la identidad cultural provocando el diálogo, generalmente entre dos ordenamientos, el nacional y el de la residencia habitual. De esta manera, se garantiza la seguridad jurídica a través de la previsibilidad de la ley aplicable, una ley que va a estar intrínsecamente vinculada con el libre desarrollo de la persona y con el respeto a su dignidad, y que aporta a su vez flexibilidad a la respuesta jurídica²⁵.

En cuanto a la forma en que debería llevarse a cabo la elección de la ley en materia de Derecho de familia y de sucesiones, obviamente debería tratarse de una elección de ley explícita, por escrito y normalmente ante autoridad pública²⁶. Aunque cabría plantearse si sería posible, con limitaciones, una elección tácita de la ley en el proceso, si, por ejemplo, una parte iniciara un procedimiento y argumentara su posición conforme a una ley que la otra parte no discute.

12. Dicho esto, dos precisiones y una apreciación. En primer lugar, que la autonomía de la voluntad material en Derecho de familia también será más limitada que la que existe en Derecho contractual, por cuanto que en la mayoría de los Estados persiste una concepción imperativa sobre aquellas materias²⁷, frente a la libertad de pactos que existe en materia contractual (art. 1255 Cc).

En segundo lugar, no está de más plantearse si los ordenamientos de inspiración islámica contemplan la autonomía de la voluntad como medio para determinar el Derecho aplicable. Al respecto, hay que señalar que el Derecho musulmán clásico es un sistema esencialmente consensual. Los límites no atañen a la forma, sino al fondo, por cuanto la voluntad debe respetar la ley religiosa o *Sharia*, tanto en Derecho contractual como en Derecho de familia²⁸. Lo que se traduce en que sólo se aceptará la auto-

proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil des Cours*, t. 196, 1986, p. 64, sostiene que el principio de autonomía es el complemento racional del principio de proximidad.

²² Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté...*, op. cit., p. 256.

²³ DO L 177, de 4-VII-2008.

²⁴ A diferencia del artículo 10.5 Cc que exige una conexión entre el contrato y la ley: “[s]e aplicará a las obligaciones contractuales la ley a que las partes se hayan sometido expresamente, siempre que tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”.

²⁵ B. AÑOEROS TERRADAS, “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia”, en J. FORNER DELAYGUA / C. GONZÁLEZ BEILFUSS / R. VIÑAS FARRÉ (coords.), *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*, Marcial Pons, 2013, pp. 119-131.

²⁶ En el Reglamento de sucesiones, se dispone que la elección deberá hacerse expresamente en forma de disposición *mortis causa*, o habrá de resultar de los términos de una disposición de ese tipo; la validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida, y cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa* (apartados 2, 3 y 4 del art. 22). En el Reglamento 1259/2010 (art. 7) y en los Reglamentos 1103/2016 y 1104/2016 (respectivos artículos 23), se indica expresamente que el convenio o acuerdo debe realizarse por escrito y estará fechado y firmado por los cónyuges o miembros de la pareja.

²⁷ Vid. las distintas connotaciones entre autonomía de la voluntad conflictual y autonomía de la voluntad material en M. KELLER / A. SCHLAEPFER, *Convergences et divergences entre le droit international privé et le droit matériel privé*, Zurich, 1982, pp. 5 y ss.

²⁸ Vid. Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté...*, op. cit., pp. 46-49.

mía de la voluntad si a través de ésta se ha elegido la *Sharia* o una ley que respete el contenido de la ley religiosa. Ahora bien, en la medida que se respete esta ley, la autonomía de la voluntad material suele ser más amplia que en los países occidentales, pues a través de las cláusulas *Shurût* pueden introducirse disposiciones en el matrimonio (de naturaleza contractual en el Derecho musulmán), sobre la poligamia, el repudio, las causas de divorcio, la obligación de restituir la dote tras el divorcio, etc.²⁹.

Por último, una apreciación. Sorprende que en un sistema plurilegislativo como el español no se haya optado por introducir la autonomía de la voluntad como criterio de conexión para resolver las situaciones interregionales³⁰. Más si se tiene en cuenta que la autonomía de la voluntad conflictual es quizás el mecanismo más adecuado para respetar el pluralismo tanto cultural como jurídico.

III. Falta de adecuación de la cláusula de excepción del orden público internacional en un contexto intercultural

1. Interculturalidad y orden público internacional

A) Introducción

13. Las relaciones entre los ordenamientos jurídicos laicos y los ordenamientos jurídicos de base religiosa pueden presentar especiales dificultades, puesto que al pluralismo normativo se añade el pluralismo cultural y religioso³¹. A ello hay que unir que los individuos tienen un fuerte interés en el reconocimiento universal de sus relaciones jurídicas; la familia no conoce fronteras ni políticas ni jurídicas³². Es necesario, pues, establecer un diálogo, una comunicación entre los Derechos con vocación para regular una determinada situación privada internacional. Un recurso sistemático al orden público internacional supone la constatación de un DIPr. desactualizado, y ello a pesar de que para muchos este recurso sigue siendo una vía útil para afrontar cuestiones interculturales³³.

14. Partamos de la base de que el orden público internacional no reviste el mismo significado en los sistemas de conflicto de los países laicos y en los países confesionales. En los primeros, se presenta como un procedimiento de evicción de la ley extranjera cuando ésta está en contradicción con los principios fundamentales del sistema del foro. Actúa *a posteriori*, una vez se ha constatado que la aplicación de la citada ley a la concreta situación provocaría una contradicción manifiesta con los valores y principios del foro. En los países confesionales, en cambio, el orden público internacional actúa dotando de carácter imperativo a ciertas disposiciones del Derecho del foro, cuyo carácter religioso priva a los Derechos extranjeros de toda pretensión de ser aplicados³⁴. De esta manera, el orden público internacional

²⁹ Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté...*, *op. cit.*, pp. 152-154.

³⁰ A. FONT I SEGURA, *Una construcción sistemática del Derecho interregional*, segundo ejercicio oposición, Barcelona, 2002, *passim*.

³¹ *Vid.* P. GANNAGÉ, “La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales”, *Recueil des Cours*, t. 164, 1979, pp. 347-423; L. GANNAGÉ, “Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des conflits de cultures”, *Recueil des Cours*, t. 357, 2013, pp. 235-488; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actual”, *Recueil des Cours*, t. 249, 1994, p. 227.

³² E. JAYME, “O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI” – Conferência do Rio de Janeiro, 15 de março de 2002. PUC-Rio, en *O novo direito internacional. Estudos em homenagem a E. Jayme*, Renovar, 2005, t., p. 27.

³³ En este sentido, la Declaración de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo de las II Jornadas iberoamericanas de Estudios internacionales de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales y el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, hecha en Montevideo, el 27 de octubre de 2006. En su punto quinto se afirma lo siguiente: “*Asumimos que el Derecho internacional privado en la hora actual tiene dificultades para resolver con moldes viejos problemas propios de una nueva realidad, pero entendemos que cuenta con la cláusula de orden público como mecanismo suficiente que permitirá un equilibrio entre el respeto a la identidad cultural del inmigrante y la protección de los derechos fundamentales que configuran el modelo familiar del Estado de acogida, así como dotar de soluciones particulares a cada caso concreto*”.

³⁴ P. GANNAGÉ, “La coexistence des droits confessionnels...”, *loc. cit.*, p. 387.

no es en los sistemas confesionales el fruto de una tentativa infructuosa de relación entre los Derechos en presencia, sino que actúa impidiendo toda la relación, negando la comunicación entre ellos.

Constatemos que el respeto a la diversidad sólo es posible si cada sistema toma en consideración los valores que animan al otro³⁵. El DIPr. intenta tender puentes entre los bordes de los abismos existentes entre las sociedades. Así, el internacionalista debe moverse en un difícil equilibrio: equilibrio entre, por un lado, acogida de sistemas extranjeros, por ser el DIPr. “una invitación al otro”, que se traduce en la tolerancia³⁶ y, de otro lado, respeto de los principios que considere dotados de una universalidad al menos potencial. Por tanto, se trata de acoger las diferencias respetando ciertas exigencias esenciales³⁷.

15. Dicho esto, conviene aclarar que, a mi juicio, al DIPr. no le corresponde realizar una labor de integración o asimilación del extranjero, a raíz de la concreción de sus normas. Eso es una cuestión que escapa a su alcance³⁸. Pero sí debe gestionar la diferencia respondiendo a criterios de justicia que sepan combinar el respeto a la identidad cultural de los inmigrantes con los valores y principios irrenunciables imperantes en el Estado del foro.

La constante referencia al orden público internacional no parece que sea la vía más adecuada para lograr una respuesta apropiada a estas situaciones. Y ello porque el sistemático recurso a esta cláusula de excepción sólo denota la profunda incapacidad de un sistema de DIPr. para gestionar la diferencia. Rechaza el diálogo e impone por la fuerza el Derecho del foro, como si fuera mejor y de más calidad que el que rechaza aplicar.

16. La cláusula del orden público internacional es un mecanismo rígido y pretendidamente materializador para solucionar un problema de una norma de conflicto configurada desde los caracteres de neutralidad y rigidez. Así lo concibió SAVIGNY en el siglo XIX y así permanece, prácticamente inalterado, en nuestros días³⁹. Se ha dicho que constituye una cláusula de excepción destinada a flexibilizar la norma de conflicto, pero sobre todo a materializar la misma. Sin embargo, y sin discutir que su pretensión sea dejar de aplicar un Derecho que se considera manifiestamente contrario a los principios y valores que conforman el ordenamiento jurídico del foro, el grado de flexibilización que presenta es discutible. Es una solución rígida a una propuesta rígida, sobre todo si se trata de una norma de conflicto que sólo posee un punto de conexión, y que conducirá irremisiblemente a la aplicación de la ley del foro, no sólo como último sino como único recurso. En realidad, se trata de un mecanismo de salvaguardia necesario, pero a la vez constituye una cláusula de reserva de la que no se debe abusar⁴⁰.

³⁵ J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques. Les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel”, *Recueil des Cours*, t. 211, 1988, p. 365.

³⁶ W. GOLDSCHMIDT, *Derecho internacional privado: derecho de la tolerancia. Basado en la teoría pluralista del mundo jurídico*, 8ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1992, *passim*.

³⁷ H. GAUDEMET-TALLON, “La désunion du couple en droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 226, 1991, p. 275; P. MAESTRE CASAS, “Multiculturalidad e internacionalización de valores: incidencia en el sistema español de Derecho internacional privado”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. L. IRIARTE ÁNGEL, *Mundialización y familia*, Editorial Colex, 2001, pp. 195-212, esp. p. 201.

³⁸ Sobre la relación de las reglas de DIPr. con la política en materia de inmigración, *vid.* CH. LABRUSSE, “La compétence et l’application des lois nationales face au phénomène de l’immigration étrangère”, *Travaux du Comité Français de Droit international privé*, 1975-1977, París, 1979, pp. 111 y ss.

³⁹ F. KNOEPLER / P. SCHWEIZER, “Règles de conflit et “justice matérielle” en droit de la famille”, en *Problèmes de droit de la famille, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit et des sciences économiques de l’Université de Neuchâtel à l’occasion du congrès de la Société suisse des juristes, à Neuchâtel, du 11 au 13 septembre 1987*, Editions Ides et Calendes, Neuchâtel, 1987, p. 104, apuntan que la frecuencia de la utilización del orden público internacional dependerá de la armonía entre el derecho material del foro y la estructura de la regla de conflicto. Si la regla de conflicto llama con frecuencia al Derecho extranjero, la referencia al orden público internacional corre el riesgo de ser más intensa que en un sistema domiciliar donde se establece un vínculo estrecho entre el foro y el Derecho aplicable. En sistemas más abiertos a las decisiones y soluciones extranjeras, el orden público internacional, en su efecto atenuado, sólo intervendrá en situaciones excepcionales.

⁴⁰ B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (Sur le «crise» des conflits de lois)”, *Recueil des Cours*, t. 186, 1984-III, p. 343; A. BUCHER, “L’ordre public et le but social des lois en Droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 239, 1993-II, pp. 228 y ss.

17. En las circunstancias actuales, en donde el pluralismo cultural y jurídico es algo cotidiano, el recurso sistemático a esta excepción no resuelve los problemas⁴¹. No debe olvidarse que la cláusula del orden público internacional supone una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, por lo que su aplicación debe ser excepcional y siempre que esté manifiestamente justificada, puesto que a la postre supone el fracaso de la propia norma de conflicto.

Cierto es que los jueces españoles han ido tomando conciencia, paulatinamente, de que para aplicar esta cláusula no hay que considerar en su generalidad el ordenamiento extranjero y contraponerlo con el nuestro, sino que se trata de comprobar que el Derecho extranjero aplicado a la concreta situación podría producir una vulneración intolerable y manifiesta de los valores y principios que instruyen nuestro ordenamiento jurídico⁴², que hay que reconducir a la protección de la dignidad humana de cuya articulación son reflejo los derechos humanos⁴³.

18. Aunque el orden público internacional es un concepto jurídico indeterminado⁴⁴, parece haber cierto consenso doctrinal en que el contenido (básico) del mismo se halla integrado por los derechos fundamentales constitucionales y los derechos humanos proclamados en Tratados internacionales⁴⁵. La clave en este contexto es precisar en qué medida el contenido y la operatividad de la reserva de orden público internacional resultan condicionados por el respeto a identidades culturales dispares y la relativización de nuestros valores constitucionales⁴⁶.

19. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y las Libertades fundamentales (en adelante, CEDH)⁴⁷ y sus protocolos establecen el conjunto de derechos humanos común a todos los países participantes, tendiendo a constituir un auténtico orden público europeo⁴⁸. A este Convenio hay que añadir la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, de 12 de diciembre de 2007⁴⁹ que recoge,

⁴¹ CH. LABRUSSE, “La compétence et l’application...”, *loc. cit.*, p. 125, señala que la frecuencia con que se recurre al orden público internacional demuestra la persistencia de una tradición de hostilidad al pluralismo jurídico. J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, pp. 252 y ss., que ha puesto de manifiesto la necesidad de elaborar una teoría sociológica del orden público, sostiene que una sistemática recurrencia al orden público internacional supone una inadaptación del DIPr. a la base real de situaciones privadas internacionales sobre la que ha de actuar. Por su parte, E. ZABALO ESCUDERO, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, *loc. cit.*, p. 13, opina que la clásica excepción del orden público internacional está llamada a desempeñar una nueva función, dando la medida del grado de tolerancia que acepta la sociedad, esto es, hasta dónde el derecho de identidad puede llegar a alterar el orden público de los derechos fundamentales.

⁴² Como señala J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, p. 253, hay que evitar la intervención del orden público internacional fundamentada sobre una comparación abstracta de los Derechos en presencia. *Vid.*, por ejemplo, STS, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de enero de 2018; STS, sala de lo Contencioso-Administrativo de 17 de diciembre de 2019; STS, sala de lo Social, de 2 julio de 2020; SAN, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de junio de 2019; STSJ Madrid, sala de lo Contencioso-Administrativo, de 15 de marzo de 2018; STSJ Cataluña, sala de lo Social, de 25 de abril de 2016; STSJ Andalucía, sala de lo Social, de 24 de mayo de 2018.

⁴³ E. JAYME, “O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI...”, *loc. cit.*, p. 25, ha puesto de manifiesto que son los derechos humanos configurados como valores universales e internacionales los que concretan el orden público nacional.

⁴⁴ A. BUCHER, “L’ordre public...”, *loc. cit.*, pp. 25 y ss.; P. LAGARDE, *Recherches sur l’ordre public en droit international privé*, París, LGDJ, 1959; ID., “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation”, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, pp. 263 y ss.; J. FOYER, “Remarques sur l’évolution de l’exception d’ordre public international depuis la thèse de Paul Lagarde”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 285-302.

⁴⁵ P. HAMMIE, “Droits fondamentaux et ordre public”, *Revue Critique de Droit International Privé* 86 (1), 1997, pp. 1-31; F. CADET, *L’ordre public en Droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, L’Harmattan, 2005, pp. 55 y ss.

⁴⁶ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho privado*, julio-agosto 1998, p. 548; P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, *loc. cit.*, pp. 169 y ss.

⁴⁷ Adoptado por el Consejo de Europea el 4 de noviembre de 1950. Instrumento de ratificación por España publicado en el *BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979.

⁴⁸ E. JAYME, “Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne”, *loc. cit.*, p. 231; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural...”, *loc. cit.*, p. 551; P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, *loc. cit.*, p. 177; J. BASEDOW, “Recherches sur la formation de l’ordre public européen dans la jurisprudence”, en *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, *loc. cit.*, pp. 55-74.

⁴⁹ *DO C* 303, de 14 de diciembre de 2007.

adaptándola, el texto de la Carta de Niza de 7 de diciembre de 2000⁵⁰, a la que sustituyó a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa de 2007⁵¹. Desde ese momento, los derechos fundamentales comprendidos en la Carta son directamente invocables por todos los ciudadanos europeos, esto es, su contenido es jurídicamente vinculante⁵².

Pero ¿verdaderamente estamos cercanos a la creación de un concepto de orden público europeo?⁵³. En la concreción del contenido del orden público internacional, me parece necesario distinguir entre un orden público europeo, gestado en torno al CEDH y un orden público común a los Estados miembros de la Unión Europea (intraeuropeo), construido en torno a la Carta europea de Derechos fundamentales⁵⁴.

20. Estimo que lenta pero inexorablemente estamos asistiendo a la creación de un concepto de orden público intraeuropeo que va a trascender y superar el tradicional carácter nacional y particular del orden público internacional. A ello está contribuyendo de forma decisiva la jurisprudencia del TJUE⁵⁵, si bien es verdad que fundamentalmente este concepto se está creando en el ámbito procesal⁵⁶. Desde la perspectiva del Derecho aplicable en materia de familia y de sucesiones, los Reglamentos europeos están contribuyendo a cristalizar normas imperativas comunes⁵⁷, lo que a su vez coadyuva a ratificar la elaboración de este concepto de orden público intraeuropeo, que llegará un momento que sólo actúe *ad extra*, es decir, respecto de las resoluciones o Derechos de terceros Estados, ya que con la aproximación de las legislaciones en el contexto europeo lo que se pretende es eliminar la acción del orden público *ad intra*, que a la postre supone un obstáculo a la creación y desarrollo del espacio judicial europeo. Así, llegará el momento en que, a semejanza de lo que ocurre en el Derecho interregional, el orden público internacional no pueda ser alegado para impedir aplicar un Derecho de un Estado miembro de la Unión Europea, o para evitar reconocer una resolución procedente de sus tribunales. Sin embargo, alcanzará toda su expresión un orden público europeo *ad extra*, de cuya aplicación uniforme probablemente se encargará el TJUE.

21. Ahora bien, de distinto grado e intensidad es el orden público europeo. En este caso, nos encontramos más ante hipótesis que ante realidades. Por mucho que los Estados parte del CEDH hayan incorporado a sus ordenamientos respectivos su catálogo de derechos, es bien sabido que a la hora de

⁵⁰ DO C 364, de 18 de diciembre de 2000.

⁵¹ El Tratado de Lisboa optó por realizar una incorporación por referencia que otorga a la Carta valor convencional, pero no se incluye en el Tratado tal y como hacía el frustrado Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa.

⁵² Téngase en cuenta que el Protocolo sobre la aplicación de la Carta a Polonia excepciona la aplicación de la misma en este Estado. Lo mismo se hacía respecto de Reino Unido, que dejó de ser parte de la Unión Europea el 31 de enero de 2020.

⁵³ I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “Derecho aplicable y orden público comunitario”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 20, 1993, pp. 927-940; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1997, vol. 2, p. 443; R. GONZÁLEZ GONZÁLEZ, “Límites a la construcción de un “orden público europeo” en materia de derechos fundamentales (A propósito de la sentencia del TJCE Krombach c. Bamberski, de 28 de marzo de 2000)”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2000, vol. 8, pp. 593-617; F. CADET, *L'ordre public en Droit international de la famille...*, loc. cit., pp. 25 y ss.; J. DÉPREZ, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, loc. cit., p. 260, ha señalado que parece que es la confrontación con el Islam en donde parece existir una relativa unidad de los ordenamientos jurídicos europeos.⁵³

⁵⁴ Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo versus orden público internacional de cada Estado?”, en N. BOUZA / C. GARCÍA / A. RODRIGO, (coords.), *La Gobernanza del interés público global*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 146-181.

⁵⁵ Vid. las SSTJCE 1 de junio de 1999, *Eco Swiss*; de 28 marzo 2000, *Krombach* y de 11 de mayo de 2000, *Renault*. En el caso *Krombach*, el TJCE llena de contenido el concepto de orden público procesal, señalando que el respeto de los derechos de defensa constituye un principio fundamental del Derecho comunitario, inspirado en los derechos fundamentales garantizados por el CEDH. En el caso *Renault*, el TJCE precisó que, aunque el concepto de orden público sigue siendo un concepto nacional y que “no corresponde al Tribunal de Justicia definir el contenido del concepto de orden público de un Estado contratante”, le corresponde sin embargo “controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante”.

⁵⁶ Vid. F. GASCÓN INCHAUSTI, “El orden público como motivo de denegación de la ejecución al amparo del Reglamento Bruselas I bis”, en C. OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN, *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*, Dykinson, 2017, pp. 117-141.

⁵⁷ P. HAMMJE, “Ordre public et lois de pólce: limites à l'autonomie de la volonté?”, en P. WAUTELET / H. FULCHIRON / A. PANET (eds.), *L'autonomie de la volonté dans les relations familiales internationales*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 129; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “¿Orden público europeo...?”, loc. cit., pp. 178-180.

hacer valer la excepción del orden público internacional cada uno podrá calibrar de forma diferente su intervención. Dicho de otra manera, los derechos que recoge el Convenio no despliegan idénticos efectos en todos los ordenamientos de los Estados parte, porque cada uno tiene su regulación particular de Derecho privado. Así, por ejemplo, será normal que todos consideren contraria a la igualdad la poligamia, pero no todos van a aplicar el orden público internacional de la misma manera. Incluso puede darse el caso de que el mismo principio de la igualdad sea considerado de forma diferente por España que por Suiza, por ejemplo, en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo.

22. Más allá de la concreción del contenido del orden público internacional, me interesa reseñar que el DIPr. no está llamado en ningún caso a resolver conflictos de civilizaciones, lo que entronca directamente con el uso que se puede llegar a hacer de este mecanismo. La norma de conflicto española puede llamar, para aportar la regulación material de una situación privada internacional, a un Derecho extranjero que “choque” con lo que es la estructura axiológica básica de nuestro ordenamiento jurídico, formado por principios y valores generales y constitucionales que el legislador español considera que en ningún caso se pueden vulnerar⁵⁸. Generalmente, esta situación surge cuando es aplicable un Derecho extranjero en virtud de la nacionalidad de la persona en cuestión, que está inspirado sobre la base de unos principios y valores “totalmente” diferentes a los nuestros. En estos casos, muchos plantean de forma drástica y errónea qué concepción del Derecho debe prevalecer: si la del Derecho extranjero, llamado por la norma de conflicto española, que supondría el respeto a la identidad cultural de la persona en cuestión, o la de nuestro ordenamiento jurídico, preservando unos principios y valores que para el legislador español son de imperativa observancia.

23. La respuesta no es fácil, pero de lo que no cabe duda es que aplicar la cláusula de excepción del orden público internacional tampoco nos resuelve el problema, dado que ello podría conducir a resoluciones claudicantes, y lo que es peor, a soluciones injustas. La solución al problema debe venir dada desde dos esferas complementarias: la legislativa y la judicial. Es necesario introducir soluciones interculturales en nuestro sistema de DIPr. No se puede optar por hacer de la cláusula del orden público internacional un adalid de lucha contra la que se entiende como concepción jurídica diferente sobre la base de los distintos valores culturales que la sustentan. La aplicación del orden público internacional debe valorarse en el caso concreto, a la luz de las circunstancias presentes en el mismo, y siempre teniendo como referencia al elemento privado de la relación, es decir, a las personas que en ella intervienen, de manera que sólo se recurra a esta cláusula en los casos en que quede acreditado que la aplicación del Derecho extranjero al caso concreto produciría un resultado que chocaría frontalmente con la concepción de justicia del foro⁵⁹.

24. Podemos sostener sin temor a equivocarnos que cuanto más segura y madura es una sociedad menos deberá recurrir al orden público internacional para reafirmarse. El orden público internacional no puede ser la solución para protegerse del otro, ni se debe recurrir a él, en consecuencia, sistemáticamente, siempre que la norma de conflicto española remita para la regulación de un caso a un Derecho de inspiración islámica, por ejemplo. Eso sería utilizar una institución de Derecho privado con fines públicos o políticos⁶⁰.

B) Alternativas legales

25. Como avanzábamos, el recurso a la aplicación del orden público internacional podría mitigarse si se introdujera en las normas de conflicto que regulan las instituciones de Derecho de familia

⁵⁸ F. KNOEPFLER / P. SCHWEIZER, “Règles de conflit et “justice matérielle” ...”, *loc. cit.*, p. 111.

⁵⁹ A. BUCHER, “L’ordre public et le but social...”, *loc. cit.*, p. 22.

⁶⁰ En el mismo sentido, F. KNOEPFLER / P. SCHWEIZER, “Règles de conflit et “justice matérielle”...”, *loc. cit.*, p. 104, que sostienen que la reserva del orden público internacional no puede ser un instrumento destinado a establecer una política, sino simplemente debe estar orientado a evitar excesos.

y de sucesiones, el punto de conexión de la autonomía de la voluntad. Si así fuera, se introduciría en la norma una clara flexibilización, y se otorgaría a las partes la posibilidad de elegir el Derecho conforme al que quieren que se dirima su relación⁶¹. De esta manera, la previsibilidad y la seguridad jurídica aumentarían y se reduciría la incertidumbre que crea el orden público internacional a la hora de la concreción del Derecho a aplicar, porque no es posible prever en qué circunstancias precisas será invocado, lo que puede abrir la puerta a la arbitrariedad⁶².

26. La progresiva europeización de nuestro sistema de DIPr. ha traído consigo respuestas novedosas que van en esta línea. Así, por ejemplo, en materia de separación judicial y divorcio la intervención del orden público internacional ya no es tan frecuente, al haberse desplazado la conexión de la nacionalidad por otras conexiones que fundamentalmente están inspiradas en la especialización, aportando distintas respuestas en función del grado de extranjería presente en la relación y, por supuesto, introduciendo el principio de la autonomía de la voluntad como eje de referencia. Lo mismo cabe decir de la materia sucesoria, aunque la incidencia del orden público internacional en sucesiones no haya sido tan acusada.

27. No obstante, si bien la autonomía de la voluntad puede suponer una vía idónea para resolver cuestiones multiculturales, no ha de perderse de vista que va a estar limitada siempre por los valores y principios esenciales del Estado del foro⁶³. En este sentido, el legislador europeo ha considerado que el aumento o la ampliación del papel de la autonomía de la voluntad en el Derecho internacional de familia y de sucesiones requiere adoptar algunas medidas en forma de cautelas para proteger a la parte más vulnerable o débil, y de ahí que los límites a esta autonomía de la voluntad conflictual vengan dados ya en la propia norma de conflicto, a través de su articulación con las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas, o a modo de correctivo a través de la excepción del orden público internacional⁶⁴. En ambos casos, su aplicación debe ser rigurosa y limitada, corriendo el riesgo a contrario de desvirtuar por completo el ejercicio de la elección normativa.

a) Divorcio y separación judicial: Reglamento (UE) 1259/2010

28. La relación de la autonomía de la voluntad y la necesidad de garantizar los valores y principios esenciales del foro encuentra una expresión particular en el artículo 10 Reglamento (UE) 1259/2010. A cuyo tenor, “[c]uando 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”. En este caso, pese a estar reconocida una autonomía de la voluntad limitada respecto de una serie de leyes que pueden ser próximas al caso⁶⁵, si los cónyuges eligieran una ley que no respetara lo que podemos entender que son leyes de policía en esta materia en España y en el resto de Estados miembros del Reglamento, se aplicará la ley del foro⁶⁶.

⁶¹ E. ZABALO ESCUDERO, “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, *loc. cit.*, pp. 21 y ss.

⁶² B. AUDIT, “Le caractère fonctionnel...”, *loc. cit.*, p. 345.

⁶³ *Vid.* A. PANET, “Le statut personnel en droit international privé européen. Les lois de police comme contrepoids à l’autonomie de la volonté?”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 104 (4), octubre-diciembre 2015, pp. 837-856.

⁶⁴ B. AÑOVIROS TERRADAS, “El régimen conflictual de las capitulaciones en los nuevos Reglamentos de la Unión Europea en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 841.

⁶⁵ En virtud de lo dispuesto en el artículo 5, las partes pueden cualquiera de las siguientes leyes: ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o ley del foro

⁶⁶ En este sentido, B. BOURDELOIS, “Relations familiales internationales et professio juris”, en L. D’AVOUT / D. BUREAU / H. MUIR-WATT (eds.), *Les relations privées internationales: mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ-Lextenso, 2014, pp. 137-154, esp. p. 142. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, pp. 408-409, no consideran que el artículo 10 contenga leyes policía. A su juicio, el Reglamento (UE) 1259/2010 ha descartado

29. En concreto, el artículo 10 hace referencia a la ley que no contemple el divorcio, de un lado, y, de otro, a la que no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. En relación con la no contemplación del divorcio, y tras el reconocimiento en Malta del divorcio en 2011, este precepto persigue un objetivo europeo que no es otro que garantizar el derecho al divorcio de todos los ciudadanos que lo soliciten ante los tribunales de los Estados miembros participantes en el Reglamento⁶⁷. O, dicho con otras palabras, no será posible aplicar en ellos la ley de un Estado que no regule ni admita el divorcio en tanto institución jurídica. Resulta claro, en este sentido, la materialización de la norma de conflicto atendiendo al *favor divortii*, cuestión que, hoy en día, no resulta problemática por tratarse de una institución reconocida en la práctica totalidad de los Estados.

Respecto de la igualdad de acceso al divorcio y a la separación, la cuestión, en términos de multiculturalidad, se torna más compleja. Puesto que, en principio, descartaría la aplicación de todas aquellas leyes que no sólo contemplen la legitimación activa para uno solo de los cónyuges, normalmente el varón, sino también las legislaciones que contemplen distintas causas de divorcio/separación para el varón y para la mujer, así, por ejemplo, la *Mudawana* marroquí (código de familia), en sus artículos 78 y siguientes, establece causas de divorcio más amplias para el esposo que para la esposa⁶⁸.

30. El artículo 10 Reglamento (UE) 1259/2010 actuaría como una “*loi de police européenne*”⁶⁹, interviniendo ante el contenido *in abstracto* de la ley aplicable al divorcio y no ante el resultado manifiestamente incompatible de la *lex causae* con los principios fundamentales del foro en el caso concreto, apartándose en este sentido del tradicional funcionamiento de la excepción de orden público internacional⁷⁰. Pero es ciertamente una ley de policía singular, puesto que su acción es directa en el rechazo de la aplicación de la ley designada por el artículo 5, en caso de utilización de la autonomía de la voluntad o del artículo 8, en defecto de elección de ley, haciendo aplicable directamente la ley del foro. Esto supone un intervencionismo (legeforismo) manifiesto que rechaza la multiculturalidad y que puede conllevar problemas en el reconocimiento de las decisiones en los países de origen de las personas afectadas. Répárese que los problemas se plantearían no en relación con aquellas legislaciones que no contemplen el divorcio, sino en relación con las legislaciones que por motivos de sexo no reconozcan la igualdad en el acceso al divorcio o a la separación judicial a ambos cónyuges.

31. No hay que perder de vista que la autonomía de la voluntad puede facilitar el reconocimiento de las decisiones. Imaginemos que en su primera comparecencia ante un juez español un varón argelino residente en España ejercita una acción de repudio contra la que es su mujer, de común acuerdo con ella y de conformidad con el Derecho argelino. En este caso, no sería necesario recurrir al orden público internacional, porque ya en el plano de la concreción del Derecho quedaría claro que ambos están de acuerdo sobre la aplicación del mismo. Esto haría que el reconocimiento en Argelia de esta decisión fuera más sencillo⁷¹. Más dudas caben acerca de si sería aplicable el artículo 10 Reglamento

la posibilidad de incluir normas de policía en sintonía con el proceso de contractualización y liberalización que vive el Derecho de familia. Sobre la relación entre las leyes de policía y el orden público internacional, *vid.* P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “L’exception d’ordre public et la régularité substantielle internationale de la loi étrangère”, *Recueil des Cours*, t. 371, 2014, pp. 153-272, esp. pp. 237-249.

⁶⁷ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, p. 401.

⁶⁸ *Vid.* “La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad (Traducción comentada del Código de Familia de 2004)”, en https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1_2030_nueva_mudawwana_marroqui.pdf, consultado el 5 de mayo de 2021, pp. 91 y ss.

⁶⁹ B. BOURDELOIS, “Relations familiales internationales...”, *loc. cit.*, p. 142.

⁷⁰ N. CHIKOC BARREDA, “Normas de policía, materialización de soluciones y autonomía de la voluntad en el DIPR europeo en materia familiar y sucesoria”, *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. XVIII, 2018, p. 107.

⁷¹ El artículo 16.1.g) del citado Convenio hispano-argelino relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005, dispone que “[e]n materia civil y mercantil, las decisiones dictadas por la jurisdicción de las Partes contratantes..., serán reconocidas y ejecutadas por la jurisdicción competente de cada una de las Partes: en materia de estado y capacidad de las personas, podrá denegarse el reconocimiento o la ejecución de la resolución por el hecho de que la jurisdicción de origen haya aplicado una ley distinta a la que hubiera resultado aplicable conforme a las normas de Derecho internacional privado del Estado requerido, salvo que se hubiera llegado a un resultado equivalente mediante la aplicación de dichas normas”.

(UE) 1259/2010. En este caso, caben dos interpretaciones: la primera, entender que el Derecho argelino elegido regula de forma discriminatoria el acceso al divorcio y, por tanto, debería aplicarse el derecho español, en tanto ley del foro, lo que provocaría dificultades en cuanto a su reconocimiento en Argelia; la segunda, entender que el acuerdo al que han llegado los cónyuges en cuanto al repudio desactivaría la discriminación de entrada presente en el Código de familia argelino. Esta última interpretación parece más adecuada y ajustada a los intereses de los afectados.

32. Desde la perspectiva del reconocimiento, en materia de repudio, el Código de DIPr. belga introdujo un interesante precepto dentro del sector de la validez extraterritorial de decisiones. En este sentido, el artículo 57 fija las condiciones que habrán de darse para que una resolución de repudio pueda reconocerse en Bélgica. Para ello será necesario que el acto de repudio haya tenido lugar en un país de cultura musulmana en el que las partes residían y además ambas debían tener, en el momento de producirse, la nacionalidad de un país que conociera esta forma de disolución del matrimonio, con la condición complementaria de que la mujer haya aceptado el repudio. Esta regla, según FALLON, supone un bloqueo del repudio siempre que no se respeten estos parámetros, basado en dos conceptos inherentes al juego del orden público internacional en DIPr.: el criterio de la afectación de los derechos fundamentales de la persona (igualdad de sexos) y el criterio de proximidad⁷². De esta manera, con la especialización y materialización se evita la intervención del orden público internacional en una materia tan sensible como ésta.

33. En cuanto a la aplicación del artículo 12 Reglamento (UE)1259/2010, resulta de interés reparar en que el considerando 25, en la concreción de cómo debe operar el orden público internacional, impide su aplicación si su objetivo es descartar, por ejemplo, la legislación inspirada en principios religiosos⁷³. En concreto, indica que “*los órganos jurisdiccionales no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar una disposición de la ley de otro Estado si con ello se vulnera la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su artículo 21, que prohíbe toda forma de discriminación*”. Se trata de una llamada de atención interesante para evitar tentaciones que lleven a descartar gruesamente la aplicación de la legislación de los Estados confesionales, como todos los que se inspiran en la *Sharía* islámica⁷⁴. Por ello, para garantizar la interculturalidad es preciso encontrar un adecuado equilibrio entre autonomía de la voluntad y las leyes de policía, teniendo en cuenta que el propio legislador europeo ha desactivado la cláusula del orden público internacional en el contexto religioso que es, por otro lado, en el que más choques pueden producirse entre las distintas concepciones de la justicia en el Derecho de familia.

b) Regímenes económicos matrimoniales y efectos económicos de parejas registradas: Reglamento (UE) 1103/2016 y Reglamento (UE) 1104/2016

34. Más explícita es la intervención de las leyes de policía en los Reglamentos (UE) 1103/2016 y 1104/2016, en cuyos respectivos artículos 30 se establece que “*1. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro. 2. Las leyes de policía son disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al*

⁷² M. FALLON, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004-2, pp. 829-830; Id., “La matérialisation du nouveau droit international privé belge”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González Campos, tomo II, loc. cit.*, p. 1508.

⁷³ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, p. 408.

⁷⁴ A. RODRÍGUEZ BENOT, “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2019), Vol. 11, N° 1, p. 45, nota 154, la denomina “cláusula de neutralidad” e indica que desde la primera reunión del Comité de Derecho Civil del Consejo de la UE la Comisión hizo hincapié en la obligatoriedad de incorporarla, lo que fue apoyado por Alemania, Eslovenia, Luxemburgo y Suecia

*régimen económico matrimonial en virtud del presente Reglamento*⁷⁵. Esto implica que la autonomía de la voluntad va a venir directamente modulada y limitada por las leyes de policía del foro, lo que hará en muchos casos que sea innecesario recurrir al orden público internacional⁷⁶. Pero también conllevará cierto unilateralismo en el resultado, pues la acción de las leyes de policía puede ser más destructiva en lo relativo al respeto a la identidad cultural que el propio orden público internacional.

35. En los considerandos 53 y 52, respectivamente, de la exposición de motivos de ambos textos se precisa, no obstante, que únicamente consideraciones de interés público, como la protección de la organización política, social o económica de un Estado miembro, deben justificar que se confiera a los órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes de los Estados miembros la posibilidad, en casos excepcionales, de hacer excepciones basadas en leyes de policía. Lo que implica que el concepto de «leyes de policía» debe abarcar las normas de carácter imperativo, como las normas para la protección de la vivienda familiar⁷⁷, pero sólo debe recurrirse a ellas con carácter excepcional y únicamente cuando se trate de leyes ordopolíticas o de dirección⁷⁸. Estas normas cuyo objeto es la protección de la vivienda familiar forman parte, en la mayoría de los ordenamientos europeos, del régimen primario, esto es, del conjunto de normas de contenido esencialmente patrimonial que son aplicables a todo matrimonio y cuya naturaleza imperativa habrá que valorar en cada caso, pero si así se califica no admitirán pacto en contrario⁷⁹.

Así, en España, tendría esta consideración, por ejemplo, la necesidad del consentimiento del cónyuge no propietario de la vivienda para disponer de ella o para grabarla con un derecho real (art. 1320 Cc)⁸⁰.

36. En cuanto a la excepción del orden público internacional contemplado en los respectivos artículos 31 de los Reglamentos, se encuentra matizado en cuanto a su excepcionalidad en los considerandos 54 y 53, respectivamente. En concreto, precisa que “*los órganos jurisdiccionales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público con el fin de descartar la ley de otro Estado o de negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución judicial, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando ello sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «la Carta») y, en particular, a su artículo 21 sobre el principio de no discriminación*”. Esta matización es similar a la realizada en el Reglamento (UE) 1259/2010. En su interior cabrá subsumir todas aquellas consecuencias que derivadas de la aplicación de la norma de conflicto vulneren el principio de igualdad o impliquen discriminación.

Hay que tener en cuenta que la introducción del artículo 9 Reglamento (UE) 1103/2016, desde mi punto de vista, poco acertado si se enfoca desde el respeto de la diversidad del derecho de familia, puesto que permite a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que sean competentes conforme a las reglas de competencia judicial internacional que establece el Reglamento, inhibirse si consideran que en sus ordenamientos jurídicos no está reconocido el matrimonio en cuestión, se traducirá en una reducción de la intervención del orden público internacional, puesto que, como precisan algunos autores, no parecería lógico no abstenerse para luego aplicar el orden público internacional⁸¹.

⁷⁵ La definición material de ley de policía está tomada de la sentencia del TJUE de 23 de noviembre de 1999, Arblade, asuntos C-369/96 y C-376/96, apartado 30.

⁷⁶ A. PANET, “Le statut personnel...”, *loc. cit.*, pp. 848-856.

⁷⁷ Considerando 53 Reglamento 1103/2016 y considerando 52 Reglamento 1102/2016.

⁷⁸ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, p. 235.

⁷⁹ B. AÑOVIROS TERRADAS, “El régimen conflictual...”, *loc. cit.*, p. 842.

⁸⁰ Apunta P. Quinzá Redondo, “La unificación-fragmentada del Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho Europeo*, 41 (2017), p. 211, que aunque no se citen expresamente en el considerando 30, también podrían entenderse comprendidos dentro de las leyes de policía otros derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico, que no resultan disponibles para las partes, dentro del régimen económico matrimonial primario, como la igualdad de los cónyuges, la independencia patrimonial de éstos, el derecho de información recíproco de los bienes, ingresos y deudas, la contribución a las necesidades de la familia, etc. (arts. 1318 y ss. Cc).

⁸¹ J. M. FONTANELLAS MORELL, “Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y de los efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en C. Parra Rodríguez (dir.), *Nuevos Regla-*

c) Sucesiones internacionales: Reglamento (UE) 650/2012

37. En materia de sucesiones internacionales, el legislador europeo ha seguido en la concreción de la cláusula del orden público internacional, regulado en el artículo 35, la misma dinámica utilizada en los Reglamentos de familia analizados, introduciendo en el considerando 58 una explicación limitativa de su intervención. En particular, sostiene que *“los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación”*. Esta modulación persigue reducir la actuación de la excepción a la mínima expresión posible.

Así, por ejemplo, si un ciudadano de nacionalidad iraní residente en España decide otorgar testamento conforme a su Derecho nacional podrá hacerlo, pero si la aplicación de ese Derecho supone, por ejemplo, contrariar el derecho de igualdad entre hombres y mujeres, de manera que el varón herede el doble que la mujer, deberá ser depurado e integrado conforme al Derecho del foro para no confrontar con su orden público internacional.

Podemos preguntarnos entonces en qué varía la actual solución dada por el Reglamento (UE) 650/2012 de la antes ofrecida por el artículo 9.8 Cc⁸². A mi juicio, el que el artículo 9.8 Cc considerara como único punto de conexión la nacionalidad del causante, implicaba que, de ser esta ley contraria al orden público internacional del foro, ésta quedaba automáticamente descartada. Sin embargo, si se ha elegido a través de la autonomía de la voluntad, el Derecho elegido debería aplicarse en todo lo que no fuera contrario al orden público internacional foro, lo que constituye un elemento diferenciador considero que importante.

38. Pero al igual que los Reglamentos anteriores, en este también hay una disposición que supone un freno a la autonomía de la voluntad. El artículo 30 contempla disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes tomando como referencia la *lex rei sitae*. Así, *“cuando la ley del Estado donde se encuentren situados determinados bienes inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes contenga disposiciones especiales que, por razones de índole económica, familiar o social, afecten o impongan restricciones a la sucesión de dichos bienes, se aplicarán a la sucesión tales disposiciones especiales en la medida en que, en virtud del Derecho de dicho Estado, sean aplicables con independencia de la ley que rijan la sucesión”*⁸³. Matiza el considerando 54 que *“para que pueda seguir siendo compatible con el objetivo general del presente Reglamento, esta excepción a la ley aplicable a la sucesión ha de interpretarse en sentido estricto. Por consiguiente, ni las normas de conflictos de leyes que somete a muebles e inmuebles a leyes diferentes*

mentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán. Las perspectivas de futuro, Barcelona, 2013, pp. 277-278; A. Moreno Sánchez-Moraleta, “Las normas de conflicto del Reglamento de la Unión Europea 2016/1103 sobre regímenes económicos matrimoniales: normas materialmente orientadas”, *Revista Electrónica de Direito*, Febrero 2019, nº 1 (V. 18), p. 24.

⁸² Vid. Resolución DGRN 8569/2016, de 20 de julio de 2016, en la que se consideró contrario al orden público internacional español el Derecho iraní por tratar de forma desigual al varón y a la mujer en la sucesión otorgándole en función de este hecho cuotas distintas [RJ\2016\4595]. Establece la Resolución que *“[l]a aplicación en España de la norma extranjera seleccionada por la norma de conflicto en los términos expuestos es incompatible con principios fundamentales o ideas eje que fundamentan el ordenamiento jurídico español como el principio de no discriminación recogido tanto en el artículo 14 de la Constitución española como en los relevantes convenios internacionales (artículos 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, y 14 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales –además principio general del derecho de la Unión Europea conforme al artículo 6 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea–) normas que no sólo informan con carácter de principio orientador el ordenamiento jurídico, sino que son de aplicación directa en España, estando obligadas las autoridades españolas a garantizar el respeto a los principios indicados al valorar los resultados de la aplicación a que llama la norma de conflicto, por lo que no es posible atribuir efecto jurídico en España a una norma discriminatoria ni en la esfera judicial ni en la extrajudicial”*. Curiosamente, era la mujer discriminada la recurrente, cuestión que la DGRN despejó sosteniendo que *“[e]l hecho de que la recurrente sea la afectada no excluye la aplicación del principio de orden público, sin perjuicio de la posibilidad que tiene de ceder, donar o renunciar a favor del coheredero sus derechos.”*

⁸³ A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado...*, vol. II, *op. cit.*, p. 1021, la califican como norma de extensión.

ni las disposiciones que prevén una legítima superior a la establecida en la ley aplicable a la sucesión en virtud del presente Reglamento pueden considerarse normas especiales que imponen restricciones sobre la sucesión respecto de esos bienes o que afectan a la misma”.

39. En España existen reglas especiales de obligatoria aplicación, por ejemplo, en la Ley de Modernización de explotaciones agrarias, en concreto, no se permite la partición hereditaria de fincas rústicas cuando la partición no respete las unidades mínimas de explotación agrícola. También existen normas que permiten al testador preservar indivisa la empresa familiar con el pago en metálico de su legítima al resto de interesados (art. 1056 Cc). O el derecho de habitación del cónyuge superviviente discapacitado sobre la vivienda familiar (art. 822 Cc)⁸⁴.

40. Esta limitación a la ley elegida por el causante frente a lo dispuesto por la *lex rei sitae* que prevalece sobre aquella, básicamente anticipa problemas de validez formal de la sucesión, puesto que con carácter general la transmisión de los bienes por herencia ha de respetar las normas imperativas del lugar de su situación. Esto plantea un equilibrio que puede llegar a ser complicado entre la ley nacional del causante y la ley de situación de los bienes, cuyas disposiciones imperativas prevalecerán en todo caso. Estas normas imperativas prevalecerán también sobre el derecho aplicable en defecto de elección de ley, puesto que realmente su sentido no gira tanto en torno a la limitación de la autonomía de la voluntad, como a garantizar que determinados intereses económicos de los Estados en que se encuentran los bienes del caudal hereditario no se vean afectados.

El considerando 54 se encarga de matizar que no se considerarán normas especiales aquellas que distinguen entre la ley aplicable a la sucesión de los bienes muebles y la de los bienes inmuebles (principio de unidad y universalidad de la sucesión), ni tampoco las disposiciones que prevén una legítima superior a la establecida en la ley aplicable a la sucesión en virtud del presente Reglamento. Realmente sorprende esta matización, pues parece que poco tienen que ver con normas especiales, sino con diferencias de criterios bien conflictuales, bien materiales.

d) Alimentos: Protocolo de La Haya de 2007

41. Por su parte, el artículo 8 del Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a los alimentos, precisa el contenido de ese derecho imperativo o, dicho de otro modo, concreta en qué casos la aplicación de la ley elegida por las partes no se va a respetar. En concreto, en el apartado cuarto dispone que “[n]o obstante la ley designada por las partes en virtud del apartado 1, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, determinará si el acreedor puede renunciar a su derecho a alimentos”. Y en el apartado quinto, “[a] menos que en el momento de la designación las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, esta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes”. Aunque en ambos casos se limita también la aplicación de la ley elegida, su concreción previa en una disposición legislativa hace que las partes ya sepan las consecuencias que tendrá elegir una ley que no se adecúe a estos postulados.

Su formulación es totalmente diferente de las fórmulas utilizadas en los Reglamentos europeos. En este caso, la limitación está implícita en la propia elección. De forma específica, para el caso de la renuncia por parte del acreedor a su derecho a alimentos, que sólo se podrá regular conforme a lo que disponga la ley de su residencia habitual, como forma de protegerlo. Y de forma general, impidiendo que la elección de ley tenga efectos si se demuestra que perjudica gravemente a cualquiera de las partes. La propia autolimitación en la elección de ley garantiza un equilibrio entre deudor y acreedor. Ello hará que no sea necesario acudir a disposiciones imperativas de otras leyes, porque la propia acción de la autonomía de la voluntad ya está materialmente orientada.

⁸⁴ Sobre algunas de las disposiciones especiales en distintos Estados miembros, puede consultarse https://ics.utc.fr/ENM/M1_modifs_sara/ES/co/1_1_3_b.html, revisado el 4 de mayo de 2021.

Por otro lado, hay que tener en cuenta también que la elección de ley está limitada en una doble perspectiva: de un lado, porque únicamente es posible elegir alguna ley de las especificadas en el artículo 8 sobre la base del principio de proximidad⁸⁵, y, en segundo lugar, porque no es posible elegir ley en el caso en que el acreedor de alimentos sea un menor de 18 años.

c) Materias en las que está vedada la acción de la autonomía de la voluntad

42. En aquellas materias en que no es posible introducir la autonomía de la voluntad por no ser disponibles o, simplemente, no sea aconsejable por estar en juego intereses públicos, como, por ejemplo, todas las instituciones que están relacionadas con la protección del menor, la forma de reducir la intervención del orden público internacional es introducir normas de conflicto materialmente orientadas. Un ejemplo de ello es la reciente modificación del artículo 9.4 Cc, introduciendo puntos de conexión jerárquicos orientados a la determinación de la filiación. O establecer normas de conflicto con cláusulas de excepción, a imagen del artículo 15 *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*, en el que se combate la rigidez de la correlación *forum-ius*, permitiéndole al juez aplicar otro Derecho vinculado con el menor, si ese Derecho garantiza mejor su interés superior.

IV. Conclusiones

43. Consecuencia del progresivo reconocimiento por parte los Estados de la capacidad de las personas para autonormar lo referido a ellas y a sus relaciones familiares, en correlación con el avance de la privatización en el Derecho de la persona, de la familia y de sucesiones, en el DIPr. la norma de conflicto se ha visto reforzada por la introducción de la conexión de la autonomía de la voluntad. Esta conexión, ampliamente utilizada en el Derecho patrimonial, se presenta en el Derecho de familia y de sucesiones como una oportunidad dada al individuo para decidir conforme a qué concepción de la justicia se identifica que, traducido en términos de multiculturalidad, básicamente permite decidir entre la aplicación de la ley nacional en tanto respeto a su identidad cultural u optar por la aplicación de la ley de su residencia habitual, permitiendo de esta manera plasmar la integración que la persona sentiría respecto del Estado de acogida.

La autonomía de la voluntad limitada, en aras de garantizar la aplicación de un derecho próximo, implica también una orientación material implícita en la propia norma de conflicto que permite manifestar el respeto a la dignidad de la persona y a su identidad cultural, un rasgo importante también para modular y reducir, como hemos visto, la acción del orden público internacional.

Pero junto con la introducción de la autonomía de la voluntad en la norma de conflicto, se ha añadido en el Derecho aplicable de todos los Reglamentos europeos, la acción de las leyes de policía o normas internacionalmente imperativas, que van a suponer, a la postre, una limitación evidente a la posibilidad de elegir el Derecho aplicable. Se trata de una concepción de la imperatividad internacional que de alguna manera supone trasladar al expediente normativo los principios y valores que integran el orden público internacional y que tienen la legitimidad suficiente para presentarlos como los valores mayoritariamente compartidos por los ordenamientos europeos⁸⁶.

44. Esta materialización imperativa se aprecia con claridad en el artículo 10 del Reglamento (UE) 1259/2010 y el *favor divortii*, que siempre quedará garantizado con la aplicación del derecho del

⁸⁵ En el apartado primero del artículo 8, se especifica que puede elegir cualquiera de las siguientes leyes: la de la nacionalidad de cualquiera de las partes; la de la residencia habitual de cualquiera de las partes; la ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; la ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación.

⁸⁶ N. CHIKOC BARREDA, "Normas de policía...", *loc. cit.*, p. 120.

foro si la ley designada no contempla la posibilidad de divorcio. Más dudas genera la posibilidad de descartar la aplicación de la ley elegida (o designada en defecto de elección) por la aplicación de la *lex fori*, si aquella no concede a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. En este caso, creo que hay que atender al contexto concreto del caso, si ha habido un pacto de elección de ley entre las partes, para no incurrir en un legeforismo exacerbado. Si se demuestra que el acuerdo se ha adoptado en libertad, no considero adecuado desplazar sin más el derecho elegido. La acción del orden público internacional, claramente limitada por el legislador, no obstante, actuaría como salvaguarda en el caso concreto en que se constatará alguna vulneración manifiesta de los principios y valores esenciales del foro.

45. En el caso de los Reglamentos (UE) 650/2012 y 1103/2016, la acción de las leyes de policía se basa en la especialidad de ciertas normas revestidas de imperatividad, pero siempre apostillando el carácter de excepcionalidad, siquiera sea porque en estas materias no hay una homogeneidad tan clara como la puede haber respecto del divorcio. En todo caso, también en ambos Reglamentos, la acción del orden público internacional queda claramente reducida por el propio legislador. De forma evidente, en estos casos, la autonomía de la voluntad podrá coexistir con las normas imperativas especiales en materia de vivienda familiar o con aquellas disposiciones especiales que por razones de índole económica, familiar o social haya que atender en torno a la ley de situación de los bienes inmuebles, en el caso de las sucesiones.

46. Totalmente diferente es la configuración de la acción de la autonomía de la voluntad conflictual en el Protocolo de La Haya sobre ley aplicable a los alimentos. En este caso, los límites no derivan de otro expediente normativo como las leyes de policía, sino que se integran en la propia norma de conflicto, permitiendo al operador judicial que valore la validez del acuerdo de elección en función del resultado al que se llegue, garantizando que no conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes.

47. En definitiva, la autonomía de la voluntad conflictual ha llegado al Derecho de familia y sucesiones, pero eso no implica que se vaya a respetar siempre. La imperatividad tradicional de este Derecho hace que la acción de las leyes de policía sea importante, lo que a su vez reduce la intervención del orden público internacional. En todo caso, es preciso reconocer que el legislador europeo se ha encargado de apostillar que cualquier excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto necesitará de una justificación precisa. Porque se quiera o no, la autonomía de la voluntad, también en estas materias, ha llegado para quedarse y puede constituir una garantía en la construcción del DIPr. intercultural que necesitamos.