

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 DE ABRIL DE 2018 (1281/2017)**

**La Ley aplicable a la filiación:
la residencia habitual del hijo**

Comentario a cargo de:
ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid
Vocal permanente de la Comisión General de Codificación
y
JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE ABRIL DE 2018

ROJ: STS 1281/2018 - **ECLI:** ES:TS:2018:1281

ID CENDOJ: 28079119912018100011

PONENTE: EXCMA. SRA. DOÑA MARÍA DE LOS ÁNGELES PARRA LUCÁN

Asunto: Cuando una norma de conflicto materialmente orientada conduce a la aplicación de una concreta Ley estatal, dicha Ley puede descartarse para pasar a la siguiente conexión sólo si se verifica la condición establecida por el precepto. En el caso del art. 9.4 CC, esa condición es que la Ley de la residencia habitual del hijo no permita establecer la filiación. El TS activa una lectura inteligente y dinámica de esta previsión legal. No se trata de una disposición apodíctica sino de un modo de prescindir de la primera conexión sólo en caso de que la aplicación de la Ley de la residencia habitual vulnere principios fundamentales del

Derecho español en el sector de la filiación por naturaleza. Una cláusula de exclusión de la Ley extranjera que opera como un mecanismo anti-Ley extranjera sin exigir que se tengan presentes los datos de caso concreto, y ello en defensa de un valor sustantivo de primera magnitud: el interés (superior) del menor en la acreditación de su filiación.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. Foros de competencia internacional y filiación por naturaleza. 5.2. La Ley aplicable a la filiación y el carácter materialmente orientado de la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 CC. 5.3. La prueba del Derecho extranjero y las normas de conflicto materialmente orientadas. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El año 2013, un sujeto interpuso demanda de juicio verbal en reclamación de filiación paterna no matrimonial e impugnación de la filiación paterna matrimonial contra otra persona, de nacionalidad española, contra su esposa y contra un menor nacido en España. El actor alegaba que tuvo una relación íntima con una mujer, fruto de la cual fue la concepción del menor. El presunto padre reclama la filiación de su presunto hijo. Los demandados se opusieron a la demanda: i) solicitaron que se declarara la falta de competencia internacional y de jurisdicción, al corresponder a los tribunales suizos la jurisdicción internacional para conocer de este asunto, de acuerdo con la ley suiza, puesto que todos los demandados tienen su residencia habitual en Suiza; ii) alegaron igualmente que, de acuerdo con el derecho internacional suizo, la ley aplicable es la suiza, por ser ese país el lugar de residencia habitual del menor y que a la misma conclusión se llegaría por aplicación del art. 9.4 CC español, dado que la nacionalidad del menor era la suiza; iii) añadieron que, conforme al art. 260 c) CC suizo, la acción estaría prescrita, puesto que el demandante debe ejercitar la acción en el plazo de un año a contar desde el día en que se enteró de que el reconocimiento del menor ha tenido lugar y su autor no es el padre y que en el caso el demandante supo desde el momento del nacimiento del niño que fue inscrito con el apellido del marido de la madre, que lo reconoció como propio; iv) alegaron falta de legitimación del actor por falta de interés en asumir su paternidad desde el nacimiento del menor. Los demandados también presentaron escrito por el que se negaron a la práctica de la prueba biológica, alegando que la acción de reclamación de la filiación perjudicaba los intereses del menor. El caso parece producto de la fantasía de una telenovela de sobre-

mesa pero es real como la vida misma: el menor nació en Tarragona, la madre del mismo estaba casada en Suiza pero el padre biológico de dicho menor no era el marido de la madre, sino un varón residente en Asturias. Tras diversos avatares, la madre decide regresar con el menor a Suiza para reunirse con su marido. El menor, por tanto, tiene residencia habitual en Suiza.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La sentencia de primera instancia estimó la demanda y declaró la filiación paterna no matrimonial del menor, la nulidad de la filiación registral del menor como hijo matrimonial del actor y acordó una serie de medidas respecto del menor sobre patria potestad, guarda, visitas, pago de pensión y cambio de apellidos del menor. La sentencia de primera instancia consideró aplicable la ley española. La sentencia partió del art. 9.4 CC en la redacción dada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, vigente cuando se dictó la sentencia. Este precepto remite en primer lugar a la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación, que en el caso es la suiza. Sin embargo, al estar prescrita la acción conforme al derecho suizo, la sentencia decide acudir al segundo inciso del art. 9.4 y considera aplicable la ley sustantiva española.

3. Soluciones dadas en apelación

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de primera instancia. La Audiencia Provincial, que confirmó la sentencia recurrida, también aplicó la ley española, pero para llegar a esa conclusión no partió de la nueva redacción del art. 9.4 CC sino que, presuponiendo que era aplicable el art. 9.4 CC en la redacción vigente cuando se interpuso la demanda, consideró que el hijo tenía la nacionalidad española. Literalmente dijo que: *“La ley aplicable al caso, segundo motivo de apelación, no es la suiza sino la española, y lo es tanto por razón de la nacionalidad del hijo (nacido en España de padre español, conforme al art. 17.1, a y b CC)”*.

4. Los motivos de casación alegados

Los demandados, ahora recurrentes, alegaron en su recurso extraordinario por infracción procesal que los tribunales españoles no son competentes y que la sentencia recurrida ha declarado la competencia internacional española con apoyo en el art. 22.3 LOPJ, pues el demandante tiene su domicilio en España. Los recurrentes también denunciaron infracción del Convenio de la

Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, que en su art. 5 establece la competencia de los tribunales del Estado en el que el niño tenga su residencia habitual para fijar las medidas para la protección de su persona o bienes.

Entre los motivos de casación es relevante el tercero que denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 68.1 y 69 de la Ley suiza de Derecho Internacional Privado, por interpretación y aplicación errónea del art. 9.1 y 4 CC, por inaplicación de los arts. 252, 255.1, 256.a) y b), 260 a), b) y c) CC suizo y la oposición a la doctrina del Tribunal Supremo que establece que debe aplicarse la ley material extranjera que correspondiere siempre que se pruebe por las partes su existencia, contenido y vigencia. En su desarrollo se aduce que la ley competente para la determinación de la filiación es la suiza, por ser la ley del lugar de residencia del menor. Y atención porque con arreglo a la Ley suiza, debidamente acreditada por la parte demandada ahora recurrente, el plazo de ejercicio de la acción es de un año a contar del día en que el demandante se enteró de que el reconocimiento ha tenido lugar, por lo que la acción estaría prescrita.

Relevante también resulta el cuarto motivo de casación, edificado sobre la infracción de los arts. 9.1 y 9.4 CC, arts. 1 y 2 del Convenio n.º 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil, relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, arts. 79.2 y 82 en relación con los arts. 33.1 y 37.4 de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado de 18 de diciembre de 1987 y 270 CC suizo. Se invoca la doctrina del Tribunal Supremo que establece que debe acreditarse la ley material extranjera que correspondiere siempre que se pruebe por las partes su existencia contenido y vigencia, contenida en las sentencias de 2 de julio de 2004 y 5 de marzo de 2002. Se argumenta que, tanto si se atiende a la única nacionalidad que utiliza el menor como a su residencia habitual, la ley suiza es aplicable no solo a la determinación de la filiación, sino también a las medidas paterno filiales y a los apellidos y que, conforme al derecho suizo, los cambios de atribución de la responsabilidad parental no tienen efecto sobre los apellidos, por lo que el hijo debe continuar llevando sus apellidos personales o al menos, en primer lugar, el apellido de la madre.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. Foros de competencia internacional y filiación por naturaleza

El TS indica que la competencia de los tribunales españoles en los litigios relativos a la filiación se determina conforme a las normas contenidas en el art. 22 LOPJ, sin perjuicio de que, con arreglo a sus propias normas de dere-

cho internacional, los tribunales de otro Estado también pudieran declararse competentes.

En el momento en que se interpuso la demanda que da lugar a los presentes autos estaba en vigor la redacción del art. 22.3 LOPJ 1985 que atribuía la competencia a los tribunales españoles en materia de filiación «cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España». En el caso, a la vista de los hechos probados, concurren estas dos últimas circunstancias, por lo que no hay duda de la competencia internacional de los tribunales españoles (GUZMÁN ZAPATER, M., 1996).

5.2. *La Ley aplicable a la filiación y el carácter materialmente orientado de la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 CC*

La clave de bóveda de esta sentencia se encuentra en la precisión de la Ley aplicable a la filiación extramatrimonial en casos con elementos extranjeros. Casos siempre complicados como la doctrina había advertido hace años (SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., 1978, pp. 402-415). Indica el TS que el motivo tercero del recurso de casación debe ser estimado, puesto que la sentencia de instancia resolvió la acción de filiación con arreglo al Derecho español, cuando debió hacerlo conforme al Derecho suizo, por ser ésta la ley del lugar de residencia habitual del menor.

Y si se declara aplicable el Derecho suizo, como bien apunta el TS, resulta que con arreglo al art. 260.c) CC suizo, la acción de filiación ejercida por el demandante habría prescrito y no sería ya posible establecer la filiación extramatrimonial en perjuicio de la filiación matrimonial que consta en el Registro Civil español. Según el precepto helvético antes aludido, “1. *El demandante debe ejercitar la acción dentro del plazo de un año a contar desde el día en que se enteró que el reconocimiento ha tenido lugar y que su autor no es el padre o que un tercero ha cohabitado con la madre en la época de la concepción o a contar desde el día en que se descubrió el error o en el que la amenaza fue desestimada, pero en todo caso dentro de los cinco años desde el reconocimiento. 2. En todos los casos, la acción del niño todavía puede ser ejercitada en el año siguiente a haber alcanzado la mayoría de edad. 3. La acción puede ser interpuesta después de la expiración del plazo cuando justos motivos hacen el retraso excusable*”.

Con arreglo al Derecho suizo, por tanto, la acción de filiación no puede prosperar, pues ha transcurrido el plazo legalmente previsto para su ejercicio, que en el caso era de un año desde que se enteró que el reconocimiento del hijo por parte del marido de la mujer había tenido lugar y que su autor no era el padre biológico. La conexión es clara: es la residencia habitual del hijo en el momento de ejercicio de la acción de filiación extramatrimonial. Esto es, se trata de la Ley suiza. El Derecho español, indica el TS, no es aplicable al fondo del litigio. Ahora bien, ahí no termina la cuestión relativa a la precisión de la Ley rectora de la filiación natural extramatrimonial porque el art. 9.4.I CC es

una norma de conflicto “materialmente orientada” en lo relativo al establecimiento de la filiación por naturaleza. Sigue la estela de otros sistemas estatales de Derecho internacional privado, como el italiano (BERGAMINI, E., 2015, pp. 315-348; PICONE, P., 1997, pp. 277-350).

El TS, de modo pedagógicamente certero, explica qué es una norma de conflicto materialmente orientada. Subraya el TS, inspirado por lo que cierta doctrina había ya avanzado (CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2017, pp. 400-424) que el art. 9.4.I CC concreta a determinación de la Ley aplicable al establecimiento de la filiación con atención no solo a los vínculos del supuesto con los diversos países, sino que se tiene en cuenta también el contenido material de la Ley aplicable y al resultado material al que conduce la aplicación práctica de dicho contenido en el caso concreto. Por ello, si la Ley del país de la residencia habitual del hijo (= Ley suiza) no permite el establecimiento de la filiación, se aplicará entonces la ley nacional del hijo y si ésta tampoco lo permite, se aplicará entonces la ley sustantiva española. La norma de conflicto materialmente orientada exige “levantar el velo de la Ley aplicable”. Debe, pues, explorarse la solución material a la que conduce la aplicación de la Ley designada por el art. 9.4.I CC. La Ley designada por el precepto sólo puede aplicarse si permite el establecimiento de la filiación del hijo. En caso contrario, eso es, si la Ley designada por el art. 9.4.I CC no permite el establecimiento de la filiación, se pasará a la siguiente conexión en busca de una Ley aplicable que sí permita el establecimiento de la filiación del hijo. Es relevante, por tanto, el contenido sustantivo de la Ley extranjera designada por el art. 9.4.I CC y es relevante también el resultado material al que conduce la aplicación de dicha Ley. El art. 9.4.I CC no es una norma de conflicto “puramente localizadora” y ciega a los resultados materiales a los que conduce. Es una norma con una carga valorativa material muy clara inyectada en la estructura de puntos de conexión. La Ley aplicable depende, pues, no sólo de los contactos espaciales del caso con los distintos países (= no depende solamente de que el supuesto esté más o menos vinculado a un país o a otro), sino del contenido de las Leyes estatales en presencia y del resultado que se produce al aplicar tales leyes al caso en cuestión. El carácter materialmente orientado del precepto exige analizarlo con suma atención. En especial, resulta necesario explorar en profundidad el significado de la expresión legal “*ley que no permitiere el establecimiento de la filiación*”. La letra del art. 9.4.I CC señala, en efecto, que se debe rechazar la aplicación de ley designada por dicho precepto si dicha ley “*no permitiere el establecimiento de la filiación*”. Se trata de una expresión muy general. El legislador no ha sido preciso y esa falta de precisión se detecta en diversos elementos de la norma. Es ahí donde radica la importancia de esta sentencia del TS.

El art. 9.4.I CC emite un juicio demoledor sobre la Justicia de la ley aplicable designada por dicho precepto. El art. 9.4.I CC considera injusto, *juris et de jure*, que una Ley, normalmente una Ley extranjera, no permita establecer la filiación de un hijo. Por ello ordena descartar dicha ley y aplicar otra ley estatal distinta que bien podría dar un padre a un hijo y viceversa. Existe, pues una

“competición entre Leyes materiales”. La competición la gana la Ley estatal que permita establecer la filiación del hijo. Las leyes que no permiten establecer la filiación del hijo son consideradas como leyes injustas, “leyes odiosas”. Es, sin duda, una herencia del pasado medieval, en el que los estudiosos del Derecho internacional privado, los famosos estatutarios, consideraban que ciertas leyes (= llamados “*estatutos*”) de otras ciudades-Estado de la época no podían aplicarse fuera de su territorio debido a su contenido material radicalmente contrario al ideal de Justicia vigente en aquel momento, representado, fundamentalmente, por el Derecho Romano redescubierto en el norte de Italia. Esas leyes se denominaban “estatutos odiosos” (= *statuta odiosa*). Para el legislador español, un Derecho que no permite el establecimiento de la filiación del hijo es, sin más, un “estatuto odioso” y por ello no debe aplicarse en España.

Claro que toca ahora, al TS, cifrar y concretar el alcance de la orientación material del art. 9.4 CC: hasta dónde llega la solución consistente en descartar la Ley de la residencia habitual del hijo si no permite acreditar la filiación de éste. En este punto, muy fino ha hilado el TS al rechazar una interpretación literal de la norma, que habría conducido a resultados en ocasiones, paradójicos y absurdos.

Subraya el TS, en esta línea, que en la mayor parte de las ocasiones, esta norma de conflicto materialmente orientada produce una anticipación de la intervención del orden público internacional español. En efecto, el legislador español considera que una ley que no permite el establecimiento de la filiación del hijo es “injusta” desde el punto de vista jurídico español. Dicha ley produce consecuencias inaceptables para el Derecho español, es decir, consecuencias contrarias al orden público internacional español. Ahora bien, indica el TS que lo que este art. 9.4.I CC hace es adelantar, anticipar, anteponer la intervención del orden público internacional español en estos casos. De ese modo, no será preciso invocar el art. 12.3 CC para descartar la aplicación de una Ley extranjera que no admite el establecimiento de la filiación. Basta con comprobar que sus normas jurídicas no permiten, en el caso concreto, establecer la filiación del hijo. Ello es suficiente para rechazar la aplicación de tal ley y para pasar a la aplicación de la Ley designada por el siguiente punto de conexión recogido en el art. 9.4.I CC. Esta técnica anticipatoria “anti-Ley extranjera”, que convierte el orden público internacional en una nueva excepción en la que los datos del caso concreto no son relevantes, ya ha sido empleada por el legislador europeo en relación con las leyes extranjeras que no contemplan el divorcio o que impiden a una persona ejercitar acción de divorcio por causa de su sexo (art. 10 RR-III). En este sentido, el art. 9.4.I CC no indica frente a qué leyes estatales puede operar esta cláusula de rechazo de la aplicación de la ley que no permite el establecimiento de la filiación. El rechazo es indiscriminado. El texto del art. 9.4.I CC no distingue: el precepto se aplica, por tanto, frente a toda ley estatal que conduzca a dicho resultado. Este enfoque lo siguen también por otras normas de conflicto materialmente orientadas, como

el art. 6 RR-I [ley aplicable a los contratos internacionales de consumidores]. Dicho precepto obliga al juez español a no aplicar la Ley sustantiva española elegida por las partes si la Ley del Estado de la residencia habitual del consumidor es más favorable a éste de lo que le resulta la Ley española.

El art. 9.4.I CC no concreta, pues, cuál es el motivo, causa o razón recogido en una Ley designada por tal norma y por el que no es posible, en el marco de dicha Ley, establecer la filiación del hijo. El legislador español ha creado esta norma de conflicto materialmente orientada de un modo excesivamente genérico, sin matices. Debe evitarse que una aplicación mecánica del precepto traicione los principios de *favor filli* y de *favor minoris*, pues ambos inspiran el art. 9.4 CC y su orientación material. En este sentido el TS ha explicado, en esta importante sentencia, que el precepto sólo debe operar contra la aplicación de Leyes que impidan de modo general la determinación de la filiación. Ciertamente es que el art. 9.4 CC se refiere al hecho de que la Ley de la residencia habitual del hijo “no permitiere el establecimiento de la filiación” y no al hecho de que “con arreglo a la Ley de la residencia habitual del hijo no se pueda determinar la filiación”. Matiz importante éste es. El TS, señala, en este sentido, que sólo es posible descartar la aplicación de la Ley de la residencia habitual del hijo para dar aplicación a la ley nacional del mismo “cuando la ley aplicable excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento procederá la llamada a la ley sustantiva española (por ejemplo, por impedir el ejercicio judicial de acciones de filiación, o por prohibir la investigación de la paternidad, o desconocer la filiación fuera de matrimonio)”. En consecuencia, sólo puede descartarse la Ley de la residencia habitual en dichos casos en los que la Ley extranjera, en abstracto, resulte contraria a los principios jurídicos fundamentales que regulan la filiación por naturaleza en Derecho español (ADAM MUÑOZ, M.D., 2016, pp. 34-54). Por tanto, el “salto de legislación” se debe practicar sólo en relación con estos litigios regidos *in primis*, por Leyes extranjeras que resultan contrarias a los principios básicos y fundamentales del Derecho español que regula la filiación, y no en todos los casos en los que la Ley extranjera no permita establecer una filiación por naturaleza.

En primer lugar, litigios regidos por Leyes extranjeras que consideran ilegal o inadmisibles ciertas pruebas de la filiación, como las pruebas biológicas.

En segundo término, litigios regidos por Leyes extranjeras que no atribuyen legitimación activa o pasiva para declarar la filiación. Estas causas concurren cuando la Ley aplicable niega al presunto padre o madre la posibilidad de accionar para acreditar la filiación o impiden establecer la filiación en relación con un determinado hijo en particular por su condición de tal.

En tercer lugar, litigios regidos por Leyes extranjeras que no permiten determinar la filiación por causas relativas al tipo de filiación. Distintas Leyes estatales prohíben, dificultan o impiden establecer ciertos tipos de filiación por los motivos más diversos. Algunos Derechos, en efecto, indican que no es posible establecer ciertos tipos de filiación: (a) Negación total de la possibili-

dad de establecer un concreto tipo de filiación, como la extramatrimonial o la filiación en favor de padres comitentes en relación con un nacido de madre subrogada, incluso si es el padre biológico; (b) Imposibilidad de establecer la filiación por motivos discriminatorios basados en condiciones de raza, religión o sexo de los padres o del hijo.

Por el contrario, de la muy correcta doctrina del TS que emerge en esta sentencia, puede afirmarse que no se puede descartar la Ley de la residencia habitual y aplicar la Ley nacional del hijo en estos casos: (a) Cuando se trata de una filiación cuya determinación perjudica al hijo, como la filiación llamada incestuosa (art. 125 CC); (b) Cuando, y aquí se centra la inmarcesible sentencia examinada, concurren causas relativas al transcurso del tiempo y/o prescripción de acciones de filiación, como sucede cuando ha transcurrido el plazo legal para hacer constar la filiación, cuando la acción para determinar la filiación ha prescrito (SAP Guipúzcoa 15 noviembre 2016 [filiación y Ley colombiana]). En este sentido, el TS destaca que la ley suiza aplicable, establece un plazo de un año (como, por lo demás, hace el art. 133.2 CC español, redactado por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) a contar desde el momento en que el actor tuvo conocimiento de que el marido de la madre había reconocido como propio hijo al menor. El argumento del falso conflicto de leyes sustantivas es evidente. No tiene mucho sentido descartar la aplicación del Derecho suizo por el motivo de que fija un plazo de prescripción de la acción de filiación extramatrimonial a ejercitar por el presunto padre, que es el mismo plazo que establece el Derecho español; (c) Cuando los particulares no emplean los títulos legales para acreditar la filiación previstos en el Derecho extranjero. En todos estos casos, la Ley extranjera sí permite determinar la filiación y por ello, los particulares deben seguir lo establecido en dicha Ley extranjera. Si no se ajustan a lo fijado por la Ley extranjera correspondiente a la residencia habitual del hijo, la filiación no quedará determinada. Lo relevante es que los particulares han tenido la oportunidad de determinar la filiación y no lo han hecho, razón por la que no cabe invocar la aplicación de la Ley nacional del hijo.

Debe subrayarse que la intención del legislador en el art. 9.4.I CC es buena. Se trata de introducir lo que antes no existía en el texto del art. 9.4.I CC: el *favor filii* en la determinación de la filiación. El legislador español ha diseñado una norma de conflicto materialmente orientada que persigue aumentar las posibilidades de acreditación de la filiación del hijo. Puede, por ello, afirmarse, que la intención del legislador es, como punto de partida y desde un punto de vista constitucional y apoyado también en la normativa legal internacional vigente para España que recoge, defiende y promociona los derechos humanos, una buena intención (CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., 2016, pp. 157-182). Y lo es porque, en general, en la mayor parte de los casos, la determinación de la filiación de una persona es beneficiosa para la misma. En efecto, ello proporciona al hijo una identidad, un nombre y apellidos, la posibilidad de tener derechos sucesorios, de

adquirir una nacionalidad estatal determinada y le concede también un derecho de alimentos en relación con sus parientes. Del mismo modo, también ello permite que el hijo, si es menor, disponga de mecanismos legales de protección específicos para los hijos menores, como la patria potestad del Derecho español. Por tanto, potenciar la posibilidad de acreditación de la filiación de un hijo parece correcto desde un punto de vista de la posición del hijo en el sistema legal y de la protección jurídica del hijo, pues en la inmensa mayoría de las ocasiones, es mejor para el hijo, por los motivos examinados, tener unos padres por naturaleza determinados legalmente, que no tenerlos (ZURITA MARTÍN, I., 2018, pp. 510-523, LORENTE MARTÍNEZ, I., 2018, pp. 592-600). En este sentido, el “hecho” de contar con una norma de conflicto materialmente orientada en el art. 9.4.I CC queda superado por el “significado de tal hecho”. Desde una perspectiva fenomenológica, resulta muy importante poner de relieve que, en ciertos sectores jurídicos y en especial en el relativo a la protección de los hijos y de los menores, el legislador español toma partido. No es neutral. Se posiciona. Resulta conveniente captar esta idea, porque se trata de la esencia misma del art. 9.4.I CC. Los aspectos técnicos del art. 9.4.I CC relativos a la puesta en marcha de la esa esencia valorativa constituyen, en verdad, realidades puramente contingentes. El legislador español puede haber errado en la traducción técnico jurídica de esa idea esencial, puede no haber sido todo lo preciso que era deseable. Sin embargo, eso no es tan importante como es el núcleo valorativo del art. 9.4.I CC, su intención axiológica. Esa esencia misma del precepto (= la realidad necesaria del mismo) radica, como se ha señalado, en la idea de que, a la hora de precisar la Ley aplicable a la filiación, no basta con “contar y pesar” los contactos del supuesto con los distintos Estados. Es imprescindible, por el contrario, tener presentes, con la mayor intensidad posible, los intereses del hijo y por tanto, seleccionar la Ley estatal aplicable que más convenga al hijo a la hora de establecer su filiación legal (CARRILLO POZO, L.F., 1995, pp. 585-606). El jurista debe activar su “intuición eidética” para percibir la realidad última, esto es, lo esencial, el significado profundo del art. 9.4.I CC. Ello resulta extraordinariamente conveniente, provechoso y apropiado para interpretar de modo correcto el entero art. 9.4.I CC.

La conexión “residencia habitual del hijo” es la más adecuada para fijar la Ley aplicable a la filiación natural, pues refleja “vinculaciones espaciales” realistas entre el caso y un país concreto (WELLER, M.-P., 2014, pp. 225-233). No obstante, la justicia localizadora debe ser corregida cuando no permite alcanzar un resultado material que en principio se debe considerar justo al encajar en el interés superior del menor.

5.3. La prueba del Derecho extranjero y las normas de conflicto materialmente orientadas

El art. 9.4.I CC ordena aplicar una Ley estatal y ordena descartar otras leyes estatales, precisamente, debido a su específico contenido material. El art. 9.4.I CC defiende un “interés sensible”, como es el interés del hijo al estableci-

miento de su filiación. Ahora bien, la defensa de dicho interés termina con la determinación del Derecho estatal aplicable finalmente aplicable que realiza la norma de conflicto a través de sus puntos de conexión. Corresponde, por tanto, a la parte beneficiada por la orientación material del art. 9.4.I CC, la prueba del Derecho extranjero designado por la misma. Una vez probado tal Derecho correspondiente a la residencia habitual del hijo, ello permitirá al juez español la aplicación del mismo y proceder a aplicar la Ley nacional del hijo al fondo del asunto.

El TS viene a expresar con esta sentencia cargada de sentido común, que la determinación de la filiación del hijo no es siempre un beneficio para éste. El legislador español ha creado esta norma de conflicto materialmente orientada de un modo excesivamente genérico, sin matices. No siempre la acreditación de la filiación de un hijo respecto de un concreto padre constituye un beneficio para dicho hijo incluso desde la perspectiva del Derecho español.

5.4. Conclusión

El TS pone en su justo lugar el funcionamiento del art. 9.4.I CC como norma de conflicto materialmente orientada. No es adecuado ni conforme a la *ratio legis* de la norma citada pasar de la aplicación de la Ley suiza (= Ley del país de la residencia habitual del hijo) a la aplicación de la Ley sustantiva española (= Ley de una presunta nacionalidad del hijo o bien *Lex fori*), sólo porque la Ley de la residencia habitual o la Ley de la nacionalidad del hijo conduzcan a una desestimación de la demanda por haber sido interpuesta ésta fuera de plazo. La clave radica en la interpretación que el TS hace de la expresión “la ley no permite establecer la filiación”. No es que el Derecho suizo no permita establecer la filiación. Sí que lo permite. Lo que ocurre, afirma el TS es que el actor no ha ejercitado su acción de reclamación de filiación con arreglo a los presupuestos que el Derecho aplicable, el Derecho suizo, exige para ello.

6. Bibliografía

- Adam Muñoz, M.D., “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, 2016, pp. 34-54;
- Bergamini, E., “Problemi di diritto internazionale privato collegati alla riforma dello status di figlio e questioni aperte”, *RDIPP*, 2015, pp. 315-348.
- Calvo Caravaca, A.-L. / Carrascosa González, J., “Art. 9.4 C.c.”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2016, pp. 25-65.
- Carrascosa González, J., “Filiación natural”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 17ª edición, Ed.Comares, Granada, 2017, pp. 400-424.