

La propuesta de normas de competencia judicial internacional en materia de filiación: entre lo conocido y lo desconocido

The proposal of norms of international judicial competence in matters of parenthood: between the known and the unknown

ANTONIA DURÁN AYAGO

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0003-3112-0112

Recibido 16.06.2023 / Aceptado:24.07.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8114

Resumen: Las normas de competencia judicial internacional recogidas en la Propuesta de Reglamento sobre filiación transitan entre foros conocidos, muchos de ellos rescatados del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre responsabilidad parental, pero sin los debidos ajustes, y foros novedosos como el relativo al Estado miembro de nacimiento del hijo. El *forum necessitatis* podría suponer un foro de protección/refugio para las familias de terceros Estados que no pudieran verse reconocidas como tales en sus Estados de origen.

Palabras clave: Filiación; competencia judicial internacional; libre circulación de personas; principio de reconocimiento mutuo.

Abstract: The rules of international judicial jurisdiction included in the Proposal for a Regulation on parentage move between well-known forums, many of them rescued from Regulation (EU) 2019/1111 on parental responsibility, but without the due adjustments, and novel forums such as the one related to the Member State of birth of the son. The *forum necessitatis* could be a forum of protection/refuge for families from third States that could not be recognized as such in their States of origin.

Keywords: Parenthood; international judicial jurisdiction; free movement of people; principle of mutual recognition

Sumario: I. Introducción. II. Ámbito de aplicación y conceptos. III. Normas de competencia judicial internacional. 1. Competencia general. 2. Competencia basada en la presencia del hijo o de la hija. 3. Competencia residual. 4. *Forum necessitatis*. 5. Cuestiones incidentales. 6. Derecho del menor a expresar su opinión. IV. Relación con el futuro instrumento de la Conferencia de La Haya.

*El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], AEI/10.13039/501100011033.

I. Introducción

1. La filiación es una de las pocas materias de Derecho privado que todavía no ha experimentado el proceso de europeización en sus normas de Derecho Internacional Privado (en adelante, DIPr.). Tanto lo referido a las medidas de responsabilidad parental¹, con excepción del Derecho aplicable que se regula a través del *Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996*², como los alimentos³ o las sucesiones⁴, materias todas ellas relacionadas con la filiación, tienen regulación específica en la Unión Europea, desde hace años.

2. Se dio un paso tímido con el *Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) 1024/2012*⁵, posibilitando que los documentos públicos sobre nacimiento, filiación y adopción estuvieran exentos de legalización y apostilla, pero su ámbito de aplicación se refería únicamente a la autenticidad y a la lengua de dichos documentos, no al reconocimiento de su contenido o efectos en otros Estados miembros.

3. La *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*⁶, presentada el pasado 7 de diciembre de 2022, pretende llenar este vacío aportando un texto en el que se aborda la regulación de todos los sectores del DIPr., con el claro objetivo de promover el reconocimiento de la filiación establecida en un Estado miembro en todos los demás, adquiriendo por ello singular importancia el certificado de filiación europeo que servirá para garantizar la portabilidad de la filiación en este espacio. Sin duda, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en los casos *Pancharevo* (as. C-490/20, 14.12.2021)⁷ y *Rzecznik* (as. C-2/21, 24.6.2022)⁸, ha servido como palanca para acelerar la presentación de este texto.

4. En la Propuesta, se justifica la necesidad de esta regulación refiriendo que “*se estima que unos 2 millones de hijos se enfrentan actualmente a una situación en la que su filiación determinada en un Estado miembro no se reconoce a todos los efectos en otro Estado miembro*”⁹. Apostillando luego que “*el*

¹ *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)* [DOUE L 178, de 2 de julio de 2019].

² BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

³ *Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* [DOUE L 7, de 10 de enero de 2009].

⁴ *Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo* [DOUE L 201, de 27 de julio de 2012].

⁵ DOUE L 200, de 26 de julio de 2016.

⁶ Bruselas, 7 de diciembre de 2022 COM(2022) 695 final. Vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 3 (abril-junio, 2023) Ensayos, pp. 171-200.

⁷ STJUE de 14 de diciembre de 2021, *V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*, C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008. Vid. N. GOÑI URRIZA, “El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE *Pancharevo* y al ATJUE *K.S.-S.V.D.*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Marzo 2023), Vol. 15, Nº 1, pp. 970-978; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad) (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C- 490/ Pancharevo”, *La Ley Unión Europea*, número 102, 2022; M. ILESIC, “Negativa del Estado miembro de origen de una de las dos madres a expedir un certificado de nacimiento de una menor por falta de información sobre la identidad de la madre biológica: TJ, Gran Sala, S 14 Dic. 2021. Asunto C-490/20: V.M.A. y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»”, *La Ley Unión Europea*, número 102, 2022.

⁸ ATJUE de 24 de junio de 2022, *Rzecznik*, C-2/21, ECLI:EU:C:2022:502.

⁹ Propuesta *cit.*, p. 2.

Derecho de la Unión ya exige a los Estados miembros que reconozcan la filiación del hijo determinada en otro Estado miembro a efectos de los derechos que le confiere el Derecho la Unión, en particular en virtud del Derecho de la Unión en materia de libre circulación, incluida la Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, lo que conlleva el derecho a la igualdad de trato y a la prohibición de obstaculizar asuntos como el reconocimiento del apellido. Sin embargo, el Derecho de la Unión aún no exige a los Estados miembros que reconozcan la filiación del hijo determinada en otro Estado miembro con otros fines. Esta falta de reconocimiento puede tener importantes consecuencias adversas para los hijos. Obstaculiza el ejercicio de sus derechos fundamentales en situaciones transfronterizas y puede dar lugar a la privación de los derechos que les confiere la filiación con arreglo al Derecho nacional”¹⁰.

5. Podríamos preguntarnos si esta justificación no podría valer también para el resto de cuestiones relacionadas con el estatuto personal (nombre, sexo, matrimonio), pues tampoco sobre ellas se ha legislado por el momento, pero parece que, si se quiere ser consecuente, también estas cuestiones deberían ser “portables”¹¹, puesto que todas ellas afectan al derecho a la identidad, a la no discriminación y a la vida privada y familiar, derechos todos ellos reconocidos tanto en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (arts. 8, 2 y 9, respectivamente), como en el Convenio europeo sobre Derechos fundamentales y libertades públicas de 1950 (arts. 14 y 8), así como en la Carta Europea de Derechos Fundamentales incorporada al derecho originario a través del Tratado de Lisboa de 2007 (arts. 7 y 21), y se amparan en el fin último de garantizar siempre y en todo caso el interés superior del niño.

6. Cierto es que entretanto esto llega, no es poca cosa comenzar con normas comunes en materia de filiación sustentadas en la *Estrategia de la Unión Europea sobre los Derechos del Niño*¹² y en la *Estrategia de la Unión Europea para la igualdad de las personas LGBTIQ*¹³, acogidas satisfactoriamente por el Parlamento Europeo en su *Resolución sobre la protección de los derechos del niño en los procedimientos civiles, administrativos y de familia*¹⁴ y en su *Resolución sobre los derechos LGBTIQ en la UE*¹⁵ y en las *Conclusiones del Consejo sobre la Estrategia de la UE sobre los derechos del niño*¹⁶. De hecho, buena parte de los problemas que han surgido se deben a que no en todos los Estados miembros se reconoce la posibilidad de formar una familia a las personas LGBTIQ, lo que genera inseguridad jurídica y siempre vulneración del interés superior del niño, el no reconocer la filiación determinada conforme a la legislación de un Estado miembro en cualquier otro al que tuviera que trasladarse.

7. No es tanto, como se sostiene en la Propuesta, que los Estados miembros tengan normas sustantivas diferentes sobre la determinación de la filiación en situaciones nacionales, sino que también existen diferencias en cuanto a las normas sobre competencia internacional y a las normas de conflicto de leyes para la determinación de la filiación en situaciones transfronterizas y sobre el reconocimiento de la filiación determinada en otro Estado miembro. En la Propuesta, la Comisión propone un texto que unifique las normas de competencia internacional y de Derecho aplicable, con el objeto de facilitar el reconocimiento en un Estado miembro de la filiación determinada en otro Estado miembro, proponiendo, como decía, la creación de un certificado de filiación europeo que los hijos o sus representantes legales puedan solicitar y utilizar como prueba de su filiación en otro Estado miembro¹⁷.

¹⁰ Propuesta *cit.*, p. 2.

¹¹ *Vid.* S. Pfeiff, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Études Bruylant, 2017.

¹² Bruselas, 24.3.2021 COM(2021) 142 final, accesible en [resource.html](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32021COM0142) (europa.eu), consultado el 11 de abril de 2023.

¹³ Bruselas, 12.11.2020 COM(2020) 698 final, accesible en [lgbtiq_strategy_2020-2025_en.pdf](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32020COM0698) (europa.eu), consultado el 11 de abril de 2023.

¹⁴ Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2022, sobre la protección de los derechos del niño en los procedimientos civiles, administrativos y de familia (2021/2060(INI)), accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0104_EN.html, consultado el 25 de abril de 2023.

¹⁵ Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de septiembre de 2021, sobre los derechos LGBTIQ en la UE (2021/2679(RSP)), accesible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0366_EN.html, consultado el 25 de abril de 2023.

¹⁶ Bruselas, 9.6.2022 (OR. fr) 10024/22 JAI 848 FREMP 123, accesible en [pdf](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022OR010024) (europa.eu), consultado el 25 de abril de 2023.

¹⁷ *Vid.* Artículo 1: “**Objeto.** El presente Reglamento establece normas comunes sobre competencia judicial y Derecho

8. Se aporta en la exposición de motivos de la Propuesta algún dato más de interés, que atiende a la disminución de los gastos y cargas asociados a los procedimientos administrativos y judiciales, habiéndose calculado que los costes económicos medios por caso de los procedimientos de reconocimiento disminuirían en un 71 %, y en un 90 % en el caso de las familias que actualmente se enfrentan a los problemas más graves relativos al reconocimiento de la filiación. También supondría, según la Propuesta, un ahorro significativo en términos de costes, tiempo y carga de trabajo para las autoridades públicas de los Estados miembros. Se calcula que los costes de los procedimientos de reconocimiento soportados por las autoridades públicas disminuirían en un 54 %. Esto es, la eficiencia económica de la Propuesta supondría un ahorro en costes tanto para las familias como para los Estados, pero desde luego, por encima de lo económico, está la garantía para los derechos de los niños de ver garantizada su identidad filial a través de las fronteras de los Estados miembros.

9. En este trabajo nos vamos a centrar fundamentalmente en el análisis de las normas de competencia judicial internacional que se proponen exponiendo la estructura por la que se ha optado, caracterizada, ya adelanto, por una amplia panoplia de foros; veremos cómo podrían afectar estas normas al régimen interno que ahora aplicamos en España y aludiremos a la relación que este texto podría tener con otro hipotético que pudiera salir de los trabajos iniciados en 2010 en la Conferencia de La Haya¹⁸.

10. Somos conscientes de que no serán las normas de competencia judicial internacional propuestas las que más se apliquen, puesto que el objetivo es fomentar la continuidad de las filiaciones ya determinadas, y las que deben determinarse por vía judicial no serán mayoritarias. La mayor parte se establecerá por ministerio de la ley o por reconocimiento de la paternidad. Pero son reglas importantes en tanto que, como indica el artículo 5 de la Propuesta, esta “no afectará a la cuestión de qué autoridades de cada Estado miembro tienen competencia en materia de filiación” y su importancia vendrá a través del certificado de filiación europeo, pues para garantizar el reconocimiento de la filiación, el certificado deberá expedirse en el Estado miembro en el que se haya determinado la filiación de conformidad con la ley aplicable y cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes en virtud de la Propuesta.

II. Ámbito de aplicación y conceptos

11. Con carácter previo al análisis de las normas sobre competencia internacional de autoridades, conviene detenerse brevemente en el ámbito de aplicación que se diseña en la Propuesta. Se especifica en su artículo 3 que este Reglamento se aplicará “en materia civil relativa a la filiación en situaciones transfronterizas”, sin que se defina, como suele ser habitual en el resto de Reglamentos de DIPr., el concepto de situaciones transfronterizas, aunque del contexto previo podemos deducir que se aplicará siempre que exista un elemento de extranjería en la relación de filiación, no necesariamente de carácter europeo, puesto que, como veremos, la amplitud de foros de competencia posibilita la aplicación de esta Propuesta más allá de lo que puede entenderse por filiación europea en sentido estricto. Repárese que también, como viene siendo habitual en los últimos Reglamentos de DIPr. europeo, se apuesta por su aplicación *erga omnes*, esto es, siempre que haya un criterio de competencia conforme al Reglamento, éste se aplicará, con independencia del domicilio y la nacionalidad de las partes.

12. En el segundo apartado del artículo 3 se matiza que no se aplicará a: a) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio o de una relación que la ley aplicable a dicha relación considere que tiene efectos comparables al mismo, como una unión registrada; b) cuestiones de responsabilidad parental; c) la capacidad jurídica de las personas físicas; d) la emancipación; e) las adopciones interna-

aplicable para la determinación de la filiación en un Estado miembro en situaciones transfronterizas; normas comunes para el reconocimiento o, en su caso, la aceptación en un Estado miembro de las resoluciones judiciales en materia de filiación dictadas en otro Estado miembro y de los documentos públicos relativos a la filiación formalizados o registrados en este; y crea un certificado de filiación europeo.”

¹⁸ Vid. HCCH | Filiation/Gestation pour autrui HCCH | Filiation/Gestation pour autrui, consultado el 11 de abril de 2023.

cionales; f) las obligaciones de alimentos; g) los fideicomisos y las sucesiones; h) la nacionalidad; i) los requisitos legales para la inscripción de la filiación en un registro de un Estado miembro y los efectos de la inscripción o de la no inscripción de la filiación en un registro de un Estado miembro.

13. Puede sorprender la exclusión relativa a la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio o de una relación que la ley aplicable a dicha relación considere que tiene efectos comparables al mismo, como una unión registrada, puesto que en puridad no es una cuestión que esté directamente relacionada con la filiación. Sin embargo, si tenemos en cuenta que en esta Propuesta late de fondo la idea de reconocer fundamentalmente a los hijos en muchos casos matrimoniales de las parejas LGBTIQ, se comprende esta alusión. La aclaración, aunque es pertinente en parte, quizás sobrara si en la UE hubiera el firme convencimiento de hacer valer la libre circulación de personas y familias en toda su extensión. Refiriéndose expresamente a esta cuestión lo que se indica es que lo importante es reconocer la filiación del niño, sin que deba ponerse el acento en si sus padres forman parte de una unión matrimonial o no, que sería, en el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo, discutida o puesta en cuestión en más de un Estado miembro todavía.

14. En cuanto a la exclusión de los requisitos legales para la inscripción de la filiación en un registro de un Estado miembro y los efectos de la inscripción o de la no inscripción de la filiación en un registro de un Estado miembro, la Propuesta indica que debe ser el Derecho del Estado miembro en que esté situado el Registro el que determine con arreglo a qué requisitos jurídicos y de qué manera se realiza la inscripción, así como qué autoridades son responsables de verificar que se reúnen todos los requisitos y que la documentación presentada es suficiente o contiene la información necesaria¹⁹.

15. Es interesante también la matización que este artículo introduce en su apartado tercero, indicado que “[e]l presente Reglamento no se aplicará al reconocimiento de las resoluciones judiciales que establecen la filiación dictadas en un tercer Estado ni al reconocimiento o, en su caso, a la aceptación de documentos públicos que establezcan o acrediten la filiación formalizados o registrados en un tercer Estado”. No sorprende, porque está también en la línea de lo ya hecho, pero quizás, si reparamos que lo que se pretende es la libre circulación de la filiación por todo el territorio de la Unión Europea, quizás este texto debiera ser más ambicioso, introduciendo fórmulas para garantizar en cualquier Estado miembro de la Unión Europea la filiación de un niño, con independencia del lugar en el que se hubiera producido. Y ello porque si hablamos de Derechos humanos, el contexto en el que la filiación se constata no debería ser el único argumento para garantizar su continuidad en el espacio.

16. En cuanto a los conceptos jurídicos utilizados, el artículo 4 introduce una serie de definiciones. Nos interesa ahora destacar la definición de filiación, determinación de la filiación, órgano jurisdiccional, resolución judicial y progenitor, aunque éste último no se define en el articulado del texto sino en el considerando 24.

En cuanto a la filiación, el apartado primero la define como “el vínculo de filiación entre el progenitor o la progenitora y el hijo o la hija establecido en la ley. Comprende el estatuto jurídico de ser el hijo o la hija de un progenitor o una progenitora o unos progenitores en concreto”. Más allá de lo prosaico de la definición, lo relevante es que el vínculo de filiación genera el *status filii*, que es a fin de cuentas lo que interesa reconocer. Precisa en el apartado tercero que la determinación de la filiación hace referencia a “la determinación conforme a Derecho de la relación jurídica entre el hijo o la hija y cada progenitor o progenitora, incluido la determinación de la filiación a raíz de una reclamación por la que se impugne una filiación ya determinada”.

Relevante es también la definición de órgano jurisdiccional, indicando el apartado cuarto que se entiende por tal “una autoridad de un Estado miembro que ejerce funciones judiciales en materia de filiación” y por resolución judicial, “cualquier resolución de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, incluidas en particular las sentencias, los autos y las providencias, relativa a cuestiones de filiación”.

¹⁹ Considerando 31.

17. El término progenitor debe entenderse, según proceda, en el sentido de que se refiere al “progenitor/a legal, al progenitor o a la progenitora intencional, a la persona que afirma ser progenitor/a o a la persona respecto de la cual el hijo/a reclaman la filiación”²⁰. Resulta llamativo que un concepto como este, tan importante en el punto de partida del Reglamento, no figure en el articulado, y vaya explícito en un considerando de la exposición de motivos. Quizás, para que no se entienda interpretable, y dado que el tema de la filiación intencional es uno de los que más cuestionamientos provocará, sería bueno añadir un nuevo numeral al artículo 4 y trasladar esta definición, que tiene total encaje en los objetivos del Reglamento, al articulado.

III. Normas de competencia judicial internacional

18. El objetivo último de unificar las normas de competencia judicial internacional en materia de filiación es contribuir a facilitar el reconocimiento de la filiación determinada en un Estado miembro en cualquier otro.

19. Entre los principios inspiradores de las normas de competencia internacional, además de facilitar el acceso a la justicia en estos procesos en todo el espacio de la Unión Europea, y evitar, en la medida de lo posible, procedimientos paralelos a través del mecanismo de la litispendencia (art. 14), figuran la seguridad jurídica y la previsibilidad, que contribuyen a reducir los costes jurídicos y las cargas para las familias, puesto que reducen la incertidumbre que puede conllevar siempre enfrentarse a un proceso con elemento extranjero.

20. Aunque, como hemos apuntado, los procesos judiciales en materia de filiación no son demasiado frecuentes, las normas de competencia internacional que se proponen también se utilizarán para determinar la autoridad competente para emitir el certificado europeo de filiación, tal y como lo especifica el artículo 48 de la Propuesta, teniendo en cuenta además, lo dispuesto en el artículo 5 en el que se aclara que la Propuesta no afectará a la cuestión de qué autoridades de cada Estado miembro tienen competencia en materia de filiación (órganos jurisdiccionales, autoridades administrativas, notarios, registradores u otras autoridades)²¹.

Artículo 48. Competencia para expedir el certificado

1. El certificado se expedirá en el Estado miembro en el que se haya determinado la filiación y cuyos órganos jurisdiccionales, tal como se definen en el artículo 4, punto 4, sean competentes en virtud del artículo 6, del artículo 7 o del artículo 9.

2. La autoridad expedidora del Estado miembro a que se refiere el apartado 1, comunicada a la Comisión en virtud del artículo 71, será:

- a) un órgano jurisdiccional tal como se define en el artículo 4, punto 4; u
- b) otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para conocer de los asuntos relativos a la filiación.

21. En el capítulo II de la Propuesta de Reglamento, en los artículos 6 a 15, se proponen una serie amplia de foros objetivos y plurales, basados en la proximidad, que se aplicarán, como explicaremos,

²⁰ Considerando 24.

²¹ Cuestión que se aclara en el considerando 79: “El certificado de filiación europeo debe expedirse en el Estado miembro en el que se determinó la filiación y cuyos órganos jurisdiccionales sean competentes en virtud del presente Reglamento. Debe corresponder a cada Estado miembro determinar en su legislación interna qué autoridades han de ser competentes para expedir el certificado de filiación europeo, ya sean órganos jurisdiccionales, ya sean otras autoridades con competencias en materia de filiación como, por ejemplo, autoridades administrativas, notarios o registradores. Los Estados miembros deben comunicar a la Comisión la información pertinente relativa a las autoridades facultadas en virtud de la legislación nacional a expedir el certificado de filiación europeo a fin de que se dé publicidad a esta información.”.

de manera escalonada. Se descarta la autonomía de la voluntad, puesto que se parte de la premisa de que la filiación no es una materia disponible para las partes, por ello tampoco está prevista la transferencia de la competencia, a diferencia de lo que sucede en el Reglamento (UE) 2019/1111²² (arts. 12 y 13). Son foros plurales porque ofrecen al demandante un sistema opcionalista para que pueda elegir el que más convenga a sus intereses.

Se distingue entre foros generales, de carácter alternativo (art. 6), para facilitar el acceso a la justicia en un Estado miembro; *forum presentiae* (art. 7); competencia residual (art. 8) y *forum necessitatis* (art. 9). Y se incorpora el derecho del menor a expresar su opinión²³ (art. 15).

1. Competencia general

Artículo 6. *En los asuntos relativos a la filiación, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:*

- a) de la residencia habitual del hijo o de la hija en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- b) de la nacionalidad del hijo o de la hija en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- c) de la residencia habitual del demandado en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- d) de la residencia habitual de cualquiera de los progenitores en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- e) de la nacionalidad de cualquiera de los progenitores en el momento en que se somete el asunto al órgano jurisdiccional, o*
- f) del nacimiento del hijo o de la hija.*

22. La amplitud de foros que ofrece el artículo 6, en cuanto regla general de competencia internacional, nos da idea de lo importante que es para el legislador europeo garantizar el acceso a la justicia en esta materia. Se trata de foros alternativos entre los que el demandante puede elegir: residencia habitual del hijo o de la hija, su nacionalidad, la residencia habitual del demandado, la residencia habitual de cualquiera de los progenitores, la nacionalidad de cualquiera de los progenitores o el nacimiento del hijo o de la hija.

23. Aunque no se define el concepto de residencia habitual, la jurisprudencia del TJUE ya ha aclarado que ésta se determina sobre la base de las circunstancias específicas de cada caso concreto y que se basa fundamentalmente en tres ejes: presencia física, continuidad e integración social y familiar²⁴.

24. Podemos convenir que se trata de foros razonables, basados en el principio de proximidad. Y de todos, quizás el del nacimiento del hijo o de la hija es el que más dudas de exorbitancia puede suscitar. Quizás sea un criterio de competencia que busca facilitar la expedición del certificado de filiación cuando, por ejemplo, debido a un caso de gestación por sustitución, el niño haya nacido coyunturalmente en ese Estado miembro y sea reconocido desde su nacimiento como hijo de los comitentes. La inscripción del nacimiento en el Registro civil de ese Estado facilitará la transcripción de la certificación registral en cualquier otro Estado miembro.

²² En concreto, en los artículos 12 y 13 Reglamento (UE) 2019/1111.

²³ En clara similitud con el artículo 21 Reglamento 2019/1111.

²⁴ *Vid.* Considerando 40 de la Propuesta de Reglamento y desarrollo en A. DURÁN AYAGO, “La competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental. La regla general (artículo 7)”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (dra.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 71 y ss.

2. Competencia basada en la presencia del hijo o de la hija

Artículo 7. *Cuando la competencia no pueda determinarse sobre la base del artículo 6, serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el hijo o la hija.*

25. Cuando la competencia no pueda establecerse sobre la base de uno de los criterios de atribución de competencia alternativos generales, pueden ser competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentre el hijo o la hija. Esta norma de competencia puede aplicarse, en particular, a los hijos refugiados y a los desplazados internacionalmente, si bien esta matización, presente en el considerando 42 de la Propuesta de Reglamento, surge de la analogía que este artículo tiene con el artículo 11 del Reglamento (UE) 2019/1111, aunque es cierto que en este último hay una referencia explícita a los menores refugiados y desplazados internacionales, ausente en el precepto que comentamos. Más allá de estos casos, no explícitos en el propio artículo, este foro puede no tener un alcance claro, si se tiene en cuenta que ya se contempla como foro general el lugar de nacimiento del niño. Y en todo caso parece un foro exorbitante. El Grupo de Marburgo propone directamente su supresión, introduciendo en el artículo 6 un foro que contemple la residencia del niño, sin necesidad de demostrar la habitualidad²⁵.

3. Competencia residual

Artículo 8. *Si de los artículos 6 o 7 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado miembro.*

26. Con la introducción de este foro de carácter residual, la Propuesta se separa, por ejemplo, del Reglamento (CE) 4/2009 sobre alimentos que ha optado por una competencia subsidiaria de cierre del sistema, unificando del todo la competencia en esta materia, y añadiendo un foro de necesidad para los casos en que no sea posible recurrir inicialmente, en función de los foros contemplados, a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro.

27. En este caso, de un lado se remite a las reglas internas de competencia judicial internacional del Estado miembro en que se haya presentado la acción y que no sean competentes conforme los artículos 6 o 7, y de otro, como veremos, se introduce un foro de necesidad.

28. En el caso español, los foros en esta materia se recogen en el artículo quáter d) de la Ley Orgánica del Poder Judicial: “*En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, 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, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda*”.

29. En este caso, y dado el carácter subsidiario del régimen interno de competencia judicial internacional, perviviría el foro de la nacionalidad española del demandante o el foro de su residencia habitual en España cuando el demandante no sea ni el hijo ni ningún progenitor. Podríamos pensar quizás en un abuelo²⁶.

²⁵ Grupo de Marburgo, “Comments on the Parenthood Proposal”, 10 de mayo de 2023, pp. 21 y ss. Accesible en <https://www.marburg-group.de/>.

²⁶ *Vid.* STS 1153/2022, de 31 de marzo de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:1153].

4. *Forum necessitatis*

Artículo 9. *Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la filiación si resultase imposible o no pudiese razonablemente incoarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha.*

El asunto deberá tener una vinculación suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que conozca de él.

30. Por último, con el fin de remediar situaciones de denegación de justicia, la presente Propuesta también prevé un *forum necessitatis* que permite a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el que un asunto tenga un vínculo suficiente pronunciarse sobre un asunto relativo a la filiación que esté estrechamente relacionado con un tercer Estado. Esto puede hacerse con carácter excepcional, como podría ser cuando un procedimiento resulte imposible en ese tercer Estado, por ejemplo debido a una guerra civil, o cuando no quepa esperar razonablemente que el hijo o la hija u otra parte interesada incoe un proceso en ese tercer Estado²⁷. Más allá de estos específicos casos en los que podría caber su aplicación, explícitamente referidos por el legislador europeo, considero que también podría ser aplicado como medida de protección y/o amparo para los hijos de parejas LGBTIQ de terceros Estados en los casos en los que no pueda ser reconocida la filiación en sus Estados más próximos. En este caso, el foro de necesidad podría convertirse en un refugio para aquellas familias que no pueden ver garantizada su existencia en el territorio de un tercer Estado.

31. Téngase en cuenta, por ejemplo, que tras la reciente *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGT-BI*²⁸ en nuestro país es posible acreditar la filiación a favor de una pareja de mujeres sin estar casadas entre sí, bastando el consentimiento de la pareja de la mujer que se ha sometido a las técnicas de producción asistida. En el caso de varones, esta debe venir bien por adopción o a través de gestación por sustitución, cuestión esta, como es sabido, de lo más controvertida. En cualquier caso, en este momento, España puede presumir de ser uno de los Estados de la Unión Europea más avanzados en el respeto a la diversidad de familiar.

5. Cuestiones incidentales

Artículo 10. 1. *Si el resultado de un proceso en una materia no perteneciente al ámbito de aplicación del presente Reglamento ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro depende de la determinación de una cuestión incidental relacionada con la filiación, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro podrán determinar dicha cuestión a efectos del mencionado proceso aun cuando dicho Estado miembro no sea competente en virtud del presente Reglamento.*

2. La determinación de una cuestión incidental según lo dispuesto en el apartado 1 solo surtirá efecto en el proceso en cuyo marco se haya efectuado.

32. Los alimentos y las sucesiones son las dos materias sobre las que podría plantearse con más frecuencia una cuestión incidental sobre la filiación. Este artículo posibilita que los tribunales competentes sobre la cuestión principal (alimentos/sucesiones) puedan conocer también de la filiación, aunque no dispongan de competencia judicial internacional conforme al Reglamento de filiación. Aunque, vista la amplitud de los foros en materia de filiación, no es muy probable que sea necesario recurrir a este precepto.

²⁷ Considerando 44 de la Propuesta.

²⁸ BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2023.

6. Derecho del menor a expresar su opinión

Artículo 15. 1. *En el ejercicio de su competencia conforme al presente Reglamento, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, darán a los menores que tengan capacidad para formarse sus propias opiniones la posibilidad real y efectiva de expresarlas libremente, bien directamente bien a través de un representante o un organismo apropiado.*

2. *Cuando el órgano jurisdiccional, de conformidad con la legislación y el procedimiento nacionales, dé al menor la oportunidad de expresar sus opiniones de acuerdo con el presente artículo, concederá la debida importancia a las opiniones del menor de acuerdo con su edad y madurez.*

33. En un claro paralelismo con el artículo 21 del Reglamento (UE) 2019/1111²⁹, este precepto establece, como principio básico en los procedimientos sobre la determinación de la filiación, el derecho que tienen los menores de dieciocho años que se vean inmersos en estos procedimientos y sean capaces de formarse su propia opinión, que se les ofrezca la posibilidad real y efectiva de expresar su opinión y a la hora de valorar el su interés superior, tener debidamente en cuenta dicha opinión. La cuestión de quién ha de oír al menor y la manera en que debe hacerlo no se regula en la Propuesta, sino que se remite a la legislación nacional de cada Estado miembro. Se matiza también que, aunque la audiencia del menor es un derecho de este, no debe constituir una obligación absoluta, sino que debe evaluarse teniendo en cuenta su interés superior³⁰.

34. Este artículo nos suscita dudas. Es difícil concretar la importancia que tiene escuchar al menor en procedimientos filiación. En estos casos, escuchar al menor incluso podría tener consecuencias negativas para él, pues se podrían generar expectativas que si se frustraran podrían terminar por causarle daño. Por otro lado, no se entiende que solo se recoja este derecho para los menores y no genéricamente para cualquier hijo.

En los procedimientos de responsabilidad parental, está perfectamente justificado la introducción de este derecho, aunque luego se haya hecho de una forma más formal que real, puesto que su desarrollo y puesta en práctica, incluido el alcance y ejecución depende de la legislación del Estado miembro en que se esté tramitando el procedimiento. Pero en los casos de filiación genera dudas acerca de la operatividad real del mismo. El Grupo de Marburgo propone directamente su supresión³¹.

IV. Relación con futuro instrumento de Conferencia de La Haya

35. Aunque se trata de hablar de realidades que aún distan de cristalizar, es claro que si finalmente ambos textos salen adelante, deberá establecerse un sistema de compatibilidad similar al establecido entre Reglamento (UE) 2019/1111 y el CH 1996, basado en una cláusula de prioridad en el Reglamento (art. 97) y una de desconexión en el Convenio (art. 52).

Habría que madurar si el criterio de prioridad debe ser la residencia habitual del niño en un Estado miembro, dado que en la Propuesta los criterios generales de competencia son mucho más amplios. Dejamos aquí solo esbozado el planteamiento sobre el que seguiremos reflexionando una vez ambos textos sean una realidad. De lo que no cabe duda es de que ambos son necesarios.

²⁹ Vid. A. DURÁN AYAGO, “El derecho del menor a expresar sus opiniones”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (dra.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111...*, op. cit., pp. 153 y ss.

³⁰ Considerando 49.

³¹ Grupo de Marburgo, “Comments on the Parenthood Proposal”, loc. cit. p. 27 y ss.