

---

## La ley aplicable a la filiación por naturaleza

Santiago Álvarez González  
Catedrático de Derecho internacional privado

**Sumario:** I. Introducción. II. Problemas clásicos en la confección de la norma de conflicto sobre determinación de la filiación natural. 1. *Orientación material versus neutralidad*. 2. *Generalidad versus especialización en función del título de acreditación o de la mera pretensión*. 3. *Diferencia en función del grado de heterogeneidad de la situación*. 4. *La persona sobre la que se fija la conexión (y la propia conexión)*. 5. *El momento relevante*. III. Relatividad de los nuevos protagonistas. 1. *Ley aplicable versus reconocimiento de estatus*. 2. *La filiación como presupuesto: el primer plano de los efectos y los derechos humanos*. IV. Valoración de la solución española y otras conclusiones

### I. Introducción

No tengo una opinión formada del sentido y finalidad de los libros homenaje. Hasta ahora mis experiencias pasadas, bien organizando su edición o bien contribuyendo con algún trabajo científico de mayor o menor calidad, han sido irreflexivas, naturales. Algo que formaba parte de la agenda ordinaria del universitario, y que siempre ha tenido un alto grado de contingencia. Es posible y legítimo que mi participación en este libro homenaje a José Carlos Fernández Rozas pueda verse de la misma manera. Y es posible que así sea en realidad. Algo natural. De hecho, sé que mi contribución (y el resto de las que integran esta obra) no va a agrandar su figura, ni mi admiración por él, ni nuestro recíproco respeto intelectual, ni empequeñecerá el desprecio de quienes no saben reconocer al otro, ni, ya lo adelanto desde ahora, supondrá ninguna aportación de crucial interés para la ciencia del Derecho internacional privado (DIPr, en adelante). Ni siquiera una contribución de crucial interés para mi obra escrita.

Quizá la obra sirva como muestra de un reconocimiento colectivo a quien ha trabajado *más que nadie* por el desarrollo del DIPr español en los últimos cuarenta años. Y no necesito ninguna cita de autoridad para respaldar mi afirmación: yo he sido espectador en primera fila de ese hecho y, en mucha menor medida, participe. Por supuesto, no entraré en polémica con quien, erróneamente, considere otra cosa.

En todo caso, cualquiera que sean las razones académicas o personales que hacen que los libros homenaje existan, para mí es esta una ocasión especial, pues tengo la oportunidad de dejar por escrito lo que forma parte de mi existencia cotidiana: mi cariño por José Carlos, una de las personas que más influencia ha tenido en que pueda ser el universitario que soy, sin apartarme demasiado del que siempre quise ser. Todo un privilegio.

La verdad es que mi contribución podría concluir aquí, pero la costumbre académica exige que se escriban algunas reflexiones sobre un tema más o menos vinculado a la disciplina y, si acaso ello es posible, al homenajeado. La ley aplicable a la filiación por naturaleza reúne esas características. José Carlos dirigió hace años una buena tesis doctoral sobre el tema. Además, pienso que pudiera tener algún tipo de interés.

En primer lugar, es interesante porque es una cuestión que aún está fuera de la voracidad de la Unión Europea. Obviamente, todo el mundo sabe que prácticamente nada de lo que afecte a la persona está al abrigo de la UE. La importancia e influjo de las libertades en este ámbito es extraordinaria; pero, al menos, no hay normas explícitas y comunes sobre el tema. Tampoco la codificación internacional del DIPr ha tenido éxito en este ámbito. Como consecuencia de ello, las soluciones siguen corriendo a cargo de los sistemas autónomos de DIPr. Ello me permitirá, cuando no me exigirá, echar un vistazo a lo que ocurre ahí afuera cuando estudie lo que ha ocurrido aquí dentro. Porque, en segundo lugar, la historia reciente del DIPr español merece también una valoración para saber cómo hemos llegado al actual artículo 9.4 CC, tras un apasionante viaje de más de 40 años (1974-2015). No es atractivo menor, en tercer lugar, y como potencial contrapunto a esta situación, que la Conferencia de La Haya lleve trabajando varios años sobre el tema. En cuarto lugar (y este es un puro interés personal), porque al abordar un objeto de reflexión como el presente, he tenido la oportunidad de volver a releer las opiniones de quienes me precedieron y sentaron memorables cimientos de lo que fue el DIPr del siglo pasado<sup>1</sup>. También he releído mi tesis doctoral, que, si se me permite la inmodestia, no ha envejecido demasiado<sup>2</sup>. Saber si aquellas aportaciones valen para este siglo, en vez de jubilarlas sumariamente, como a cualquier papel de más de cinco o diez años de antigüedad (quizá menos, dependiendo de si el autor es fulano, mengano o zutano), también es seductor. Por último, creo que es interesante saber qué grado de internacionalización tiene la actual solución española. El DIPr no cumple convenientemente su función de no contar con soluciones exportables, generalmente aceptadas por más de un sistema. ¿Cuánto de común denominador hay en el DIPr comparado en torno a la ley aplicable a la filiación por naturaleza? Lo adelanto: poco.

Mi exposición será clásica; “viejuna” dirán algunos. Si el objetivo es evaluar soluciones, me centraré en características singulares de las existentes. Grandes opciones en torno a la selección de la ley aplicable, tales como la especialización de la norma de conflicto en este ámbito, la determinación personal de la conexión, su concreción temporal o la eventual incorporación de una orientación material en la búsqueda de una ley aplicable a la determinación de la filiación. A continuación, plantearé brevemente lo que se dice que son nuevas dimensiones transversales o, simplemente, la emergencia de viejas a un primer plano, que podrían condicionar (o incluso desahuciar) la selección de la ley aplicable. Dado el limitado espacio que los organizadores me asignan, me limitaré a decir dos palabras sobre el papel de los implacables derechos humanos y sobre la también hoy imprescindible visión desde la otra orilla: la del reconocimiento. Concluiré con conclusiones. Nada original. En mi reflexión, pondré la normativa española en el espejo de algunas otras de nuestro entorno, que de forma libre limitaré a Portugal (CC portugués), Francia (CC francés), Bélgica (CBDIP), Alemania (EGBGB), Suiza (LSDIP) e Italia (CC italiano).

## **II. Problemas clásicos en la confección de la norma de conflicto sobre determinación de la filiación natural**

### *1. Orientación material versus neutralidad*

Asumiendo como hipótesis de trabajo que la determinación de la filiación natural pueda (aún) girar en torno a la inefable norma de conflicto, una cuestión a valorar es si a la hora de elegir la

---

<sup>1</sup> L. Raape, “Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé”, *RCADI*, t. 50 (1934-IV), pp. 399-544; J. Foyer, “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation”, *RCADI*, t. 193, (1985-4), pp. 9-11.

<sup>2</sup> Utilizaré aquí, para un más fácil contraste de citas, su versión editorial *Filiación hispano-suiza (Sistemas de D.I.Pr. y relaciones concernientes a la emigración española)*, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1989, aunque no se corresponda al cien por cien con la tesis original.

ley que nos diga si existe un vínculo de filiación entre dos o más individuos debe preferirse una u otra de las potencialmente vinculadas con la situación en función de su contenido. Vamos, si es mejor optar por una o varias conexiones, representando un vínculo o conjunto de vínculos más o menos neutrales entre la situación y la concreta ley, o si, por el contrario, hay que pensar en elegir una ley que consiga o facilite algo, que tenga un determinado sesgo o que, simplemente, permita, real o potencialmente, la consecución de un determinado resultado.

La evolución de las soluciones españolas parece decantarse por esa segunda vía, más guay, aunque, como veremos, sin un gran acierto en la concreta configuración técnica de una norma sustancialmente orientada hacia la determinación (positiva) de la filiación. Porque, hay que reconocerlo, cuando se piensa en una orientación material de la selección de la ley aplicable, casi de forma intuitiva pensamos en un tópico, el *favor filii*, sin tener más que una idea muy aproximada de lo que ello puede suponer. También de forma intuitiva, el internacional-privatista (yo, quizá el lector) identifica el *favor filii* con el *favor filiationis*, el *favor legitimationis* o el *favor recognitionis*, y busca una puerta abierta que le haga vislumbrar una ley que *permita* el establecimiento de la filiación en el caso concreto<sup>3</sup> en vez de una que lo *impida*. ¿Resulta este lugar común una premisa necesaria? Yo creo que no.

Adelanto ya que siempre me ha parecido, y me sigue pareciendo, que la idea de introducir una orientación material en la norma sobre ley aplicable a la filiación natural tiene numerosas aristas y un punto de partida envidiado. El punto de partida es -y reconozco que esto es una mera convicción no empírica, pero que los escritos no me desmienten- que existe una contaminación del *favor filii* por ese otro botón nuclear<sup>4</sup> del DIPr (y del Derecho en general) que constituye el *supremo interés del niño*. Al lector no le será nada difícil encontrar en textos actuales de DIPr explicaciones en las que, hablando de ley aplicable a la filiación natural, el “hijo” y el “menor” aparezcan de forma intercambiable<sup>5</sup>. Reconozco que es una tentación difícil de resistir<sup>6</sup>. Pero el hijo puede no ser un niño. Tendrá la edad que su fecha de nacimiento y su salud o condiciones vitales le hayan permitido. Puede ser un hijo de 42 años que reclame la paternidad de un futbolista metido a cantante, una vidente en sus sesenta que reclama ser la hija de un genio de la pintura ya fallecido, o una belga en sus cincuenta que quiere que se le reconozca su relación paternofamiliar con un rey de España. Creo que la norma de conflicto sobre filiación sin más aditamentos (es decir, la pura y dura determinación del vínculo de filiación por naturaleza) debe emanciparse del interés superior del niño.

Y creo también que, si queremos que el *favor filii* tenga algo que decir en la selección de la ley aplicable, hay que afinar más. No nos vale quedarnos con la burda idea de que ese *favor filii* se orienta siempre hacia el “establecimiento de la filiación” en los términos de nuestro actual<sup>7</sup> artículo 9.4 CC y de otros muchos<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> En forma real (ley que lo permite según las concretas circunstancias del caso) o potencial (ley que lo permite con carácter general, aunque no necesariamente bajo las circunstancias del caso concreto).

<sup>4</sup> “Botón nuclear” porque cuando se aprieta el Derecho (también el DIPr) tiende a desaparecer.

<sup>5</sup> Algo que ya denuncié -sin gran fortuna- en *Filiación*, pp. 191-193, y que no solo aqueja a la doctrina, sino que es también visible en los actuales trabajos de la Conferencia de La Haya. Es ya muy evidente en el documento *Opportunité et possibilité d poursuivre les travaux menés dans le cadre du projet Filiation/Maternité de substitution*, Document préliminaire N° 3B de mars 2014 à l'attention du Conseil d'avril 2014, sur les affaires générales et la politique de la Conférence (Doc Prel. 3B), p. 10 y ss., aunque creo que es una constante en todo el documento.

<sup>6</sup> Sin ir más lejos, la actual regulación se canalizó a través de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la *infancia y a la adolescencia*, lo cual no es determinante de nada, pero es indicativo de la confusión y contaminación que denuncio.

<sup>7</sup> Advierto que la versión anterior no tenía, a mi entender, esta orientación (razones que expongo muy sintéticamente en “Filiación natural y filiación adoptiva: aspectos internacionales”, *Tratado de derecho de la persona física*, coord. por M. C. Gete-Alonso y Calera, J. Solé Resina, vol. 1, 2013, pp. 413-467), que sí

¿Por qué preferir la ley que favorece la determinación de la filiación en vez de preferir la que permita la impugnación de la filiación? Si una persona pretende que se rompa el vínculo jurídico con quien aparece como su padre (o su madre) sin serlo, ¿no es igualmente digno de consideración tal objetivo? ¿No forma también parte del *favor filii*? En esta búsqueda de una materialización ¿habrá que diferenciar también en función de quién sea el solicitante de la petición? Así, por ejemplo, ¿deberá adaptarse diferenciadamente la búsqueda de ley aplicable en términos sustantivos a una impugnación de filiación paterna por parte del hijo con oposición del padre “legal”, a una por parte de éste con oposición del hijo, o a una tercera por parte del padre biológico con oposición del padre “legal”? ¿Debe tratarse de igual forma el reconocimiento voluntario de paternidad que su reclamación judicial? Muchas cuerdas para un violín. Y aunque el tema no es nada nuevo<sup>9</sup>, las preguntas siguen siendo pertinentes.

Todas estas preguntas se pueden dirigir a (contra) la actual solución del CC español. Creo que son más que evidentes; y recurrir al orden público español para tratar de solventar algunas situaciones en las que el *favor filii* es, precisamente, contrario al establecimiento de la filiación, es un recurso, sí<sup>10</sup>, pero un recurso que pone en tela de juicio la pertinencia de la propia orientación material.

Por otro lado, ese vistazo somero a nuestro alrededor que anuncié no nos da pistas seguras de cómo abordar este asunto, pero sí algunos datos. Por ejemplo, sí parece que el reconocimiento voluntario de filiación pueda beneficiarse de una norma sustancialmente condicionada a su validez. Lo recogen el artículo 311-17 del CC francés, el artículo 72.1 de la LSDIP, o, tirando de la orientación de un eventual conflicto móvil, el artículo 35 de la Ley italiana. Menos clara está la orientación material a favor del establecimiento de la filiación al margen del reconocimiento voluntario de filiación: el CC francés no la contempla; la regulación italiana tampoco; la belga la desconoce igualmente; la suiza se mueve en el mismo tono neutral, salvo en lo que atañe a las acciones judiciales de filiación, respecto de las cuáles la existencia de un posible conflicto móvil habilita una elección posible entre el momento del nacimiento y el de la interposición de la acción, si un *interés preponderante del hijo* lo exige (art. 69.2 LSDIP)<sup>11</sup>; la solución portuguesa (art. 56 CC portugués) es neutral a todos los efectos. Nuestro CC y el artículo 19 EGBGB se mueven en una orientación *general* hacia el establecimiento de la filiación.

Pocas conclusiones o, mejor, la conclusión es la heterogeneidad, la falta de pauta dominante.

---

defendió, también con argumentos, M. Guzmán Zapater, *Derecho a la investigación de la paternidad (En el proceso con elemento extranjero)*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 21-23.

<sup>8</sup> Vid. S. C. Symeonides, *Codifying Choice of Law Around the World*, Oxford, 2014, pp. 261-266.

<sup>9</sup> Vid. ya mi posición en *Filiación*, pp. 194-195, con mis referencias a I. Kisch (y su distinción entre *favor negotii* y *favor personae*) y P. Lalive (y su recelo, del que seguro que yo me contagié).

<sup>10</sup> J. Carrascosa González, “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, p. 179. Críticos también con esta simplista orientación material A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, 2018, pp. 322-323.

<sup>11</sup> No obstante, este *interés preponderante* puede no conducir directamente a una solución prefijada (éxito en el establecimiento o en la impugnación de la filiación, por ejemplo) sino a valorar temas más “neutrales” como puedan ser “la clarificación del estado del hijo”, o la aplicación de la ley del Estado que constituya el “centro de vida” del hijo (vid. B. Dutoit, *Droit internationa privé suisse. Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, Supplément à la 4 ed., Basilea, 2011, p. 85). Más preguntas -y no tanto respuestas- sobre cómo abordar este *interés preponderante* en B Dutoit, *ibid.*, 2004, p. 235.

## 2. Generalidad versus especialización en función del título de acreditación o de la mera pretensión

La enumeración de preguntas que planteé en el apartado anterior es una invitación indeclinable a esta cuestión nueva (y vieja<sup>12</sup>) que nos introduce en la duda de cuán precisa tiene que ser la respuesta de ley aplicable a la luz de la distinta naturaleza de los problemas que se suscitan sobre nuestro tópico. ¿Una ley para todos los aspectos que puedan suscitarse en torno al vínculo de filiación natural? ¿Leyes distintas en función del concreto problema suscitado?... reconocimiento de filiación, presunciones de paternidad del marido, posesión de estado, legitimación por subsiguiente matrimonio, reclamación, impugnación... ¿Deberé acaso cambiar el título de mi contribución por las “leyes aplicables” a la (determinación, establecimiento, existencia) de la filiación? Ya hemos visto un pequeño atisbo de respuesta al analizar el tópico de la materialización: salvo en España y en Alemania, la materialización parte, precisamente, de distinguir qué aspectos sí y qué aspectos no. Reconocimiento voluntario (al que podríamos añadir la vetusta legitimación por subsiguiente matrimonio<sup>13</sup>) sí, otras situaciones, no. Y eso ya nos da tres supuestos de hecho distintos.

Volviendo los ojos hacia nuestro Código civil, parecería que una ley es más que suficiente. Desde hace tiempo, solo hemos diferenciado la filiación natural de la adoptiva. La actual redacción, nada sospechosa de carpetovetónica, sigue la tónica marcada por la reforma del Título Preliminar del Código civil en 1974: entonces “las relaciones paterno filiales”<sup>14</sup>, luego “carácter y contenido de la filiación”, hoy “la determinación... de la filiación por naturaleza”.

Sin embargo, echando un vistazo al exterior, se puede apreciar un mayor interés por diferenciar. En Francia, existen tres reglas, la general, una excepción para la posesión de estado en función de la vinculación de la situación con Francia y una regla especial para el reconocimiento voluntario de paternidad o maternidad. En Suiza, la solución es estructuralmente similar, pero aún más plural: también se establece una regla general junto a una regla especial para el reconocimiento voluntario de filiación, pero dentro de la primera y dentro de la segunda, se distingue en función del tipo de problema: si nos encontramos ante una acción judicial, la eventualidad de un conflicto móvil permite desviarse de la regla general (residencia habitual del hijo en el momento del nacimiento *versus* residencia habitual del hijo en el momento de la acción). Si nos encontramos ante una impugnación del reconocimiento, la regla especial orientada, como hemos visto, *favor recognitionis*, cede ante una aplicación estricta de la ley suiza. En Italia, a la regla general (art. 33), se le unen una especial sobre el reconocimiento (art. 36) y otra sobre la legitimación por subsiguiente matrimonio (art. 35); en Bélgica, la generalidad de la regla cede también ante el establecimiento de la filiación que resulte de un “acto voluntario” (art. 62.1, primer párrafo *in fine* CBDIP) y eventualmente para la exigencia de consentimiento. En Portugal, se establece una solución general y otra en los casos de filiación de hijo de mujer casada (art. 56.2 y 3 CC). En Alemania, por el contrario, apenas encontramos una norma general de establecimiento de la filiación y una sobre la impugnación de la filiación (arts. 17 y 18 EGBGB) que apenas significa especialización.

---

<sup>12</sup> En el curso de L. Raape (aunque quizá por su vinculación al entonces Derecho positivo) es una de las constantes, tanto en lo que atañe a la persona objeto de conexión (pp. 419 y ss.) cuanto al momento relevante (pp. 426 y ss.).

<sup>13</sup> Una norma específica (y materialmente orientada) para la legitimación pudo haber tenido sentido en el pasado. Hoy en España una distinción entre hijos legítimos e ilegítimos queda absorbida (y rechazada) por el orden público (*vid.*, no obstante, S. C. Symeonides, *op. cit.*, pp. 260-261).

<sup>14</sup> Eludo la discusión sobre si el primitivo art. 9.4 del CC y el surgido de la reforma de 1987 del contemplaban la ley aplicable a la determinación de la filiación o solamente la ley aplicable a los efectos de la filiación ya determinada. Al respecto, mis observaciones en “Comentario al art. 9.4 del Código civil”, en *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, dir. por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. 2º, 2ª ed., Madrid, 1995, pp. 205-242, pp. 227-229.

Como veremos a continuación, el hecho de que dos de los sistemas (el suizo y el belga) tengan una cláusula de excepción general puede convertirse en un elemento más de especialización<sup>15</sup>.

Pero el balance vuelve a ser poco claro.

### 3. Diferencia en función del grado de heterogeneidad de la situación

¿Deben las normas de conflicto sobre ley aplicable a la filiación por naturaleza tener en cuenta las diferentes configuraciones que pueda presentar cada concreta situación en función de la nacionalidad, la residencia habitual, el domicilio... presentes, pasados o, incluso, futuros<sup>16</sup>, de cada una de las partes implicadas? Yo siempre he pensado que sí, pero, claro, de una manera lo suficientemente manejable, que se pueda conciliar con la suficiente seguridad jurídica. Por lo tanto, la cuestión principal yo la situaría en torno a *cómo* hacerlo. Aunque reconozco que una norma general, abstracta, neutra y única también es perfectamente posible.

A mi juicio, este tema puede abordarse desde dos grandes aproximaciones: la primera, por medio del diseño de normas depuradas que distingan entre alguna de las múltiples situaciones posibles en función de su distinto grado de heterogeneidad. Con independencia del tema regulado (establecimiento de la filiación en general, reconocimiento voluntario, legitimación, acciones judiciales...) mediante la distinción de las distintas situaciones utilizando, por ejemplo, conexiones subsidiarias. La segunda, con la ayuda de la incorporación de cláusulas de excepción, bien especiales (para la filiación por naturaleza) o bien generales.

La actual regla española es, en este sentido, paradigma de la confusión. Formalmente, presenta una estructura en la que sí establece distinciones: solución para cuando el hijo tiene residencia habitual, para cuando no la tiene y para cuando no tiene residencia habitual ni nacionalidad. En el fondo me cuesta ver cuándo el hijo no va a tener una residencia habitual, aunque, sin duda, pueden darse casos en los que tal residencia habitual sea difícil de determinar. Mi impresión, de nuevo ayuna de datos que la avalen (pues nada puede derivarse de la deprimente tramitación parlamentaria al respecto ni de la raquítica práctica posterior) es que la cascada conflictual que exhibe el artículo 9.4 CC viene más motivada por el interés sustantivo o material que por la distinción entre las circunstancias personales del hijo (y, obviamente, del resto de los interesados, que no tienen ningún protagonismo). No obstante, si la orientación material la entendemos en sentido abstracto (se aplica la ley que potencialmente permitiría el establecimiento de la filiación, aunque no lo permita en el concreto caso estudiado) sí podríamos concluir la existencia de una cierta preferencia en función de las circunstancias: se aplica la ley de la residencia habitual que permite el establecimiento de la filiación, aunque en el caso concreto no sea posible por -por ejemplo- haber caducado la acción, con preferencia a la ley de la nacionalidad, que también permitiría el establecimiento de la filiación y para la que aún estaría abierta la correspondiente acción judicial<sup>17</sup>. Concedamos, pues esta modesta especialización.

La pequeña muestra de Derecho comparado que utilizamos tampoco nos proporciona un camino seguro. Ciertamente, el hecho de que tanto el CBDIP como la LSDIP posean sendas cláusulas de excepción generales pone de manifiesto el interés de estos dos sistemas por la solución ajustada a ese grado de heterogeneidad. No es, sin embargo, un interés específico en materia de

---

<sup>15</sup> Vid. ya *Filiación...*, *op. cit.*, p. 155 y “Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa”, *Anuario de Derecho civil*, t. XLVI, 1993, pp. 1109-1151, sobre todo pp. 1133-1134.

<sup>16</sup> Paradigmática sobre esta posibilidad la idea de una “conexión anticipada” a la futura ley nacional que describo más adelante.

<sup>17</sup> Es esta la interpretación retenida por el Tribunal Supremo español en su STS 223/2018, de 17 de abril, (RJ 2018\1826) que me parece correcta. De otra opinión, J. Carrascosa González, “La ley aplicable a la filiación...”, *loc. cit.*, p. 173.

establecimiento de la filiación por naturaleza, aunque quizá no sea irrelevante recordar que la primera cláusula de excepción positiva en Suiza (y probablemente en Europa) vino de la mano de la modificación de la ley aplicable a la filiación en 1976<sup>18</sup>, y que la jurisprudencia suiza, precisamente sobre filiación natural, puede considerarse un precedente innegable de la actual cláusula de excepción general del artículo 15 LSDIP<sup>19</sup>. Tan sólo añadiría al respecto que ambas cláusulas de excepción (la suiza y la belga) están configuradas de forma especialmente estricta (son *de excepción* de verdad). Tanto el artículo 15 LSDIP como el artículo 19.1 CBDIP, tienen una estructura similar y un funcionamiento que presumo, liberado de matices que aquí no corresponde hacer, igualmente próximo.

Al margen del expediente de la cláusula de excepción, la LSDIP establece una conexión subsidiaria en función de las circunstancias (ninguno de los progenitores tiene el domicilio en el Estado de la residencia habitual del hijo y todos tienen la misma nacionalidad). Por su parte, el CC portugués también recurre a una diversificación en función del grado de heterogeneidad en cuanto a la filiación del hijo de mujer casada (art. 56.2) al abordar la ley aplicable a partir de conexiones comunes (ley nacional común de los cónyuges, ley de su residencia habitual común y, en último extremo, ley personal del hijo).

Tampoco hay sobre este tema una línea preponderante.

#### 4. La persona sobre la que se fija la conexión (y la propia conexión)

A estas alturas, quizá el lector curioso por rellenar los voluntarios silencios de mi fragmentada descripción haya constatado (porque ha buscado el tenor completo de las reglas) que la misma heterogeneidad que se aprecia en los parámetros analizados hasta ahora se proyecta sobre la persona sobre la que se fija la conexión. También creo que sobre este aspecto pueda existir (al menos en España, existe) una innata predisposición para pensar en la persona del hijo. Nunca se plantea un problema de determinación de la filiación natural sin hijo; aunque puede que sí, sin madre o sin padre.

Mas, lo cierto es que, en el plano de la mera localización (y probablemente también en el de la búsqueda de una orientación material vista más atrás) mi vieja opinión afirmando la aleatoriedad de las leyes en principio (potencialmente) implicadas sigue siendo la que más me convence<sup>20</sup>. En términos abstractos, no hay un condicionamiento estricto a favor de una u otra persona. Cosa distinta es cómo se vea desde cada concreto ordenamiento jurídico en función de elementos probablemente extrajurídicos. Decía hace años que el hecho de que en cada relación de filiación estén implicadas tres personas complicaba la decisión sobre la conexión personal (fuese cual fuese esta: domicilio, nacionalidad, residencia habitual u otra). Lo cierto es que, sin ni siquiera introducirnos en la moderna complejidad de los más plurales vínculos de filiación<sup>21</sup>, incluso desde una perspectiva estrictamente clásica, no son infrecuentes las situaciones en las que el número es superior<sup>22</sup>. Y los sistemas que venimos describiendo nos muestran que quizá la complejidad sea artificial y el problema no sea tan interesante: la madre (Francia), el hijo (España, Italia, Suiza,

---

<sup>18</sup> En vigor desde el 1 de enero de 1978. Con la introducción de una verdadera cláusula de excepción en el art. 8.e de la LRDC (*Loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour*). Sobre la práctica que deparó *vid.*, *Filiación*, pp. 176-179.

<sup>19</sup> A. E. von Overbeck, "Les questions générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours general de droit international privé", *RCADI*, t.176, 1982-III, pp. 9-258, pp. 202-203.

<sup>20</sup> *Vid. Filiación*, pp. 166-167.

<sup>21</sup> La "multiparentalidad" de la que tanto se habla ahora; paternidades y maternidades socio afectivas que conviven jurídicamente con las biológicas y/o genéticas en vínculos múltiples de filiación respecto del mismo hijo.

<sup>22</sup> Hijo, padre y madre con filiación legalmente constituida y tercero (en realidad, "cuarto") que impugna y reclama. Es el supuesto, por otro lado, no infrecuente, de la citada *STS 223/2018, de 17 de abril de 2018*.

Alemania), el progenitor concernido (Portugal, Bélgica), unos u otros en función de la especialización (progenitor para reconocimiento voluntario, progenitores en los casos de madre casada) o ninguno de ellos (ley aplicable a los efectos generales del matrimonio, por ejemplo).

Y lo mismo cabe señalar sobre el singular punto de conexión elegido: nacionalidad, residencia habitual, ley reguladora de los efectos del matrimonio, ley más estrechamente vinculada (de forma excepcional), mezcla de todo o de alguno de ellos: la nacionalidad (España antes de la reforma de 2015, Portugal, Bélgica, Francia, Italia, subsidiariamente en Suiza, a título principal para el reconocimiento voluntario), la residencia habitual (España, Alemania, Suiza).

¿Es mejor la ley de la nacionalidad de la madre que la ley de la residencia habitual del hijo?  
¿Mejor la ley de la nacionalidad del hijo que la de su residencia habitual?<sup>23</sup>

Si el mundo editorial del papel hubiese evolucionado al ritmo del WhatsApp, pondría aquí el gráfico emoticono de indecisión y lo repetiría tres veces. No obstante, me limitaré a señalar que no veo argumentos categóricos a favor de cualquiera de las opciones respecto del resto.

### 5. El momento relevante

Uno de los más interesantes problemas que plantea la determinación de la filiación por naturaleza es el de establecer el momento jurídicamente relevante en el que reglas y/o condiciones deben reunirse<sup>24</sup>. Es algo común a todas las situaciones que tienen un cierto grado de permanencia en el tiempo. Y la filiación lo es desde el nacimiento hasta la muerte de las personas. El problema es también viejo<sup>25</sup>.

Tratándose de saber si reconocemos o no una filiación establecida o consolidada en el extranjero<sup>26</sup> no parece discutible que condiciones y situación van a centrarse en el momento en el que el reconocimiento se pretende.

Tratándose de la determinación de la ley aplicable y la sujeción de la conexión a un concreto momento, las alternativas son más amplias y -casi- todas con sus avales<sup>27</sup>. La primera gran opción es no señalar nada; dejar huérfana a la conexión de una localización temporal precisa. Creo que no es lo más apropiado, ni siquiera cuando se pretende ver como un elemento de flexibilidad para que el aplicador del Derecho decida en función de las circunstancias. Esta fue una de las explicaciones de nuestro artículo 9.4 CC surgido de la reforma de 1987<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> Me da la impresión, por ejemplo, de que los pros y los contras que plantea J. Carrascosa González, *loc. cit.*, más que una victoria a la residencia habitual, conducirían a un empate.

<sup>24</sup> Para L. Raape, *loc. cit.*, p. 407, era el más interesante de los que rodeaban a la norma de conflicto.

<sup>25</sup> Además de la anterior cita *vid.* J. Foyer, *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, París, 1964; *id.*, "Problèmes de conflits de lois...", *loc. cit.*, pp. 38-40.

<sup>26</sup> Algo a lo que me referiré más tarde cuando hable del reconocimiento.

<sup>27</sup> Y no estoy hablando ahora del también conocido problema suscitado por la sucesión de la norma de conflicto, a la que José Carlos dedicó un trabajo clásico "Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y ley rectora del estatuto personal del apátrida", *Boletín del Departamento de Derecho Político (UNED) (Revista de Derecho Político)*, núm. 3, 1979, pp. 49-72. Además, tenemos la suerte de contar con dos recientes proposiciones de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo: la citada *STS 223/2018, de 17 de abril de 2018*, y la *STS 224/2018 (RJ 2018\1902)* de la misma fecha. Sentencias, ambas, bienintencionadas y repletas de invitaciones a comentarios que este marco no me permite, por lo que me remito a los efectuados por A. Durán Ayago, *REEI*, (36) 2018, sobre ambas, y E. Rodríguez Pineau, *CCJC*, 109/2019, sobre la segunda. Tan solo diré que las razones que se dan para la aplicación de la nueva norma de conflicto en vez de la anterior no me parecen convincentes.

<sup>28</sup> Que defendió, J. C. González Campos, *Derecho internacional privado, Parte especial*, 5ª ed., vol. II, Oviedo, 1993, pp. 504-505. Era también una posibilidad en el Derecho francés anterior al vigente (B. Audit, L.

La segunda, más razonable, es establecer algún momento temporal crítico entre el nacimiento del hijo y el momento en que se dilucida su filiación. El momento del nacimiento es el elegido por las reglas primarias del CC francés, la ley italiana, el CBDIP o la LSDIP, pero el carácter exclusivo de este momento está lejos de concretarse. Así, en el CC francés -en ausencia de mención expresa- parece que haya de preferirse el momento del acto en el caso del reconocimiento voluntario o el momento de consolidación de la posesión de estado<sup>29</sup>. Ya vimos que la LSDIP excepciona potencialmente la regla general en materia de acciones judiciales de filiación “si lo exige un interés preponderante del hijo”, pero también lo hace en materia de reconocimiento voluntario de filiación (art. 72.1) que sitúa en el momento del reconocimiento.

La tercera es más exótica, pero también cuenta con argumentos en su defensa, aunque sin el reconocimiento del Derecho positivo: es pensar en *un momento del futuro*. Ha sido típica cuando la conexión es la nacionalidad del hijo y el cambio potencial de filiación puede conllevar un cambio de nacionalidad<sup>30</sup>. Nuestro Tribunal Supremo en aplicación del anterior artículo 9.4 CC no fue ajeno a esta posibilidad, aunque quizá tuvo miedo de tanta innovación y acabó por disfrazarla de “orden público”<sup>31</sup>. Más allá del TS, la idea de la conexión anticipada (a la futura ley española) también contó con una cierta práctica en nuestro país<sup>32</sup>.

Con la conexión residencia habitual es menos operativa, aunque podría tener entrada a través de la idea de vinculación más estrecha en supuestos muy excepcionales<sup>33</sup>.

La opción del actual artículo 9.4 CC podríamos encuadrarla en el segundo grupo, aunque la terminología utilizada es tan ambigua que lo único seguro es que se ha pretendido fijar un momento crítico en la selección de la ley aplicable, pero yo no tengo la certeza de que se haya conseguido: porque ¿cuál es “el momento del establecimiento” de la filiación? ¿El del nacimiento, donde la filiación nace? ¿Cualquier momento posterior al nacimiento, en el que la filiación existente se hace ver?: una inscripción registral fuera de plazo, un reconocimiento voluntario de paternidad, una acción judicial, el momento en el que (ya) existe posesión de estado, el momento en el que se determina (establece) esa posesión de estado, el momento en el que se impugna (se pretende des-establecer) la filiación... y tantos otros momentos relevantes.

Sin duda el “momento de establecimiento de la filiación” no es una opción limpia ni resuelve por sí misma lo que pretende resolver<sup>34</sup>.

---

D'Avout, *Droit international privé*, 8ª ed., 2018, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, p. 715). Sobre la primera regla del art. 19 EGBGB (que tampoco dice nada) *vid.* T. Helms, “Art. 19”, *Münchener Kommentar, Internationales Privatrecht*, I, 7ª ed., C.H. Beck, Munich, 2018, pp. 1527-1556, p. 1537, marg. 26.

<sup>29</sup> B. Audit, L. D'Avout, *op. cit.*, p. 715

<sup>30</sup> Habló por vez primera de una “conexión anticipada” A. E. von Overbeck, “L'intérêt de l'enfant et l'évolution du droit international privé de la filiation”, *Liber Amicorum A.F. Schnitzer*, Ginebra, 1979, pp. 361-380, *concr.* p. 367.

<sup>31</sup> *Vid.* mis observaciones a la STS 22 marzo 2000 (RJ 2000, 2485), en “Filiación, orden público y conexión anticipada”, *AEDIPr*, vol. 2, 2002, pp. 878-882.

<sup>32</sup> Referencias en mi trabajo “Filiación natural y filiación adoptiva...”, *cit.*, p. 423.

<sup>33</sup> Pienso en un reconocimiento voluntario de paternidad por parte de un francés residente en Francia respecto de su hijo francés residente en España con su madre y con traslado subsecuente de residencia habitual de todos ellos a Francia. La idea de conexión anticipada a la futura nacionalidad es descartada para el actual art. 9.4 CC por E. Rodríguez Pineau (*CCJC*, 109/2019).

<sup>34</sup> Lo denuncia M. D. Adam Muñoz, “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 8-2, 2016, pp. 34-54, pp. 40-42. Los supuestos problemáticos que refiere son reales, aunque no son todos los posibles, pues el análisis está muy condicionado por las *acciones* judiciales de filiación. El mismo sesgo se aprecia en A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 319 y 320.

### III. Relatividad de los nuevos protagonistas

#### 1. Ley aplicable versus reconocimiento de estatus

Más atrás advertí que el estudio de la norma de conflicto como método hábil para resolver los problemas planteados por la determinación de la filiación por naturaleza en los supuestos internaciones era una mera hipótesis de trabajo. La advertencia venía a cuento de la cada vez más presente impugnación de este método en beneficio del de “reconocimiento” o, siendo más modestos (porque creo que hay que serlo), del creciente desplazamiento de la norma de conflicto por la recepción de situaciones jurídicas conformadas o cristalizadas en el extranjero. Algo especialmente visible en materia de estado civil<sup>35</sup>.

La filiación por naturaleza no es ajena a esta transformación metodológica. Algunas realidades cotidianas, como las consecuencias de las cada vez más sofisticadas técnicas de reproducción asistida (TRA) o la creciente importancia de la maternidad subrogada así lo atestiguan. Además, la filiación por naturaleza, como estado civil que puede no precisar ningún tipo de acto o de acontecimiento jurídico accesorio al hecho del mero nacimiento, presenta un caldo de cultivo especialmente propicio para un acercamiento a su realidad a través del reconocimiento o recepción de situaciones. Una filiación siempre existe en algún lugar desde el nacimiento de alguien.

Dicho esto, dedicaré el tiempo justo a señalar que esta aproximación, ni es nueva ni, sobre todo, limita de forma importante a una aproximación desde la ley aplicable.

No es nueva. En el sintético muestreo de Derecho comparado que manejamos, la LSDIP ya nos avanza esta dimensión en su artículo 73, relativo al reconocimiento voluntario realizado o impugnado en el extranjero. Es verdad que es mucho más fácil una aproximación desde el reconocimiento cuando hay un acto tangible asociado a la situación que cuando es una mera situación en la que no ha intervenido sino la naturaleza. Pero aún así, la LSDIP contiene normas sobre el reconocimiento de la filiación, al margen (además de) del reconocimiento de resoluciones relativas a la filiación por naturaleza. Y aunque en materia de reconocimiento voluntario bien pudo haberse quedado con una norma sobre ley aplicable, no lo hizo, y distinguió entre los reconocimientos voluntarios efectuados en Suiza (determinando la ley aplicable) y los efectuados en el extranjero, incorporando para el reconocimiento de estos últimos un método próximo al de la remisión al ordenamiento competente. Que esta realidad sea una consecuencia natural de la estructura general de la LSDIP no le arrebatara su relevancia como método de recepción ajeno a la norma de conflicto clásica... y junto a la norma de conflicto clásica<sup>36</sup>.

No es nueva y, sobre todo, no es suficiente. Existen algunos problemas o situaciones en las que tendrá (y está teniendo) el protagonismo principal. Como he señalado, puede ser el caso, por ejemplo, en España (y en el resto de los países de nuestro entorno próximo) en la gestación por sustitución; pienso también en otras situaciones en las que se pueda recurrir a TRA que no estén

---

<sup>35</sup> En relación con la determinación de la filiación por naturaleza, *vid.* mis observaciones en “Filiación natural y filiación adoptiva...”, *loc. cit.*, pp. 415-417. Ahorro al lector la cita de la inabarcable doctrina acumulada en los últimos años, que acabaría con el espacio del que dispongo.

<sup>36</sup> Un precedente aún anterior lo puede constituir el art. 31.2 del CC portugués: tras señalar el párrafo primero del mismo artículo que la ley personal es la de la nacionalidad del individuo se añade que: “São, porém, reconhecidos em Portugal os negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual do declarante, em conformidade com a lei desse país, desde que esta se considere competente” (al respecto, R. M. Moura Ramos, “La méthode de la reconnaissance à l’intérieur du système conflictuel: l’article 31.º, n.º 2, du code civil portugais de 1966”, en este mismo libro homenaje).

lo suficientemente universalizadas (prohibidas o sin acceso en unos países y admitidas en otros). Pienso igualmente en la situación dentro de la UE y cómo las libertades desplazan un razonamiento conflictual en este ámbito (y en otros). Mas a nadie se le oculta que tras recibir o reconocer una filiación establecida en el extranjero (o no hacerlo), los problemas no se han acabado: por ejemplo, la filiación se reconoce respecto de dos personas (hijo y progenitor) y con posterioridad se pretende el establecimiento respecto de una tercera, bien mediante reclamación o bien mediante un voluntario reconocimiento; y/o con posterioridad se impugna la filiación reconocida y/o la posteriormente establecida; o se impugna una establecida para establecer una distinta... y todo eso llama a la puerta de la ley aplicable.

Además, no pueden desconocerse todos los supuestos y situaciones en los que, sin más, el problema de la ley aplicable se suscita en primera persona sin que haya mediado previamente ningún tipo de recepción de una filiación “proveniente” del extranjero. Todos los relativos a la población extranjera residente en España, por ejemplo. Que estadísticamente no son pocos.

Así pues, es posible que podamos orillar la búsqueda de la ley aplicable a la filiación por naturaleza ante determinadas situaciones en las que aparezca más apropiada la “recepción” de la filiación cristalizada en el extranjero. Pero ni las potenciales vicisitudes futuras de esta filiación reconocida (la filiación es un *estado* que existe mientras exista la persona), ni la gran cantidad de situaciones en las que el reconocimiento, sin más, no procede, nos ahorran la búsqueda de la ley aplicable.

## *2. La filiación como presupuesto: el primer plano de los efectos y los derechos humanos*

En los trabajos mencionados que se siguen en la Conferencia de La Haya se puso prontamente de manifiesto la trascendencia de la determinación de la filiación como presupuesto del goce de derechos, algo que hace que la búsqueda de ley aplicable se contamine (o, en positivo, se condicione) por esos derechos<sup>37</sup>.

Realmente no es esta tampoco una novísima dimensión en términos estructurales. De todos es bien conocido el muy estudiado y analizado tema de la cuestión previa de filiación en materia de obligaciones alimenticias y la conveniencia, inconveniencia y, en su caso, alcance de una materialización de la respuesta (a la cuestión previa de filiación) en función de la materialización de la solución conflictual para los alimentos<sup>38</sup>. Sin embargo, lo que ahora preocupa es más general y se vincula directamente a los derechos humanos. Ciertamente, a los derechos humanos *del niño* (y no del mero hijo) o, probablemente, del *hijo-niño*. Si analizamos someramente los desarrollos del citado Doc. Prel. 3B (2014) de la Conferencia de La Haya, comprobaremos cómo mi anterior crítica sobre la identificación de hijo y niño se diluye por la plena conciencia de la identificación. Porque ya no es una mera jugarreta de la mente (y el lenguaje) que identifica hijo y niño de forma inconsciente, cuando son dos realidades distintas. Ahora es una consciente asunción de que la ley aplicable a la filiación por naturaleza está -tiene que estar- ajustada a los derechos consagrados en la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, porque la filiación es la puerta de entrada a derechos que los niños tienen frente a adultos (como la responsabilidad parental, los alimentos, los derechos sucesorios) o frente al Estado (nacionalidad, cuando esta está ligada a la filiación)<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Es una de las preocupaciones más recurrentes en los trabajos de la Conferencia de La Haya. Ya en el citado Doc. Prel. 3B (2014); igualmente en el Doc. Prel. 3A (Feb. 2015).

<sup>38</sup> Materialización que también podría alcanzar a las cuestiones previas frente a la cuestión principal de filiación como describí en *Filiación*, pp. 238-247.

<sup>39</sup> Doc. Prel. 3B, *cit.*, p. 10, entre otras. La presencia de este tópico en los trabajos en el seno de la Conferencia de La Haya es continua (hasta el último documento publicado, Doc. Prel. 2B, de febrero de 2019).

La verdad es que esta afirmación contemplada en su generalidad no admite crítica. Todo el Derecho tiene que estar ajustado a las exigencias de dicha Convención (y de otras muchas con igual grado de vinculación). Como axioma, el tema tampoco es nuevo<sup>40</sup>. Mi postura, obviamente, no es negar esta premisa, sino plantear cómo se ha de plasmar en la normativa positiva. Cuál debe ser el real grado de afectación de la norma que decide cuál es la ley aplicable a la filiación: ¿deberá haber una para la filiación de los menores acreedores de los derechos de la Convención y otra para los que ya no lo son? Confieso que en el pasado esta pregunta, en mi boca, habría sido claramente retórica y marcadamente irónica. Hoy es honesta (y resignada), a pesar de mi prevención sobre tal posibilidad. Que tenga que haber una solución para la determinación de la filiación de una persona de 17 años y otra distinta para una persona de 18 años (o las edades que en cada caso distinguan a niños de no niños) no acaba de convencerme. Pero el tema está sobre la mesa.

En mi opinión, es más razonable, en términos de derechos humanos, bascular de los posibles derechos humanos de goce asociados a la filiación hacia los derechos -si existen- *a la filiación*. El razonamiento en este contexto podría centrarse, por un lado, en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los derechos del niño (para el caso de niños) y en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, con carácter general. En ellos se habla del derecho del niño “en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”; de su derecho a “preservar su identidad... y las relaciones familiares de conformidad con la ley” (citados arts. 7 y 8); y del derecho de “*toda persona* [niño o no niño] al respeto de su vida privada y familiar” (art. 8 CEDH) en el que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha anclado el derecho a la propia identidad y, dentro de él, el del vínculo de filiación<sup>41</sup>.

En este contexto, que en modo alguno me parece categórico de nada, es dable diversificar la perspectiva y distinguir los supuestos en los que la determinación de la filiación por naturaleza se aborde en primera instancia en el foro (en España, en mi hipótesis) de aquellos en los que la determinación se aborde tras una filiación determinada o consolidada (o cristalizada, como se acostumbra a decir ahora) en el extranjero. En esta segunda sí veo que la presión de los derechos humanos puede hacer mermar la eficacia de la norma de conflicto en beneficio de una aproximación de recepción o de reconocimiento, siempre más favorable, pero sin que se rinda a la idea de un derecho absoluto a la continuidad del estado civil (de filiación) ni para niños ni para mayores<sup>42</sup>. El reconocimiento puede conducir a una respuesta positiva o a una negativa. Sean cuales sean las condiciones que a él se aparejen, siempre va a haber cuestiones de orden público infranqueables, incluso aunque estén fuertemente condicionadas por los derechos humanos.

Al margen de estas situaciones, los derechos humanos no son de gran ayuda para discernir qué tipo de norma de conflicto ha de elegirse para la determinación *ab initio* de la filiación natural

---

<sup>40</sup> Vid. el temprano análisis que efectuó desde el DIPr P. Rodríguez Mateos, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, 1992-2, pp. 464-498. Por su parte, N. Bouza Vidal, en su crítica a la neutralidad del anterior art. 9.4 CC, también apelaba a los derechos humanos (“Comentarios al art. 9.4 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas del Código Civil*, R. Bercovitz Rodríguez-Cano, coord., Madrid, 1993, pp. 15-33, p. 20).

<sup>41</sup> Paradigmáticos los casos *Menesson* y *Labasse* y todas sus secuelas. Mi opinión sobre su relevancia real la expreso en mi trabajo, “Viejas y nuevas reflexiones sobre la gestación por sustitución”, *Mujer, maternidad y Derecho*, V Congreso sobre la feminización del Derecho Privado. *Carmona V*, dir. por M. P. García Rubio, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 613-647, pp. 629-634.

<sup>42</sup> Como se deduce de los trabajos en la Conferencia de La Haya, por ejemplo, en la *Note d’information pour la réunion du Groupe d’Experts relatif au projet filiation / Maternité de substitution*, (Feb. 2016), p. 10, párrafo 33 (documento accesible en hcch.net).

(por ejemplo, en el gran número de extranjeros nacidos en España<sup>43</sup>) o para las vicisitudes de una previamente reconocida.

#### IV. Valoración de la solución española y otras conclusiones

Llegados a este punto, y en función del camino elegido en las reflexiones anteriores, cumple señalar que la solución española sobre ley aplicable a la filiación por naturaleza no responde a las expectativas que anunciaba aquel conjunto de atractivos señalados en la introducción. El hecho de no distinguir entre los distintos títulos de acreditación de la filiación es una opción no censurable pero que no optimiza la respuesta a las características propias de cada uno de ellos. La elección de la persona del hijo me parece correcta y ciertamente con más ventajas que sus alternativas. La del punto de conexión primario, residencia habitual, meramente aleatoria. Tiene sus ventajas y sus inconvenientes. Personalmente veo más ventajas a la nacionalidad del hijo: proporciona mayor estabilidad, se presta menos a manipulación y es tan “internacionalizable” -o más- que la residencia habitual. Mas no haré bandera de ello. La determinación del momento relevante, por decirlo suavemente, crea más problemas que los que trata de resolver. Y la configuración de su orientación material (amén de dificultades estrictamente técnicas, que no he abordado) es voluntarista e irreflexiva. Pero es la que es, y, al menos, la interpretación de su alcance hecha por el TS me parece correcta.

Como balance general, aparte del originario artículo 9.4 CC (en versión de 1974), con su apelación a la ley del padre, casi me atrevería a decir que nuestro actual artículo 9.4 CC es la peor norma de conflicto sobre determinación de la filiación natural que hemos tenido en nuestra historia reciente<sup>44</sup>. Y en esta valoración no incluyo a las presuntas buenas intenciones del legislador (que, ciertamente, son *muy presuntas*), sino simplemente el resultado alcanzado.

Y, sin embargo, si algo me han aportado las presentes reflexiones es el convencimiento de que no hay razones para ser excesivamente severos con ella (ni con sus precedentes). El somero análisis de DIPr comparado nos habla de una enorme heterogeneidad. De las dificultades para hallar una solución preponderante que pueda ser generalmente aceptada. Son dificultades que ya han reconocido de plano los expertos en la Conferencia de La Haya<sup>45</sup>, constatando que todos los sistemas de DIPr tienden a aplicar las *polícies* de su Derecho sustantivo, por lo que el punto de conexión (yo diría, en general, la configuración de la norma de conflicto) es un factor secundario frente, por ejemplo, el viejo orden público<sup>46</sup>. Nada nuevo. La tendencia a la aplicación de la ley del foro mediante cualquier subterfugio es una realidad intemporal en materia de filiación<sup>47</sup>.

Pero precisamente por todo eso, también creo que debe huirse de adhesiones concretas a tal o tal otro método, de apologías entusiastas de tal o tal otra técnica o tal o tal otra conexión, tan a la moda. La nueva nomenclatura del DIPr, que se esfuerza en ver unicornios en normas que de nuevas tienen solamente la fecha de su promulgación, seguro que se saltó las primeras lecciones básicas del DIPr, del mismo modo que las atractivas conjeturas sobre la bondad de nuestro casi flamante artículo 9.4 CC quizá también se hayan saltado el estudio de las cuatro reglas.

---

<sup>43</sup> En 2018 había 485556 extranjeros nacidos en España, según el INE.

<sup>44</sup> Y recordemos que aquella primera, no era aplicable en sentido estricto a la *determinación* de la filiación, así que, definitivamente, la peor.

<sup>45</sup> Doc. Prel. Núm. 2 (Feb. 2017).

<sup>46</sup> Resumen que hago de las conclusiones presentes en la citada *Note d'information*. Lo que hace comprensible que se piense -más que en soluciones sobre ley aplicable- en instrumentos sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras sobre filiación en general o sobre filiación derivada de gestación por sustitución en particular (Doc Prel. 2B, de febrero de 2019).

<sup>47</sup> *Vid. Filiación...*, *op. cit.*, pp. 199 y ss.

De forma mucho más modesta (y rendida) creo que las últimas décadas no han sido capaces de ofrecernos de forma contundente un par de alternativas solventes y preponderantes sobre la ley aplicable a la determinación de la filiación natural. Se me puede decir que, al fin y al cabo, aquí, como en cualquier otra solución normativa, todas las ofertas son contingentes y ninguna necesaria. Pero no deja de llamar la atención la contraposición entre las dificultades para hallar un cierto consenso sobre la ley aplicable a la determinación de la filiación natural y el logrado en otros ámbitos para los que la filiación suele ser un *prius*, como puedan ser el nombre, la responsabilidad parental, los alimentos entre parientes e, incluso, los derechos sucesorios. Todo un reto y una invitación para seguir buscando.