HEINONLINE

Citation:
Isabel Lorente Martinez, Natural Filiation. Art. 9.4.
CC. and the Triumph of the Child's Habitual Residence,
10 Cuadernos Derecho Transnacional 592 (2018)

Content downloaded/printed from HeinOnline

Thu May 3 07:17:30 2018

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at https://heinonline.org/HOL/License

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your HeinOnline license, please use:

Copyright Information

Use QR Code reader to send PDF to your smartphone or tablet device

FILIACIÓN NATURAL. EL ARTÍCULO 9.4 DEL CÓDIGO CIVIL Y EL TRIUNFO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL HIJO

NATURAL FILIATION. ART. 9.4 CC. AND THE TRIUMPH OF THE CHILD´S HABITUAL RESIDENCE

Isabel Lorente Martínez
Doctora en Derecho
Abogada Colegiada ejerciente del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Profesora Asociada de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia

Recibido: 13.01.2018 / Aceptado: 5.02.2018
DOI: https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4140

"Hijo, hermano, padre, amante, amigo. Hay espacio en el corazón para todos los afectos, así como hay espacio en el cielo para todas las estrellas."
Victor Hugo

Resumen: A través de esta reciente e interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona se aborda el estudio de la ley aplicable a los casos de filiación natural. Se subraya el acierto del legislador español a la hora de cambiar el punto de conexión del artículo 9.4 del Código Civil español, antes nacionalidad del hijo, ahora residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación, con la modificación operada por el apartado uno del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
Palabras clave: filiación, ley aplicable, nacionalidad, residencia habitual, menores, Derecho interregional.

Abstract: Across this recent and interesting judgment of the Provincial Hearing of Tarragona dealt with the survey of the applicable law to the natural filiation cases. The success of the Spanish legislator is underlined at the moment of changing the point of connection of the article 9.4 of the Civil Spanish Code, before nationality of the son, now law of the habitual residence of the son into the moment of the establishment of the filiation, with the modification operated on the paragraph one of the second article of the Law 26/2015, of July 28, of modification of the protection system to the infancy and to the adolescence.
Keywords: filiation, applicable law, nationality, habitual residence, minor, interregional Law.

Sumario: I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de julio de 2017. II. La norma central sobre la ley aplicable a la filiación en el Derecho internacional privado español. El art. 9.4 del CC y sus caracteres básicos. III. Los puntos de conexión del art. 9.4 CC y la lucha contra el conflicto móvil. IV. Derecho interregional, territorialidad judicial y residencia habitual en el art. 9.4.I CC. V. Conclusiones.

I. Los hechos y las cuestiones jurídicas suscitadas en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de julio de 2017.[1]

1. Los conflictos de leyes en el sector de la filiación no han sido frecuentes en las decisiones de la jurisprudencia española[2]. Por ello, una sentencia que toma en consideración el art. 9.4 CC debe ser siempre bienvenida como motivo para realizar una reflexión conflictual. En la SAP de Tarragona de 20 de julio de 2017 expone el Magistrado que "*no hay cuestión sobre la ley aplicable a la acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial ejercitada por la actora, ahora apelada, que, por otro lado, viene determinada por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de su establecimiento, conforme al art. 9.4º del CC de carácter imperativo como norma de conflicto (art. 12 CC), por tanto los motivos de oposición suscitados en el recurso deben resolverse de acuerdo con la normativa contenida en el Código Civil y no de acuerdo con el Libro II del CCCat. En atención a la residencia habitual de aquél en Madrid.*" La redacción actual del punto cuarto del art. 9 del CC se debe al apartado uno del artículo segundo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y aborda de modo novedoso la determinación de la ley aplicable a los casos de filiación natural[3]. El enfoque de la sentencia citada constituye punto ideal para exponer en el presente trabajo, y de forma analítica, el significado del (oportuno) cambio del punto de conexión, ese viaje iniciático que transcurre desde la obsoleta conexión "nacionalidad del hijo" a la moderna y dinámica conexión de la ley de "residencia habitual del hijo" en el momento del establecimiento de la filiación, operado con la precitada reforma legislativa[4].

2. Según se extrae de los datos de la sentencia existió una relación sentimental entre las partes, ambos pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía, la actora destinada en Madrid, pero agregada temporalmente al aeropuerto de El Prat (Barcelona), y el demandado con destino en Barcelona. Queda fuera de toda duda este extremo, por las declaraciones testificales de compañeros de trabajo del demandado y familiares de la actora, declaraciones que no pueden tacharse de contradictorias sino detalladas y coherentes con la realidad de lo acontecido. La relación se prolongó desde el mes de diciembre 2008 hasta finales de enero 2009 en que el demandado al conocer el embarazo le dio a la actora-apelada la alternativa de aborto o no continuación de la relación. La época de la concepción se sitúa precisamente en ese periodo pues el hijo nació y la prueba de las relaciones íntimas como es natural ofrece dificultades por desarrollarse en ámbitos privados, pero la declaración de la actora y los datos que ofrece sobre el apartamento donde vivía el apelante y tuvieron lugar los encuentros, también en una pensión en Madrid es concluyente. La constancia en la inscripción de nacimiento del nombre del padre del nacido, la conducta de la madre de hablar con familiares del apelante en León para que mediaran y reconociera al menor, el mantenimiento de contacto telefónico desde 2003 a 2010 con el demandado y, finalmente, la advertencia de que si no reconocía le demandaría con la callada por respuesta, son con los anteriores indicios bastantes para concluir que la prueba biológica se encuentra reforzada de manera sustancial y contundente. El tribunal no tiene dudas a la hora de fijar la Ley que determinará la filiación de este hijo, que será el Derecho civil común español, al tener el hijo su residencia habitual en Madrid.

---

[1] Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona de 20 de julio de 2017. ECLI: ES:APT:2017:751 Id Cendoj: 43148370012017100199. Link: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action= contentpdf&databasematch=AN&reference=8190233&links=filiacion&optimize=20171030&publicinterface=true

[2] Una excepción muy bien comentada puede verse en M. Virgós Soriano, "Nota a la DGRN 10 enero 1984", *REDI*, 1984, pp. 670-674. También, con reflexiones sobre la actividad judicial en el sector de la filiación, *vid.* S. Álvarez González, "*Nota* a la SAT Bilbao de 9 enero 1985", *REDI*, 1988, vol.XL, pp. 225-227.

[3] BOE núm. 180, de 29/07/2015. Link: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-8470 . Un comentario bien podersado en M.D. Adam Muñoz, "La nueva regulación de la filiación natural en el derecho internacional privado español", *CDT*, 2016, pp. 34-54.

[4] Los inconvenientes de la redacción anterior del art. 9.4 Cc pueden explorarse en N. Bouza Vidal, "Art. 9.4 Cc.", AA.VV. (Coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano), C*omentarios a las reformas del Código civil (Desde la ley 21/1987 de 11 de noviembre a la ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 15-35; L.F. Carrillo Pozo, "La filiation dans le droit international privé espagnol: quelques profils critiques", *RDIPP*, 1995, pp. 585-606.

II. La norma central sobre ley aplicable a la filiación en el Derecho internacional privado español. El art. 9.4 del CC y sus caracteres básicos.

3. La norma central del DIPr. español en el sector de la filiación por naturaleza es el art. 9.4 CC, en su redacción dada por el art. 2 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, como se ha apuntado anteriormente. Con carácter general, resulta oportuno realizar una precisión en concordancia con la estructura que presenta este art. 9.4 CC. El art. 9.4 CC se divide en dos partes que se ocupan de cuestiones diferentes: 1º) En su primer inciso (art. 9.4 I) se fija la Ley reguladora de la determinación y el carácter de la filiación natural, esta norma de conflicto presenta tres puntos de conexión estructurados en cascada, es decir, con un orden jerárquico en su aplicación. 2º) En su segundo inciso (art. 9.4 II) se concreta la ley reguladora del contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental (art. 9.4.II CC) y ello se hace mediante una norma de remisión al Convenio de La Haya de 19 octubre 1996 [responsabilidad parental y protección de niños[5]]. Son las normas de conflicto contenidas en este convenio las que determinan la ley reguladora de las instituciones jurídicas de protección de los menores y de su ejercicio. En este trabajo el punto de atención se va a centrar en el primer inciso del art. 9.4 del CC[6]. Resulta oportuno recordar de modo sumario algunos caracteres que presenta esta norma de conflicto.

4. En primer lugar, el art. 9.4 CC concentra su perspectiva jurídica sobre la persona del "hijo". La filiación es una relación jurídica que afecta a progenitores e hijos. Sin embargo, la filiación constituye una institución jurídica dirigida, primordialmente, a la protección del hijo. Por ello, el art. 9.4 CC es una norma de conflicto puerocéntrica, como señala la doctrina más autorizada[7]. Los puntos de conexión que contiene el art. 9.4 CC ordenan aplicar la ley de la residencia habitual del hijo, y en segundo término la ley de la nacionalidad del hijo. El precepto, no contempla en sus puntos de conexión la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad de los progenitores.

5. En segundo término, el art. 9.4 CC contiene puntos de conexión establecidos en cascada. Se trata de son puntos de conexión subsidiarios, puntos de conexión que resultan aplicables unos en defecto de otros.

6. En tercer lugar, el art. 9.4 CC es una norma de conflicto materialmente orientada, enfoque ya frecuente en otros sistemas estatales de DIPr., como demuestran el acabado estudio de E. Bergamini y el ponderado trabajo de O. Lopes Pegna[8]. Este precepto apunta a la aplicación de la ley de la residencia habitual del hijo, y en el caso concreto de que dicha Ley no permita el establecimiento de la filiación del hijo ordena también no aplicarla. En ese supuesto, se aplicará de forma subsidiaria la Ley nacional del hijo y si ésta tampoco permite el establecimiento de la filiación del hijo, se aplicará la Ley sustantiva española. Ese enfoque completa la constitucionalización de la norma de conflicto española relativa a la filiación por naturaleza, pues el texto anterior del precepto, tal y como subrayó L.I. Sánchez Rodríguez, "Las relaciones paterno-filiales en el Derecho internacional privado", no llevó hasta sus últimas consecuencias, por desagracia, los dictados de la norma suprema del Derecho español.

7. En cuarto lugar, el art. 9.4 CC presenta un doble objeto de regulación. Es una norma que precisa, de modo separado, la Ley aplicable a la determinación y carácter de la filiación por un lado (art. 9.4.I CC), y la ley que reguladora de los efectos de la filiación por otro (art. 9.4.II CC).

---

[5] BOE núm. 291, de 02/12/2010. Link: https://www.boe.es/boe/dias/2010/12/02/pdfs/BOE-A-2010-18510.pdf

[6] A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª ed., Ed. Comares, Granada, 2017, p. 403.

[7] A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 400.

[8] E. Bergamini, "Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte", *RDIPP*, 2015, pp. 315-348; O. Lopes Pegna, „Riforma della filiazione e diritto internazionale privato", *RDI*, 2014, pp. 394-418. También P. Picone, "Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione", *RDI*, 1997, pp. 277-350.

8. Conviene también subrayar, por otro lado, que el art. 9.4 inciso primero del CC es una norma de conflicto que evita el conflicto móvil, como se destaca en el siguiente epígrafe con más detalle. Desde otro punto de vista, esta norma permite también activar la excepción de fraude de ley internacional (art. 12.4 CC) en los casos en los que las partes hayan manipulado artificial y maliciosamente el punto de conexión del art. 9.4.I CC para provocar la aplicación de una Ley estatal que favorece sus intereses. De ese modo, el art. 12.4 CC purifica la conexión en el caso concreto y lo reconecta con el país con el cual presenta los vínculos más estrechos[9]. Finalmente, el art. 9.4.I CC deja abierta la posibilidad de activar, en ciertos casos y dentro de determinados límites, el reenvío de retorno (art. 12.2 CC). Ello sucederá si la Ley de la residencia habitual del hijo o la ley nacional del hijo o menor contienen una norma de conflicto que remite, a su vez, al Derecho español. De ese modo, el art. 12.2 CC puede permitir la no aplicación del Derecho extranjero de un país que no está realmente conectado con el caso y permite reconectar el caso con España, país más vinculado con la situación, cuya Ley material será aplicable[10].

III. Los puntos de conexión del art. 9.4 CC y la lucha contra el conflicto móvil.

9. Los puntos de conexión que establece el art. 9.4.I CC para fijar la Ley aplicable a la determinación y al carácter de la filiación por naturaleza están estructurados jerárquicamente. Se trata de los siguientes.

10. En primer término, 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. Debe entenderse que tal momento es el momento de ejercicio de la acción judicial ante los tribunales españoles.

11. En segundo lugar, el art. 9.4.I CC señala que se aplicará la ley nacional del hijo en el momento del establecimiento de la filiación únicamente en estos dos casos: a) Si el hijo careciere de residencia habitual; b) Si la ley de la residencia habitual del hijo no permitiere el establecimiento de la filiación.

12. En tercer lugar, precisa el art. 9.4.I *in fine* CC que se aplicará la ley sustantiva española en estos dos supuestos: a) Si la ley nacional del hijo no permitiere el establecimiento de la filiación; b) Si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad.

13. Un acierto del legislador en la redacción de esta norma de conflicto en el sector de la filiación natural fue prever que las circunstancias previstas como puntos de conexión empleados por el art. 9.4 CC pueden cambiar en el tiempo. Ese cambio generaría lo que en Derecho internacional privado se conoce como el famoso problema del "conflicto móvil", que en el sector de la filiación natural presenta, explica L. Muschter, problemas muy agudos al aparecer conectados con la orientación material de la norma de conflicto[11]. El conflicto móvil se produce si la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto muta en el tiempo. La consecuencia negativa que provoca el conflicto móvil es que produce una gran incerteza en el momento de precisar la ley aplicable para determinar la filiación. Por ese motivo, eliminar el conflicto móvil es positivo porque fortalece la seguridad jurídica para los particulares en cuanto pueden determinar qué concreta ley será la aplicable y en cuál va a ser el momento relevante para fijar dicha ley para determinar la filiación natural. La previsibilidad jurídica, corolario preciso y saludable de la seguridad jurídica, queda salvaguardada. Sin embargo, cierto es que la redacción en el precepto no resulta del todo comprensible y clara.

14. En el supuesto de que se deba dar la aplicación de la Ley de la residencia habitual del hijo, pero éste ha tenido su residencia habitual en varios países, surge la duda de saber qué concreta residencia habitual del hijo debe tomarse en consideración para fijar la Ley aplicable a la filiación del mismo.

[9] A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 401.
[10] A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 400.
[11] L. Muschter, *Statutenwechsel im internationalen Kindschaftsrecht*, Hamburg, Kovac, 2003, pp. 28-33.

Semejantes problemas de conflicto móvil surgen en el caso de que la Ley aplicable a la filiación sea la Ley nacional del hijo y éste haya tenido distintas nacionalidades en diferentes momentos de su vida. El art. 9.4.I CC indica que se aplicará la ley de la residencia habitual del hijo o, en su caso, la Ley nacional del hijo "*en el momento del establecimiento de la filiación*". En efecto, la expresión empleada por el art. 9.4.I CC no es fácil de descifrar porque cuando se ejercitan acciones judiciales para determinar la filiación es, lógicamente, porque la filiación no está establecida. De hecho, se trata, precisamente, de determinar o establecer la filiación de un hijo. Por tanto, si se debe aplicar la Ley de la residencia habitual del hijo o la Ley nacional del hijo "*en el momento del establecimiento de la filiación*", resulta que la filiación no está establecida. Por tanto, el resultado de una aplicación literal del mandato legal provoca consecuencias absurdas cuando no circulares que no acaban con la incerteza jurídica que suscitan los casos de conflicto móvil en el sector de la filiación por naturaleza. En realidad, en los casos en los que el hijo ha tenido su residencia habitual en varios países o ha ostentado diferentes nacionalidades, una aplicación literal de la solución recogida en el art. 9.4.I CC no permite concretar qué Ley estatal es aplicable. Con otras palabras, puede afirmarse que, en relación con el conflicto móvil, una interpretación literal del art. 9.4.I CC generaría una laguna legal, porque en realidad no precisa el momento temporal en el que debe tenerse presente ni la residencia habitual del hijo ni la nacionalidad del mismo[12].

15. Una lectura lógica y sistemáticamente coherente debe conducir a preferir el momento en el que se presenta la demanda ante los tribunales españoles. Otra interpretación de lo establecido en el art. 9.4 I CC conduciría a una solución incoherente e irracional. A esta solución se llega porque parece conveniente proceder a una lectura integrada del precepto en sintonía con el art. 22 quater d) LOPJ[13], como ha propuesto con pleno acierto M. Guzmán Zapater. Este art. 22 quater LOPJ, redactado por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, contiene diversos foros de competencia judicial internacional que establecen para los tribunales españoles cuando pueden entrar a conocer de los pleitos internacionales relativos a la filiación por naturaleza. Pues bien, el art. 22 quater d) LOPJ señala que los tribunales españoles son competentes para conocer de los litigios en materia de filiación "*cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda*".

16. Al no ser exacto el art. 9.4.I CC cuando intenta congelar en el tiempo los puntos de conexión de la norma de conflicto genera una laguna legal, parece procedente aplicar por analogía el criterio que emplea el precitado art. 22 quater LOPJ para fijar en un concreto momento temporal la residencia habitual del hijo. De ese modo, debe entenderse que el legislador que redactó el art. 9.4.I CC quiso decir, en realidad, que, en los casos de conflicto móvil, debe aplicarse la Ley de la residencia habitual del hijo o la Ley nacional del hijo "en el momento de interposición de la demanda para el establecimiento de la filiación". Por "momento de interposición de la demanda" debe entenderse el momento en el que dicha demanda se presenta ante los tribunales de justicia españoles, y no el momento en el que la demanda se declara admitida.

17. Como explica J. Carrascosa González, la solución propuesta en el art. 9.4 CC inciso primero, consistente en congelar los puntos de conexión en el momento de presentación de la demanda ante los tribunales españoles, es adecuada, conveniente y positiva por varias razones: (a) Proporciona un criterio estable, seguro y claro para concretar la conexión empleada por la norma de conflicto. La determinación del momento de interposición de la demanda es sencilla, clara y evidente para las partes y para los tribunales; (b) Es un criterio que, además, es coherente con el utilizado para congelar en el tiempo estos criterios en el sector de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, pues está tomado del citado art. 22 quater d) LOPJ. Ello facilita, nuevamente, la labor de los tribunales y las expectativas legales de las partes; (c) Asegura la aplicación de una Ley conectada con el supuesto

[12] A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 403.

[13] Así lo propone M. Guzmán Zapater, "Nota a la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12ª), núm. 477/2015, de 1 de julio", *REDI*, vol. 68, Nº 1, 2016, pp. 202-204.

en el momento en el que los hechos se van a juzgar y a decidir. Se ajusta el supuesto con la aplicación de la ley estatal más vinculada con el caso[14].

18. No obstante, lo anterior, esta solución consistente en congelar los puntos de conexión del art. 9.4.I CC en el momento del ejercicio de acción judicial ante los tribunales españoles presenta también una consecuencia negativa: esta solución puede fomentar las conductas estratégicas y fraudulentas, pues el hijo puede cambiar de nacionalidad o de residencia habitual con el único objetivo de provocar la aplicación de una Ley estatal que le resulta favorable a sus intereses. Se trata, sin embargo, de un inconveniente que posee mecanismos para luchar contra el mismo, a través de la excepción de fraude de Ley internacional (art. 12.4 CC)[15].

19. El carácter materialmente orientado del art. 9.4 I CC aumenta el riesgo de *fórum shopping* y el nivel de inseguridad jurídica[16]. Es muy posible que el Derecho aplicable a la determinación de la filiación sea distinto según se litigue ante tribunales españoles o ante tribunales de otros Estados que no siguen la línea política y legislativa española en favor de un fundamental establecimiento de la filiación. Por lo tanto, no será extraño, indica H. Gaudemet-Tallon, que las partes calculen sus posibilidades de obtener un resultado u otro y apuesten por jugar al *Forum Shopping* y se dirijan con a litigar ante la jurisdicción que les ofrezca los mejores resultados a sus intereses[17]. Es el precio a pagar por la anticipación del orden público internacional que esconde en su interior, recuerda G.M. Ubertazzi, toda norma de conflicto materialmente orientada[18].

IV. Derecho interregional, territorialidad judicial y residencia habitual en el art. 9.4.I CC.

20. En los supuestos en los que se ha de determinar la filiación natural del hijo y se ha de determinar el Derecho *ad intra* que se ha de aplicar, esto es, en los casos de Derecho interregional es aplicable el art. 16 CC. Con arreglo a este artículo, deberá darse aplicación a la Ley civil autonómica o estatal que corresponde al lugar de la residencia habitual del hijo (art. 9.4.I CC). Es irrelevante la nacionalidad del hijo y la nacionalidad de los (presuntos) progenitores del mismo y su vecindad civil si la tuvieren en España. Lo que se extrae de la jurisprudencia española es que, con cierta frecuencia, en esta materia y cuando se trata de casos de Derecho interregional, los jueces, de modo directo, aplican la Ley del territorio en el que actúan el tribunal juzgador, es lo que la doctrina más acreditada en estos temas denomina la territorialidad judicial del Derecho[19].

21. Estos tribunales llegan a esta solución errónea por aplicación de normas autonómicas que son, en realidad, normas inconstitucionales. Esto es así porque resuelven "conflictos de leyes", como las que proclaman la territorialidad formal del Derecho autonómico (SAP Barcelona 1 julio 2015 [establecimiento de filiación de hijo de madre lituana con residencia habitual en Cataluña][20]). Esas normas, que suelen indicar que debe aplicarse el Derecho de una Comunidad Autónoma cuando un tribunal opera en el territorio de la misma, son inconstitucionales. En efecto, el único legislador que puede establecer

[14] J. Carrascosa González, "Capítulo 36. La filiación en Derecho internacional privado", en M. YZQUIERDO TOLSADA/M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de la Familia*, vol. V (*Las relaciones paterno-filiales [I]*), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2011, pp. 459-508; 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-II, vol. 68, pp. 157-182.

[15] A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 404.

[16] P. Hay, "Flexibility versus Predictability and Uniformity in Choice of Law", *RCADI*, 1991, vol.226, pp. 281-412.

[17] H. Gaudemet-Tallon, "Le pluralisme en droit international privé: Richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)", t. 312, 2005, pp. 9-488, esp. pp. 199-202.

[18] G.M. Ubertazzi, "Lex causae, lex fori e ordine pubblico internazionale nel disconocimiento di paternità", *RDIPP*, 1975, vol.XI, pp. 54-58.

[19] A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 411.

[20] Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 1 julio 2015. ECLI: ES:APB:2015:8035 Id Cendoj: 08019370122015100451. Link: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7487015&links=lituania&optimize=20151006&publicinterface=true

normas que resuelven "conflictos de leyes" es el legislador nacional (art. 149.1.8ª CE 1978), como ha señalado S. Álvarez González en el análisis que realiza de la solución adoptada en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12º), nº 477/2015 de 1 julio 2015[21]. El supuesto de hecho de esta resolución es el siguiente: reclamación de filiación no matrimonial por parte de un nacional brasileño respecto de un niño, de seis años, que consta con filiación inscrita respecto de su madre lituana y su padre español. Al menos estos tres últimos residen en Barcelona. La norma de conflicto para la determinación de la ley aplicable era el art. 9.4 CC en su versión anterior a la actual, redactada de conformidad con la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Su tenor era el siguiente: "El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo". La argumentación judicial respecto de dicho art. 9.4 CC fue ciertamente errática, cuando no simplemente errónea. Era de aplicación en el caso planteado la ley española de la residencia habitual del hijo, que la Audiencia deriva del art. 9.4 CC, se recurre a la catalana, de la siguiente manera:

> "Al existir en España diferentes leyes que regulan esta materia, por el principio de territorialidad establecido en el art. 13.2 del Código Civil español y en lo que dispone el art. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Catalunya, corresponde aplicar las normas del Código Civil de esta Comunidad Autónoma. En concreto es de aplicación la normativa recogida en la Sección I del Capítulo V del Título III del Libro II del CCCat."

22. Se debe señalar, en primer lugar, tal como expone S. Álvarez González[22], que el citado art. 13.2 CC nada tiene que ver con la territorialidad aludida. En segundo lugar, se debe apuntar a la luz del texto de la versión aplicada del art. 9.4 CC, que la ley aplicable a la determinación de la filiación de un español (el niño que lo es por filiación paterna) en virtud de la ley española es la de su vecindad civil (art. 16 CC en relación con el citado art. 9.4 CC). Si este niño tiene vecindad civil catalana, será efectivamente el CCCat el que determine las condiciones para que prospere la demanda de su pretendido padre. Conozcan los tribunales catalanes o de cualquier otra parte del territorio nacional español. Y, obviamente, la territorialidad del Derecho catalán consagrada por el tan citado art. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña no tendría peso alguno en esta cuestión. Si, por el contrario, este niño español ostentase vecindad civil común, porque su padre fuere de tal vecindad (art. 14.2 CC), sería el CC el aplicable, en Barcelona o en cualquier otro punto del territorio nacional donde estuviese conociendo de este caso el juez. Y, obviamente, la territorialidad del Derecho catalán recogida por el art. 14.1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña seguiría sin tener que entrar en esta cuestión de determinación de la ley a la filiación natural.

23. En el caso de la SAP de Tarragona de 20 de julio de 2017 expone el Magistrado que "*no hay cuestión sobre la ley aplicable a la acción de reclamación de la filiación paterna no matrimonial ejercitada por la actora, ahora apelada, que, por otro lado, viene determinada por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento de su establecimiento, conforme al art. 9.4º del CC de carácter imperativo como norma de conflicto (art. 12 CC), por tanto los motivos de oposición suscitados en el recurso deben resolverse de acuerdo con la normativa contenida en el Código Civil y no de acuerdo con el Libro II del CCCat. En atención a la residencia habitual de aquél en Madrid.*" La determinación de la Ley aplicable a este supuesto de filiación natural con el nuevo punto de conexión evita problemas aplicativos, fundamentalmente porque el hijo tiene su residencia habitual en Madrid.

[21] SAP Barcelona (Sección 12º) de 1 de julio de 2015. ECLI: ES:APB:2015:8035 Id Cendoj: 08019370122015100451. Link: http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7487015&links=filiaci%C3%B3n%20lituana&optimize=20151006&publicinterface=true. S. Álvarez González. "La "eficacia territorial" del Derecho Civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales", *Revista de Derecho Civil,* vol. IV, núm. 3, julio-septiembre, 2017, Estudios, pp. 35-62.

[22] S. Álvarez González. "La "eficacia territorial" del Derecho Civil autonómico como (no) criterio de aplicación en situaciones internacionales", *Revista de Derecho Civil,* vol. IV, núm. 3, julio-septiembre, 2017, Estudios, pp. 35-62.

V. Conclusiones

24. El art. 9.4.I CC contiene una norma de conflicto materialmente orientada. Se trata de un precepto que descifra la línea político-jurídica española en el campo del DIPr. El legislador español está siguiendo una política firme en el sector de la filiación natural y en el más amplio espectro de la protección de los menores, una línea que se caracteriza por la introducción de un punto de conexión que ayuda a proteger al hijo. Es cierto que el progreso del Derecho sustantivo en el sector de la filiación ha sido en el entorno europeo y en concretamente en nuestro país muy importante desde el punto de vista axiológico. Como expone M. Guzmán Zapater, nuevos valores han cambiado radicalmente el régimen jurídico material de la filiación por naturaleza en DIPr.[23] Se han eliminado las diferencias ofensivas y discriminatorias entre distintas "clases de hijos", se ha colocado el principio de verdad biológica de la filiación como punto central del sistema, se ha potenciado el derecho a una familia real y a una filiación verdadera, y se han dejado atrás ideas ya superadas como la protección del honor de la familia, la dominación de la familia por el padre-marido y otras similares, radicalmente incompatibles con la Constitución española de 1978 y con la normativa internacional que regula los derechos humanos[24]. Esta evolución material y valorativa del Derecho de la filiación presenta un profundo impacto, bien subrayado por C. Ruiz Sutil, en la determinación de la Ley aplicable a la filiación[25]. Unido esto a un adecuado orden de puntos de conexión en la norma de conflicto que determina ese Derecho sustantivo y la potenciación del punto de conexión residencia habitual del hijo, dicha combinación de elementos normativos producen grandes ventajas. En efecto, el análisis de esta sentencia y de las reflexiones que suscita conduce a realizar diversas reflexiones finales.

Primera. En los casos de filiación natural que regula el art. 9.4 I CC el hijo es el centro de la regulación jurídica. Esta norma de conflicto fija la Ley aplicable a la determinación de la filiación con especial atención en el hijo. Se trata de una norma de conflicto puerocéntrica. Esta opción que escoge el legislador español para dar contenido al art. 9.4 I CC es una elección acertada. En efecto, en primer término, esta opción evita las discriminaciones legales que podrían surgir en el caso de proclamar la aplicación de la Ley nacional o de la residencia habitual del padre o de la madre. En segundo lugar, esta configuración de la norma de conflicto potencia el *favor filii* ya que la Ley aplicable es una Ley vinculada exclusivamente al hijo y no a sus progenitores reales o presuntos.

Segunda. El legislador español acertó plenamente con la elección del primer punto de conexión de la norma de conflicto que establece la ley aplicable a la filiación natural: la residencia habitual del hijo. La preferencia por este punto de conexión de la residencia habitual de la persona responde a la idea de "integración social". Se aplica la Ley de dicho país porque corresponde con el ambiente jurídico y social en el que más integrado está el hijo. Supuestamente ésta es la ley aplicable que menores costes genera para las personas afectadas: hijos y (presuntos) progenitores. La aplicación de la Ley de la residencia habitual facilita la integración de ciudadanos nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y de ciudadanos nacionales de terceros Estados, en el Estado miembro de acogida. Como la mejor doctrina señala la nacionalidad se ostenta, pero en la residencia habitual se vive[26]. La preferencia del legislador por de este punto de conexión, residencia habitual del hijo, potencia asimismo el principio de la libre circulación, ya que la nacionalidad no supone un obstáculo para una verdadera integración del hijo en el país de su residencia habitual.

---

[23] M. Guzmán Zapater, *El derecho a la investigación de la paternidad*, Civitas, 1996, esp. pp. 33-39.

[24] M. Virgós Soriano, "Nota a la DGRN 10 enero 1984", *REDI*, 1984, pp. 670-674; 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-II, vol. 68, pp. 157-182.

[25] C. Ruiz Sutil, *Filiación Hispano-Marroquí. La situación del nacido en España de progenitor marroquí*, 2011, esp. pp. 99-110.

[26] J. Carrascosa González, "Ley aplicable ...", *op.cit.*, pp. 157-182. D. Henrich, "Family Law Across Frontiers: Facts, Conflicts, Trends", en N. Lowe y G. Douglas (eds.), *Families Across Frontiers*, La Haya, 1996, pp. 41-51; de Th. M. Boer, "Prospects for European Conflicts Law in the Twenty-First Century", en Borchers y Zekoll (eds.), *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of F. K. Juenger*, Nueva York, Transnational Publishers/Ardsley, 2001, pp. 193-214; P. McEleavy, "The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into Family Law", *ICLQ*, vol. 51, octubre de 2002, pp. 883-908. A.-L. Calvo Caravaca / J. Carrascosa González, *Derecho...*, *op.cit.*, p. 127.

Tercera. El ocaso aplicativo de la ley nacional y en los casos de Derecho interregional de la Ley de la vecindad civil es un dato incontrovertible. La nacionalidad de la persona, y en los casos de derecho interregional, "la vecindad civil", quedan confinadas a funcionar como punto de conexión subsidiario sólo operativo en defecto de que no se pueda establecer la ley de residencia habitual. Es "*l'effacement de la loi nationale au profit de la loi de la résidence habituelle*" (P. Wautelet[27]). La pérdida de protagonismo y peso conflictual de la conexión nacionalidad, y también, de la conexión vecindad civil de la persona en el DIPr. español se explica porque la aplicación de la Ley de la residencia habitual de la persona contribuye a la integración jurídica de ciudadanos y porque tiene unos costes jurídicos menores para los particulares. La aplicación de la Ley de la residencia habitual suele ser más sencilla, veloz y económica que la aplicación de su propia Ley nacional.

Cuarta. El legislador español ha europeizado de este modo el Derecho internacional privado español de producción interna. Ha preferido, como hace el legislador europeo, el punto de conexión "residencia habitual". El legislador europeo construye el Derecho internacional privado de la UE con normas de conflicto que, en primer lugar, apuestan por la autonomía de la voluntad de las partes en los sectores jurídicos de libre disposición por las partes, normas que permiten que los particulares en sus controversias puedan establecer el Derecho estatal aplicable a las mismas. En defecto de ese punto de conexión el legislador europeo sigue indefectiblemente el punto de conexión "residencia habitual". El legislador europeo ha sido tomado como guía en este sentido por el legislador español, y las soluciones propuestas son óptimas para dar respuesta a estas cuestiones. *Europa marca el camino conflictual para España.*

Quinta. La determinación concreta del país o la región, en los casos de Derecho interregional, donde el hijo tiene su residencia habitual se debe realizar con atención al caso concreto. El buen jurista distingue matices y desciende al detalle. En cuanto a las circunstancias del caso concreto, es claro que el hecho de que un menor de una determinada edad esté escolarizado en un concreto Estado o región es relevante para concretar el país de su residencia habitual. Por el contrario, si se trata de un menor de corta edad, ese dato no debe contar con el mismo peso conflictual. Las normas de conflicto que solventan la situación jurídica de los menores exigen interpretar la noción de residencia habitual del menor en el sentido en el que se favorezca de manera más decisiva la posición jurídica de dicho menor. El interés superior del menor es el eje axiomático y fundamental de todos los procesos en los que se encuentren inmersos estos menores. El buen jurista conoce la norma, pero sólo el mejor jurista está atento a la jurisprudencia. Esta decisión puede parecer desprovista de interés, pero se trata de una falsa impresión. En pocas palabras, esta sentencia confirma el giro copernicano en favor de la ley de la residencia habitual en una materia, como la filiación, vinculada desde hace más de cien años a la nacionalidad de la persona. Adiós nacionalidad, bienvenida residencia habitual del hijo. No son sólo palabras...

[27] P. Wautelet, *Le Code de droit international privé*, p. 18. Link: https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/8045/1/Chronique%20WAUTELET%202005.pdf