

LA FILIACIÓN INTERNACIONAL A EXAMEN POR EL
TRIBUNAL SUPREMO. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS
TS 223 Y 224 DE 17 DE ABRIL DE 2018

INTERNATIONAL DECLARATION OF PARENTAGE BEFORE
THE SUPREME COURT. SUPREME COURT CASE LAW N° 223
AND 224, 17TH APRIL 2018

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER
Catedrática de Derecho internacional privado
UNED

Recibido: 13.03.2019 / Aceptado: 11.04.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4982>

Resumen: Dos Sentencias del TS de 2018 abordan el problema de la sucesión de normas de competencia judicial y norma de conflicto en procesos de filiación. En atención a los valores que presiden la materia se decantan soluciones ad hoc sin proclamarla aplicación retroactiva de las nuevas normas en la materia.

Palabras clave: filiación, competencia judicial internacional, ley aplicable, elemento temporal de las normas de conflicto, valores y objetivos en presencia, otras cuestiones.

Abstract: In two cases Spanish Supreme Court goes through the question of temporary application of new rules on jurisdiction and applicable law in ascertainment filiation actions. Taking into account interest and values on filiation actions finally establishes ad hoc solutions in each case avoiding a formal declaration on it's retroactive consequences.

Keywords: filiation, international jurisdiction, applicable law, time element in conflict of law rules, values and objectives, other questions.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos y desarrollo judicial. III. Sobre la aplicación temporal del art. 22 *quater* LOPJ. IV. Sucesión de norma de conflicto: el art. 9.4 CC. 1. Argumentos. 2. Valoración. V. Sobre la admisión del recurso de casación por infracción de ley extranjera. VI. Otros elementos para la comprensión del nuevo sistema de Derecho internacional privado en materia de filiación.

I. Introducción

1. A ningún jurista se le escapará la trascendencia de las disposiciones transitorias en tiempos de cambios legislativos. La aplicación en el tiempo de las normas de Derecho internacional privado puede adquirir gran relieve. Más aún si sobre la materia planea una fuerte carga valorativa como ocurre con las acciones de estado y muy especialmente en las acciones de filiación en las que tiene lugar una confluencia de intereses públicos y privados. Es éste un hecho condicionante de la propia vida personal del individuo y determinante de la posición como persona en una sociedad.

2. En los supuestos internacionales –caracterizados por la vinculación de la persona cuya filiación se cuestiona con dos o más ordenamientos– la sucesión de normas en esta materia puede tener consecuencias enormes. Condiciona el propio ejercicio del derecho de acceso a la justicia según que los órganos judiciales españoles resulten ser o no competentes. Complica la cuestión de la determinación de la ley aplicable y por tanto el establecimiento de la verdad biológica, un derecho constitucionalmente reconocido *ex art. 39.2 CE*, dada la disparidad e incluso contradicción normativa de un sistema jurídico a otro: cabe que el ordenamiento designado permita la impugnación o en su caso la determinación, o en cambio se impida la acción de filiación. De modo que no es irrelevante que el asunto se suscite ante los tribunales españoles y de admitirse la demanda y aplicado el art. 9.4 CC quede sujeto a la ley de un ordenamiento estatal u otro. Estos son los dos problemas centrales cuya regulación precisamente ha experimentado cambios en las sucesivas reformas legislativas: sucesión de las normas determinantes de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles¹ y hasta tres reformas que han afectado a la norma de conflicto en la materia (art. 9.4 CC)². Es, excepcionalmente uno de los sectores de problemas sobre los que no inciden normas convencionales o europeas.

3. Las dos Sentencias del Tribunal Supremo 223/2018³ y 224/2018⁴ ambas de 17 de abril 2018 (ponente: M.A Parra Lucan) objeto de este comentario son exponente del buen hacer de tantos jueces interesados en afrontar la complejidad consustancial a las situaciones privadas de tráfico externo, que se acentúa cuando se trata de la determinación de la filiación y los mecanismos de regulación no son del todo satisfactorios. Relatados sumariamente los hechos (II), veremos cómo se plantean, en primer término, el problema de la sucesión de las normas de competencia judicial internacional así como del art. 9.4 CC para la determinación del derecho aplicable en relación con acciones de filiación planteadas con anterioridad a la entrada en vigor de las nuevas normas (III y IV); en segundo lugar, se afianza la admisibilidad del recurso de casación por infracción del derecho extranjero (V), y finalmente, por el camino se despejan otras cuestiones no menos relevantes sobre el régimen jurídico de las acciones de filiación en los supuestos con elemento extranjero (VI).

II. Hechos y desarrollo judicial.

4. En la STS 223/2018 (en adelante, *caso suizo*) el TS se pronuncia sobre una acción de impugnación de una filiación matrimonial y reclamación de filiación paterna no matrimonial (acción mixta), por demandante español, respecto de un supuesto hijo menor de edad, con residencia habitual en Suiza, pero de nacionalidad española. La parte demandada –la madre en representación del hijo menor– alega, en primer término, la incompetencia de los tribunales españoles sustentada en la sola nacionalidad del demandante español y residente en España, en favor de los tribunales suizos por tener allí los demandados –y el menor cuya filiación es objeto de impugnación– su residencia habitual. En segundo lugar, exige la aplicación de la ley suiza al coincidir con la residencia habitual del presunto hijo (art. 9.4 CC en la redacción de 2015), a sabiendas de que en el derecho suizo el derecho a la acción del presunto padre estaba prescrito por haber transcurrido un año desde el nacimiento del menor. Habiendo sido presentada la demanda en marzo de 2013, en 1ª Instancia el demandante solicitaba la impugnación de la filiación matrimonial del menor, establecida e inscrita respecto de otro padre y la afirmación de su paternidad no matrimonial, cuestión que admitió el J1ª Instancia de Tarragona; aplicó el nuevo 9.4 CC y como la residencia habitual del menor cristalizaba en Suiza, descartó dicha ley en la que la acción estaba prescrita, para aplicar subsidiariamente la ley española correspondiente a una de sus dos nacionalidades. Dicha sentencia fue recurrida por la madre biológica ante la AP de Tarragona desestimándose el recurso. No

¹ LOPJ 2005 (art. 22.2) modificada por LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE de 22 de julio 2015 (art. 22. *quater*, apart. d).

² La última por Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia (BOE de 29 de julio de 2015) en su artículo segundo.

³ ECLI:ES:TS: 2018: 1281

⁴ ECLI:ES:TS: 2018:1282

obstante, la AP modificó el criterio para llegar a la misma conclusión: aplicó el art. 9.4 CC (1996) vigente al inicio del litigio, por el que la ley aplicable era la ley nacional y subsidiariamente la residencia habitual del menor; como la nacionalidad española la ostentaba por ser hijo de españoles, la AP aplica la ley española. Dicha sentencia desestimatoria fue recurrida ante el TS por la madre, fundándose en la localización de la situación en su conjunto bajo el ámbito de la jurisdicción y la legislación suiza. De ahí el recurso ante el TS por infracción procesal de las normas sobre jurisdicción y competencia (motivo 1º), infracción del artículo 24 CE (motivo 2º), y en casación por inaplicación de la ley suiza (motivo 3º) e infracción e inaplicación de los artículos 9.1 y 9.4 CC, así como de Convenio CIEC relativo a la ley aplicable al nombre y a los apellidos, hecho en Múnich, el 5 de septiembre de 1980 (motivo 4º). En el TS la cuestión central relativa a la aplicación de la ley española o la ley suiza se resuelve por la ley suiza, estimando la designación que resulta de la aplicación del nuevo art. 9.4 CC.

5. En la STS 224/201(en adelante, *caso francés*) la demanda de reclamación de filiación no matrimonial es interpuesta por un hijo, de nacionalidad francesa y residente en España, solicitando la afirmación de la filiación respecto del presunto padre, nacional español y ya fallecido, contra sus presuntos hermanos todos ellos de nacionalidad española, opuestos a la práctica de las pruebas biológicas. El demandante ostentaba la nacionalidad francesa y declaraba ser residente en España desde hacía 45 años. La demanda fue presentada en 1ª instancia en abril de 2013, resolviendo favorablemente por sentencia de 22 de febrero de 2016 en aplicación del nuevo artículo 9.4 CC. Interpuesto el recurso de apelación por los herederos ante la AP Barcelona, fue desestimado confirmando la sentencia de instancia, aunque por razones diferentes. La AP entendió que no era de aplicación el nuevo art. 9.4 CC pues la demanda había sido interpuesta con anterioridad a su entrada en vigor. Pero dado que el actor ostentaba además de la francesa la nacionalidad española por naturaleza “aunque el Estado español no haya tenido hasta ahora ocasión de reconocerlo, pues es nacido de padre español... determinada la filiación por esta sentencia tiene derecho a optar”. Esto es, procede a una aplicación anticipada –o “conexión anticipada” en expresión de la AP– de la nacionalidad española⁵. En el Supremo la Magistrada descarta con buen criterio que el supuesto caiga bajo el ámbito del art. 9.1 CC dado que la determinación de la filiación se ubica en una regla especial en sede del art. 9.4 del mismo cuerpo legal, que suscita, también en este caso una cuestión de si es admisible o no la aplicación del nuevo art. 9.4 habida cuenta que el proceso ya estaba iniciado en instancia cuando entro en vigor la nueva norma. Concluye en el mismo resultado que la AP –aplicación de la ley de la residencia habitual y por consiguiente de la ley española–, si bien discrepa en cuanto al argumento central de aquella: no hay que proceder a una aplicación anticipada de la nacionalidad española si no que se emplea en justificar la aplicación de la nueva norma por razones imperativas.

6. En suma, en ambos supuestos 1º) se trataba de la aplicación del art. 9.4 CC en su nueva redacción a procesos pendientes en instancia; 2º) el derecho al ejercicio de la acción de filiación estaba prescrito en la ley que hubiera sido “normalmente” competente; 3º) se procede a una aplicación retroactiva del nuevo art. 9.4 CC; 4º) solo se separan en el resultado finalmente alcanzado: mientras en uno prospera la pretensión del demandante y queda establecida su filiación por aplicación de la ley española por ser la ley de la residencia habitual del presunto hijo en el momento de establecimiento de la filiación (*caso francés*), en el otro la designación de la ley de la residencia habitual (extranjera) impide que prospere la acción de impugnación de la filiación matrimonial y correlativamente la afirmación de la nueva filiación (*caso suizo*).

III. Sobre la aplicación temporal del art. 22 *quater* LOPJ 2015

7. En la STS 223/2018 (*caso suizo*), uno de los motivos esgrimidos por los demandados desde la 1ª instancia, es la falta de competencia de los tribunales españoles, al sustentarse únicamente en la nacionalidad del demandante conforme al antiguo art. 22.3 LOPJ. Es motivo de recurso al TS por infracción

⁵ Siguiendo en este punto una solución análoga del TS en Sentencia 289/2000, 22 de marzo 2000. Asimismo en otro caso SAP Avila, de 4 de mayo 1995 (cf. *REDI*, 1996,1, p. 359).

procesal, que se inadmite desde el entendimiento, por una parte, que el supuesto debe resolverse conforme a la “antigua” norma de competencia judicial internacional dado que la demanda se interpuso en 2013 y la “nueva” LOPJ, en vigor desde 2015, parte del principio de la irretroactividad de la ley⁶. De modo que los procedimientos iniciados al amparo de la legislación anterior quedan sujetos a lo dispuesto en la legislación anterior coincidente con aquella conforme a la que se inició el litigio. La presencia de una disposición transitoria impidiendo la aplicación retroactiva de la LOPJ en su redacción de 2015, evita el problema.

IV. Sucesión de norma de conflicto: el art. 9.4 CC

8. En los dos recursos el TS resuelve en favor de una aplicación –retroactiva– del nuevo art. 9.4 CC aunque curiosamente no lo mencione; sólo se refiere a una *aplicación inmediata* de la nueva regulación⁷. Recuérdese que en ambos casos la divergencia estriba en que el plazo para el ejercicio de la acción estaba prescrito en las legislaciones extranjeras y no así en la legislación española en la que dichas acciones son imprescriptibles (art. 132 CC, con matizaciones). Este verdadero conflicto de leyes se resuelve aplicando la nueva regla conflictual –designada por la *ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación*– justificado por la naturaleza materialmente orientada del art. 9.4 CC.

9. Debe recordarse que las sucesivas reformas en materia de filiación estuvieron orientadas, en un primer momento, a la adecuación del art. 9.4 CC al principio de igualdad superado el modelo de familia patriarcal, al tiempo que a hacer real y efectivo el principio de la verdad biológica derivado del mandato constitucional (art. 39.2 CE); este último desarrollado legalmente en un primer momento en el Código civil a través de unas normas generales (arts. 127-129)⁸, luego derogadas y alojado el núcleo central en el art. 767.2 LEC1/2000⁹. Desde la gran reforma por Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *por la que se modifican determinados artículos del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción*¹⁰, el art. 9.4 CC retuvo la ley personal del hijo como conexión única en esta materia. El supuesto de la norma comprendía distintas cuestiones –“*el carácter y contenido de la filiación...*”–, pero en lo relativo a las acciones de filiación pese a la adecuación de la conexión al valor material –la prevalencia del establecimiento de la verdad biológica en interés del hijo¹¹–, casi diez años después se toma conciencia de la insuficiencia de la norma de conflicto en atención a lograr el objetivo indicado. De ahí que por Ley 1/1996, de 15 de enero, *de Protección jurídica del Menor, de modificación parcial del Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil*¹², la Disposición final primera modificaba de nuevo el art. 9.4 CC añadiendo una segunda conexión: “...*se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo*”. Dos conexiones jerarquizadas en función de la obtención del resultado material facilitaban la realización del valor subyacente, lo que

⁶ Ley 7/2015, 21 de julio, por la que se modifica la LOPJ 1985, Disposición transitoria primera: “1. Los procedimientos que se rijan por normas de competencia judicial internacional en el orden civil iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley, *continuarán sustanciándose conforme a las normas que regían a la fecha de su incoación*”.

⁷ STS 223 (F 5), STS 224 (F4)

⁸ Ley 11/1981, de 13 de mayo, *de modificación de la filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, quizás la más profunda y de mayor repercusión social por ser la primera. En materia de filiación tuvo por objeto prioritaria la adaptación de las normas del Cc vigente al principio constitucional de igualdad entre los hijos. Fue esta Ley 11/ 1981, la que dio un giro radical en esta materia por el mandato constitucional del art. 39.2 CE, pues hasta entonces imperaba el modelo napoleónico de prevalencia de la paz familiar sobre el establecimiento de la verdad biológica. *Vid.* L.DÍEZ PICAZO/ A.GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, IV, t. I *Derecho de familia*, 11 ed. Tecnos, Madrid, 2012.

⁹ LEC art.767 “1. *En ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde.* 2. *En los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas...*”.

¹⁰ BOE 17 de noviembre 1987

¹¹ *Cf.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, . “Art. 9.4”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, vol. I. p. 86; un principio revolucionario con respecto al Derecho anterior (*cf.* C. LASARTE, *Compendio de Derecho de Familia*, 7ª ed. Dickinson, UNED, 2017, p. 235).

¹² BOE 17 de enero 1996

permitía caracterizarla como una norma de conflicto materialmente orientada¹³. Finalmente, las carencias de aquella redacción en atención al objetivo perseguido, han provocado de nuevo otra redacción del art. 9.4 CC por Ley 26/2015, de 28 de julio, de *modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia*¹⁴. El rasgo más sobresaliente es la introducción de la residencia habitual de la persona cuya filiación se cuestiona como conexión principal, pasando la nacionalidad a ser la conexión subsidiaria y por último la ley española como conexión de cierre¹⁵. De modo que se amplían a tres las conexiones a partir de las cuales y en un orden jerarquizado debe alcanzarse el establecimiento de la verdad biológica en interés del hijo.

10. El valor retenido por la norma de conflicto cristaliza en el establecimiento de la verdad biológica –art. 39.2, inciso último de la CE– conjugado con el *favor filii*¹⁶. La presencia de menores en estas acciones comporta que el *interés de menor* deba identificarse por instituciones¹⁷, coincidiendo también en estas acciones con el *establecimiento de la verdad biológica*¹⁸. Una materia en la que confluyen un interés social y de orden público dominante¹⁹ además de un derecho fundamental del hijo, cuyo ejercicio, no obstante, está sujeto a las restricciones previstas por ley; en particular, a las contempladas por el art. 767.2 LEC (antes arts. 127-128 CC). Como en toda norma de conflicto materialmente orientada su aplicación presupone que el intérprete explore la solución material a que conducen las conexiones al igual que si se tratara de una norma con conexiones alternativas²⁰. Significa que sólo se aplicará la ley que permita el establecimiento de la filiación y, de lo contrario se ha de pasar a la designada por la siguiente conexión²¹

1. Argumentación

11. Debe destacarse que la Ley 26/2015, de 28 de julio, de *modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia*, por la que se modifica el art. 9.4 CC, carece de disposiciones transitorias. Es un aspecto en el que coincide con la Ley de reforma del Título preliminar del Código civil de 1974 –donde se alojan algunas de las normas de conflicto– en la que también faltó una disposición que ordenara la cuestión de los efectos de las nuevas normas a las situaciones creadas con anterioridad²². En una lógica formal el régimen transitorio vendría determinado por la regla subsidiaria general del sistema, el principio de irretroactividad de las leyes (*ex.art. 2 CC*)²³, de tal modo que la nueva norma

¹³ Así lo entendí en *El derecho a la investigación de la paternidad en el proceso con elemento extranjero*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1996, pp. 22-23.

¹⁴ Sobre la nueva regulación conflictual *vid.* M.D. ADAM MUÑOZ, “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, (octubre 2016), vol. 8, nº2, pp. 34-54; A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 9.4”, *Las modificaciones del Código Civil del año 2015*, (dir. R.BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.23-64; J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, 2016, 2, pp. 157-182; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural. El artículo 9.4 del Código civil y el triunfo de la residencia habitual del hijo”, *CDT*, (2018), vol. 9, nº 1, pp. 592-600.

¹⁵ Art. 9.4 CC vigente: “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 y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española.”

¹⁶ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS *ibid.*

¹⁷ Cf. E. ROCA I TRIAS, “Contestación al Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña”, de la Dra. BORRÁS RODRÍGUEZ, 23 de noviembre 1993, p. 69.

¹⁸ Cf. GUZMÁN ZAPATER, *El derecho a la investigación de la paternidad ...cit.* pp. 30-31 y referencias.

¹⁹ Cf. J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación...” *cit.* p. 158.

²⁰ Cf. A. VON OVERBECK, “L’interet de l’enfant et l’évolution du droit international de la filiation”, *Liber amicorum A.F. Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380.

²¹ Cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ “Artículo 9.4”, *cit.* p. 38.

²² *Vid.* J.C.FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el derecho intertemporal”, *Hacia un nuevo orden internacional. Homenaje al profesor Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1349-1373, espec. pp. 1364-1365.

²³ Cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 18 ed. 2018, p. 254, citando doctrina a favor; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado...” *cit.* espec. p. 1357 citando doctrina a favor.

de conflicto no podría aplicarse retroactivamente a una situación que se ha generado y sustanciado procesalmente (año 2013) con arreglo a la norma de conflicto anterior (1996). No opina así la Magistrada TS. Partiendo de la relación de filiación como una situación duradera o “que no ha agotado sus efectos en el hecho del nacimiento”, se sigue que “la aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor no le atribuye efecto retroactivo” *per se* sino que al no agotar sus efectos “resulta razonable que la ley nueva se aplique *de manera inmediata* no solo al contenido de la filiación sino a su propia existencia”... Y añade “parece razonable que la nueva ley sería aplicable desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia”²⁴. En el *caso suizo* como justificación adicional se añade “por razones de seguridad jurídica y en aras de evitar una aplicación sorpresiva de un derecho que pudiera resultar imprevisible para alguna de las partes, siendo evidente que la conexión con la ley suiza guarda un estrecho vínculo con el caso litigioso y no podría resultar imprevisible para el demandante”²⁵.

2. Valoración

12. Habida cuenta de las analogías que presentan y que ambas sentencias se dictan el mismo día y coincidiendo el ponente, posee interés indagar un poco más para aislar cual haya podido ser el elemento determinante de una diferencia tan relevante en cuanto al resultado final.

13. 1º) Sorprende, en primer término, la ausencia de una disposición transitoria en el marco de la Ley 26/2015. Su ausencia se hace más llamativa en una materia tan relevante para el estado civil; únicamente se prevé la continuación de la tramitación de los expedientes de adopción internacional ya iniciados conforme a la legislación vigente en el momento del inicio del expediente²⁶.

En los dos casos el TS se decanta abiertamente por una aplicación de la nueva norma de conflicto para acciones que ya estaban judicializadas. Cabe preguntarse si no es una interpretación *contra legem*, faltando además cualquier alusión a la regla general subsidiaria en la materia, cual es, el principio de la irretroactividad de las leyes (art. 2.3 CC²⁷, cuerpo legal en el que precisamente se inserta la norma afectada por la inconcreción del criterio temporal. El principio de irretroactividad ha presidido además algunos de los antecedentes legislativos en esta materia, hoy derogados. Me refiero 1º) a la Disposición transitoria primera de la Ley 21/1987, en relación con los expedientes de adopción pendientes ante los tribunales²⁸, que presenta analogías con las acciones de filiación aunque solo sea porque son acciones de estado orientadas al establecimiento de una relación de filiación. 2º) En el mismo sentido la Disposición transitoria única de la Ley 1/1996 optaba por la irretroactividad²⁹. Es más, en cuanto a la determinación de la competencia judicial internacional de nuestros tribunales además de una regla transitoria que impide la aplicación retroactiva a los procesos ya iniciados, la propia regla de atribución de la competencia judicial internacional cifra en el momento de la interposición de la demanda el momento a retener para dar por cristalizado el primer criterio de atribución de la competencia (art. 22. *quitar d*) LOPJ³⁰.

²⁴ STS 223/2018 FJ 5; STS 224/2018 FJ 6.

²⁵ STS 223/2018 FJ 5

²⁶ Disposición Transitoria tercera, Ley 26/2015

²⁷ Regla que se introduce precisamente para contrarrestar las injusticias derivadas de la aplicación retroactiva por leyes y por decisiones judiciales, y por tanto, corolario de la seguridad jurídica (cf. CASTRO y BRAVO, F. *Derecho civil de España*, Madrid, 1984 (reimp), pp. 635-636). Solución que parece ligada al fenómeno *codificador* hoy superado y responde a sus objetivos de base: estabilidad y seguridad jurídica (cf. .C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Sucesión de normas y Derecho internacional privado...”, *cit.* p. 1356) Para los supuestos de sucesión de normas de conflicto es la solución propugnada con carácter subsidiario por A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ *Derecho internacional privado*, vol. I. 18 ed. Comares, Granada, 2018, p. 254, citando numerosa jurisprudencia a favor; en el mismo sentido Cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS “Sucesión de normas...”, *cit.* p. 1357.

²⁸ Disposición Transitoria primera Ley 21/1987: “En los expedientes de adopción plena pendientes ante los Tribunales a la entrada en vigor de esta Ley regirá en todo, la legislación anterior, a menos que los solicitantes interesen la aplicación de La nueva Ley”.

²⁹ Disposición Transitoria única, Ley 1/1996: “Los procedimientos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior”.

³⁰ En la nueva norma de conflicto para evitar el conflicto móvil se aísla el momento a retener la nacionalidad y la residencia

14. De donde cabría inferir que la solución legal era la irretroactividad y visto así no se comprende bien la razón por la que una nueva norma de conflicto se aplica a una situación creada con anterioridad y *sub iudice*. Todo apunta a que era ésta la solución previsible y por tanto la más acorde con las expectativas de las partes. En cambio, en las sentencias objeto de este análisis no se vio así, como se pone de manifiesto en el *caso francés*, en la que se apunta otro argumento curioso para sostener la aplicabilidad del nuevo art. 9.4 CC: al suponer que el demandante, de haber ignorado el carácter transitorio de la ley, habría tenido la posibilidad de desistir en instancia para promover un nuevo juicio y que el asunto se resolviera con arreglo a la nueva ley³¹.

15. 2º) Más sorprendente resulta que el TS no manifieste estar procediendo a una aplicación retroactiva del art. 9.4 CC, es más, lo rechaza. Entiende que “la aplicación de la nueva ley a los casos todavía no resueltos en el momento de su entrada en vigor *no le atribuye un efecto retroactivo*, dado que el hecho del nacimiento, que es el que determina la filiación, no ha agotado sus efectos...”³².

Esta conclusión parece construida sobre un argumento artificioso. Que la filiación *no ha agotado sus efectos* es al menos cuestionable cuando precisamente la acción va dirigida a impugnar una filiación ya establecida; o lo que es igual, lo que está en tela de juicio es una determinada filiación biológica que se pretende “poner en cuestión” a través de la acción procesal³³. Este argumento permite conectar el establecimiento de la filiación con la posibilidad de una aplicación retroactiva de la nueva norma, con el límite de los derechos eventualmente adquiridos conforme a la norma de conflicto anterior. Y añade que “resulta razonable que la nueva ley se aplique *de manera inmediata* no solo al contenido de la filiación sino a su propia *existencia*... desde su entrada en vigor a todas las acciones judiciales que estuvieran pendientes en primera instancia”³⁴. A mi entender, bien se inspira en la Ley 11/1981 de 13 de mayo, cuya Disposición transitoria poseía una retroactividad plena para hacer efectivo el principio de igualdad de los hijos ante la ley³⁵; bien se inspira en las reglas generales transitorias previstas en la Ley Federal suiza de 18 de diciembre de 1987, sobre el Derecho internacional privado³⁶, siendo en ésta la irretroactividad la regla general (art. 183.1), en tanto que para los hechos y actos duraderos en el tiempo se permite una aplicación segmentada³⁷. En conjunto, una solución técnica impecable, tal vez excesivamente general, aunque proyectada sobre los presentes casos tiene el inconveniente de su falta de correspondencia con las soluciones legalmente vigentes en nuestro sistema, como se ha indicado.

16. 3º) Por eso creo que la razón del juzgador hay que buscarla en el peso de los valores que gravitan en esta materia de la determinación de la filiación. Se opta por introducir una solución basada en la retroactividad en orden a la aplicación de las disposiciones más favorables al hijo (*caso suizo*) y a asegurar la aplicación de la ley española (*caso francés*). Así se deduce al afirmar que “...Resulta razonable que la ley nueva *se aplique de manera inmediata* no solo al contenido de la filiación sino a su

habitual: “en el momento de establecer la filiación”, que tratándose de acciones encaminadas a establecer una nueva filiación debiera coincidir con el momento de la interposición de la demanda (cf. I. LORENTE MARTÍNEZ, “Filiación natural. El artículo 9.4 del Código civil ...”, *cit.* p. 596).

³¹ STS 224/2018, F 6º

³² STS 223/2018, FJ 5 3º; y STS 224/2018 FJ 6

³³ Si la demanda hubiera tenido por objeto una cuestión relativa al contenido de la filiación (derechos de guarda, visita, nombre o sucesiones) propugnar una aplicación retroactiva sobre la premisa de que la filiación “no agota sus efectos” se entendería mejor: una relación establecida y duradera en el tiempo se somete al cambio normativo y a la nueva ley. Pero en este supuesto de impugnación no parece posible lo que se ha dado en llamar una “segmentación” de los efectos producidos por una misma situación jurídica (cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol I. 18 ed., Comares, Granada, 2018, p. 254).

³⁴ SSTS 223/FJ 5 y 224/2018 FJ 6

³⁵ Disposición transitoria primera: “*la filiación de las personas, así como los efectos que haya de producir a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se regirán por ella con independencia de la fecha del nacimiento y del momento en que la filiación haya quedado legalmente determinada*”

³⁶ Cf. en REDI, 1988 (2)

³⁷ Así, conforme al art. 183.2 de la Ley suiza DIPr “*los hechos y actos que nacieron en el pasado pero continúan desplegando efectos jurídicos, son regulados por el antiguo derecho para el periodo anterior a la entrada en vigor de la nueva ley. A partir de la entrada en vigor de la presente ley, estos efectos se regulan por las nuevas disposiciones*”.

propia existencia, de modo que el hecho de que la demanda se interpusiera con anterioridad, no impide al juez aplicar la ley nueva, salvo que ello comportara la pérdida de algún derecho adquirido conforme a la norma de conflicto anterior³⁸. Ese *mandato de aplicación inmediata* tiene resonancias o evoca el periodo en que recién promulgada la CE de 1978 se propugnó la interpretación y aplicación inmediata de la Constitución española por las más altas instancias cuando aún no había tenido lugar la adecuación de la normativa en vigor a los nuevos presupuestos constitucionales³⁹.

17. La explicación hay que buscarla en las consideraciones de orden material subyacentes en cada caso concreto. En realidad lo que se suscitaba ante el Tribunal Supremo era una cuestión de interpretación con amplio margen para la intervención judicial ante la ausencia de una disposición transitoria, insisto⁴⁰. Es muy probable o cabe deducir que cuando el juzgador vio en el nuevo art. 9.4 “...una norma materialmente orientada...que contiene una carga valorativa material que justifica su aplicación inmediata...”⁴¹, implícitamente rechazaba que el antiguo art. 9.4 CC respondiera igualmente a la estructura y finalidad de una norma de conflicto materialmente orientada. Esto es, resuelve presuponiendo la *inadecuación* del antiguo art. 9.4 CC normalmente aplicable a los procesos iniciados con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo art. 9.4 CC. Y es en ese punto donde se halla la debilidad de estas dos sentencias: el valor informador –ie establecimiento de la verdad biológica en interés del hijo– no es nuevo. Sin duda la estructura de la norma de conflicto vigente desde 1996, con dos conexiones subsidiarias permitía caracterizarla como norma de conflicto materialmente orientada⁴² –cuando a la conexión “ley personal del hijo” se agregó “...y si no pudiera determinarse ésta... la ley de la residencia habitual”⁴³–. Una interpretación gramatical llevaba a sostener que sólo si no podía concretarse la nacionalidad se acudiría a la ley de la residencia habitual. Pero el recurso a la ley de la residencia habitual también estaba justificado si la ley personal del hijo no permitía por su contenido la realización del valor “establecimiento de la verdad biológica”. Esa era la función de aquella norma de conflicto asimismo materialmente orientada⁴⁴. Si bien la alteración del orden de las conexiones –primero la ley de la residencia habitual y subsidiariamente la ley nacional⁴⁵ y la introducción de un criterio de cierre en favor de la ley española –particularmente generosa en lo relativo a la investigación de la filiación– mejoran la técnica de reglamentación y se facilita la realización de los valores en presencia. Por eso casi resulta inevitable cuestionar si realmente, en particular en el caso francés, era necesaria la aplicación retroactiva de la nueva norma de conflicto, o si habría bastado la aplicación del art. 9.4 CC (1996) descartando la ley personal del hijo que conducía a ley extranjera restrictiva (*caso francés*) y subsidiariamente la ley de la

³⁸ STS 223/2918, FJ 5º 3; y STS 224/2018 FJ 6

³⁹ Así por ejemplo, en la importante STC de 20 diciembre de 1982, Ponente: Tomás y Valiente, (*BJC*, num. 2, pp. 62 y ss), en uno de los primeros pronunciamientos relativos a la aplicación inmediata de la Constitución, precisamente en un asunto de filiación: “Lo dicho hasta aquí *no implica la aplicación retroactiva de la Constitución, sino el reconocimiento de su carácter normativo...* porque la inconstitucionalidad sobrevenida del art. 137 CC genera su nulidad y produce necesariamente efectos incluso sobre los procesos pendientes...”.

⁴⁰ Alineándose así con la doctrina que para los supuestos de sucesión de normas de conflicto propugna prescindir de criterios axiomáticos para retener los valores introducidos en cada norma de conflicto (cf. J.C. FERNÁNDEZ ROZAS “El Capítulo IV del Título preliminar del Código civil (“Normas de Derecho internacional privado”): Veinticinco años después”, *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Madrid, Colegio de Abogados, 2001, pp. 2411-2447, espec. pp. 2425-2426.

⁴¹ STS 223/2018, F 5, apart. 3; STS 224/2018, F 6, apart. 1

⁴² Así lo entendí en *El derecho a la investigación de la paternidad...*, cit. pp. 21-23, que encerraba no pocas carencias (cf. *ibid.* pp. 33-37), J. CARRASCOSA GONZÁLEZ “La ley aplicable a la filiación...” cit. p. 159. Con anterioridad, en la doctrina civilista, SERRANO GARCIA, J.A. “El derecho transitorio de la filiación en la jurisprudencia”, *ADC*, XXXIX, 1986, pp. 1281 y ss. espec. 1264.

⁴³ En el sistema anterior la indeterminación de la nacionalidad ha conducido en otros tantos casos a la aplicación subsidiaria de la ley de la residencia habitual (española) (*vid.* SAP Baleares nº 436/2009, de 18 diciembre 2009).

⁴⁴ Ese y no otro fue el sentido de aquella reforma de 1996 en la que por primera vez ampliaba a dos el número de conexiones (cf. *El derecho a la investigación de la paternidad*, cit. p. 22); como norma materialmente orientada se interpretó incluso con anterioridad a la reforma de 1996, descartándose la ley extranjera restrictiva del establecimiento de la verdad biológica (*vid.* mi “Nota” a la *SAP Avila de 4 de mayo de 1995*, sobre acción de reclamación de filiación extramatrimonial, siendo la ley competente la francesa y resolviendo el juez por aplicación derecho español, *REDI*, 1996, nº 1, pp. 359-362).

⁴⁵ Con la ventaja de que la conexión se concreta en la “ley nacional del hijo” y no en la “ley personal”, adecuando el criterio y evitando dificultades de interpretación habida cuenta que no es clara la equivalencia entre ley personal y ley nacional (cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ “Artículo 9.4”, cit. p. 32).

residencia habitual (española) facilitando el establecimiento de la filiación; pero juzgadas conjuntamente, esta interpretación no era la más adecuada para resolver el *caso suizo*, como vemos a continuación.

18. Lo cierto es que la realización del valor se proyecta con rigor en el *caso francés*⁴⁶, en el que el demandante que reclama el establecimiento de la filiación no es un menor⁴⁷. Es más, habían transcurrido 45 años desde el nacimiento, habiendo fallecido el presunto padre así como la madre. Toda la situación estaba vinculada con el anterior art. 9.4 CC –y casi con el régimen pre constitucional–. No se daba contacto alguno con la nueva norma de conflicto. La aplicación de la ley de la residencia habitual (española) permitía el establecimiento de la filiación y no así la aplicación de su ley nacional. Presupone el juzgador que de haber conocido el demandante la no retroactividad del nuevo art. 9.4 CC habría desistido de la primera demanda para plantear de nuevo la acción al amparo de la nueva regulación, aseveración que no se sostiene sobre evidencia alguna. Los datos que arroja el caso suscitan sin embargo otras dudas: ¿Qué movió al demandante a tan larga espera? ¿Tal vez el derecho a la sucesión del causante como efecto inmediato del establecimiento de la filiación?

19. Las circunstancias son distintas en el *caso suizo*. Concluye el TS en la aplicación del nuevo art. 9.4 CC, concretándose la ley aplicable en la ley suiza correspondiente a la residencia habitual del hijo que impedía el ejercicio de la acción. El carácter materialmente orientado del art. 9.4 CC significa que la ley designada por el precepto solo puede aplicarse si permite el establecimiento de la filiación del hijo⁴⁸. Sin embargo se cierra el paso a la pretensión del presunto padre-actor para impugnar la filiación matrimonial paterna –establecida respecto al marido de la madre al tiempo del nacimiento por reconocimiento voluntario– y reclamar la filiación extramatrimonial⁴⁹. Decae el valor establecimiento de la verdad biológica y el carácter materialmente orientado del art. 9.4 CC.

Pero es que son otras las circunstancias concurrentes en este caso. De entrada el demandante no es el hijo sino el presunto padre. Para el TS el valor aparece condicionado por la ausencia de un interés legítimo del actor –quien habría consentido el establecimiento de la filiación matrimonial y la inscripción registral respecto del padre actual y habría instado la acción de reclamación de filiación transcurridos 5 años desde el nacimiento del niño–, así como por la apreciación de una mayor vinculación con Suiza dado que el menor cuya filiación se cuestiona poseía la residencia habitual en dicho país⁵⁰. Hay, por último, un dato que pudo pesar en la decisión final y es que en la ley suiza designada por la conexión residencia habitual “*en todos los casos, la acción del niño todavía puede ser ejercitada en el año siguiente a haber alcanzado la mayoría de edad*” (art.260 CC suizo). De modo que si bien hay una restricción al establecimiento de la verdad biológica en la ley extranjera designada, *no es una restricción absoluta* pues la verdad biológica todavía podrá establecerse cuando el menor afectado alcance la mayoría de edad –dentro del año siguiente–. Dice así el TS: “únicamente cuando la ley aplicable excluya

⁴⁶ En este *caso francés*, la STS afirma que “...la determinación de la filiación por la residencia habitual es la conexión neutral (con respecto a los progenitores) y realista porque la residencia habitual del hijo es una conexión social. Además se potencia el *favor filii* y de ahí que la norma introduzca tres puntos de conexión ordenados en cascada.”(STS 224/2018, FJ 5).

⁴⁷ A destacar que la AP de Tarragona había alcanzado el mismo resultado material mediante la aplicación *anticipada* de la ley española sobre la base de la nacionalidad –española– que iba a adquirir por el *ius sanguini* de triunfar la acción, criterio rechazado por la doctrina al responder a razones de comodidad procesal (cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ “Artículo 9.4”, *cit.* p. 32). El nuevo art. 9.4 CC y la doctrina que lo interpreta permiten evitar este tipo de soluciones que han sido frecuentes en la práctica: si la nacionalidad no está *acreditada* subsidiariamente habrá que aplicar el derecho sustantivo español (cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ “Artículo 9.4”, *cit.* p. 33).

⁴⁸ Cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 9.4”, *cit.* p. 38.

⁴⁹ Es dudosa la legitimación del demandante habida cuenta de que *faltando la posesión de estado* la legitimación para el ejercicio de la acción de reclamación de filiación no matrimonial vendría determinada por el art. 133 CC que atribuye la acción al hijo durante toda la vida y a sus herederos, pero nada dice de los padres (cf. STS de 9 de mayo de 2018, Ponente: M.A PARRA LUCAN). A la vista de los datos de que disponemos, hubo algún contacto entre el menor y el demandante en los 7 u 8 años transcurridos desde el nacimiento hasta la iniciación del proceso, que en modo alguno podrían haber sido calificados como posesión de estado.

⁵⁰ Por este criterio se logrará una mejor localización en términos de proximidad, distinto de la realización del objetivo material. Aunque ciertamente el criterio encaja con dos funciones en este sector de problemas: la idea de que refuerza la previsibilidad en cuanto a la ley aplicable para los particulares y de garantizar la efectividad del régimen jurídico de la filiación en la sociedad donde el hijo reside (cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación...”*cit.* p. 166).

radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento procederá la llamada a la ley sustantiva española (por ejemplo, por impedir el ejercicio judicial de las acciones de filiación o por prohibir la investigación de la paternidad o desconocer la filiación fuera del matrimonio)⁵¹.

20. En suma, la decisión en análisis concede desiguales derechos prevaleciendo el interés del hijo menor. Permite al menor permanecer integrado en su entorno social sin alteraciones (=la paz familiar) hasta su mayoría de edad. A cambio, priva al presunto padre, eso sí, de impugnar y establecer su paternidad además del ejercicio de los derechos de guarda y visita que eventualmente hubieran podido corresponderle. A futuro el establecimiento de la verdad biológica depende del presunto hijo. Hay pues una prevalencia del *interés superior del menor* que conduce al TS a diferir la determinación de la verdad biológica.

21. La aplicación retroactiva del art. 9.4 CC emerge pues entreverada con un examen atento a la naturaleza y fin de esta norma de conflicto y en este sentido destaca el loable esfuerzo del TS por tomar en consideración el valor que gravita en estas acciones y su proyección en las circunstancias concurrentes en cada caso concreto. Complementariamente desarrolla una tarea de interpretación que corresponde a los órganos judiciales ante la falta la certeza que suministran las disposiciones transitorias. El resultado es que se ha generado una *norma ad hoc*⁵² pues al no afirmar el carácter retroactivo del nuevo art. 9.4 CC no se está dando una solución general y válida para supuestos venideros –¿quedan tantos pendientes?–. Tampoco se cubre la laguna legal provocada por la ausencia de una disposición transitoria en la Ley 26/2015, y en este sentido no facilita la previsibilidad.

V. Sobre la admisión del recurso de casación por infracción de ley extranjera

22. En la STS 223/2018 (*caso suizo*) el motivo 3º del recurso de casación es la infracción por inaplicación del art. 260 del Código civil suizo y “la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que establece que debe aplicarse la ley material extranjera que correspondiere siempre que se pruebe por las partes su existencia, contenido y vigencia”⁵³.

23. La viabilidad del recurso de casación ante el Tribunal Supremo por aplicación incorrecta del derecho extranjero es una cuestión no tratada en las sucesivas reformas experimentadas por el recurso de casación en nuestro ordenamiento. En un pasado no muy lejano la cuestión se centraba en decidir si el Tribunal Supremo tendría entre sus funciones la de interpretar leyes o preceptos extranjeros. La doctrina entiende que en su favor militaría⁵⁴: 1º) un argumento *funcional*: cuando el derecho extranjero resuelve el fondo de un asunto, desarrolla la misma función que el derecho español; 2º) un argumento *conflictual*: la incorrecta aplicación del derecho extranjero puede justificar un recurso de casación por infracción de la norma de conflicto. Así lo afirmaba rotundamente el Tribunal Supremo, entre otras, en STS Sala de lo Civil, de 17 de abril 2015, y así viene a corroborarlo ésta. Ambos argumentos podrían proyectarse para explicar el presente caso. El TS al declarar aplicable la ley suiza designada por la “nueva” norma de conflicto, admite como motivo de infracción la inaplicación del derecho suizo y procede al análisis del derecho suizo en cuanto a los plazos y condiciones de ejercicio de la acción de filiación.

⁵¹ Cf. STS 223/2018, FJ 6.3.

⁵² Cf. A.DURÁN AYAGO, “Sucesión temporal de normas de conflicto, art. 9.4 Cc y regla *ad hoc* para resolver dos casos de filiación. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de abril 2010”, *REEI*, (www.reei.org), 36, 2018, pp. 2-8, espec. p. 8.

⁵³ Citando las SSTs de 2 de julio de 20004 y 5 de marzo de 2002.

⁵⁴ Cf. A.L.CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ *Derecho internacional privado*, vol I. 18 ed. , Comares, Granada, 2018, pp. 321-322.

VI. Otros elementos para la comprensión del sistema de Derecho internacional privado en materia de filiación

24. Las Sentencias objeto de esta nota arrojan otros elementos de interés para futuros casos.

25. No menos importante resulta que, *en passant*, en ambas Sentencias se ponga de relieve que las acciones de filiación siendo uno de los vehículos de establecimiento de la filiación, están contempladas en el supuesto del art. 9.4 CC y por tanto sujetas al ámbito de la ley designada⁵⁵. Aunque el supuesto de la norma se refiere a la “filiación”, la expresión es inadecuada porque parece designar únicamente una situación ya establecida. Debe comprender, como es obvio, la “atribución” o la “determinación” de la filiación por cualquier medio (p.ej. reconocimiento voluntario) y también las acciones de filiación ante los órganos judiciales; otra cosa no tendría mucho sentido. Tal vez la redacción habría sido más adecuada de haber calificado el supuesto con mayor precisión, por ejemplo, la “determinación de la filiación”.

26. En segundo lugar, destaca otro elemento clave para la interpretación del nuevo sistema de competencia judicial internacional en este ámbito y es la drástica reducción que experimenta este foro de competencia en sede del art. 22. *quater* d) LOPJ. En el sistema de competencia judicial internacional establecido por la LOPJ 6/1985, la competencia de los tribunales españoles en esta materia se abría a distintos supuestos más o menos vinculados con nuestro país; una atribución de competencia incluso excesiva en la medida en que permitía al demandante de nacionalidad española activar el sistema sin ninguna otra vinculación. Modificada por la Ley 7/2015, se establece que en materia de filiación los órganos judiciales españoles serán competentes 1) cuando el hijo o menor tenga su residencia en España al tiempo de la interposición de la demanda, o 2) el demandante sea español o resida habitualmente en España, o 3) en todo caso al menos seis meses antes de la presentación de la demanda. Se mantiene así el grado de vinculación exigido en el supuesto en que sea el hijo la parte demandante, pues se permite activar la competencia de los órganos judiciales por la *residencia habitual del hijo en el momento de la interposición de la demanda* de modo que no sirva la residencia habitual de un tiempo pasado. En el segundo supuesto la regla de competencia retiene la hipótesis de que sean los supuestos progenitores –o cualquier persona con interés legítimo– quienes ejerciten la acción de filiación. Aquí el criterio de atribución de la competencia se amplía al demandante español o con residencia habitual en España, o en todo caso al menos los seis meses anteriores al momento de la interposición de la demanda. Creo que pese a la formulación en términos alternativos –por el empleo de la conjunción “o”– debe entenderse que en la reforma de 2015 al exigir una presencia anterior mínima de seis meses, se ha corregido el *forum actoris* contemplado en la redacción anterior⁵⁶ y así se confirma con buen criterio en la STS 223/2018⁵⁷. Se excluyen pues los supuestos en que el demandante sea español pero resida en el extranjero por su escasa vinculación con España.

27. En tercer lugar, invocados erróneamente el Reglamento UE 2201/2003 y el Convenio de La Haya de 1996 relativos a la protección de menores, –dado que en el *caso suizo* el éxito o fracaso de la acción llevaba anudados los efectos propios de la filiación en cuanto a la patria potestad y su ejercicio– como fundamento para forzar la competencia judicial en favor de los tribunales correspondientes a la residencia habitual del menor, ambos instrumentos internacionales son rechazados por el TS en el

⁵⁵ Cuestión que se puso de manifiesto a la vista de la reforma del 9.4 en 1996 (cf. L. CARRILLO POZO, “La filiation dans le droit international privé espagnol: quelques profils critiques”, *Rev. Cr.dr. dr.int.pr.* 1995, 3, pp. 585-606, p. 592) pero que no ha sido corregida.

⁵⁶ Al permitir que la sola nacionalidad española del demandante determinara el derecho de acceso a los tribunales, consagraba el único foro exorbitante dentro de todo el sistema de competencia judicial internacional: los tribunales españoles debían admitir las acciones planteadas por nacionales españoles aunque residentes en el extranjero; esto es, se abrían a situaciones con escasa vinculación con España o irrelevantes dado que en buen número de supuestos el hijo tendría la residencia habitual en España. Y de ahí que criticado por la doctrina (cf. M. AMORES CONRADI, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *REDI*, 1989, 1, pp. 113 ss.; S. ALVÁREZ GONZÁLEZ, *Filiación hispano-suiza (Sistemas de DIPr y relaciones concernientes a la emigración española)*, Univ. de León, 1989, p. 124).

⁵⁷ FJ 3º para inadmitir el recurso por infracción procesal.

asunto que se juzgaba, con buen criterio dado que uno y otro excluyen expresamente de su ámbito la determinación de la filiación⁵⁸.

28. Por último, creo que también se despeja definitivamente otra duda que se ha suscitado en la doctrina, y es que el TS entienda que el *plazo* para el ejercicio de las acciones, siendo una cuestión procesal, en materia de filiación está sujeta al ámbito de la ley designada aplicable o ley rectora del fondo⁵⁹. Confirma la relación de vasos comunicantes entre la norma de conflicto materialmente orientada y ciertos aspectos procesales en aras a la realización del valor subyacente.

⁵⁸ Y es necesariamente así, dado que el estado civil en el ámbito de la UE de momento corresponde a cada Estado miembro definir quiénes son sus nacionales, una idea anclada en argumentos de soberanía nacional que explica la renuncia por parte de la UE al desarrollo de Reglamentos comunitarios en esta materia, como bien claro lo ha explicado J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable a la filiación...” *cit.* p. 161.

⁵⁹ La idea de partida, como expresara J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, sería la competencia de la ley del foro para todas las cuestiones relativas al derecho de acceso a los juzgados y tribunales y sobre la estructura del proceso y los principios que guían la actuación del juez y las partes; pero afirmaba la existencia de una zona gris, la relativa a la prueba por presunciones –tan importante en esta materia– y la prescripción y otras condiciones de ejercicio de las acciones, en las que existe disparidad en las soluciones del derecho comparado (*cf.* “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé”, *R. des C.*, 1977, vol 156, pp. 227-376, espec. pp. 291-299); en este caso, la sumisión a la *lex causae* sin género de duda despeja la cuestión