

Recibido: 9 septiembre 2023
Aceptado: 18 septiembre 2023

La ley aplicable en la Propuesta de Reglamento sobre Filiación a la luz de los nuevos modelos de familia

Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. Solución de ley aplicable de la Propuesta de Reglamento sobre Filiación. 1. Art. 17: una rara avis ante la ausencia de modelo. 2. Funcionamiento interno. 3. Puntos de conexión e intereses subyacentes. III. Incidencia del orden público IV. Conclusiones.

RESUMEN: La Propuesta de Reglamento sobre Filiación ha optado por recoger una regulación completa de Derecho internacional privado, incluyendo normas sobre ley aplicable. El presente trabajo pretende realizar un análisis de una norma de conflicto peculiar, especialmente pensada para un limitado grupo de problemas y de colectivos, aunque aplicable con carácter general. Para ello se analiza la estructura de la norma de conflicto, su funcionamiento interno y puntos de conexión, así como la especial incidencia que el orden público tiene en esta materia.

PALABRAS CLAVE: PROPOSTA DE REGLAMENTO DE FILIACIÓN, LEY APLICABLE, HOMOPARENTALIDAD, ORDEN PÚBLICO

Applicable law on the European Proposal on Parenthood under the new family models

ABSTRACT: *The Proposal for a Regulation on Parentage has chosen to include a complete regulation of private international law, including rules on applicable law. This paper aims to carry out an analysis of a peculiar conflict rule, specially designed for a limited group of problems and groups, although generally applicable. For this, the structure of the conflict rule, its internal functioning and connection points are analyzed, as well as the special incidence that public order has in this matter.*

KEYWORDS: EUROPEAN PROPOSAL ON PARENTHOOD – APPLICABLE LAW – HOMOPARENTHOOD- PUBLIC ORDER

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo Este artículo se adscribe al Proyecto PID 2021-1234520B-I00, “Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza” financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE), en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011 de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

AEDIPr, t. XXIII, 2023, pp. 171–190
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.23.06

I. INTRODUCCIÓN

1. La presidenta de la Comisión, Ursula von der Leyen, afirmó en su discurso sobre el estado de la Unión de 2020 que “si usted es madre o padre en un país, también lo es en todos los demás países”. En el marco de los trabajos para dar cobertura jurídica al contenido de esta declaración política, el 7 de diciembre de 2022 se publicó la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo (en adelante, la Propuesta)¹, con el objetivo primordial de garantizar que la filiación determinada en un Estado miembro sea reconocida en todos los demás Estados miembros *a todos los efectos*.

2. La idea del reconocimiento a todos los efectos parece ser el contrapunto al reconocimiento de la filiación a los solos efectos del ejercicio de las libertades de circular y residir libremente tal cual ha sido consagrado recientemente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)². Con ello se abriría una nueva vía de reconocimiento, más amplia, en cuanto a sus efectos y en cuanto a sus destinatarios, que ya no quedarían limitados a los titulares de las citadas libertades y que podría paliar las dificultades reales que estos casos han puesto de manifiesto³.

En efecto, ejemplo de los problemas que genera a los ciudadanos europeos la gran heterogeneidad que hay tanto en Derecho civil, como en Derecho internacional privado en materia de filiación, los tenemos en los casos *Pancharevo* y *Rzecznick* en los que el Tribunal se ha tenido que pronunciar sobre problemas relacionados con el reconocimiento de la filiación por parte de Estados miembros en casos de homoparentalidad. En la archiconocida sentencia del caso *Pancharevo* el TJUE llega a una solución de compromiso para intentar salvaguardar el disfrute de las libertades

¹ Propuesta de Reglamento de 7 de diciembre de 2022 sobre la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento de decisiones y aceptación de documentos auténticos en materia de filiación y la creación de un certificado europeo de filiación (COM (2022) 695 final) disponible en https://commission.europa.eu/document/928ae98d-d85f-4c3d-ac50-ba13ed981897_en

² STJUE 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, Caso *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008; Auto TJUE de 24 de junio de 2022, asunto C2/21, Caso *Rzecznick*, ECLI:EU:C:2022:502.

³ Tal y como puso de manifiesto la profesora P. Jiménez Blanco al hilo del caso *Coman*, la limitación de las soluciones del TJUE lleva a resultados artificiosos en el contexto real; *vid.* P. Jiménez Blanco, “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*, *La Ley Unión Europea*, nº 61, julio 2018, apartado 10; en el mismo sentido, G. Milios, “The Recognition of parenting rights of same-sex couples established abroad”, *Revista General de Derecho Europeo*, nº 60, 2023, pp. 87-112, esp. p. 108.

europas que se veían comprometidas como consecuencia de la falta de reconocimiento de una filiación homoparental por parte de las autoridades búlgaras, tal y como había sido determinada en España, país de nacimiento de la niña⁴. Sin embargo, la limitación competencial del TJUE hace que su jurisprudencia no sea suficiente, pues el hecho de que el Tribunal imponga a las autoridades búlgaras la expedición de un documento identificativo a la niña, que le permita viajar y disfrutar del resto de libertades europeas con sus dos madres, no soluciona problemas en torno a cuestiones tan esenciales como lo son la determinación de los nombres y apellidos de la niña, el ejercicio de la responsabilidad parental en cuestiones tan cotidianas como por ejemplo la imposibilidad de la segunda progenitora de autorizar un tratamiento médico o la asistencia a una excursión de la niña; la obtención, llegado el caso, por parte de esta de alimentos o incluso de la condición de legitimaria en una sucesión *mortis causa*, entre otros.

3. La realidad social, de la mano de la proliferación de los nuevos modelos de familia, exige abordar una regulación en materia de filiación con el fin de evitar situaciones transfronterizas claudicantes o incluso contradictorias. De hecho, la primera idea del proyecto normativo estaba vinculada especialmente a las dificultades que presenta el reconocimiento de la filiación en las familias homoparentales. Y la aproximación metodológica más apropiada parecía ser la del “reconocimiento”; la usada por el TJUE en los citados casos vinculados a las libertades⁵ y la que parece extender su núcleo tradicional en materia de familia⁶. Las primeras reuniones del Grupo de Expertos nombrado *ad hoc* con la Comisión así parecen acreditarlo⁷. Y el contenido de la propia Propuesta también refuerza esta idea cuando recoge hasta cuatro vías distintas de reconocimiento: resoluciones judiciales, documentos con efectos jurídicos vinculantes, documentos sin efectos jurídicos vinculantes y certificado de filiación europeo.

⁴ La doctrina llega a conclusiones distintas sobre la interpretación del alcance de esta sentencia. *Vid.*, entre otros, S. Álvarez González, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de las parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C-490/20 *Pancharevo*”, *La Ley: Unión Europea*, nº 102, 2022; C. González Beilfuss, “Libre circulación de personas y homoparentalidad; comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *Pancharevo*”, *REEL*, vol. 43, 2022, pp. 8-13; para consultar una buena sistematización de las posturas de los comentaristas a *Pancharevo*, *vid.* L.A. Pérez Martín, “Doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzeczchnik*: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 483-514, esp. pp. 496-500.

⁵ *Vid.* C. González Beilfuss, *loc. cit.*, pp. 8-13.

⁶ *Vid.*, últimamente, GEDIP, en su reunión de Oslo (2022): <https://gedip-egpil.eu/wp-content/uploads/2022/07/Reconnaissance-4.07.2022-Final.pdf>.

⁷ En su segunda reunión ninguno de los bloques temáticos incluía la ley aplicable, que no obstante fue objeto de discusión (punto 3.2) bajo la función de favorecer el reconocimiento.

Sin embargo, siendo el objetivo fundamental el facilitar el reconocimiento de la filiación entre los Estados miembros a todos los efectos, la Propuesta propone la adopción de un Reglamento típico y prevé una regulación completa de Derecho internacional privado, unificando también las normas de competencia judicial internacional y las normas de conflictos de leyes⁸. En este contexto, nos limitaremos a la realización de un análisis de las soluciones recogidas en la Propuesta en materia de ley aplicable a la determinación de la filiación.

No es extraño, sino todo lo contrario, que un reglamento sobre filiación contenga normas sobre ley aplicable. Menos clara, a la luz de las soluciones particulares que se recogen en la Propuesta, es la finalidad o finalidades que encierran dichas normas. Estas sí son reglas o, como vamos a ver, una regla extravagante en el contexto del Derecho comparado, cuya finalidad no es del todo evidente, más allá de las declaraciones en torno a la protección de las familias homoparentales. Contrariamente a lo que puede predicarse de otros Reglamentos (Roma I, Roma II, Roma III...) no se atiende a los múltiples intereses detrás de las normas sobre ley aplicable en la materia tratada, en este caso la filiación, que van más allá de la filiación homoparental.

Si lo pretendido es, simplemente, combatir el *forum shopping* y facilitar el reconocimiento de la filiación establecida en un Estado miembro en el resto⁹, cualquier solución de ley aplicable es igualmente válida. Ahora bien, si lo que se pretende es la identificación de la ley más apropiada para regular el establecimiento del vínculo de filiación, la solución de la Propuesta es técnicamente discutible y plantea más de una incógnita en su funcionamiento. Por otro lado, el efecto universal de su alcance también genera dudas en relación con la naturaleza de algunos supuestos a los que necesariamente resultará aplicable.

Para afrontar su estudio, partiremos de situar la regla de la Propuesta en un contexto general, para después analizar su funcionamiento interno y sus puntos de conexión. Seguidamente analizaremos cómo esta norma de conflicto puede verse afectada por el orden público, especialmente intenso en esta materia. Finalizaremos con unas breves conclusiones.

⁸ La Propuesta se ha beneficiado de la "plantilla" de otros Reglamentos; *vid.* S. Álvarez González, "La propuesta de reglamento sobre filiación. Una presentación crítica" *Revista de Derecho Civil*, vol. X, nº 3 (abril-junio), pp. 171-200, esp. p. 181.

⁹ *Vid.* Expert Group on the Recognition of Parenthood between Member States, 2nd Meeting, 30 June 2021, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=27556&fromExpertGroups=3765> y el Considerando 50 de la Propuesta.

II. SOLUCIÓN DE LEY APLICABLE DE LA PROPUESTA DE FILIACIÓN

1. Art. 17: una rara avis ante la ausencia de modelo

4. La solución de ley aplicable de la Propuesta se ha desarrollado en un contexto de Derecho comparado en el que impera la ausencia de modelo¹⁰. Echando un vistazo a algunos de los sistemas jurídicos vecinos rápidamente podemos llegar a la conclusión de que no encontramos una norma de conflicto de filiación parecida a otra en esta materia¹¹. En el marco de toda esta heterogeneidad, la Propuesta ha optado por una solución extraña y ajena a cualquier opción de las normas de conflicto de nuestro entorno.

El art. 17 recoge la solución de ley aplicable a la determinación de la filiación en dos párrafos. En el primero se prevé la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona que dé a luz determinada en el momento del nacimiento y, para el caso de que esta residencia habitual no pueda determinarse, se prevé la aplicación de la ley del Estado de nacimiento del hijo o hija. El segundo párrafo dispone que, para los casos en los que de la aplicación de la ley determinada en el primer párrafo solo se determine la filiación respecto de un progenitor, se podrá aplicar alternativamente a la determinación de la filiación del segundo progenitor la ley del Estado de la nacionalidad del primer o del segundo progenitor o la ley del Estado de nacimiento del hijo o hija.

Si bien el art. 17 de la Propuesta está estructurado en dos párrafos, recoge una sola norma de conflicto para la determinación de la filiación. Tal y como veremos, ambos párrafos funcionan de manera conjunta e inseparable de tal forma que, aunque visualmente no lo parezca, la estructura de la norma es la misma que la de nuestro art. 9.4º Cc, pues no es más que una norma de conflicto en cascada con la particularidad de que la conexión subsidiaria es múltiple (el art. 17.2º prevé la aplicación alternativa de hasta tres leyes diferentes), que podría haberse configurado en un mismo párrafo. Se trata además de una norma de conflicto materialmente orientada, si bien dicha

¹⁰ Es llamativa la ausencia de un trabajo preparatorio en el que se plasmaran, entre otros extremos, las actuales soluciones de ley aplicable a la filiación de los distintos Estados miembros. *Vid.* las críticas respecto del apresurado trabajo preparatorio de la Propuesta, S. Álvarez González, “La Propuesta...”, *loc. cit.*, p. 198.

¹¹ La selección es meramente aleatoria e incluye, además de a nuestro art. 9.4º Cc, a los sistemas de Portugal, Francia, Italia, Bélgica, Alemania y, aunque no sea Estado miembro, por su tradición jurídica internacional privatista, Suiza.

orientación presenta ciertas particularidades en relación con la limitación de su alcance, tal y como también tendremos ocasión de ver.

5. La Propuesta opta claramente por un supuesto de hecho amplio y general, en cuanto que se refiere a la *determinación de la filiación*; no distingue soluciones de ley aplicable en función del título de legitimación, tales como, por ejemplo, un reconocimiento voluntario, una filiación derivada de una presunción legal o del resultado de un proceso judicial. Tampoco distingue en función del momento en el que se plantea la determinación de la filiación, pudiéndose destacar dos momentos relevantes que pueden implicar distintas particularidades en función del título de legitimación: el momento del nacimiento o un momento posterior.

El Derecho comparado tampoco está presidido por un grado de especialidad importante, aunque sí duele distinguir. El sistema más especializado de entre los de nuestro entorno es el francés, que prevé una solución particular para el reconocimiento voluntario y para la posesión de estado¹². Italia también prevé una solución específica para el reconocimiento voluntario y en Bélgica se prevé una especialización temporal. Las acciones de impugnación también se tratan con especialidad en Alemania, donde se prevé una solución específica con puntos de conexión alternativos¹³ y en Suiza, donde se establece un matiz temporal para este tipo de acciones. La filiación matrimonial tiene un tratamiento diferenciado en Portugal, donde se recoge una norma de conflicto específica en cascada¹⁴; y en Alemania, donde se añade la posible aplicación de la ley de los efectos del matrimonio a las conexiones previstas para la filiación en general. Es nuestro art. 9.4º CC el que, desde esta perspectiva, más se parece a la solución de la Propuesta, pues recoge también un supuesto de hecho general, en el que no se prevé matiz ni especialización alguna¹⁵.

¹² Si bien la configuración técnica de esta especialización ha sido especialmente criticada por la doctrina del país, por las dificultades y dudas que plantea su aplicación. *Vid.* B. Audit/L. d'Avoit, *Droit international privé*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineux, 2018, esp. pp. 707 ss; P. Mayer/V. Heuzé/B. Remy, *Droit international privé*, 12ª ed., LGDJ, París, 2019, esp. pp. 446 ss; M.-L. Niboyet/G. de Geouffre, *Droit international privé*, 6ª ed., Issy-les-Moulineux, LGDJ, 2017, p. 73.

¹³ *Vid.* P. Mankowski, *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., tomo II, C.H. Beck, Hamburgo, 2019, esp. pp. 722 ss.

¹⁴ *Vid.* D. Moura Vicente, *Direito Internacional Privado. Textos normativos fundamentais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 32.

¹⁵ No obstante, la indeterminación en la norma de conflicto del momento en el que hay que valorar el punto de conexión ha sido objeto de crítica y de diversas interpretaciones; *vid.* J. Carrascosa González, "Capítulo XIII. Filiación natural" en A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González (coord.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1853-1960, esp. p. 1865; J.C. Fernández Rozas/S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2022, p. 538.

6. Ante este supuesto de hecho general, las dudas de calificación que podrían plantearse giran en torno a qué se entiende por *determinación* y por *filiación* a efectos de la Propuesta. Queda claro que por *determinación* se entiende no sólo el establecimiento de la filiación, sino también su impugnación, pues así lo recoge expresamente el art. 18 a) dedicado al ámbito de aplicación de la ley aplicable¹⁶. El art. 4 contiene las definiciones de algunos conceptos utilizados en el texto normativo, tales como *filiación* o, más concretamente, *determinación de la filiación*. El apartado primero nos aporta poca información al recoger una definición tautológica según la cual se entiende por filiación el “*vínculo de filiación* entre el progenitor o progenitora y el hijo o hija establecido en la ley”; por su parte, el apartado tercero dispone que *determinación de la filiación* es “la determinación conforme a Derecho de la *relación jurídica* entre el hijo o la hija y cada progenitor o progenitora, incluyendo la determinación de la filiación a raíz de una reclamación por la que se impugne una filiación ya determinada”. Se incluye, según la Exposición de Motivos de la Propuesta, la filiación biológica, genética, por adopción o por ministerio de la ley y la filiación respecto de hijos con independencia de su edad. En cuanto a la adopción, sería necesaria una aclaración pues parece que la Propuesta está pensando en la adopción nacional¹⁷, si bien de la lectura de la definición de adopción internacional recogida en el Considerando 26, habría que entender incluidas dentro del ámbito de aplicación de la Propuesta las adopciones con elemento extranjero que no entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993. Esta inclusión nos parece inintencionada y fruto de una descuidada definición de lo que se entiende por adopción internacional¹⁸.

¹⁶ Es una opción un tanto chocante y sería más adecuado acoger la propuesta que realiza el Grupo de Marburgo, en el sentido de indicar que la ley aplicable a la determinación de la filiación es también la aplicable a la impugnación. *Vid.* The Marburg Group, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood”, disponible en <https://www.marburg-group.de/>, esp. p 4; trabajo publicado de forma resumida también en C. Budzikiewicz, K. Duden, A. Dutta, T. Helms y C. Mayer, “The European Commission’s Parenthood Proposal. Comments of the Marburg Group”, *IPRax*, 2023, pp. 425-435, esp. pp. 428-430.

¹⁷ La inclusión respecto de la adopción nacional afectaría al bloque del reconocimiento y no al de ley aplicable ni competencia judicial internacional.

¹⁸ Esta postura parece estar avalada por el Parlamento Europeo en su Resolución de 19 de enero de 2011, sobre la adopción internacional en la Unión Europea (2012/C 136 E/05). El grupo de Marburgo, sin avalar claramente la inclusión de las adopciones internacionales excluidas del Convenio de La Haya de 1993, propone una norma de conflicto específica para los casos de adopción. *Vid. loc. cit.*, p. 42.

Debemos realizar una mención particular a la filiación derivada de la gestación subrogada, que la Propuesta incluye dentro de su ámbito de aplicación material y, por tanto, en su solución de ley aplicable. Esta postura es contraria a la que parece seguir la Conferencia de La Haya, donde el Grupo de Expertos sobre filiación mantienen la necesidad de trabajar en paralelo en dos instrumentos: un Convenio para la filiación y un Protocolo para la filiación derivada de la maternidad subrogada¹⁹. Sin embargo, en el proyecto normativo europeo no sólo no se le da una solución diferenciada a este tipo de filiación, sino que la solución de ley aplicable prevista en general a toda filiación tiene un punto de conexión que, como veremos, parece estar pensado para los casos de maternidad subrogada o que, al menos, es especialmente beneficiosa para esta.

7. De mantenerse el punto de conexión principal, la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz determinada en el momento del nacimiento del hijo, sería necesario introducir una especialización de la norma de conflicto en atención al criterio temporal, es decir, en función del momento en el que se plantea la determinación de la filiación. En concreto, habría que distinguir los casos en los que la cuestión se plantea en el mismo momento del nacimiento del niño de aquellos en los que se plantea en un momento posterior²⁰. Esta diferenciación se debe a una necesaria acomodación del mencionado punto de conexión en términos de proximidad y localización, y no a motivos relacionados con la propia institución de la filiación. Es decir, tal y como veremos más adelante, la conexión de la residencia habitual de la persona que da a luz es apta para regir la filiación en el momento del nacimiento; pero si la determinación de la filiación se plantea en un momento posterior, es una conexión que pierde fuerza en términos de proximidad. Por tanto, esta necesaria especialización no se debe a motivos relacionados con las particularidades de cada título de legitimación de la filiación, sino a exigencias puramente localizadoras.

8. Frente a la generalidad de la norma de conflicto de la Propuesta, hemos visto ejemplos de especialización en función de los títulos de legitimación en Derecho comparado; así, por ejemplo, la más repetida se recoge para el

¹⁹ Vid. Experts Group on the Parentage/Surrogacy Project, Final Report: The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage, PREL. DOC. N. 1 of November 2022, publicado en marzo de 2023 y disponible en <http://efaidnbmnnnibpca-jpcglclefindmkaj/https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>, esp. n.º 164, p. 49.

²⁰ Tanto el grupo de Marburgo, como el Grupo de expertos, proponen una norma de conflicto con esta especialización. Vid. The Marburg Group, *loc. cit.*, p. 31; Expert Group on the Recognition of Parenthood between Member States, 7 th Meeting, 22, March 2022, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=42655&fromExpertGroups=3765>, esp. p. 2.

reconocimiento voluntario, que prevén los sistemas francés, belga e italiano. Ahora bien, es verdad que la consideración de una posible especialización de la norma de conflicto en materia de filiación en virtud de distintos títulos de legitimación presenta la dificultad de conciliar la gran heterogeneidad que a nivel de Derecho material hay en materia de filiación con su traslación a la norma de conflicto; es decir, una especialización de la norma de conflicto en virtud de los títulos de legitimación va necesariamente de la mano del ordenamiento jurídico material que se tome como referente²¹, además de plantear importantes problemas de calificación.

2. Funcionamiento interno de la norma de conflicto

9. El art. 17 de la Propuesta recoge una norma de conflicto que parte, en su primer apartado, de una conexión neutra, esencialmente localizadora²². Sin embargo, en una peculiar configuración técnica, el apartado segundo del art. 17 prevé una orientación material al *favor filiationis*, pero únicamente respecto de un segundo progenitor, a través de una conexión alternativa. Para que se ponga en funcionamiento este segundo apartado es necesario que la aplicación de la ley derivada del anterior dé como resultado el establecimiento de la filiación respecto de un solo progenitor (además de que, evidentemente, haya un potencial segundo involucrado). En tales casos, que se han relacionado fácilmente con supuestos en los que la ley aplicable no permite una filiación homoparental, el precepto prevé la posibilidad de aplicar alternativamente la ley de la nacionalidad del primer progenitor, la ley de la nacionalidad del segundo progenitor o la ley del Estado de nacimiento del hijo o hija; la finalidad es que se pueda determinar la filiación respecto del segundo progenitor, en un claro guiño a las familias “arcoíris”²³.

²¹ S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza. Sistemas de Derecho internacional privado y relaciones concernientes a la emigración española*, León, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, 1989, p. 151.

²² Neutra solo aparentemente, tal y como veremos al analizar el porqué del punto de conexión escogido. *Vid. infra*.

²³ Lo pone de manifiesto claramente el informe del Parlamento Europeo, realizado por A.Tryfonidou, “Cross-Border Legal Recognition of Parenthood in the EU”, Policy Department of Citizens, Rights and Constitutional Affairs, Directorate-General for Internal Policies, PE 746.632, April 2023, disponible en [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2023\)746632](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2023)746632), esp. p. 81; de la misma idea, S. Álvarez González, “La propuesta de Reglamento europeo...”, *loc. cit.*, p. 184; más crítica se muestra la profesora Rodríguez Pineau, quien recuerda que se están dejando de lado otros intereses igualmente importantes y tradicionalmente presentes en materia de filiación, tales como el derecho a la verdad biológica, *vid.* E. Rodríguez Pineau, “La Propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho Privado*, nº 6, 2023, pp. 148-180, esp. p. 165.

Esta asumida visión del art. 17 de la Propuesta choca, no obstante, con obstáculos directamente derivados de su literalidad y funcionamiento interno. Aunque la pretensión de su segundo párrafo sea dar cobertura a estos nuevos modelos familiares, el precepto es una norma para determinar la filiación respecto de un segundo progenitor, con independencia de que se trate de una familia homoparental o heteroparental. Incluso en el caso de, por ejemplo, una pretendida maternidad homoparental en la que solo se determinara conforme a la ley aplicable la maternidad respecto de la madre biológica, el hecho de que no se permitiera establecer la filiación respecto de la otra mujer, no significa que la ley no prevea la determinación de una filiación paterna²⁴. Dicho esto, se pueden destacar varios comentarios en relación con el funcionamiento de esta peculiar norma de conflicto, que vamos a estructurar en cinco puntos: el primero se refiere a la limitada configuración de la orientación material, el segundo a la relación entre el primer y el segundo párrafo del artículo, el tercero al funcionamiento de la conexión múltiple subsidiaria, el cuarto a la relación de la cascada con el foro y el quinto a las ausencias de la norma de conflicto.

10. Empezando por el primer punto, la configuración limitada que la norma hace del *favor filiationis* respecto del segundo progenitor lleva a resultados confusos. De la letra del artículo se deriva que la conexión subsidiaria múltiple del segundo párrafo no se puede aplicar en el caso de que no se determine la filiación respecto de ningún progenitor, lo cual es incoherente, puesto que se estaría omitiendo injustificadamente respecto del primer progenitor el principio en el que se basa el *favor filiationis* para el segundo progenitor: es mejor que la filiación esté determinada, que lo contrario. Y si lo es para favorecer el establecimiento de la filiación respecto del segundo progenitor, con más razón debería serlo respecto del primero. Un ejemplo puede servirnos para ilustrar este defectuoso funcionamiento del art. 17; dos mujeres, una de nacionalidad búlgara y la otra de nacionalidad española, con residencia habitual en Bulgaria, planean ser madres y una de ellas se somete a tratamientos de fertilidad. Una vez nacida la niña quieren inscribirla en el Registro Civil español; en aplicación del art. 17.1 de la Propuesta la ley búlgara sería aplicable a título de ley de la residencia habitual de la persona que da a luz en el momento del nacimiento. Según la ley búlgara no se podría determinar la filiación respecto de ninguna de las progenitoras de intención, porque estas se niegan a dar la información sobre la identidad biológica de la niña²⁵. En estas circunstancias se daría la

²⁴ Vid. en este sentido, The Marburg Group, *loc. cit.*, esp. p. 33.

²⁵ Este fue el resultado final en el caso *Pancharevo*, pues si bien en la cuestión prejudicial el tribunal remitente daba por sentada la nacionalidad búlgara de la niña, entrando en juego las libertades europeas y demás derechos de la ciudadanía europea, finalmente, una vez que el caso se devolvió a la justicia nacional, la cuestión llegó hasta el Tribunal Supremo búlgaro, quien al

paradoja de que la autoridad española no podría pasar al segundo escalón de la cascada y aplicar la conexión subsidiaria múltiple (que le permitiría aplicar la ley española a título de ley de la nacionalidad de una de las progenitoras)²⁶. Sin embargo, una norma de conflicto como nuestro actual art. 9.4º Cc sí nos permitiría seguir explorando otras leyes de la cascada pudiéndose llegar a establecer la filiación. En definitiva, el resultado al que lleva la configuración del segundo párrafo del art. 17 es ilógico y seguramente inintencionado, fruto de una extrema preocupación por dar cabida a las familias homoparentales, que conduce a una cierta ceguera respecto de la panorámica global de la filiación.

Pero incluso este objetivo limitado no está garantizado con el funcionamiento de esta norma de conflicto; modelando el supuesto de hecho anterior, vamos a imaginar que la madre biológica búlgara está casada con un ciudadano búlgaro, del que está separada de hecho, pero todavía no se ha divorciado en el momento del nacimiento de la niña. En este caso, la aplicación de un sistema como el búlgaro podría dar lugar a la determinación de la filiación respecto de la madre biológica y de su marido, no quedando indeterminada la filiación respecto del segundo progenitor u operando, pero sin prevalecer el sistema que da cobertura a la familia homoparental frente a la tradicional.

11. La segunda cuestión a destacar del funcionamiento del art. 17 y que está relacionada con la anterior se refiere a la necesaria aclaración de en qué casos debemos acudir a la conexión subsidiaria múltiple del segundo párrafo del precepto. Es decir, en qué momento entra en juego el segundo párrafo del art. 17.

Este problema nos es conocido, puesto que en nuestro ordenamiento jurídico ya se ha planteado respecto de las conexiones subsidiarias del art. 9.4º Cc y el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto. En efecto, una de las mayores críticas que se realizan al actual art. 9.4º Cc tiene que ver con la configuración técnica de la orientación material del precepto y en concreto con qué se entiende por “si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación” como clave para pasar a utilizar las

revisar el fondo del asunto determinó que la niña no era búlgara por no haber quedado acreditado el vínculo biológico respecto de la madre búlgara y se concluyó, por tanto, que no hay obligación por parte de las autoridades búlgaras de expedir certificado de nacimiento ni documento identificativo alguno. *Vid.* N. Rusinova “Bulgarian Supreme Court Judgment on Pancharevo – Correct answer to a wrong question”, *The EAPIL blog*, 11 mayo 2023, disponible en <https://eapil.org/2023/05/11/bulgarian-supreme-court-judgment-on-pancharevo-correct-answer-to-a-wrong-question/>

²⁶ Obviamente aquí nos encontraríamos con la operatividad del orden público español, que ahora estamos omitiendo por motivos instrumentales, pero podría no ser así si situásemos el supuesto en otro Estado miembro.

conexiones subsidiarias²⁷. El precepto parte del presupuesto apriorístico abstracto de que la determinación de la filiación siempre es el objetivo a alcanzar y ello no siempre respeta el *favor filii* en el caso concreto²⁸. Es decir, una aplicación automatizada de la cascada de la norma de conflicto podría implicar resultados incoherentes desde el momento en el que los propios Derechos materiales (incluido nuestro CC) prevén supuestos de hecho en los que el no establecimiento de la filiación es lo que procede, de acuerdo con el *favor filii* o por el hecho de favorecer en todo caso la persistencia de una filiación determinada frente a su impugnación, entre otros casos²⁹. Ahora bien, frente a esta aplicación automatizada de la norma en conflicto en cascada, el TS interpretó que la aplicación de la ley de la residencia habitual o de la nacionalidad del hijo solo se puede rechazar cuando dicha ley excluya radicalmente la determinación de la filiación por razones incompatibles con los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico y no cuando, como ocurría en el caso concreto, el establecimiento de la filiación no se permita por no haberse ejercido por el demandante conforme a los criterios previstos en la ley para ello³⁰.

De la experiencia con nuestro art. 9.4º Cc se desprende que, frente a las dos opciones, la aplicación automatizada de la cascada o la aplicación matizada de la misma, la segunda opción es la más adecuada; en esta misma dirección, es interesante la propuesta que realiza el grupo de Marburgo en el sentido de limitar el funcionamiento de las conexiones subsidiarias a los casos en los que de la aplicación de la ley derivada del primer párrafo del art. 17 se produzca una discriminación por razón de sexo o de nacimiento³¹.

13. La tercera cuestión sobre la que debemos reflexionar se refiere al funcionamiento de la conexión múltiple subsidiaria del segundo párrafo. La

²⁷ Vid. S. Álvarez González, "La ley aplicable a la filiación por naturaleza", en VVAA (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas, Madrid, Thomson Reuters, 2020, pp. 91-109, especialmente pp. 98 y ss.

²⁸ Por ejemplo, en el caso de una filiación incestuosa como ponen de relieve los profesores Carrascosa González y Adam Muñoz; si bien, claro está, siempre quedaría el recurso al orden público. Vid. 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, esp. p. 45. y J. Carrascosa González, "Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo", *REDI*, vol. 68, nº. 2, 2016, pp. 157-182, esp. p. 175.

²⁹ Vid. S. Álvarez González, "La ley aplicable...", *loc. cit.*, p. 95. Se ha propuesto que el legislador concrete en la norma de conflicto las causas que determinan la no aplicación de la propia ley designada por la norma; Vid. M.D. Adam Muñoz, *loc. cit.*, p. 46, si bien intuyo que no sería nada fácil sin caer en una excesiva sustantivación de la norma de conflicto al estilo Derecho civil español, con los riesgos que esto supone en el plano internacional.

³⁰ STS 1281/2018 de 17 de abril de 2018 ECI:ES:TS:2018:1281, esp. FJ sexto. En el caso concreto, no se llegaba al establecimiento de la filiación porque había prescrito, conforme a la ley aplicable, el plazo para el ejercicio de la acción de filiación.

³¹ The Marburg Group, *loc. cit.*, p. 35.

previsión de distintas leyes posiblemente aplicables de forma alternativa implica la necesidad de realizar un juicio previo sobre el contenido de las leyes por parte de la autoridad competente. Personalmente, encuentro cierta inquietud en la técnica de conexiones alternativas para la determinación de la filiación, puesto que no solo se trata de responder a la cuestión de filiación sí o filiación no, sino a qué filiación. Es decir, la autoridad competente podría encontrarse con la posibilidad de aplicar distintas leyes, cada una de las cuales lleve a la determinación de la filiación respecto de un segundo progenitor, pero con resultados distintos. Pensemos en el posible choque entre una ley que establece la filiación respecto del padre biológico frente a otra ley que hace prevalecer la posesión de estado. ¿Cuál debería aplicarse en cada caso? ¿Hasta dónde llega el *favor filiationis*?³²

Sobre este particular, llama la atención la postura del grupo de Marburgo que tras analizar el art. 17.2º de la Propuesta y advertir sobre los problemas que conlleva una conexión alternativa, ellos mismos proponen una regla similar a la de la Propuesta, aunque matizada, para la determinación de la filiación respecto del segundo progenitor, en la que se prevé la aplicación alternativa de tres posibles leyes³³. Por su parte, el Grupo de Expertos opta por una norma de conflicto en cascada, con puntos de conexión jerarquizados³⁴. Partiendo de la base de que el objetivo del art. 17.2º es legítimo, en cuanto que se entiende con carácter general que el establecimiento de un doble vínculo de filiación es preferible a la existencia de un solo vínculo, hubiera sido más oportuna una norma de conflicto con puntos de conexión jerarquizados al estilo de la proyectada por el Grupo de Expertos, donde pudieran convivir la función localizadora y la orientación material de la norma, mermando el riesgo de llegar a resultados diferentes en función de la autoridad competente.

En relación con este espacio de incertidumbre, el precepto dice que “podrá aplicarse” en vez de “se aplicará”; es decir, que parece dejar la posibilidad de aplicar una de las leyes recogidas en la norma de conflicto alternativa al arbitrio de la autoridad competente. Esta discrecionalidad se

³² Sobre este problema de interpretación de las normas de conflicto materialmente orientadas, *vid.* J.D. González Campos, “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 13-426, esp. pp. 360 y ss., donde el autor toma precisamente de ejemplo un caso de filiación.

³³ The Marburg Group, *loc. cit.*, p. 32 y pp. 34 ss., donde justifican esta preferencia por la conexión alternativa en vez de la jerárquica con el fin de facilitar a la autoridad competente la determinación de la ley aplicable y, si es posible, aplicar la *lex fori*.

³⁴ Expert Group on the Recognition of Parenthood between Member States, 7 th Meeting, 22, March 2022, disponible en <https://ec.europa.eu/transparency/expert-groups-register/screen/meetings/consult?lang=en&meetingId=42655&fromExpertGroups=3765>, esp. p. 2.

asume en la Exposición de Motivos cuando se habla de que una autoridad de un Estado miembro se puede acoger al art. 17.2º en los casos en los que se esté planteando la determinación de la filiación por primera vez, pero también, en aquellos casos en los que otra autoridad de otro Estado miembro ya haya determinado la filiación respecto de un solo progenitor o progenitora. Dejar al arbitrio de las autoridades de cada Estado miembro la aplicación del art. 17.2º implica asumir resultados distintos en función de la autoridad competente, lo que aleja también al texto normativo de sus objetivos.

14. En cuarto lugar, la norma de conflicto presenta un problema en relación con su estructura en cascada y la ausencia de un ordenamiento jurídico material del foro. Habitualmente las normas de conflicto en cascada introducen un valor jurídico protegible para el foro, razón por la cual no es extraño que la jerarquía de los puntos de conexión se cierre con la invocación del Derecho del foro, al estilo de nuestro art. 9.4º Cc. El contexto de la Propuesta es totalmente distinto, porque no hay un foro, sino veintisiete y porque la heterogeneidad a nivel de Derecho material de filiación es todo un hándicap en la materia; la orientación material que recoge la norma de conflicto es la concebida por la Comisión en su objetivo de garantizar el estatus jurídico de las familias “arcoíris”. Desde este punto de vista, el funcionamiento de la norma de conflicto puede dar lugar a la paradoja de que la ley del foro, llamada por la norma de conflicto, sea en parte sustituida por una ley extranjera. Pensemos en el ejemplo de una pareja homoparental formada por dos mujeres húngara y española, de las cuales la primera se somete a un tratamiento de reproducción asistida y gesta a una niña que nace en Hungría, país de la residencia habitual de la madre en el momento del nacimiento. Según el art. 17.1º la ley húngara sería la aplicable a la determinación de la filiación, que sólo se podría establecer respecto de la madre biológica, en cuanto que la homoparentalidad no está permitida en este país. Ahora bien, una autoridad húngara a la que se solicitara la inscripción de la niña a favor de las dos progenitoras, se vería en la obligación de desechar la aplicación de la ley húngara en relación con la homoparentalidad para aplicar, por ejemplo, la ley española, a título de ley correspondiente a la nacionalidad de la segunda progenitora, con el resultado de inscribir a la niña como hija de ambas³⁵. El desplazamiento de la ley del foro a favor de una ley extranjera en el marco del funcionamiento de una norma de conflicto en cascada no es técnicamente descabellado, pero precisa de un objetivo compartido. Hay ejemplos claros, como en materia de forma o, en términos más sustantivos, en la tutela del acreedor alimenticio.

³⁵ Dejamos de lado en este momento el análisis de la posible incidencia del orden público, al que se dedicará un apartado específico.

Pero se trata, de orientaciones materiales compartidas, que no rechazan frontalmente las concepciones del foro. La solución de la Propuesta es menos clara, y podría considerarse por sus críticos como un subterfugio para conseguir por la vía de ley aplicable lo que no se puede introducir por la vía de Derecho material por ser competencia exclusiva de los Estados miembros.

15. En quinto y último lugar, una vez explorado el funcionamiento de la norma de conflicto, debemos poner un especial énfasis en una de sus grandes ausencias. Como ya hemos tenido ocasión de destacar, la norma está prevista y dirigida para el colectivo de las familias “arcoíris”. Sin embargo, una norma de conflicto sobre filiación debe atender a las particularidades de otras posibles situaciones que afecten a estas (y otras) familias, como son los casos de impugnación de la filiación. En efecto, la norma de conflicto cubre las necesidades de una familia homoparental bien avenida, pero ¿qué ocurre cuando en una familia homoparental hay una impugnación de la paternidad por parte de uno de los padres? La Propuesta nos indica que por establecimiento de la filiación se entiende también la impugnación; sin embargo, ¿cómo podemos encajar la orientación material del *favor filiationis* respecto del segundo progenitor para los casos de impugnación de la filiación? Pensemos, por ejemplo, en el caso de un matrimonio entre dos hombres que residen habitualmente en España y que acuden a la técnica de gestación subrogada a Los Ángeles, dando como resultado la inscripción en el Registro Civil del Consulado General de España de la filiación matrimonial respecto de ambos cónyuges. Dos años más tarde la pareja sufre una crisis consecuencia de la cual el padre biológico impugna la filiación respecto de su ex pareja, quien consta como padre no biológico³⁶. Según el art. 17 dicha impugnación se regiría por la ley del Estado de la residencia habitual de la persona que dio a luz concretada en el momento del nacimiento, esto es, la ley californiana, o cuando no pueda determinarse la residencia habitual de dicha persona, la ley del Estado de nacimiento del niño, que también nos lleva a la ley californiana; al margen de la adecuación o no de los puntos de conexión del primer párrafo para solventar la impugnación³⁷, no queda claro cómo se aplicaría a este caso la conexión múltiple subsidiaria del párrafo segundo. La lógica de la impugnación de la filiación no está contemplada en la norma de conflicto³⁸.

³⁶ Este caso se planteó en la jurisprudencia española, en la SAP Madrid 10117/2020, de 7 de julio de 2020, ECLI:ES:APM:2020:2017.

³⁷ Pensemos, por ejemplo, en la posibilidad de que la filiación que ahora se impugna, se hubiera establecido conforme a una de las leyes del segundo párrafo.

³⁸ Conscientes de esta inadaptación, el grupo de Marburgo propone una norma de conflicto específica para los casos de “terminación” de la filiación. The Marburg Group, *loc. cit.*, p. 37.

3. Puntos de conexión e intereses subyacentes

16. Al margen de la estructura e interrogantes que presenta el funcionamiento de la regla estudiada, tal cual hemos visto en el epígrafe anterior, lo cierto es que la elección de los concretos puntos de conexión, en sí mismos considerados, también dice mucho sobre el alcance y la filosofía de la Propuesta. Podríamos decir que la problemática en torno a la decisión sobre cuál es el punto de conexión propicio para la filiación es una cuestión clásica. No encontramos una aproximación de cuál es el idóneo para regular la filiación, como tampoco parece que haya claridad sobre cuáles son los intereses subyacentes priorizados para la regla de la Propuesta.

17. Comenzando por los intereses subyacentes, sabemos que garantizar los derechos de las familias LGTBI es además de un objetivo confesado, la mecha que puso en marcha este trabajo legislativo; ello se traslada a lo largo de todo el texto normativo y, como vamos a ver, también en los puntos de conexión utilizados. Por otro lado, se hace referencia al interés superior del menor (y no del hijo) como principio informador de la normativa; si bien es cierto que cualquier normativa que afecta a menores debe estar inspirada por este principio, no lo es menos que el ámbito de aplicación de la Propuesta, y así lo dice expresamente el texto, no se refiere únicamente a la filiación de hijos menores de edad, sino a la filiación de hijos en general, con independencia de la edad³⁹. Por último, un *favor filiationis* limitado al segundo progenitor, configurado de manera que se confunde el *favor filii* con el *favor filiationis*; ello se deriva del deficitario funcionamiento de la norma de conflicto que hemos analizado en los casos de impugnación de la filiación⁴⁰.

18. Escoger los puntos de conexión ha sido desde siempre algo complejo en cuanto que la determinación de la filiación implicaba al menos a tres personas; la proliferación de los nuevos modelos de familia no mejora el escenario, porque donde antes había una “madre”, ahora hablamos de “madre biológica”, “madre gestante” o “madre de intención”. El Derecho comparado tampoco nos aporta nada sobre la preferencia por uno u otro punto de conexión, pues hay sistemas que prefieren conexiones relacionadas con el hijo, sistemas que utilizan conexiones relacionadas con la madre o sistemas que se refieren a conexiones del progenitor respecto del

³⁹ La definición de hijo o hija recogida en el art. 4.2º se refiere a toda persona de cualquier edad cuya filiación deba determinarse, reconocerse o acreditarse. *Vid.* las críticas sobre el uso del interés superior del menor como principio informador en materia de filiación de S. Álvarez González, “La ley aplicable...”, *loc. cit.*, pp. 93 ss.

⁴⁰ *Vid.* E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.*, p. 165.

que se plantea el establecimiento de la filiación; y, por otro lado, algunos prefieren la conexión de la nacionalidad, otros la de la residencia habitual⁴¹. Ahora bien, de toda la variedad existente, ninguno de los sistemas que hemos visto opta por la conexión de la que parte la Propuesta: la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz⁴². Esta conexión supone también una *rara avis* en el panorama actual.

Debemos preguntarnos el porqué de esta conexión desconocida entre los sistemas de nuestro entorno. Dicha pregunta debe estar relacionada también con los intereses subyacentes en la norma de conflicto, cuestión que, como ya hemos adelantado, tampoco parece del todo clara. Desde el punto de vista localizador, la conexión de la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz parece aceptable, al menos para los casos en los que la filiación se determine en el mismo momento del nacimiento⁴³. Efectivamente, hay una fuerte conexión entre la persona que da a luz y el hijo, lo cual justifica en términos de proximidad el posible uso de esta conexión. Sin embargo, existen otras posibles opciones igualmente válidas en términos localizadores (como, por ejemplo, la ley de la residencia habitual del hijo o la ley de la residencia habitual de la madre⁴⁴), pero el texto normativo apuesta por la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz. Sea cual sea la razón que pueda haber detrás de esta elección, lo cierto es que la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz resulta una ley muy favorable al establecimiento de la filiación en los supuestos de gestación por sustitución, pues habitualmente la persona que da a luz en estos casos, lo hace en el país de su residencia habitual, país cuya legislación permite la maternidad subrogada y que, por tanto, previsiblemente preverá la determinación de la filiación respecto de los padres de intención. El confesado propósito de la Propuesta de dar cabida y seguridad jurídica a las familias “arcoíris”, confirmaría esta visión, en cuanto

⁴¹ En general todas ellas han recibido algún tipo de crítica. *Vid.*, por ejemplo, en relación con las conexiones del art. 9.4º Cc, J.Carrascosa González, *loc. cit.*, pp. 162-171 donde el autor parece avalar la preferencia del uso de la conexión de la residencia habitual del hijo, frente a la de su nacionalidad. Otros autores no ven argumentos categóricos a favor de una u otra, *vid.* S. Álvarez González, “La ley aplicable...”, *loc. cit.*, p. 101. Con carácter más general, se puede consultar el análisis que realiza el Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya en su informe de noviembre de 2019 sobre algunos puntos de conexión, poniendo de relieve sus pros y sus contras; *vid.* “Report of the Expert’s Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 29 th October to 1 November 2019)”, disponible en <http://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://assets.hcch.net/docs/d435cfc-65ce-4047-b603-ff63ed20591c.pdf>, esp. pp. 5 y 6.

⁴² En el seno de los trabajos de la Conferencia de La Haya sí se valora esta conexión, pero no como opción prioritaria, sino después de la conexión de la ley del Estado de nacimiento del hijo. *Vid.* Experts Group on the Parentage/Surrogacy Project, Final Report..., *op. cit.*, p. 57.

⁴³ *Vid.* las consideraciones al respecto de The Marburg Group, *loc. cit.*, esp. p. 35.

⁴⁴ Advirtamos que no es lo mismo decir ley de la residencia habitual de la madre que ley de la residencia habitual de la persona que da a luz.

que es común que este colectivo acuda a esta vía con el fin de poder fundar una familia.

19. La ley de la residencia habitual del hijo sólo entra en juego para los casos en los que no se pueda determinar la residencia habitual de la persona que da a luz⁴⁵. Esta conexión es también correcta en términos localizadores; de hecho, es la principal ley que debería aplicarse para aquellos casos en los que la determinación de la filiación se plantee en un momento posterior al del nacimiento⁴⁶. Dentro de la aleatoriedad de los puntos de conexión de filiación, las conexiones referidas al hijo tienen el plus de que, de la ecuación, es el único elemento que siempre va a estar; no es posible plantear un problema de filiación sin hijo, pero sí es posible plantear un problema de filiación sin, por ejemplo, el padre, como ocurre en los casos de familias monógamas, o sin madre, como ocurre en las familias homoparentales de sexo masculino.

20. Por último y en cuanto a las conexiones de juego alternativo y subsidiario del art. 17.2º, debemos advertir la posible aplicación de una ley desvinculada con la situación en los casos en los que se aplique la ley de la nacionalidad del primer progenitor a la determinación de la filiación respecto del segundo progenitor. Pensemos, por ejemplo, en un caso en el que la filiación está determinada respecto de la madre, nacional española, quien residía habitualmente en Marruecos en el momento en el que se produjo el nacimiento del niño. Se plantea la filiación respecto del segundo progenitor, un hombre con nacionalidad marroquí y residencia habitual en Marruecos. En virtud del art. 17.2º sería posible que a la determinación de la filiación respecto de este hombre se aplique el Derecho español, un ordenamiento jurídico que, en el ejemplo, no cumpliría con los estándares de proximidad. Sería más recomendable, en definitiva, limitar la conexión de la nacionalidad a la del progenitor respecto del que se está planteando la determinación de la filiación⁴⁷.

III. INCIDENCIA DEL ORDEN PÚBLICO

21. Uno de los puntos más sensibles de la regulación de la Propuesta es la cláusula del orden público. Si bien la excepción de orden público es un mecanismo que tenemos perfectamente interiorizado, en filiación su incidencia es especialmente notoria. Y ello porque no es infrecuente que se

⁴⁵ Como ejemplos, la Exposición de Motivos de la Propuesta se refiere concretamente a los casos de refugiadas o madres internacionalmente desplazadas.

⁴⁶ *Vid. supra*.

⁴⁷ En este sentido también se ha pronunciado el Grupo de Marburgo, *loc. cit.*, p. 34.

pueda activar, en cuanto que esta materia es especialmente definitoria de la identidad nacional de un Estado, de su concepción familiar, social y, por ende, cultural. Buena prueba de ello es que, sin aún tener texto normativo, el TJUE ya haya tenido que pronunciarse en dos ocasiones sobre casos que en materia de filiación pusieron en jaque las libertades europeas, sobre la base de la identidad nacional de Estados miembros y de su orden público.

La excepción de orden público se recoge en el art. 22, a través de dos apartados y con cierta novedad; es la primera vez que se incluye en sede de ley aplicable a nivel de texto normativo la referencia al respeto de los derechos fundamentales y principios reconocidos en la Carta, particularmente el art. 21 de la misma, sobre el principio de no discriminación⁴⁸. Además, la Exposición de Motivos da un paso más y recoge expresamente que la excepción de orden público no debe aplicarse para rechazar la aplicación de una ley que prevea la filiación homoparental, por el hecho de que los progenitores sean del mismo sexo. Varias cuestiones se pueden comentar al respecto.

22. La primera de ellas se refiere a la relación entre la orientación material recogida en el art. 17.2º y la excepción de orden público. Técnicamente la relación entre una norma de conflicto materialmente orientada y el orden público es una relación de complementariedad en la búsqueda del interés o valor jurídico protegido por el foro. En este sentido, la funcionalidad de la excepción del orden público se orienta a articular de la mejor forma las relaciones entre un ordenamiento jurídico extranjero y el del foro, a la luz de los valores que informan uno y otro⁴⁹. Sin embargo, este juego del orden público no queda claro en la Propuesta si nos planteamos el caso en el que es la propia ley del foro la que no cumple con los estándares de la norma de conflicto; pensemos, por ejemplo, en la *lex fori* polaca, rumana o búlgara en relación con la homoparentalidad.

23. Evidentemente el hecho de que la Propuesta haga especial hincapié en la prohibición de discriminación por razón del sexo de los progenitores no implica que la cláusula de orden público no pueda utilizarse en otros escenarios, sino que es una muestra más de la especial preocupación política que existe en torno a la situación de las familias “arcoíris” en la UE⁵⁰. En España, el TS interpretó, al hilo de una reclamación de paternidad extramatrimonial instada por un hijo, que los plazos de prescripción previstos en el Derecho aplicable, el francés, eran contrarios al orden

⁴⁸ Hasta ahora sí se había hecho referencia a la Carta en los Considerandos de otros Reglamentos o se había introducido la cláusula de derechos fundamentales, pero en sede de reconocimiento y, en concreto, respecto de las causas de denegación.

⁴⁹ Vid. J.D. González Campos, *loc. cit.*, p. 391.

⁵⁰ Vid. E. Rodríguez Pineau, *loc. cit.*, p. 173.

público español⁵¹; y, en relación a la legitimación activa para la reclamación de la filiación, debemos tener en cuenta las sentencias del TC en las que se declaró inconstitucional un precepto del Código civil en el que se impedía reclamar la filiación no matrimonial en los casos en los que no hubiera posesión de estado por contrariar el derecho a investigar la paternidad recogido en el art. 39.2º CE⁵².

En Derecho comparado podemos encontrar también ejemplos de aplicación de la excepción de orden público a distintos aspectos de la filiación. Así, por ejemplo, la Corte de Casación italiana, sobre la base del *favor filiationis*, declaró como principio de orden público internacional el establecimiento de la filiación a quien fue concebido, con independencia de la naturaleza de la relación de los progenitores⁵³. En Francia, la Corte de Casación excluyó, por ser contrarias al orden público, por un lado, la aplicación de una ley extranjera que privaba al hijo la posibilidad de establecer la filiación paterna (incluso sin referencia explícita a las conexiones de la situación con Francia) y, por otro lado, la aplicación de otra ley extranjera según la cual se determinaba la filiación por la mera prueba de la declaración de la madre, sin más indicios⁵⁴. En definitiva, el juego del orden público en materia de filiación va mucho más allá de los casos en los que se ven afectados los derechos del colectivo LGBTI.

24. Por último, debemos hacer especial referencia al orden público y la maternidad subrogada. La mayor parte de los casos que actualmente afectan al orden público en materia de filiación en Derecho comparado se refieren a la maternidad subrogada y la jurisprudencia del TEDH en la materia es extensa⁵⁵. En la UE sólo hay dos países (Grecia y Portugal) que regulan esta técnica, lo que significa que los casos de filiación derivada de la maternidad subrogada son importados de terceros países. Se plantea la duda de cómo

⁵¹ STS 2311/2000 22 de marzo de 2000, ECLI:ES:TS:2000:2311

⁵² STC 273/2005 27 de octubre, BOE 29.11.2005, ECLI:ES:TC:2005:273 y STC 52/2006, de 6 de febrero, BOE 16.3.2006, ECLI:ES:TC:2006:52; ambas sentencias declararon inconstitucional el párrafo primero del art. 131 CC en su redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. En el mismo sentido y más reciente, STC 41/2017 de 24 de abril, BOE 27.5.2017, ECLI:ES:TC:2017:41 que declara inconstitucional la Ley 71 b) de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra, por vulnerar el art. 39.2º CE al restringir las posibilidades de legitimación activa en los casos de filiación no matrimonial.

⁵³ El Alto Tribunal italiano excluyó la aplicación de la ley egipcia por impedir el establecimiento de la filiación por haberse concebido el hijo en el marco de una relación adúltera. *Vid.* T. Ballarino/E. Ballarino/I. Pretelli: *Diritto internazionale privato italiano*, 8ª ed., Cedam, Vicenza, 2016. p. 210.

⁵⁴ *Vid.* B. Audit/L. D'Avout, *op. cit.*, pp. 717 y ss.; F. Mélin, *Droit international privé*, 9ª ed., Gualino, Issy-les-Moulinex, 2019, p. 13.

⁵⁵ Entre las últimas, STEDH 31 de agosto de 2023, asunto 47196/21, con cita de su doctrina [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-226391%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-226391%22]})

hay que tratar metodológicamente estos casos: si optamos por la vía del reconocimiento de la filiación establecida en ese tercer Estado, se trata de una cuestión nacional, que cada Estado miembro deberá afrontar con su Derecho internacional privado. Sin embargo, si metodológicamente lo afrontamos como una cuestión de ley aplicable, entra dentro del ámbito de aplicación espacial de la Propuesta y se plantean algunas incertidumbres en relación con el alcance del orden público.

En efecto, al ser casos importados directamente de un tercer país, son situaciones privadas estrictamente internacionales y no europeas. Pensemos en el típico ejemplo de una pareja homoparental formada por dos hombres franceses, que acuden a California para acceder a la maternidad subrogada. Según el art. 17 de la Propuesta se aplicaría la ley californiana a la determinación de la filiación; pero ¿podría Francia excepcionar la aplicación de esta ley por ser la maternidad subrogada contraria a su orden público o podría extenderse a estos casos el orden público europeo interpretado al hilo del art. 21 de la Carta pese a no ser un caso intracomunitario? En todo caso, no deja de ser desconcertante el doble rasero de la UE en relación con la maternidad subrogada, pues mientras el Parlamento Europeo condenó esta práctica por ser contraria a la dignidad de la mujer⁵⁶, la Propuesta recoge una solución de ley aplicable que, como hemos visto en el análisis del punto de conexión principal, parece particularmente pensada para dar cobertura a las filiaciones derivadas de la misma.

IV. CONCLUSIONES

El proyecto legislativo europeo en materia de filiación nació con un propósito confesado muy claro: dar cobertura y seguridad jurídica a las familias “arcoíris” en la UE. Dicho objetivo informa especialmente la normativa sobre ley aplicable de la Propuesta por encima de cualquier otro interés legítimo en la materia de filiación. Afrontar la uniformización de una norma de conflicto en materia de filiación no es una tarea fácil, a la luz del contexto de especial heterogeneidad tanto a nivel de Derecho material, como a nivel de Derecho internacional privado. La celeridad y el contexto político en el que se ha desarrollado la Propuesta explican algunas de las incógnitas que se han podido observar en la ejecución de este trabajo.

⁵⁶ Vid. Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y política de la UE al respecto, de 17 de diciembre de 2015, disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2015-0470_ES.html

Pese a su estructura dividida en dos párrafos, el art. 17 de la Propuesta recoge una única norma de conflicto con conexiones en cascada, donde la particularidad se encuentra en que la conexión subsidiaria es múltiple y en una orientación material del *favor filiationis* limitada a un segundo progenitor. Es una regla con importantes ausencias porque es una regla parcial, en el sentido de que parece estar pensada para un grupo concreto de problemas respecto de un determinado colectivo: el establecimiento de la filiación en las familias homoparentales bien avenidas.

Se opta por un supuesto de hecho general, evitando los problemas que conllevaría una especialización de la norma de conflicto en función de los títulos de legitimación de la filiación, en el marco de la heterogeneidad del Derecho material de filiación de los veintisiete Estados miembros. No obstante, se identifican los siguientes problemas: en primer lugar, la norma de conflicto no atiende a la lógica de la impugnación de la filiación. En segundo lugar, los problemas de calificación se trasladan al propio ámbito material de la Propuesta, donde debería aclararse correctamente qué es una adopción internacional y donde se plantean inquietudes respecto de la inclusión de la filiación derivada de la maternidad subrogada. En tercer lugar, el principal punto de conexión escogido por la Propuesta, la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz en el momento del nacimiento, exige una especialización temporal, so pena de aplicarse una ley poco o nada vinculada a los casos de filiación planteados en un momento posterior al del nacimiento.

El funcionamiento interno de la norma de conflicto presenta ciertas carencias que sería necesario revisar de cara a un futuro instrumento. Las relaciones entre la conexión principal y la conexión múltiple subsidiaria no están del todo claras. El hecho de que en aplicación de la primera ley se deba haber establecido la filiación respecto del primer progenitor como presupuesto para acudir a la conexión subsidiaria es incoherente y va en contra del *favor filiationis*. Habría que aclarar en qué casos se puede pasar de la conexión principal a la subsidiaria, siendo recomendable una interpretación matizada frente a una interpretación automatizada. La conexión subsidiaria múltiple genera problemas de inseguridad jurídica en cuanto al régimen de filiación en los casos en los que al menos dos leyes establezcan la filiación respecto del segundo progenitor, pero con resultados diferentes. Una jerarquización de los puntos de conexión sería recomendable para asegurar el mismo resultado con independencia de la autoridad competente. Por último, la posibilidad de que la ley del foro sea sustituida por una ley extranjera plantea inquietudes técnicas y competenciales, en el sentido de que la norma de conflicto puede llegar a

tildarse de subterfugio para conseguir por esta vía una uniformización de Derecho material.

El punto de conexión principal utilizado por la norma de conflicto supone una novedad en nuestro entorno jurídico. Su razón de ser parece atender a la maternidad subrogada, puesto que es el punto de conexión idóneo para dar cobertura a las filiaciones derivadas de esta técnica. En cuanto a las conexiones alternativas subsidiarias, sería más correcto suprimir la posibilidad de aplicar la ley de la nacionalidad del primer progenitor, para evitar el riesgo de la aplicación de una ley poco vinculada.

Para finalizar, la incidencia del orden público es especialmente intensa en esta materia y la Propuesta incide en la imposibilidad de acudir a esta excepción para impedir la aplicación de una ley que determine una filiación homoparental; una muestra una vez más del especial interés en blindar la imposibilidad por parte de los Estados miembros de acudir a la excepción de orden público como vía de escape para frustrar los confesados objetivos de la Propuesta en relación con el colectivo LGTBI. En el trasfondo, un “tira y afloja” entre el orden público europeo y la identidad nacional de los Estados miembros que conduce al fracaso de este proyecto normativo.

BIBLIOGRAFÍA

- Adam Muñoz, M.D., “La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español”, *CDT*, vol. 8-2, 2016, pp. 34-54.
- Álvarez González, S., *Filiación hispano-suiza. Sistemas de Derecho internacional privado y relaciones concernientes a la emigración española*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León, León, 1989.
- Id.*, “La ley aplicable a la filiación por naturaleza”, en VVAA (eds.), *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Civitas Thomson Euters, Madrid, 2020, pp. 91-109.
- Id.*, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de las parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C-490/*Pancharevo*”, *La Ley Unión Europea*, nº 102, 2022.
- Id.*, “La Propuesta sobre el Reglamento europeo de Filiación. Una presentación crítica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. X, nº 3 (abril-junio), pp. 171-200.
- Audit, B./D’Avout, L., *Droit international privé*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulinex, 2018.
- Ballarino T./Ballarino E./Pretelli, I., *Diritto internazionale privato italiano*, 8ª ed., Cedam, Vicenza, 2016.
- Budzikiewicz, C./Duden, K./Dutta, A./Helms, T./Mayer, C., “The European Commission’s Parenthood Proposal. Comments of the Marburg Group”, *IPRax*, 2023, pp. 425-435.

- Carrascosa González, J., “Ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo”, *REDI*, vol. 68, nº 2, 2016, pp. 157-182.
- Id.*, “Capítulo XIII. Filiación natural”, en A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González (coord.), *Tratado de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 1853-1960.
- Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S., *Derecho internacional privado*, 12ª ed., Civitas, Navarra, 2022.
- González Beilfuss, C., “Libre circulación de personas y homoparentalidad; comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20 *Pancharevo*”, *REEL*, vol. 43, 2022, pp. 8-13.
- González Campos, J.D., “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 287, 2000, pp. 13-426.
- Jiménez Blanco, P., “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso. Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C-673/18: *Coman*, *La Ley Unión Europea*, nº 61, julio 2018.
- Mankowski, P., *Internationales Privatrecht*, 2ª ed., tomo II, C.H. Beck, Hamburgo, 2019.
- Mayer, P./Heuzé, V./Remy, B., *Droit international privé*, 12ª ed., París, LGDJ, 2019.
- Milios, G., “The Recognition of parenting rights of same-sex couples established abroad”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 60 (2023), pp. 87-112.
- Moura Vicente, D., *Direito Internacional Privado. Textos normativos fundamentais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017.
- Niboyet, M.-L./De Geouffre, G., *Droit international privé*, 6ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2017.
- Pérez Martín, L.A., “Doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzeczchnik*: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *AEDIPr*, t. XXII, 2022, pp. 483-514.
- Rodríguez Pineau, E., “La propuesta de Reglamento europeo sobre filiación en situaciones transfronterizas”, *Cuadernos de Derecho Privado*, nº 6, 2023, pp. 148-180.
- Rusinova, N., “Bulgarian Supreme Court Judgment on *Pancharevo* – Correct answer to a wrong question”, *The EAPIL blog*, 11 mayo 2023, disponible en <https://eapil.org/2023/05/11/bulgarian-supreme-court-judgment-on-pancharevo-correct-answer-to-a-wrong-question/>
- The Marburg Group, “Comments on the European Commission’s Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition of decisions and acceptance of authentic instruments in matters of parenthood and on the creation of a European Certificate of Parenthood”, disponible en <https://www.marburg-group.de/>.