

# LA NUEVA REGULACIÓN DE LA FILIACIÓN NATURAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

## THE NEW REGULATION OF THE NATURAL FILIATION IN THE SPANISH INTERNATIONAL PRIVATE LAW

M<sup>a</sup> DOLORES ADAM MUÑOZ

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Córdoba*

Recibido: 06.05.2016 / Aceptado: 28.06.2016

DOI: <http://dx.doi.org/10.20318/cdt.2016.3252>

**Resumen:** La regulación de la filiación natural en el ámbito del Derecho internacional privado, ha sido reformada por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. En este trabajo se analizan las soluciones propuestas por el legislador, dirigidas a la consecución del *favor filii*, a través de una norma de conflicto materialmente orientada, y las consecuencias que se derivan de la misma. Asimismo, se pone de relieve la discordancia que se aprecia en la nueva regulación en relación a los diferentes aspectos de la filiación.

**Palabras clave:** establecimiento, carácter y contenido de la filiación natural, responsabilidad parental, relaciones paterno-filiales, ley aplicable.

**Abstract:** The article 9.4 of the civil Code, which regulates the law applicable to the natural filiation, has been recently modified for the Law 26/2015, of July 28 of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence. In this study we are analyzed the solutions proposed by the legislator which go to the attainment of the *favor filii* through a rule of conflict materially oriented and the consequences that derive from the same. On the other hand, there is emphasized the incoherence that it appreciates in the new regulation in relation to the different aspects of the filiation regulated by the new norm.

**Keywords:** natural filiation, establishment, character and content of the natural filiation, parental responsibility, parent-child relationships, applicable law.

**Sumario:** I. La filiación natural. Concepto y dificultades en su regulación. II. La ley aplicable a la filiación natural. 1. Antecedentes de la regulación de la filiación natural en el sistema español de Derecho internacional privado. 2. La reforma del art. 9.4 del CC. 3. La ley aplicable a la determinación y al carácter de la filiación natural. A) Aspectos básicos. B) Momento en el que el aplicador del derecho ha de apreciar las conexiones establecidas en el art. 9.4.I del CC. C) La ley aplicable a la determinación de la filiación: conexiones en presencia. D) Supuestos en los que la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo no permiten determinar la filiación. E) La aplicación de la ley sustantiva española a la determinación de la filiación. F) Conflictos de civilizaciones en la ordenación de la filiación natural. III. La regulación del contenido de la filiación por naturaleza y del ejercicio de la responsabilidad parental.- 1. Contenido de la filiación y responsabilidad parental. 2. La ley aplicable al contenido de la filiación natural y a la responsabilidad parental. IV. Conclusiones.

## I. La filiación natural. Concepto y dificultades en su regulación

1. Según indican L. Díaz Picazo y A. Gullón, “*se denomina filiación, tanto a la condición que a una persona atribuye el hecho de tener a otra o a otras por progenitores suyos como a la relación o vínculo que une a la persona con sus dos progenitores o con uno solo*”<sup>1</sup>. De este modo la filiación consiste, en primer término, en que una persona ha sido engendrada o procreada por otra, es un hecho biológico; sin embargo con posterioridad esa realidad biológica es retenida y regulada por el Ordenamiento Jurídico, disponiendo una serie de derechos y obligaciones entre los procreadores y el ser procreado, atribuyendo a los primeros el *status* de padre o madre y al segundo el *status* de hijo, lo que conlleva al establecimiento de un estado civil de la persona. Cuando nuestro sistema jurídico toma como referencia el hecho evidente de la procreación para establecer la filiación y los efectos que de la misma se derivan estamos ante la denominada “*filiación natural*”<sup>2</sup>.

2. La regulación de la filiación en el Derecho internacional privado no está exenta de dificultades en tanto en cuanto en la misma pueden existir hasta tres personas implicadas, aportando cuanto menos una de ellas, un elemento de extranjería y, por otra parte, tanto su establecimiento como sus efectos dependen de la concepción que cada Ordenamiento Jurídico tenga sobre la familia, institución que puede asentarse sobre valores jurídicos divergentes. Así, las bases fundamentales en nuestro Ordenamiento Jurídico las encontramos en el art. 39 de nuestra Carta Magna cuando en el párrafo primero se refiere a la familia y a la obligación que los poderes públicos tienen de protegerla socialmente, encomendando en sus párrafos 2, 3 y 4 a los poderes públicos la protección de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, ya que los padres han de prestar asistencia de todo orden a sus hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, estableciendo asimismo que la ley posibilitará la investigación de la paternidad. Así las cosas, el modo en el que nuestra Constitución reconoce el derecho al matrimonio y la manera en que relaciona a la familia con la filiación, resulta sumamente significativo.

## II. La ley aplicable a la determinación de la filiación natural

### 1. Antecedentes de la regulación de la filiación natural en el sistema español de Derecho internacional privado

3. El modo en que la regulación de la filiación se ha llevado a cabo en el sistema español de Derecho internacional privado no ha gozado tradicionalmente de una posición unánime por la doctrina en cuanto a su idoneidad. La primera vez que nuestro Ordenamiento introduce una norma específica reguladora de la filiación en el ámbito internacional<sup>3</sup> es como consecuencia de la reforma operada en el Título Preliminar del Código civil (a partir de ahora CC) por Decreto 1838/1974 de 31 de mayo. El párrafo 4 del art. 9 señalaba que: “*Las relaciones paternofiliales se regirán por la ley nacional del padre*

<sup>1</sup> L. DIEZ-PICAZO, y, A. GULLÓN. *Sistema de Derecho Civil*. Vol. IV (Derecho de la familia y Derecho de sucesiones). 11ª Ed. Madrid 2012, p. 223.

<sup>2</sup> No obstante, hemos de poner de relieve, según indicaba J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, en “Filiación y alimentos”. AA.VV. *Derecho internacional privado. Parte especial*. 6ª Ed. revisada. Madrid 1995 pp. 360-365. que en sentido jurídico, el derecho no consagra una absoluta identidad entre la vertiente biológica y la jurídica de la filiación, lo cual se puede constatar, por una parte porque el hecho biológico de la procreación puede que no atribuya, en ciertos supuestos el *status filii*, como por ejemplo sucedía antaño en nuestro derecho en relación con la discriminación existente entre hijos matrimoniales y no matrimoniales. Por otra parte, la filiación en sentido jurídico va más allá del hecho de la procreación, ya que la misma puede tener lugar en nuestro sistema por naturaleza o por adopción (art. 108 del CC).

<sup>3</sup> Antes de esta regulación específica la filiación, al constituir un estado civil, se regulaba a tenor del art. 9.1 del CC de 1889 por la ley nacional, si bien la misma gozaba de indeterminación ya que, no se especificaba si esa ley nacional debía ser la del padre, la de la madre o la del hijo. A tenor de construcciones doctrinales y a los pronunciamientos de la DGRN (Resoluciones de 9 de enero de 1930 y 1 de diciembre de 1950), se determinó que el establecimiento y los efectos de la filiación debían regirse por la ley nacional del padre y solamente si éste no existiera o sólo se conociera la maternidad, por la ley nacional de la madre. Vid. por todos A. RODRIGUEZ BENOT. “La filiación y los alimentos”. AA.VV. *Lecciones de Derecho civil internacional*. 2ª Ed. Madrid 2006, p.167.

y, en defecto de éste o si solo hubiere sido reconocida la maternidad, por la de la madre”<sup>4</sup>. Procede aquí que nos detengamos en el análisis del supuesto de hecho La clave radicaba, en que el precepto se refería a la regulación de la filiación natural ya constituida, dejando a un lado el establecimiento de la misma<sup>5</sup>, la cual se regulaba por el art. 9.1 del CC; es decir, por la ley nacional, pero sin especificar si ésta era la del padre, la de la madre o la del hijo. Con respecto a los puntos de conexión utilizados eran perfectamente coherentes con el modelo patriarcal de familia imperante en la época y con la distinción que nuestro sistema establecía entre hijos matrimoniales y no matrimoniales<sup>6</sup>; sin embargo, posibilitaba el cambio de ley aplicable en el caso en que el padre cambiara de nacionalidad y adquiriera otra que le fuera más beneficiosa en detrimento de los deberes y derechos para con el hijo, lo cual iba en perjuicio de la debida protección del mismo.

4. Un paso más en la regulación de esta institución se lleva a cabo a través de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre<sup>7</sup>, de manera que el art. 9.4 del CC queda redactado del siguiente modo: “*El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo*”<sup>8</sup>. Con esta reforma se tratan de cubrir las lagunas que la anterior norma presentaba, además de adecuar el precepto a los principios básicos constitucionales contenidos en el art. 14 (derecho a la no discriminación por razón de sexo) y en el art. 39.2 (la protección de los hijos iguales éstos ante la ley). El supuesto de hecho de la norma se amplía y de referirse únicamente a las relaciones paterno filiales, pasa a regular también el carácter y contenido de la filiación. La referencia al carácter nos sitúa ante la distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial a efectos, no de discriminación en cuanto a los hijos, sino en relación a las acciones judiciales que las personas legitimadas podrán ejercitar y, el contenido, nos conduce a determinar los efectos que la filiación lleva aparejados, los cuales se concretan en la serie de derechos y deberes a los que quedan sometidas las partes implicadas derivados del *status filii* y de los estados de padre o madre.

5. No obstante el avance en la regulación de esta institución, la misma adolecía de inconcreción jurídica, ya que su supuesto de hecho no contemplaba una situación tan relevante cual era la determinación o atribución de la filiación. Nuevamente hemos de acudir a construcciones doctrinales y jurisprudenciales para cubrir esta laguna legal. Así, un sector doctrinal<sup>9</sup> consideró que el legislador había dejado fuera de la norma esta faceta de la filiación de una manera intencionada, ya que el objetivo de la misma era, por una parte la eliminación de discriminaciones patentes contra la mujer y, por otra la consecución del *favor filii*, de forma que para el establecimiento de la filiación podría ser de aplicación la ley nacional, no ya solo del hijo, sino también la del padre o la de la madre, no determinando el legislador el momento en el que estas leyes tendrían que ser tomadas en cuenta. Así, la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 del CC, gozaría de una naturaleza flexible y abierta, caracteres que facilitarían el establecimiento de la filiación en múltiples casos. No obstante esta interpretación presentaba dos puntos débiles, ya que, por una parte constituía una imprecisión legal y, por otra suponía una contradicción el que la filiación se estableciera conforme a una ley y el contenido de la misma, cuestiones íntimamente li-

<sup>4</sup> Decreto 1838/1974 de 31 de mayo por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del Título Preliminar del Código Civil. (BOE núm. 163 de 9 de julio de 1974).

<sup>5</sup> La DGRN señaló en sus resoluciones de 2 de septiembre y 13 de octubre de 1976 que esta disposición solo era aplicable “a la relación paterno filial ya constituida, pero no a su constitución”. Vid. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado*. Vol II, (parte especial). 9<sup>a</sup> Ed. Madrid 1982, p. 382.

<sup>6</sup> Esta era también la solución que imperaba en la época en Europa, como en el Código Civil Italiano de 1942, según expone M. Aguilar Benitez De Lugo. M. AGUILAR NAVARRO (Dir.) *Derecho civil internacional*. 4<sup>a</sup> Ed. Madrid 1975, pp. 415 y ss. *Id.* “Comentario al art. 9 del Código civil” en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T.I, Madrid 1978. pp. 161 y ss.

<sup>7</sup> Sobre esta Ley Vid. con carácter general. N. BOUZA VIDAL, “La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en el Derecho internacional privado”. *RGLJ*, 1987, pp. 897-931.

<sup>8</sup> A pesar de la inconstitucionalidad sobrevenida del anterior art. 9.4 éste siguió siendo de aplicación por nuestros tribunales cuando la Constitución Española de 1978 había propugnado la igualdad entre las personas sin que pueda prevalecer distinción alguna por razón de nacimiento, la plena igualdad de los hijos ante la ley sin tener en cuenta si su filiación es matrimonial o no, la plena igualdad de las madres, con independencia de su estado civil en relación con los padres y la posibilidad de la investigación de la paternidad (arts. 14 y 39 de la Constitución).

<sup>9</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”...ob. cit. pp. 360-365.

gadas y dependientes, se rigiera por otra ley diferente<sup>10</sup>, de manera que dicha teoría no se podía sustentar, prevaleciendo la teoría mayoritaria de que todos los aspectos de la filiación se habían de regir por la ley nacional del hijo<sup>11</sup>, sin que el legislador hubiera concretado el momento de su apreciación para facilitar el establecimiento del *favor filii*<sup>12</sup>.

6. La Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor y de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>13</sup> efectúa una nueva modificación al art. 9.4 del CC; sin embargo, la misma, lejos de atender las demandas doctrinales, deja intacto el supuesto de hecho de la norma y se centra en la modificación de los puntos de conexión indicando al respecto que: “*El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno filiales se regirán por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la ley de la residencia habitual del hijo*”. Así, se incluye en la regulación de la filiación la conexión de la residencia habitual del hijo, la cual estaba tomando cada vez más protagonismo en el ámbito convencional internacional y en la Unión Europea<sup>14</sup>. A tenor de esta reforma la doctrina entendió que si el legislador no había alterado el supuesto de hecho de la norma es porque no estaba en su voluntad el hacerlo porque se sobreentendía que todos los aspectos relativos a la filiación quedaban regulados por la ley nacional del hijo y, en su defecto, por la ley de la residencia habitual, si bien, aunque las conexiones estaban ordenadas de forma jerárquica o en cascada, no se establecía el momento en que las mismas habrían de ser tomadas en cuenta por el aplicador del derecho para así favorecer el establecimiento de la filiación<sup>15</sup>.

## 2. La reforma del art. 9.4 del CC

7. Recientemente hemos asistido a la nueva reforma del art. 9.4 del CC a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>16</sup>. Mediante esta modificación el párrafo 4 del art. 9 del CC queda redactado del siguiente modo: “*La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación. A falta de residencia habitual del hijo o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual o de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española. En lo relativo al establecimiento de la filiación por adopción, se estará a lo dispuesto en el apartado 5.*

*La ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de*

<sup>10</sup> Situaciones ambas que se contradecirían con el espíritu de la Ley 21/1987, la cual señalaba en su Exposición de Motivos que pretendía realizar “*una regulación más clara y de fácil aplicación práctica*”.

<sup>11</sup> M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, A. MARÍN LÓPEZ, E. PÉREZ VERA, L.I. SÁNCHEZ RODRIGUEZ., J.M ESPINAR VICENTE, Elenco de autores a los que se refiere A. RODRIGUEZ BENOT., “La filiación y los alimentos”... Ob. cit. p. 167. La evolución en este sentido de la DGRN y de nuestros tribunales acerca de la regulación unívoca de todos los aspectos que se refieren a la filiación se puede consultar en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Comentario al art. 9.4 del Código civil”. M. PASQUAU LIAÑO (Dir.). *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*. Tomo I (arts. 1 a 1087). Granada 2000, pp. 146-152.

<sup>12</sup> J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Filiación y alimentos”... Ob. cit. p. 364. Esta línea la siguen las Resoluciones de la DGRN de 29 de septiembre de 1989 (*Revista Española de Derecho Internacional* 1990, p.p. 632-633) y de 18 de febrero de 1997 (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia* 1998, pp. 1022-1023).

<sup>13</sup> BOE núm. 15 de 17 de enero de 1996.

<sup>14</sup> En relación con la introducción de esta nueva conexión, uno de los problemas más graves que en relación a la misma se planteaba era el posible cambio de residencia habitual del menor. Según M.P. DIAGO DIAGO. “Mundialización y las relaciones jurídicas entre padre e hijos”. A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir) *Mundialización y familia*. Madrid 2001, p. 139. deberían tomarse soluciones que hicieran frente a esta hipótesis, y que determinaran la ley aplicable en caso de conflicto móvil, como así lo ha efectuado el Convenio de La Haya de 1996.

<sup>15</sup> J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y, S. A. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*. 8ª Ed. Madrid 2015, p. 460.

<sup>16</sup> BOE núm. 180 de 29 de julio de 2015. Con respecto al instrumento legislativo que adopta esta norma, a mi modo de ver tendría que haber sido por medio de una Ley Orgánica, ya que la misma regula derechos fundamentales, los cuales pertenecen a todas las personas, ya sean éstas mayores o menores de edad, así lo establece la Convención sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990).

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”.

8. Como podemos comprobar la modificación perpetrada en el precepto es bastante significativa y ambiciosa. Significativa porque efectúa una transformación profunda de la norma y ambiciosa porque trata de regular todos aquellos aspectos que se derivan de la filiación. Al análisis de ambos extremos nos vamos a referir en las líneas que siguen.

### 3. La ley aplicable a la determinación y al carácter de la filiación natural

#### A) Aspectos básicos

9. Hemos de señalar, en primer lugar, que la norma distingue claramente varios aspectos de la filiación, los cuales regula atendiendo a criterios diferentes. Así, en un primer término y, por vez primera, se refiere a “*la determinación de la filiación por naturaleza*”, junto con “*el carácter*”. El carácter de la filiación, al cual aludía el anterior art. 9.4, hace referencia a si ésta es matrimonial o no matrimonial, pero en modo alguno puede ser un criterio discriminatorio para con los hijos, ya que éstos son iguales ante la ley (art. 39 CE). No obstante el sentir de la norma se dirige a determinar el tratamiento distinto de un modo u otro de la filiación en cuanto a los medios de prueba que se pueden utilizar en el proceso para llegar a determinarla, fundamentalmente en cuanto a las presunciones legales de la misma. La ley que resulte aplicable a la determinación de la filiación, que seguidamente examinaremos, puede establecer distinciones en cuanto a los derechos y deberes de los hijos distinguiendo si su origen es matrimonial o extramatrimonial, lo cual, a efectos de nuestro sistema, no tiene relevancia en cuanto a la actuación del orden público internacional en lo que se refiere a la ley aplicable a la determinación de la filiación. La discriminación entre hijos matrimoniales y no matrimoniales y su oposición al orden público internacional español puede tener cabida en otras instituciones referidas a la filiación como en el ámbito de las sucesiones, otorgamiento de los apellidos, de la nacionalidad etc.

10. Resulta una novedad en nuestro sistema de Derecho internacional privado que el precepto formule de forma clara y precisa la ley aplicable a la determinación de la filiación junto con el carácter de la misma, lo cual, como ya hemos comentado anteriormente, había sido reclamado la doctrina hacía tiempo<sup>17</sup>. A tal efecto el legislador ha establecido tres puntos de conexión ordenados de forma jerarquizada o en cascada, Así, la determinación y el carácter de la filiación se regirán en primer lugar por la ley de la residencia habitual del hijo, conexión que va tomando cada vez más fuerza en el ámbito convencional internacional y en la Unión Europea. Sólo en el caso en que el hijo careciere de residencia habitual o si ésta no permite el establecimiento de la filiación, estos extremos se regularán por la ley de la nacionalidad del hijo. En el caso en que la ley nacional del hijo no permitiera el establecimiento de la filiación o éste careciere de nacionalidad o de residencia habitual, se estará a lo establecido en la ley sustantiva española; es decir, en los artículos 108 y siguientes del CC.

11. Al respecto hemos de indicar que aunque el precepto haga referencia a la residencia habitual o a la nacionalidad del *hijo*, hemos de entender que en realidad se está refiriendo al *presunto hijo*, ya que con esta regulación lo que se trata es de determinar la filiación natural, de manera que cuando las leyes a las que alude la norma van a ser aplicadas todavía no existe un verdadero hijo. No obstante, hecha esta advertencia, a lo largo de este trabajo vamos a emplear la terminología utilizada por el legislador.

12. Hemos de señalar que resulta muy acertado el modo en el que el legislador ha configurado la regulación de la determinación de la filiación al establecer que si la ley de la residencia habitual o la ley nacional del hijo no permiten la determinación de la filiación, entonces entrará en juego la ley sustantiva

<sup>17</sup> Vid *supra*.

española. Este dato se revela de suma importancia, ya que, en la anterior regulación, al no efectuar la norma esta salvedad, si el hijo tenía la nacionalidad indeterminada o ésta no permitía el establecimiento de la filiación no cabía la posibilidad de aplicar la ley de la residencia habitual del hijo, por lo que la filiación quedaba sin determinar<sup>18</sup>. Para obviar esta situación, en nada favorable a la determinación del *favor filii*, la doctrina, desde hace bastante tiempo, viene reclamando que la norma configure las conexiones en presencia; es decir, nacionalidad y residencia habitual, de las partes implicadas en la relación de la filiación, hijo, padre o madre, de manera alternativa, en la seguridad de que con esta técnica de reglamentación se conseguiría un resultado mucho más idóneo en cuanto a la protección del hijo<sup>19</sup>.

13. No obstante, aunque en la regulación actual no se recoja el sentir doctrinal y los puntos de conexión estén ordenados en cascada entrando en juego uno en defecto del otro, resulta obvio que el legislador ha ordenado el precepto en una única dirección: la obtención del *favor filii*, ya que, el modo en el que los mismos están articulados conduce a la obtención de este *status*, de manera que la norma de conflicto se encuentra materialmente orientada<sup>20</sup> porque si el hijo careciere de residencia habitual o de nacionalidad o bien estas leyes no permitieran el establecimiento de la filiación, la determinación de la misma siempre va a quedar a salvo en tanto en cuanto será de aplicación la norma sustantiva española, la cual está encaminada al establecimiento de la filiación<sup>21</sup>.

14. Nuestro legislador, sin embargo, ha optado por una formulación rígida de la norma reguladora de la filiación, si bien en esta ocasión ha invertido el orden de las conexiones retenidas, incorporando en primer lugar la ley de la residencia habitual del hijo, consciente de que esta ley muestra una mayor proximidad con el mismo, ya que en numerosas ocasiones sucede en la realidad que el hijo ostenta la nacionalidad de un Estado con el que no ha tenido en su vida ningún contacto, ni siquiera se ha desplazado en alguna ocasión al mismo, (piénsese en los hijos habidos de las parejas de emigrantes que han nacido en España) de manera que su ley nacional no refleja ninguna vinculación del hijo con un determinado Estado. Es cierto que la regulación se aparta así de nuestra tradición legislativa, la cual liga el estado civil a la ley nacional de la persona (art. 9.1 del CC)<sup>22</sup>; sin embargo, este alejamiento no deja de tener sus ventajas, ya que esta ley representa el centro de vida social y real de la persona. No obstante, los argumentos que se pueden esgrimir a favor de que la regulación de la filiación se efectúe por la ley nacional se dirigen fundamentalmente a la estabilidad que esta ley representa y que otorga certeza y seguridad en la reglamentación, toda vez que es mucho más fácil para la persona cambiar de residencia habitual que de nacionalidad<sup>23</sup>.

15. El modo en el que está articulada esta norma se fundamenta en el sentir del legislador español, el cual considera que una norma extranjera que no permita establecer la filiación rompe todos los

<sup>18</sup> Así lo manifestó la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares (sección 4<sup>a</sup>) núm. 436/2009 de 18 de diciembre.

<sup>19</sup> M.P. DIAGO DIAGO, "La mundialización en las relaciones jurídicas entre padres e hijos"... ob. cit. p. 160. J.C. FERNANDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado...* ob. cit. pp. 438-439.

<sup>20</sup> Sobre la orientación material de las normas de conflicto Vid: J. .D. GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé". *Recueil des Cours*, t. 287, 2000. *passim*.

<sup>21</sup> La aplicación de la ley material española ha sido reclamada por la doctrina en otros ámbitos del derecho de familia. Así, en relación con la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, la doctrina siempre manifestó la necesidad de que el art. 107.2 del CC contemplara que las partes se pudieran divorciar o separar con arreglo a la ley española cuando su ley nacional común no admitiera esta posibilidad, y así lo puso de relieve una enmienda realizada al Proyecto de Ley por el Grupo Parlamentario Comunista, por la que se proponía que se aplicara el derecho español en el caso en que el derecho extranjero designado por la norma de conflicto no contemplase el divorcio, si bien en casos conectados estrechamente con el Ordenamiento español, la cual no prosperó. Esta enmienda rezaba del siguiente modo: "No obstante, si la ley extranjera aplicable conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, no admite la disolución del matrimonio por divorcio, se aplicará la ley española si uno de los cónyuges es español y tiene su residencia habitual en España". Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, y A. P. ABARCA JUNCO, "Matrimonio y divorcio". *Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*. Madrid 1990, p. 910.

<sup>22</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO comentario en su Blog. Entrada de 26 de agosto de 2015. <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es/>

<sup>23</sup> A. BUCHER, *La famille en Droit international privé*. *Recueil des Cours*, 2000, pp. 72-75. Entiende el autor que, habida cuenta de que tanto la ley de la nacionalidad como la ley de la residencia habitual del individuo contienen ventajas e inconvenientes en cuanto leyes rectoras del estatuto personal, nada impide que las mismas se adopten de una forma alternativa.

parámetros sobre los que se basa nuestro Ordenamiento Jurídico y el mandato constitucional que recoge “*la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley*”, de manera que para llevar a cabo esta protección “*la ley posibilitará la investigación de la paternidad*”. Así, las normas españolas se dirigen en esta dirección; es decir, sorteando todos los obstáculos que impidan al individuo conocer su filiación. Esta misma línea, como no podía ser de otro modo, se sigue también en el ámbito del Derecho internacional privado, de forma que para lograr el *favor filii* y conseguir de esta manera el interés superior del hijo y su protección, el legislador español ha recurrido nuevamente a la aplicación de la ley sustantiva española, si las leyes propuestas con anterioridad no consiguen alcanzar el resultado de justicia material al que se dirige la norma de conflicto.

16. A continuación nos vamos a detener en el análisis de las conexiones propuestas por el legislador para determinar la ley aplicable al establecimiento de la filiación, si bien, antes de proceder al mismo, hemos de concretar el momento en el que el legislador ha previsto que el aplicador del derecho retenga estas conexiones con la finalidad de evitar un conflicto móvil, toda vez que dicho momento es el mismo así se rija la filiación por la ley de la residencia habitual del hijo o por la ley de la nacionalidad de éste.

#### **B) Momento en el que el aplicador del derecho ha de apreciar las conexiones establecidas en el art. 9.4.I del CC**

17. Antes de proceder al examen de las conexiones que el legislador ha establecido en el art. 9.4.1 del CC para concretar la ley aplicable a la determinación de la filiación, conviene que nos detengamos en el estudio del momento en que el mismo estipula que el aplicador del derecho ha de retener estas conexiones, para poder comprender mejor posteriormente como se articulan las mismas y los inconvenientes o ventajas que éstas conllevan para determinar la ley que ha de regir la determinación de la filiación natural.

18. El análisis de la nueva regulación efectuada por el art. 9.4.I del CC en relación con el establecimiento de la filiación, nos lleva a precisar el momento en el que el legislador ha previsto que el aplicador del derecho ha de apreciar las conexiones establecidas por la norma de conflicto; esto es: el intérprete jurídico ha de tener en cuenta que la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo se han de retener en el momento “*del establecimiento de la filiación*”. En tal sentido cabe hacer las siguientes observaciones:

19.1º) El legislador podría haber dotado a la norma de una mayor flexibilidad si no hubiera acotado en el tiempo el momento en que el aplicador del derecho ha de apreciar la concurrencia de la ley a la que la norma de conflicto remite, de forma que la determinación del *favor filii* gozaría de una mayor probabilidad. No obstante, la nueva regulación acota el momento en que las conexiones han de ser retenidas por el aplicador del derecho, lo cual podría restringir los supuestos de determinación de la filiación. Sin embargo, esta técnica restrictiva queda paliada porque la norma en sí está articulada de tal forma que siempre va a posibilitar el establecimiento de la misma, en tanto en cuanto si no es de aplicación la ley de la residencia habitual o la ley de la nacionalidad del hijo, será de aplicación la ley sustantiva española, como cláusula de cierre y garantía de la determinación de la filiación. Así, el modo en que la norma ya de por sí está articulada, nos conduce a la obtención de este resultado; es decir, al *favor filii*. De manera que el legislador para evitar los posibles conflictos móviles que puedan surgir, lo cual no es baladí, y también para dificultar la comisión de fraudes por parte de los sujetos interesados, lo cual no es infrecuente, ha dotado a la norma de rigidez fijando la retención de los puntos de conexión en el tiempo. Con este modo de operar la norma adquiere una mayor rigidez, apartándose así de la línea que tradicionalmente había mantenido nuestro sistema de Derecho internacional privado, la cual se traducía en que en la regulación internacional de la filiación natural se dejaba abierto el momento en que el juzgador había de apreciar la conexión expresada por la norma, precisamente como técnica para facilitar

el establecimiento de la filiación<sup>24</sup>. La concreción en el tiempo del punto de conexión había sido obviada por anteriores normativas, a través de construcciones doctrinales y jurisprudenciales. Tradicionalmente este aspecto de la filiación se había regido en nuestro sistema jurídico por la ley de la nacionalidad y, en su defecto, por la ley de la residencia habitual del hijo, sin precisar el momento en que las mismas tenían que ser apreciadas, circunstancia que fue valorada muy positivamente por la doctrina, en tanto en cuanto la técnica empleada favorecía el establecimiento de la filiación<sup>25</sup>. El abandono de este modo de actuar se justifica desde el momento en que la norma utiliza otros mecanismos para lograr el *favor filii*, solucionando así la posible existencia de un conflicto móvil y no ofreciendo a las partes implicadas en la relación jurídica mecanismos que posibiliten la comisión de fraudes.

20.2º) La determinación del momento que el legislador establece para apreciar la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la ley de la nacionalidad del hijo no es en absoluto pacífico, ni resulta el más idóneo en cuanto a la dificultad de su concreción, ya que estas leyes se han de observar en el “*momento del establecimiento de la filiación*”, lo cual no deja de ser paradójico porque precisamente lo que se trata de establecer es la filiación, ya que nos encontramos ante una filiación no establecida, de manera que la consideración del momento del establecimiento de la misma es del todo incongruente. Así por ejemplo, si resulta de aplicación la ley española, el Código civil establece en su art. 115 los modos de determinación de la filiación matrimonial<sup>26</sup> y el art. 120 la determinación de la filiación no matrimonial<sup>27</sup>. Así las cosas y, a tenor de los preceptos señalados, es posible que la filiación se determine a través de sentencia firme o por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. ¿El momento en que se ha de retener la ley aplicable será entonces el momento en que se inicia el procedimiento o el expediente o, por el contrario, el momento en el que se dicta sentencia o resolución del expediente?. El tenor literal del precepto nos sitúa en esta tesitura un tanto absurda porque hemos de tener en cuenta que en algunas ocasiones los procedimientos judiciales se dilatan considerablemente en el tiempo y es posible que durante el periodo que dura el procedimiento el individuo cambie de residencia habitual, lo cual no es infrecuente, o de nacionalidad. A este respecto hubiera sido deseable que el legislador hubiera sido mucho más claro en la redacción del precepto, adoptando un momento de apreciación de las conexiones para determinar la ley aplicable mucho más claro y conciso.

21. A tal efecto podría haber seguido la línea iniciada por algunas legislaciones europeas, las cuales consideran que el momento adecuado para determinar la ley aplicable a la filiación es el momento del nacimiento del hijo<sup>28</sup>. Sin embargo, consideramos que dicho momento, aunque dota de seguridad jurídica y certeza, tanto al juez como a las partes implicadas en relación con la ley que va a ser aplicada, puede que no exprese la realidad de la relación jurídica que se trata de determinar, cual es la filiación, toda vez que es posible que el individuo al nacer tuviera su residencia habitual en un país con el que no

<sup>24</sup> Así por ejemplo, la *RDGRN de 29 de septiembre de 1989* admitió la inscripción de una filiación establecida por subsiguiente matrimonio a tenor de la ley francesa, ley de la nacionalidad que tenían los interesados en el momento de producirse el enlace, sin tener en cuenta la ley española, como ley nacional que tenían la hija en el momento de su nacimiento ni en el momento en que se produjo la cuestión.

<sup>25</sup> A favor de la no determinación del momento en que la ley de la nacionalidad del hijo debía ser apreciada y, como consecuencia favorecer el establecimiento de la filiación, se encuentran autores como L. MUSCHTER, T. BALLARINO, A. BONOMI, G. BALLADORE PALLIERI, A. BERNARDINI, P. MAYER, B. AUDIT y G. BARILE. A estos autores se refiere, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Filiación natural”. L..A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, (Dir) *Derecho internacional privado*. Vol. II. 16ª Ed. Granada 2016. p. 356.

<sup>26</sup> La filiación materna y paterna quedará determinada legalmente: 1º) Por la inscripción del nacimiento junto con el matrimonio de los padres. 2º) Por sentencia firme (art. 115 del CC). Vid. La Instrucción de la DGRN de 9 de octubre de 2015 sobre comunicación electrónica de nacimientos desde centros sanitarios (*BOE* núm. 246 de 14 de octubre de 2015).

<sup>27</sup> La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente; 1º) Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. 2º) Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil. 3º) Por sentencia firme. 4º) Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, de acuerdo con la ley del Registro Civil (art. 120 del CC). Sobre la determinación de la filiación en Derecho internacional privado, Vid. J.M. ESPINAR VICENTE, *Tratado elemental de Derecho internacional privado*. Madrid 2008, pp. 574-579.

<sup>28</sup> Este es el momento por el que se inclinan la mayoría de las leyes de Derecho internacional privado de nuestro entorno como el art. 33 de la Ley italiana de 1995, el art. 28 de la Ley rumana de 1992, o el art. 25.1 de la Ley austriaca de 1978.



ha vuelto a tener el más mínimo contacto. Igual sucede con la nacionalidad desde el momento en que existen supuestos en los que un individuo ostenta una determinada nacionalidad desde su nacimiento, pero la misma es la de un país con el que el sujeto no ha tenido ninguna vinculación en su vida. Quiebra así el principio de proximidad de la ley aplicada a una determinada relación jurídica.

22. Como consecuencia de los argumentos que acabamos de esgrimir consideramos que lo lógico es que el momento en que se ha de retener la ley aplicable a la filiación es el momento en que se presenta la demanda<sup>29</sup> y, ello fundamentalmente atendiendo a dos razones:

23. i) Si realizamos una interpretación global de las normas que rigen la determinación de la filiación, esto es: las que se refieren a la ley aplicable y a la competencia judicial internacional<sup>30</sup>, observamos que el momento que éstas últimas retienen para determinar la competencia judicial internacional de nuestros tribunales en cuanto a la observancia de si el demandante goza de nacionalidad española o tiene su residencia habitual en nuestro país, es el momento de la presentación de la demanda. Luego, ante esta laguna legal lo más sensato es trasladar por analogía esta concreción en el tiempo al momento en que ha de ser considerada la ley aplicable al establecimiento de la filiación.

24. ii) El establecimiento de este momento no resulta extraño en la articulación de nuestras normas de conflicto. Así el anterior art. 107.2 del CC establecía como ley aplicable a la separación y al divorcio “la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, a falta de nacionalidad común por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento...”.

25. A la luz de las consideraciones expuestas estimamos que la redacción del precepto relativo a la ley aplicable a la determinación de la filiación hubiera sido mucho más afortunada si el legislador hubiera determinado el momento de apreciación de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo en el momento de la presentación de la demanda de filiación. No obstante y, aunque la expresión empleada no sea la más correcta, entendemos que el precepto se ha de interpretar en esta dirección.

### C) La ley aplicable a la determinación de la filiación: conexiones en presencia

26. Como ya hemos señalado en líneas anteriores, la regulación del establecimiento de la filiación que efectúa el art. 9.4.1 del CC se basa en la aplicación de tres leyes, ordenadas de forma jerarquizada, de manera que entran en juego, no solamente una en defecto de la existencia de otra, sino también en el caso en que la que se ha de apreciar en primer lugar, la ley de la residencia habitual del hijo, no posibilite el establecimiento de la filiación. Igual sucede con la aplicación de la segunda ley, la de la nacionalidad del hijo, concluyendo la norma con una cláusula de cierre al indicar como aplicable al establecimiento de la filiación en el caso en que las leyes anteriores no hayan logrado este objetivo, la ley sustantiva española. Procede por lo tanto ahora que nos detengamos en el análisis de cada una de estas leyes, así como en los supuestos en que las mismas no son de aplicación al impedir el establecimiento de la filiación.

27. Hemos indicado en líneas anteriores que la filiación constituye un estado civil por el que se crean una serie de derechos y deberes en relación con las personas implicadas en la relación jurídica (hijo, padre y madre).

28. Nuestro sistema de Derecho internacional privado se ha decantado por la ley nacional como ley reguladora del estado civil. Así, el art. 9.1 del CC señala que: “*La ley personal correspondiente a*

<sup>29</sup> Esta tesis es seguida por A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Comentario al artículo 9.4 del Código civil”. R. BERCÓVITZ RODRÍGUEZ CANO. (Dir.). *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*. Valencia 2016, pp. 30-32.

<sup>30</sup> Esta interpretación global ya fue propuesta hace tiempo por M. GUZMÁN ZAPATER. *El derecho a la investigación de la paternidad (en el proceso con elemento extranjero)*. Madrid 1996, pp. 33-39.

*las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte*". Así, la filiación, al ser un estado civil del cual se desprenden una serie de derechos y obligaciones, los cuales se prolongan en el tiempo, necesita de una regulación que ofrezca un alto grado de seguridad jurídica a las partes implicadas, la cual se logra, entre otros medios, con la previsibilidad de la norma rectora. Tradicionalmente se ha considerado en nuestro sistema que la ley que cumple con este cometido es la ley nacional, en cuanto ley integradora de todos los aspectos que se refieren a la persona y que dota al llamado estatuto personal, entre otras cosas, de firmeza, certeza y seguridad jurídica.

29. Sin embargo, la nueva regulación de la filiación desplaza la aplicación de la ley nacional del hijo en favor de la ley de su residencia habitual, lo cual no constituye una novedad en nuestro sistema<sup>31</sup> ya que, con anterioridad se había adoptado esta solución en relación con el estado civil de divorciados y más recientemente respecto de la sucesión *mortis causa*<sup>32</sup>.

30. Por otra parte, la conexión de la nacionalidad se propugna como la más idónea para proteger la identidad cultural del inmigrante, sobre todo en los supuestos en que el inmigrante tiene la intención de regresar a su país en un futuro no muy lejano y, como consecuencia de esta voluntad no ha dejado de tener contacto con su país de origen, de ahí su denominación de "*conexión cultural*"<sup>33</sup>, de manera que las resoluciones emanadas de las autoridades y tribunales del Estado de acogida que afecten a sus relaciones particulares van a gozar las más de las veces de validez y eficacia en el Estado de origen; sin embargo, las ventajas de la utilización de la conexión de la residencia habitual para regir el estatuto personal, como centro de vida real de la persona, como lugar en el que el individuo se desarrolla y establece sus relaciones, no deben perderse de vista en cuanto conexión más idónea para lograr la integración del inmigrante en el Estado de acogida<sup>34</sup>. Atendiendo a estos motivos se la ha calificado como una "*conexión social*"<sup>35</sup>. Es con esta ley con la que está familiarizado el individuo, ya que es la norma del Estado

<sup>31</sup> La mayoría de los países europeos de nuestro entorno siguen adoptando la conexión de la ley nacional para determinar la filiación, utilizando la conexión de la residencia habitual de manera residual, es el caso de Francia e Italia. Sin embargo países como Suiza o Alemania retiene como ley aplicable a la determinación de la filiación natural la ley de la residencia habitual. Vid. desarrollo de esta situación en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Filiación natural". En *Derecho internacional privado*...ob. cit. pp.365-367.

<sup>32</sup> Hemos de tener en cuenta que los reglamentos de la Unión Europea que regulan estas cuestiones tienen carácter *erga omnes*, de manera que dejan hibernadas nuestras normas de Derecho internacional privado autónomo. No obstante la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (BOE núm 158 de 3 de julio de 2015) reforma el art. 107.2 del CC señalando que, "*La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado*".

Así, el 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 núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010). Establece la posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a su crisis matrimonial en su art. 5, siempre que sea una de las leyes siguientes: "*a) la ley del estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio. b) la Ley del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges, siempre que alguno de ellos todavía resida allí en el momento de la celebración del convenio, c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga alguno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio o d) la ley del foro*". Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley, estudio de Derecho internacional privado*. Granada 2000. *Passim*. Igualmente el 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 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 núm. L 201 de 27 de julio de 2012, corr. err. DO núm L 344, de 14 de diciembre de 2012 y DO núm. L 60 de 2 de marzo de 2013). Este Reglamento, si bien establece como regla general aplicable a la sucesión la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento, deja a salvo la posibilidad de que el mismo elija la ley de su nacionalidad en el momento de realizar la elección o en el momento de su fallecimiento, como ley rectora de la sucesión (arts. 21 y 22). Sobre la aplicación de la ley de la residencia habitual del causante Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 1 de 2016, pp. 47-75. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA. *Las sucesiones <mortis causa> en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*. Pamplona 2016, pp. 195-223.

<sup>33</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Filiación natural"... ob. cit. p. 365.

<sup>34</sup> Sobre el debate entre la aplicación de la ley de la nacionalidad o la ley de la residencia habitual al derecho de familia y sus beneficios para propiciar la integración social del inmigrante, Vid. A. BUCHER, "La famille en Droit international privé".- *Recueil des Cours* nº 283 de 2000, pp. 90 y ss.

<sup>35</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. "Filiación natural"... ob. cit. p.365.

en el que el mismo ha elegido que transcurra su vida, donde formar una familia, donde establecer sus relaciones personales y profesionales, de manera que resulta ser una norma con la que el sujeto está en contacto, ya que es la norma que rige su acontecer diario, de manera que su aplicación no va a conllevar sobre esfuerzos probatorios para la parte demandante y, lo más importante, a través de la aplicación de la misma se van a obtener resultados previsibles para las partes.

**31.** De este modo, las ventajas mencionadas que lleva aparejadas la aplicación de la ley nacional del individuo pueden quedar superadas por las ventajas que proporciona el tener en cuenta en primer término la ley de la residencia habitual del hijo y, en defecto de ésta o si a través de la misma no se puede establecer la filiación, la ley de la nacionalidad del mismo, toda vez que, aunque la residencia habitual puede ser objeto de cambio con más facilidad que la nacionalidad, debido, entre otras causas a la creciente movilidad internacional de los individuos, y, al igual que ésta puede ser inexistente o estar indeterminada, las consecuencias que se derivan de una u otra situación no son comparables, en cuanto a la concreción de la ley aplicable a la determinación de la filiación, ya que las soluciones en uno y otro caso varían considerablemente, en relación a la adopción de una medida y un proceso lógico más sencillos, entre otras causas porque la ley de la residencia habitual es una conexión de hecho, fácilmente constatable por las partes, por terceros y por el propio juez, representa el arraigo social de la persona con un determinado territorio, el cual, es cierto que puede variar a lo largo del tiempo, de manera que para su concreción es necesario que se identifique claramente el lugar donde el hijo se encuentra con vocación de permanencia y es justo esa intencionalidad la que va a ser fundamental para identificar la residencia habitual del hijo. De esta forma e, interpretando de nuevo de manera global las normas sobre competencia judicial internacional en esta materia y la norma sobre la ley aplicable a la determinación de la filiación, el legislador español entiende que esa voluntad de permanencia la ostenta el individuo cuando ha residido en España por lo menos durante seis meses antes de la interposición de la demanda.

**32.** En contraposición a esta situación y, teniendo en cuenta que la nacionalidad es un vínculo jurídico de un individuo con un determinado Estado, hemos de tener presente que la aplicación de la ley nacional no conlleva problema alguno cuando la misma está determinada. El problema surge cuando la nacionalidad del hijo no está acreditada. En este caso se podría producir un “*círculo vicioso*” o lo que la doctrina ha denominado situación de “*doble espejo*”<sup>36</sup>. En efecto: es necesario saber qué nacionalidad ostenta el sujeto para saber cuál es su filiación (art. 9.4 Cc), pero es que también es necesario saber qué filiación tiene el sujeto para determinar su nacionalidad. La solución a este problema radica en dos posibilidades, dependiendo de si hay o no implicado un progenitor español. En el primer caso y, a tenor del art. 17 del Cc, el cual indica que son españoles los “*nacidos de padre o madre españoles*”, como el precepto no exige que haya quedado “*determinada legalmente*” la filiación, sino que basta con que quede acreditado el “*hecho físico de la generación*”, para considerar “*nacido*” de español a un individuo, es suficiente que consten “*indicios racionales de su generación física por progenitor español*”. Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil español o extranjero<sup>37</sup>.

**33.** La segunda solución es operativa cuando no hay implicado un progenitor español. En dichos supuestos, la determinación de la nacionalidad del nacido depende de un Derecho extranjero, porque el art. 17.1.a) CC es inaplicable. Es muy posible que el nacido no sea considerado nacional del país de sus progenitores extranjeros mientras no se acredite su nacionalidad extranjera. Y aquí surge el *círculo vicioso*, ya que en numerosos ordenamientos extranjeros, mientras no se demuestre la filiación del sujeto, no se sabe de quién es hijo, y en consecuencia, no se sabe si ha adquirido una nacionalidad extranjera.

<sup>36</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. “Filiación natural”... ob. cit. pp. 371-374.

<sup>37</sup> Esta es la orientación que sigue el *TS en su sentencia de 22 de marzo de 2000*. Se trata de una acción de reclamación de filiación planteada ante nuestro Tribunal por una mujer de nacionalidad francesa en representación de su hijo respecto de un hombre de nacionalidad española. El Tribunal aplica en primer lugar la ley francesa, como nacionalidad cierta, pero como esta normativa limitaba el reconocimiento de la paternidad. El Tribunal aplica la ley española como consecuencia de que el presunto padre era español. De este modo el Tribunal entiende que si se determinara la filiación del hijo respecto al padre, el hijo tendría la nacionalidad española, de manera que se justifica la anticipación de la aplicación de la ley española como ley nacional del hijo.

Para resolver esta cuestión la DGRN ha remitido la determinación de la filiación a la ley de la residencia habitual del hijo<sup>38</sup>.

34. Con esta nueva regulación, que coloca en primer lugar la ley de la residencia habitual del hijo y en segundo lugar la ley de la nacionalidad de éste, ya no es necesario acudir a estas soluciones tan elaboradas. Es suficiente con probar el hecho fáctico de la residencia habitual para que entre en juego la aplicación de esta ley. Del mismo modo se obvian también problemas en cuanto a la determinación de la ley nacional del hijo cuando éste tiene nacionalidad múltiple o es apátrida<sup>39</sup>.

#### **D) Supuestos en los que la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo no permiten determinar la filiación**

35. El legislador deja meridianamente claro en el *dictum* de la norma que si la ley de la residencia habitual del hijo no permite determinar la filiación se aplicará la ley nacional del mismo y si ésta tampoco consigue cumplir ese objetivo, será de aplicación la ley sustantiva española. De esta forma la referencia que efectúa el legislador a las causas por las que la ley designada no posibilita la determinación de la filiación no tiene límites; es decir, cualquier causa por la que no se pueda lograr este fin será válida para descartar la ley aplicable y dar paso a la aplicación de la siguiente ley situada en el siguiente escalón de la norma. La articulación de la norma nos recuerda una vez más que la política legislativa de nuestro sistema está inspirada en que lo más beneficioso para el individuo es que se determine su filiación y ello, aún a costa de que se aplique a la misma una ley que está poco vinculada con la relación, como puede ser la ley sustantiva española.

36. Nuestro legislador ya ha utilizado tiempo atrás esta técnica para conseguir un determinado resultado, como sucedía en el anterior art. 107.2 del CC, el cual, una vez que había vinculado el supuesto con el Ordenamiento Jurídico español a través de la nacionalidad española o de la residencia habitual en España de, al menos, uno de los cónyuges, consagraba en el apartado c) del párrafo 2º la aplicación de la ley española en el caso en que las anteriores leyes mencionadas en el párrafo 1º (ley nacional común de los cónyuges al tiempo de la presentación de la demanda, en su defecto ley de la residencia habitual de los cónyuges en ese mismo momento y en su defecto la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado) no reconocieran las instituciones de la separación judicial o el divorcio, o lo hicieran de una forma discriminatoria o contraria al orden público. En este caso el legislador nos daba unas pautas, acotaba un espacio para la aplicación de la ley española cuando concurrieran determinadas causas; sin embargo, en el supuesto de la determinación de la filiación no ha considerado oportuno establecer límite alguno.

37. Sin embargo, estos límites son necesarios. Basta consultar las legislaciones de los países de nuestro entorno para comprobar que existen supuestos en los que no es posible determinar la filiación, no como consecuencia de discriminaciones en relación con el individuo, sino porque resulta más beneficioso para el mismo que este estado no quede determinado. En nuestro propio sistema encontramos situaciones en las que se estima que no es beneficioso para el hijo declarar su filiación si ésta proviene de hermanos o familiar consanguíneo en línea recta, de tal manera que la misma solo se otorgará previa autorización judicial y con intervención del Ministerio Fiscal, siempre y cuando la misma sea conve-

<sup>38</sup> En la mayoría de estas ocasiones el hijo tenía su residencia habitual en España, de manera que, una vez determinada la filiación con arreglo a la ley española, puede dilucidarse la cuestión de averiguar si el hijo tiene la nacionalidad de sus padres o no. Vid. RDGRN de 24 de noviembre de 2008, caso de un niño nacido en España de madre marroquí y padre desconocido. En el mismo sentido RDGRN de 22 de mayo de 2006.

<sup>39</sup> Con respecto a estas cuestiones J.C. FERNANDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*. 9ª Ed. Madrid 2016, pp. 479-480, manifiestan que “Una orientación a favor del principio del favor filii permitiría, en los supuestos de doble nacionalidad, optar por la ley que resulte más favorable desde un punto de vista conjunto del art. 9.4 y 9.9 del CC. De esta forma, la conexión residual del art. 9.4 (ley española) quedaría reservada para los supuestos de absoluta indeterminación de la residencia habitual y de la nacionalidad (apatridia)”.

niente para el menor. No obstante si el hijo no hubiere consentido en la declaración de filiación, cuando éste alcance la mayoría de edad podrá invalidar la misma (art. 125 CC). A partir de la constatación de este hecho, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ nos pone de relieve la falta de previsibilidad del precepto, el cual no establece matices, denotando de esta forma su debilidad<sup>40</sup>.

**38.** Asimismo, no podemos perder de vista los resultados paradójicos a los que se puede llegar cuando el lugar de la residencia habitual del hijo sea España y la ley española no permita determinar la filiación, debiendo aplicarse entonces, según el mandato normativo la ley de la nacionalidad del hijo, ley que si permite la determinación de la filiación contradiciendo los principios básicos de la regulación de la filiación del sistema español, que en un primer estadio ha negado la posibilidad de acreditar la misma, será rechazada como contraria al orden público del foro, debiendo aplicarse en última instancia la ley sustantiva española; es decir, la ley que no permitió el establecimiento de la filiación.

**39.** Atendiendo a estos motivos y, dado que, como hemos señalado anteriormente, no resulta una novedad en nuestro sistema de Derecho internacional privado, el legislador español tendría que haber concretado en la norma las causas que determinan la no aplicación de la ley designada por la norma; esto es: la ley de la residencia habitual y la ley de la nacionalidad del hijo en el momento de la interposición a la demandada y en su lugar aplicar a la determinación de la filiación la ley sustantiva española.

## **E) La aplicación de la ley sustantiva española a la determinación de la filiación**

**40.** Ya hemos señalado anteriormente que el legislador español considera que lo más beneficioso para el individuo es la determinación de su filiación y esta idea es la que subyace en la articulación de la norma. A tal fin, consagra como cláusula de cierre la aplicación de la ley sustantiva española, en la seguridad de que nuestra normativa permitirá la determinación de la filiación. Esta conexión ha sido también denominada “*conexión judicial*”<sup>41</sup>, dado que se entiende que si son nuestros tribunales los que están conociendo del fondo del asunto, al decaer la aplicación de las leyes contenidas en la norma de conflicto, lo normal y natural es que nuestros tribunales apliquen su propio derecho. No obstante, la redacción de la norma supone un mandato directo no condicionado a ninguna circunstancia, como que sean nuestros tribunales competentes. La regla general hasta este momento en la articulación de las normas de conflicto pasa por la especificación de este extremo, tanto en el ámbito de la UE, como en el convencional, como en nuestro derecho autónomo.

**41.** Asimismo, hemos de significar que la aplicación de la ley española como cláusula de cierre no constituye una novedad en nuestro sistema, ya que esta solución se contenía en el ya mencionado precepto que señalaba la ley aplicable a la separación y el divorcio, si bien, al adoptar esta solución con respecto a estas instituciones, la relación jurídica debía de tener unos determinados vínculos con el Ordenamiento Jurídico español, (que uno de los cónyuges fuera español o residiera habitualmente en España)<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación natural”... Ob. cit. pp. 360-361.

<sup>41</sup> A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “Comentario al artículo 9.4 del Código civil”... ob. cit. p. 36.

<sup>42</sup> Esta misma solución fue la que se adoptó en su momento en el art. 107.2 del CC, norma que, al regular la separación judicial y el divorcio se decantaba en primer lugar por la nacionalidad de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda, en defecto de ésta por la ley de la residencia habitual común determinada en el mismo momento y, a falta de ésta por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. Con independencia de lo señalado en dicho párrafo, en el punto segundo el precepto se inclinó por la aplicación de la ley española cuando se daban determinadas circunstancias, cuales son: que uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España. Los supuestos en que es de aplicación la ley española son tres: a) Si no resulta aplicable ninguna de las leyes mencionadas anteriormente, b) Si la demanda se pide ante los tribunales españoles por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y c) Si las leyes indicadas en el párrafo primero no reconocieren la separación o lo hicieran de una forma discriminatoria o contraria al orden público. Al respecto Vid. B. CAMPUZANO DÍAZ. “Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código civil”. A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ. (Dir). *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*. Madrid 2004, pp. 183 y 184. M.P. DIAGO DIAGO, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”. A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (Dir). *El derecho de familia ante el siglo*

42. En el caso de la filiación no se exige vínculo alguno con el Ordenamiento jurídico español para aplicar la ley sustantiva española en el supuesto en que las leyes propuestas con anterioridad (ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo) no posibiliten el establecimiento de la filiación. De este modo la norma obvia la función interpretativa del aplicador del derecho, en tanto en cuanto éste no tendrá en cuenta el derecho extranjero al que la norma de conflicto española remite si el mismo es contrario al orden público internacional español al no permitir el establecimiento de la filiación (art. 12.3 CC). El juez, únicamente gozará de esta labor interpretativa cuando la ley designada por la norma de conflicto remita a un Ordenamiento Jurídico que posibilita el establecimiento de la filiación, pero lo haga infringiendo los principios y derechos fundamentales sobre los que se asienta esta institución en nuestro sistema. La norma de conflicto se especializa a través de “una cláusula especial de orden público internacional”, la cual tiene el inconveniente de no atender a las circunstancias que concurren en cada situación privada internacional al obligar al juzgador a tener en consideración esta institución en una materia y circunstancias determinadas<sup>43</sup>. La norma obvia así el principio de proximidad de la relación jurídica con el Ordenamiento español y se decanta por la consecución de un resultado de justicia material.

43. No obstante para determinar la vinculación que la relación de la filiación guarda con el Estado español hemos de acudir a los foros de competencia judicial internacional en esta materia, ya que, será en estos casos cuando los mismos apliquen la regulación contenida en el art. 9.4 pfo 1º del CC. La competencia judicial internacional en esta materia se haya consagrada en la LOPJ en el art. 22 *quarter* d)<sup>44</sup>, el cual indica que nuestros tribunales serán competentes en materia de filiación cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso resida en España, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda. Asimismo será de aplicación el foro general del domicilio del demandado en España (art. 22 *ter*.1 LOPJ). De este modo, la vinculación de la filiación con el sistema español queda determinada a tenor de la residencia habitual del presunto hijo en España, y por la nacionalidad del demandante, el cual puede ser el propio hijo, el padre o la madre o la residencia habitual del demandante en España, en este supuesto el padre, la madre o el representante legal del hijo, así como la residencia habitual del demandante en nuestro Estado, como mínimo por un periodo de seis meses antes de de la presentación de la demanda<sup>45</sup>.

## F) Conflictos de civilizaciones en la ordenación de la filiación natural

44. No obstante, hemos de tener en cuenta que una de las dificultades que entraña la regulación de la filiación se centra, no tanto en el conflicto de leyes, sino en el conflicto de civilizaciones<sup>46</sup>, al existir

*XXI: aspectos internacionales*. Madrid 2004, pp. 277 y 278. A.P. ABARCA JUNCO, “Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español: la reforma del artículo 107 del Código civil” *Pacis Artes. Ob. homenaje al Prf. Julio González Campos*. t II, Madrid 2005, pp. 1095-1116. M. D. ADAM MUÑOZ. “Algunas reflexiones sobre la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en el Derecho internacional privado español”. *Revista de Estudios Deusto*. Vol 56/2, 2008, pp. 191-216.

<sup>43</sup> En contraposición a “las cláusulas especiales de orden público” están “las cláusulas generales de orden público internacional”, las cuales poseen el grado de flexibilidad necesario para velar por los intereses en juego y posibilitar a los jueces la toma de una resolución acorde con las peculiaridades del caso concreto. Según H. AGUILAR GRIEDER estas últimas son más eficaces para solventar los conflictos de civilizaciones. Vid. “Derechos humanos fundamentales y respeto a la identidad cultural del individuo en un entorno crecientemente multicultural: una visión desde el Derecho internacional privado”. *Rev. de Der. Univ. de Piura*, vol. 7 de 2006. p.291.

<sup>44</sup> Ley Orgánica 7/2015 de 21 de julio por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (*BOE* núm. 174 de 22 de julio de 2015, corr. err. *BOE* núm. 174 de 22 de julio de 2015).

<sup>45</sup> En nuestro Ordenamiento Jurídico las acciones de filiación son dos: la acción de reclamación (art. 131 a 135 del CC) y acción de impugnación (arts. 136 a 141 del CC). Dependiendo de la acción de que se trate y de la petición que se efectúe al juez, las personas legitimadas pueden ser el padre, la madre, el hijo, e incluso sus herederos, cualquier persona con interés legítimo, cuando falte posesión de estado la filiación paterna o materna podrá ser impugnada por aquellos a quienes perjudique, etc. El *dictum* de algunos de estos preceptos ha sido modificado por la Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ya citada, concretándolos más en cuanto a sus requisitos y presupuestos y extendiendo la legitimación en las acciones a los herederos.

<sup>46</sup> P. MERCIER. *Conflicts de civilisations et droit international privé: polygamie et répudiation*, Genève 1972. *passim*.

sistemas jurídicos que gozan de concepciones contrapuestas de la familia y, por lo tanto de los valores y derechos fundamentales que la inspiran<sup>47</sup>. Así sucede, por ejemplo, en relación con los ordenamientos de países musulmanes en donde la filiación extramatrimonial con respecto al padre, no es que no se pueda establecer, simplemente no existe.

45. De este modo podría darse el caso de que una mujer de origen marroquí con residencia habitual en España inste la filiación, en representación de su hijo con residencia habitual en Marruecos, ante los tribunales españoles de un hombre de nacionalidad marroquí con residencia habitual en España. La nacionalidad cierta del hijo es la marroquí, ya que la maternidad está determinada, y su residencia habitual se encuentra en Marruecos, de forma que la ley marroquí no permite el establecimiento de la filiación, ya que se trata de un hijo extramatrimonial y, a los efectos de la paternidad, la misma es inexistente<sup>48</sup>. Así, la filiación se tendrá que determinar por aplicación de la ley marroquí (ley de la residencia habitual y de la nacionalidad del hijo) y, en su defecto por la ley sustantiva española, a tenor de lo preceptuado en el art. 9.4 del Cc. De esta forma, el juzgador carece de capacidad para interpretar la norma y rechazar la aplicación de la ley marroquí al ser contraria al orden público internacional español, en tanto en cuanto, el art. 39.2 de la CE establece la igualdad de los hijos ante la ley, independientemente de su filiación (efecto negativo de la excepción de orden público internacional) y, en su lugar, aplicar la ley sustantiva española que posibilita el establecimiento de la filiación (efecto positivo de la excepción de orden público internacional). Simple y llanamente ha de aplicar la ley sustantiva española sin posibilidad alguna de razonamiento o motivación por su parte.

46. Hemos de señalar que la aplicación de la ley sustantiva española no es la que más proximidad denota en cuanto a la determinación de la filiación del hijo. Sin embargo, su aplicación queda justificada porque estamos ante la regulación de un derecho fundamental, cual es el derecho del niño a conocer a sus padres, en la medida de lo posible, para cuya consecución los Estados Partes en el Convenio sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989<sup>49</sup>, adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en el mismo<sup>50</sup>.

47. Llegados a este punto resulta necesario señalar que la redacción otorgada por el legislador al párrafo 1º del art. 9.4 del CC, no es en absoluto casual. Si las conexiones están ordenadas en cascada, lo normal es que entren en juego una en defecto de otra. Así la ley sustantiva española regularía la filiación en defecto, en primer lugar de residencia habitual del hijo o de la imposibilidad de su determinación y, en segundo lugar, en ausencia de nacionalidad del hijo; sin embargo, el legislador en aras de la consecución del *favor filii*, da cabida a la aplicación de la ley nacional del hijo si la ley de su residencia habitual no permite la determinación de la filiación y, lo mismo sucede con la aplicación de la ley sustantiva española si la ley nacional del hijo no posibilita la atribución de la filiación. Situaciones que como hemos visto concurren en el ejemplo propuesto anteriormente<sup>51</sup>.

<sup>47</sup> J.D. GONZÁLEZ CAMPOS. "filiación y alimentos"... ob. cit. p. 356.

<sup>48</sup> Sobre esta cuestión Vid., C. RUIZ SÚTIL". Efectos <maliciosos> de la paternidad legítima marroquí en España: una cuestión a resolver". M. MOYA ESCUDERO (Dir). *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-Marroquíes*. Valencia 2015, pp. 101-140. La misma autora, un estudio más profundo. *Filiación hispano-Marroquí*. (La situación del nacido en España de progenitor marroquí). Pamplona 2011. *Passim*.

<sup>49</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313 de 31 de diciembre de 1990).

<sup>50</sup> El art. 7 del Convenio establece que: "El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

<sup>51</sup> Esta técnica de positivación ya fue utilizada por el legislador español en el art. 9.7 del CC, el cual, al regular la deuda alimenticia establecía que: "El derecho a la prestación de alimentos entre parientes habrá de regularse por la ley nacional común del alimentista y el alimentante. No obstante, se aplicará la ley de la residencia habitual de la persona que los reclame cuando ésta no pueda obtenerlos de acuerdo con la ley nacional común. En defecto de ambas leyes, o cuando ninguna de ellas permita la obtención de alimentos, se aplicará la ley interna de la autoridad que conoce de la reclamación".

### III. La regulación del contenido de la filiación por naturaleza y del ejercicio de la responsabilidad parental

48. El párrafo segundo introducido en el art. 9.4 del CC presenta una serie de novedades en nuestro sistema, las cuales vamos a pasar a analizar en las líneas que siguen:

49. El contenido de la filiación ha sido separado de la determinación y el carácter, para ser regulado, junto con la responsabilidad parental, con arreglo al Convenio de La Haya de 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<sup>52</sup>.

50. A la luz de la redacción efectuada por el precepto, vamos a determinar a continuación, en primer lugar, cuál es el contenido de la filiación en nuestro sistema y, en segundo término si la regulación efectuada es adecuada o no.

#### 1. Contenido de la filiación y responsabilidad parental

51. El contenido de la filiación se puede identificar con los efectos de la misma. De esta forma los efectos de la filiación se pueden clasificar del siguiente modo<sup>53</sup>:

52. 1º) Efectos específicamente protectores, dentro de los cuales entrarían la patria potestad, representación legal, derechos de convivencia y asistenciales.

53. 2º) Efectos personales, entre los que se encontrarían los apellidos y la nacionalidad.

54. 3º) Efectos patrimoniales, como son los alimentos y las sucesiones.

55. Si examinamos nuestro sistema de Derecho internacional privado podemos comprobar que, tanto los efectos personales, como los patrimoniales, gozan de una regulación propia<sup>54</sup>. Luego siguiendo la regla de interpretación jurídica básica que indica que ley especial prima sobre la ley general, podemos concluir que únicamente los efectos de la filiación que no gozan de regulación específica quedan regidos del modo en que se indica en el párrafo 2º del art. 9.4 del CC.

56. Así, el precepto diferencia el contenido de la filiación del ejercicio de la responsabilidad parental, concepto que se adopta por vez primera en nuestro sistema autónomo de Derecho internacional privado; Sin embargo, en nuestro Derecho no existe una definición de lo que ha de entenderse por *responsabilidad parental*, aún cuando el legislador indique en el art. 154 del CC que “*la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos...*”<sup>55</sup>. ¿Significa este *dictum*

<sup>52</sup> BOE núm. 291 de 2 de diciembre de 2010.

<sup>53</sup> La clasificación la efectuamos siguiendo a P.P. MIRALLES SANGRÓ, “Filiación por naturaleza y adopción”, A.P. ABARCA JUNCO (Dir.). *Derecho internacional privado. Vol. II (Derecho civil internacional)*. 9ª Ed. UNED. Madrid 2014, p. 201.

<sup>54</sup> Así, por ejemplo el nombre y los apellidos se rigen por el art. 9.1 del CC, por el Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y apellidos (BOE núm. 303 de 19 de diciembre de 1989) y la normativa del Registro civil. La nacionalidad por los arts 17 y ss del CC, Los alimentos, a tenor del nuevo artículo 9.7 del CC del siguiente modo: “La ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya” y las sucesiones *mortis causa* por el Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* (*mortis causa en cursiva*) y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOE U L 201/107 de 27-7-2012).

<sup>55</sup> Este término se adopta en la reforma del art. 154 del CC, efectuada por la Ley 25/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia ya citada, el cual indica que: “*Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores. La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental*”. No entendemos lo que el



que nuestro sistema identifica patria potestad con responsabilidad parental o, por el contrario, lo que viene a decir es que la patria potestad es una institución que se encuentra incluida dentro de la responsabilidad parental? Teniendo en cuenta que la norma realiza una incorporación por referencia y nos remite para la regulación de la responsabilidad parental al Convenio de La Haya de 1996, podríamos acudir al mismo en busca de un término aclaratorio. Así, en su art. 1.1 c) nos indica que el Convenio tiene por objeto determinar la ley aplicable a la responsabilidad parental, entendiendo por tal “*La autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño*” (art. 1.2); es decir, este precepto diferencia la “*autoridad parental*” de “*cualquier otra relación análoga*” que determine los poderes, derechos y obligaciones de los padres, luego podemos concluir que responsabilidad parental es un término amplio en el que queda enmarcada la patria potestad<sup>56</sup>.

57. Posteriormente, el art. 3 del Convenio señala de una forma pormenorizada, las medidas y situaciones que pueden incluirse dentro de la responsabilidad parental. El modo en que está redactado este precepto puede llevarnos a equívocos en tanto en cuanto incluye en el término responsabilidad parental aquellas medidas que se refieren a la filiación propiamente dicha en su vertiente protectora y también otra serie de medidas de protección del menor al margen de la filiación, las cuales en nuestro sistema, quedan reguladas en el art. 9.6 del CC<sup>57</sup>.

58. Hemos de diferenciar por lo tanto, dentro del ámbito de aplicación material del Convenio, aquellas medidas directamente relacionadas con la filiación incluidas dentro de la responsabilidad parental, la cual se regula en el art. 9.4 del CC, de aquellas otras medidas que tienen como finalidad la protección del menor, las cuales se rigen por el art. 9.6 del CC ya que, en nuestro derecho están perfectamente delimitadas. Prueba de ello es que están reguladas en preceptos diferentes, aunque en el Convenio gocen de una regulación unívoca<sup>58</sup> y así se plasme también en nuestro Ordenamiento. De esta forma, armonizando el art. 1 c) y el art 3 del Convenio podríamos concluir que la responsabilidad parental comprende, en nuestro Ordenamiento Jurídico, a los efectos de la filiación los siguientes aspectos: “*a) La atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación. b) el derecho de guarda, incluyendo el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia, así como el derecho de visita, incluyendo el derecho de trasladar al niño durante un periodo limitado de tiempo a un lugar distinto del de su residencia habitual; y c) La designación y las funciones de toda persona encargada de ocuparse de la persona o de los bienes del niño, de representarlo o de asistirlo*”<sup>59</sup>.

---

legislador ha querido significar con esta redacción algo confusa. La patria potestad está incluida dentro de la responsabilidad parental y no tiene ningún sentido asimilar instituciones con contenidos distintos. Hubiera sido mucho más esclarecedor que la norma se hubiera pronunciado del siguiente modo: “*La patria potestad, como manifestación de la responsabilidad parental...*”.

<sup>56</sup> El concepto de responsabilidad parental también se contiene en el Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) num. 1347/2000 (DOCE L 338/1 de 23 de diciembre de 2003), el cual en su art. 1,b señala que dicho Reglamento se aplicará a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental, y, en el apartado 7 del art. 2 indica que por responsabilidad parental ha de entenderse “*los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita*”.

<sup>57</sup> Este precepto, a la luz de la reforma efectuada por la Ley 26/2015 de 28 de Julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ya citada señala que: “*La ley aplicable a la protección de menores se determinará de acuerdo con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, a que se hace referencia en el apartado 4 de este artículo*”.

<sup>58</sup> Se podrá argumentar en contra de este razonamiento que, en nuestro sistema, tanto la responsabilidad parental, como las medidas de protección de los menores se rigen por el Convenio de La Haya de 1996. No obstante, aunque la regulación sea la misma, nuestro derecho material diferencia claramente la responsabilidad parental, como medidas de protección del menor incluidas dentro de las relaciones paterno-filiales, de otras medidas de protección del menor al margen de dichas relaciones.

<sup>59</sup> Sobre la coordinación del Reglamento 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996, Vid. F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, N° 1, pp. 282-289.

**59.** Una vez concretado el concepto y contenido de responsabilidad parental, en los aspectos que afectan a la filiación, podemos comprobar como “*el contenido de la filiación*”, al que nuestro derecho de fuente autónoma se refiere, se puede incluir, sin necesidad de recurrir a ninguna interpretación forzada, dentro del contenido de la responsabilidad parental, lo cual nos conduce a afirmar que el legislador español en la redacción de la norma efectúa una duplicidad del supuesto de hecho, utilizando conceptos tradicionales de nuestro Sistema Jurídico, los cuales ya están incluidos en instituciones mucho más amplias asumidas en el ámbito convencional y de la Unión Europea. De esta forma, nuestro legislador diferencia el contenido de la filiación natural por una parte y, por otra la responsabilidad parental, cuando la segunda incluye al primero, en tanto en cuanto, como ya hemos señalado anteriormente los efectos personales y patrimoniales, incluidos dentro del contenido de la filiación, gozan de su propia regulación. De este modo la norma establece una distinción entre dos instituciones que en la realidad no existe a efectos de la filiación: es decir, el término “*contenido de la filiación*”, tiene entidad por sí mismo y en nuestro Derecho comprende el haz de derechos y obligaciones entre padres e hijos, aún cuando éste haya alcanzado la mayoría de edad. El que el legislador se refiera con ocasión de la regulación de la filiación a la responsabilidad parental lo único a lo que puede conducir es a equívocos. Así, el precepto hubiera sido mucho más esclarecedor si en su articulación “*el contenido de la filiación*” se hubiera significado como parte de la responsabilidad parental, al igual que se ha efectuado en el art. 154 del CC al regular la patria potestad, aunque, por otra parte, hubiera sido mucho más acertado que el legislador hubiera seguido utilizando el concepto de “*el contenido de la filiación*”, acompañado del concepto de “*las relaciones paterno-filiales*”, (seguidamente expondremos el motivo de nuestra posición)<sup>60</sup>, como tradicionalmente ha venido haciendo, en la seguridad de que con el recurso a estos términos hubiera expresado de una forma mucho más categórica la materia regulada.

**60.** No obstante, la redacción dada al precepto puede quedar justificada, por una parte, en cuanto medio para evitar un posible conflicto de calificaciones, por otra, como previsión de que los efectos personales y patrimoniales de la filiación natural carezcan en algún momento de una regulación específica y, por último por el afán del legislador español de adecuar nuestra normativa interna a las tendencias convencionales e institucionales.

**61.** Por otro lado, hemos de advertir que ha desaparecido del precepto la referencia a las “*relaciones paterno-filiales*”<sup>61</sup>, término que se mantiene en el CC (Título VII, a pesar de la reciente reforma de julio de 2015) y también en las normas sobre competencia judicial internacional<sup>62</sup>. Es sabido que algunas de las relaciones paterno-filiales perduran aún cuando el hijo haya salido de la minoría de edad (art. 154 y ss. del CC), como por ejemplo el deber de respeto a los padres, o la contribución de forma equitativa y según sus posibilidades al levantamiento de las cargas de la familia mientras conviva con ella<sup>63</sup>. ¿Quiere esto decir que el legislador ha entendido que el “*contenido de la filiación*” y “*las relaciones paterno-filiales*” son conceptos equivalentes?<sup>64</sup> Si la respuesta es afirmativa nos encontramos con una nueva regulación en la que ya existen lagunas legales porque en este caso no podemos equiparar responsabilidad parental a relaciones paterno-filiales, toda vez que las instituciones que se incluyen en

<sup>60</sup> Vid. *infra*.

<sup>61</sup> Algunos autores ya manifestaron antes de que se efectuara esta regulación que el art. 9.4 del CC quedaba hibernado en cuanto a la ley aplicable a las relaciones paterno-filiales, ya que las mismas se regían por lo preceptuado en el Convenio de La Haya de 1996. Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional privado*. Vol. II, 14<sup>a</sup> Ed. Granada 2014-2015, pp. 278 y ss. J.C. FERNANDEZ ROZAS y S.A. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho internacional privado*. Ob. cit. ed. de 2015, pp. 444-445.

<sup>62</sup> El art. 22 *quarter* d) de la LOPJ señala la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de filiación, de relaciones paterno-filiales, de protección de menores y de responsabilidad parental (ya nos hemos referido con anterioridad a este precepto).

<sup>63</sup> Amén de la relación sucesoria, alimentos, nombre, etc. relaciones que ya hemos indicado anteriormente que gozan de una regulación especial. Vid. *supra*.

<sup>64</sup> El anterior art. 9.4 del CC diferenciaba estos dos aspectos, lo cual a tenor de un sector doctrinal no tenía ningún sentido al constituir una reiteración, ya que ambos términos aludían a los derechos y deberes que existen entre padre e hijos derivados del establecimiento de la filiación. Vid. N. BOUZA VIDAL, “Artículo 9.4 del Código civil” *Comentarios a las reformas del Código civil*. R. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (Coord). Madrid 1993, p. 21.

la primera en nuestro derecho dejan de tener efecto cuando el hijo alcanza la mayoría de edad; es decir, a los dieciocho años<sup>65</sup>. Para cubrir esta laguna legal tendremos que acudir al art. 9.1 del CC que señala de forma genérica la ley aplicable al estado civil, de manera que la ley aplicable a estos aspectos de la filiación será la ley nacional del hijo. Por otra parte, ¿Se podría interpretar que el párrafo 2º del art. 9.4 del CC efectúa un incorporación por referencia en cuanto a la materia regulada; es decir, las relaciones paterno-filiales, pero sin tener en cuenta la edad del sujeto?, ya que siendo así, sería aplicable la ley de la residencia habitual del hijo a esta serie de relaciones que continúan vigentes entre padre e hijo una vez que éste alcanza la mayoría de edad. No obstante, esta interpretación nos parece a todas luces forzada, ya que las instituciones que comprenden el ámbito de aplicación material del Convenio de 1996 no incluyen este haz de relaciones jurídicas que perviven aún cuando el sujeto sea mayor de edad.

## 2. La ley aplicable al contenido de la filiación natural y a la responsabilidad parental

62. Para regular estos aspectos el art. 9.4.II del CC se remite a lo preceptuado en el Convenio de La Haya de 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, el cual establece en su art. 17 que el ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño. En caso de cambio de residencia habitual, se regirá por la ley de la nueva residencia habitual. Asimismo manifiesta en su art. 15.1 que la ley aplicable será la ley de la autoridad que resulte competente a tenor de lo establecido en los arts. 5 a 14. Como regla general serán competentes para adoptar las medidas de protección de la persona y los bienes del niño las autoridades donde éste tenga su residencia habitual (art. 5.1), si bien, si el niño cambia de residencia habitual serán competentes las autoridades de la nueva residencia habitual (art. 5.2). Así pues la ley aplicable al contenido de la filiación natural y a la responsabilidad parental será la ley de la residencia habitual del hijo y, si éste cambia de residencia habitual, el conflicto móvil se solucionará aplicando la ley de la nueva residencia habitual (art. 15.3).

63. De este modo, si la determinación de la filiación se efectúa atendiendo a la residencia habitual del hijo, todos los aspectos de la filiación, la determinación, el contenido de la filiación y la responsabilidad parental se van a regir por la misma ley.

64. Así, la regulación será unívoca, lo cual no sucederá si la filiación se ha determinado por la ley de la nacionalidad del hijo o por la ley sustantiva española, si es que el hijo no tiene su residencia habitual en el Estado de su nacionalidad o en España<sup>66</sup>.

65. A mayor abundamiento, el art. 15 del Convenio en su apartado segundo indica que, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, las autoridades pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. A tenor de esta cláusula de excepción, la ley de la residencia habitual del hijo cede en su aplicación ante la ley del Estado con el que el contenido de la filiación o la responsabilidad parental tengan un vínculo estrecho. Con la determinación de la aplicación de esta última ley el Convenio se decanta por admitir la idoneidad de la misma, aunque de forma excepcional, en lugar de la ley de la residencia habitual del niño, en nuestro caso hijo. De nuevo observamos como la regulación unívoca de todos los aspectos de la filiación, como así ha reivindicado tradicionalmente la doctrina<sup>67</sup>, queda en entredicho ya que, es posible que la determinación de la filiación se efectúe a tenor de la ley de la

<sup>65</sup> Art. 12 de la Constitución y su desarrollo en el art. 315 del CC.

<sup>66</sup> En relación a la cuestión de que todos los aspectos de la filiación queden regulados por una misma ley, ya hemos señalado anteriormente (Vid. nota 11) que esta es la tendencia mayoritaria de la doctrina. No obstante, otro sector doctrinal se decanta por la dispersión normativa en favor de la mejor protección del menor a través de la ley más vinculada. Vid este debate doctrinal en M.P. DIAGO DIAGO, "La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos"... ob. cit. pp. 159-163.

<sup>67</sup> Vid *supra*.

residencia habitual del hijo y el contenido de la misma, conjunto de relaciones jurídicas que dependen directamente e incluso que nacen como consecuencia del establecimiento de la filiación, queden regidas por una ley diferente<sup>68</sup>.

66. No obstante la aplicación de la ley del Estado con el que el contenido de la filiación o la responsabilidad parental presenten un vínculo más estrecho, puede servir de nexo unificador en cuanto a una única ley aplicable, tanto a la determinación de la filiación natural, como al haz de relaciones que la misma lleva aparejadas, ya que la ley del Estado mediante la cual la filiación natural ha sido determinada puede ejercer una *vis* atractiva en relación con el conjunto de relaciones que la misma conlleva, en tanto en cuanto ley del Estado con el que el contenido de la filiación y la responsabilidad parental presentan un vínculo más estrecho.

#### IV. Conclusiones

67. 1<sup>a</sup>) El legislador español con la reforma efectuada en el art. 9.4 del CC ha tratado de darle un nuevo giro a la regulación de la filiación natural buscando fundamentalmente dos objetivos: por una parte fomentar el *favor filii*, como opción más beneficiosa para el individuo y, por otra, adaptar nuestro sistema de Derecho internacional privado a las nuevas tendencias existentes en el ámbito convencional y en la Unión Europea.

68. 2<sup>a</sup>) Para lograr el primer objetivo la norma recurre a la aplicación jerarquizada de la ley de la residencia habitual del hijo y, a falta de la misma o, si ésta no permite el establecimiento de la filiación, a la ley de la nacionalidad del mismo y si ninguna de estas leyes es de aplicación o no permiten la determinación de la filiación, la ley aplicable será la ley sustantiva española. Constituye una novedad en nuestro sistema que una norma de fuente autónoma opte en primer lugar y no de forma residual, como se ha venido haciendo hasta ahora, por la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona para regir el estado civil de la misma y sitúe a la ley nacional del individuo en un lugar supletorio, rompiendo así con el devenir de nuestro sistema de Derecho internacional privado, el cual se ha decantado tradicionalmente por la aplicación de la ley nacional del individuo al estatuto personal. La razón fundamental de este cambio radica, entre otras causas, porque la ley de la residencia habitual constituye el centro de vida real de la persona, el lugar donde está arraigado y donde constituye sus relaciones cotidianas, es el lugar con el que se encuentra verdaderamente vinculado y es la conexión más idónea, dada la creciente movilidad de las personas en el mundo actual.

69. 3<sup>a</sup>) Siguiendo la orientación del *favor filii* la norma establece una cláusula de cierre que posibilite atribuir en todo caso la filiación, cual es la aplicación de la ley sustantiva española. Aplicación que queda justificada en tanto en cuanto se trata de la salvaguarda de un derecho fundamental. Sin embargo, en lugar de determinar la aplicación de la ley sustantiva española sin limitación alguna, hubiera sido mucho más acertado que la norma hubiera contemplado las circunstancias por las cuales la ley de la residencia habitual o la ley de la nacionalidad del presunto hijo no pueden establecer la filiación, para así justificar la aplicación de la ley sustantiva española. El legislador se decanta por la aplicación de la ley sustantiva española en la certeza de que lo más beneficioso para el individuo es la determinación de su filiación, cuando ya hemos visto en líneas atrás que puede que esta concreción no sea lo más favorable para el sujeto.

70. 4<sup>a</sup>) Enlazando con el segundo objetivo, hemos de significar que las soluciones contenidas en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 *relativo a la competencia, la ley aplicable, el recono-*

---

<sup>68</sup> A favor de la disparidad en la regulación de la determinación de la filiación y de las consecuencias que de la misma se derivan, como son las relaciones paterno-filiales, Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ. *Filiación hispano-suiza (Sistemas de D.I.Pr. y relaciones concernientes a la emigración española)*. León 1989, p. 221.

*cimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños*, al que el párrafo 2º del art. 9.4 se refiere, si bien dirigida a la regulación del contenido de la filiación y de la responsabilidad parental, son algo más flexibles que las contenidas en nuestra norma de conflicto ya que, el Convenio señala como aplicable a la responsabilidad parental la ley de la residencia habitual del menor y excepcionalmente la ley con la que la relación presente unos vínculos más estrechos. El convenio deja sin efecto la aplicación de la regla general, la residencia habitual del menor, cuando la relación jurídica presente los vínculos más estrechos con otro Estado, mientras que en la regulación efectuada por el legislador español en relación con la determinación de la filiación, el principio de proximidad de la relación jurídica con el Estado español, cede en aras de la consecución de un resultado de justicia material: la atribución de la filiación mediante la aplicación de la ley sustantiva española

71. 5ª) El párrafo 2º del art. 9.4 del CC se remite a la regulación articulada en dicho Convenio para regir el contenido de la filiación y la responsabilidad parental. Este último concepto no está definido en nuestro Derecho, ya que la terminología tradicional en nuestro Ordenamiento es el *contenido* o los *efectos* de la filiación, de manera que, para determinar el concepto y contenido de la responsabilidad parental hemos de acudir al propio Convenio, concluyendo que este término se refiere a aquellas relaciones que comprenden una serie de derechos y deberes entre las partes integrantes de la relación jurídica, pero que sin embargo las mismas escapan con mucho de aquellas que se refieren con exclusividad a la filiación, encontrándose dentro del ámbito de la responsabilidad parental situaciones o relaciones que en nuestro derecho se contemplan al margen de la filiación y que se corresponden con las medidas de protección del menor, como la tutela, la curatela, la protección otorgada por organismos públicos, etc. Quedando reguladas las medidas correspondientes a una u otra institución en preceptos separados. A saber, el art. 9.4 y el art. 9.6 del CC.

72. 6ª) Así las cosas, podemos afirmar que el contenido de la filiación por una parte, constituye un haz de relaciones jurídicas que están incluidas dentro del concepto de responsabilidad parental y, por otra que en dicho contenido se incluyen un conjunto de relaciones jurídicas que quedan fuera del ámbito de la responsabilidad parental. Por lo tanto ¿qué sentido tiene que el legislador adopte esta terminología cuando la misma no se corresponde con el instituto que pretende regular? La respuesta a esta pregunta la podemos encontrar en el afán que el legislador interno muestra en adecuar nuestra normativa a la regulación convencional y de la Unión Europea, ya que, al ser el Convenio de la Haya de 1996 de naturaleza *erga omnes*, el art. 9.4 del CC quedaba hibernado en aquellos aspectos relativos al contenido de la filiación incluidos en el ámbito de la responsabilidad parental. No obstante, la regulación efectuada mediante la técnica de la incorporación por referencia sin tener en cuenta la disparidad de instituciones y la regulación autónoma que las mismas tienen en nuestro sistema jurídico, pueden llevarnos a equívocos nada deseables porque de hecho nos encontramos de nuevo ante una regulación de la filiación natural y de sus efectos nada esclarecedores. Hubiera sido mucho más adecuado recurrir a nuestros conceptos tradicionales, como son el contenido de la filiación y las relaciones paterno-filiales, remitiendo su regulación a lo preceptuado en el Convenio de La Haya de 1996.