
UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO E
HISTORIA DEL DERECHO

**LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DEL
NACIDO EN ESPAÑA DE PROGENITOR
MARROQUÍ**

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: María del Carmen Ruiz Sutil
D.L.: GR. 2623-2009
ISBN: 978-84-692-3888-2

Tesis presentada por D^a. Carmen Ruíz Sutil
Dirigida por el Prof. Dr. D. Sixto Alfonso Sánchez Lorenzo
(Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada
GRANADA, 2009

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	11
-------------------	----

INTRODUCCIÓN.....	15
-------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO EL DERECHO DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA Y MARRUECOS: PRINCIPIOS INSPIRADORES

I. EL DERECHO MATERIAL DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA Y MARRUECOS	39
---	----

1. Presupuesto sistemático	39
2. Igualdad de todos los hijos: unidad <i>versus</i> dualidad de filiaciones ...	42
3. <i>Favor filii versus favor legitimatis</i>	55
4. Filiación biológica <i>versus</i> filiación formal	68
A) La verdad biológica frente al mantenimiento de la paz familiar	68
B) La búsqueda del origen biológico: ¿hacia un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español?.....	70

II. LÍNEAS DIRECTRICES DE LOS DERECHOS MATERIALES COMPARADOS EN LA DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN	91
--	----

1. Las filiaciones matrimonial y legítima en los Derechos español y marroquí	91
A) El hijo matrimonial en Derecho español	91
B) El hijo <i>al firach</i> como sujeto privilegiado en el Derecho marroquí	95
2. <i>Mater semper certa est</i> en Derecho español y marroquí.....	102
A) La relación materno-filial en Derecho español.....	102
B) <i>Bunuwa</i> o filiación materna en el Derecho marroquí.....	108

3.	La paternidad no matrimonial: su proyección en el Derecho español frente a su inadmisión en el Derecho marroquí	113
A)	La evolución de la regulación de la paternidad no matrimonial en Derecho español	113
B)	La paternidad natural como institución desconocida en Derecho marroquí.....	117
4.	El reconocimiento voluntario: concepto jurídico aplicado a realidades diferentes	121
A)	Adaptación de la institución a los nuevos modelos de familia.....	121
B)	El <i>istilbak</i> en el Derecho marroquí.....	127
5.	Determinación judicial de la filiación: valoración de la libre investigación de la verdad biológica en los Derechos comparados.....	130
A)	El derecho a las acciones judiciales de filiación en España y la libre investigación de la verdad biológica.....	130
B)	La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica.....	148
III.	CLAVES EN LA NORMATIVA CONFLICTUAL.....	161
1.	Reglamentación de la filiación en DIPr. Español.....	161
A)	El carácter general del art. 9.4 C.c.....	161
B)	Problemática suscitada por la aplicación de la norma de Conflicto.....	177
2.	Normativa conflictual marroquí: influencia del <i>ius religiones</i>	190
A)	La nacionalidad del foro y el privilegio de religión	190
B)	Prevalencia de la paternidad legítima en la localización de la ley aplicable a la filiación	198

CAPÍTULO SEGUNDO
DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA
FILIACIÓN

I.	CONSIDERACIONES PREVIAS.....	203
----	------------------------------	-----

II.	INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DEL NACIDO EN ESPAÑA EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL REGISTRO CONSULAR MARROQUÍ.....	205
1.	Acceso al Registro Civil español.....	205
A)	Aplicación de la normativa conflictual sobre filiación.....	205
B)	Desajuste entre la ley reguladora de la filiación y la <i>lex loci Registrationis</i>	209
C)	Matrimonio de los progenitores como cuestión previa para el reflejo registral de la filiación matrimonial	214
2.	Inscripción del nacido en España en el Registro Civil Consular marroquí y su utilización como título de acceso al Registro Civil español	234
A)	La validez del matrimonio como cuestión previa a la inscripción de la filiación	234
B)	La certificación consular marroquí como título de acceso Al Registro Civil español: la descoordinación entre el art. 323 LEC y el art. 23 LRC.....	239
III.	RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA FILIACIÓN.....	249
1.	La viabilidad en la especialización de la normativa conflictual española para el reconocimiento voluntario	249
2.	La declaración de voluntad ante autoridad española	257
A)	El juego de la regla “ <i>auctor</i> ” en la recepción del Reconocimiento	257
B)	Reconocimiento de la filiación en testamento y el DIPr.....	264
3.	Condiciones sustanciales de validez en el reconocimiento de la filiación	267
A)	Capacidad activa	267
B)	Capacidad pasiva.....	283
C)	Especial referencia a los reconocimientos de complacencia.....	329

4.	Integración en España del reconocimiento voluntario de la filiación efectuado en el extranjero	303
A)	Requisitos extrínsecos e intrínsecos del documento Extranjero.....	303
B)	Reconocimiento conflictual como método para dar validez al acto de la declaración voluntaria de la filiación	311
C)	Diversidad de métodos de recepción del reconocimiento de la filiación	315
D)	Propuesta de <i>lege ferenda</i> : método de reconocimiento <i>filiocéntrico</i> de la situación creada en el extranjero	327

CAPÍTULO TERCERO
LA RECLAMACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA
FILIACIÓN DEL NACIDO EN ESPAÑA DE
PROGENITOR MARROQUÍ

I.	PLANTEAMIENTO	333
II.	COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA RECLAMACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN.....	335
1.	Competencia judicial internacional de los tribunales marroquíes	335
A)	Traslado de la competencia territorial a las situaciones Internacionales.....	335
B)	Amplitud de foros en materia de filiación en supuestos Internacionales.....	338
2.	Competencia judicial internacional de los tribunales españoles....	340
A)	Ausencia de régimen institucional y convencional.....	340
B)	Operatividad de los foros de la L.O.P.J. en la filiación hispano-marroquí	345
C)	Foro de necesidad y <i>favor filii</i> en la filiación hispano marroquí.....	353

III. EL DERECHO APLICABLE A LA RECLAMACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN	357
1. Regulación de la filiación en la normativa conflictual marroquí.....	357
A) Identificación <i>forum-ius</i>	357
B) Necesidad de modernización del sistema conflictual Marroquí.....	364
2. El Derecho español y la especialidad en los procesos de filiación: pasarela entre <i>lex fori</i> y <i>lex causae</i>	367
A) Cuestiones preliminares.....	367
B) Exigencia de un principio de prueba para la admisión de la demanda de filiación	368
C) Medidas provisionales y cautelares en los procesos de Filiación.....	371
D) Intervención del Ministerio Fiscal en la reclamación o impugnación de la filiación.....	375
3. Ley reguladora de la filiación e identificación de los problemas en las relaciones hispano-marroquíes	380
A) Acciones de filiación: especial referencia a la reclamación de paternidad natural.....	380
B) La legitimación y plazos en las acciones de filiación.....	387
C) Prueba de la procreación: medios de prueba, objeto y carga	391
4. Representación del menor o incapaz e incidencia del Convenio de la Haya de 1996.....	398
IV. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS DE FILIACIÓN EN ESPAÑA Y MARRUECOS.....	403
1. Validez en España de sentencia marroquí sobre filiación.....	403
A) Posibles efectos en España de la decisión judicial Marroquí sobre filiación.....	403
B) Reglamentación convencional y sistemas de condiciones.....	410
2. Reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas sobre filiación.....	435

A) Régimen aplicable.....	435
B) El reconocimiento de la sentencia española sobre paternidad natural y la continuidad de la filiación en Marruecos.....	436
V. REVISIÓN DEL CONVENIO BILATERAL CON SUPERVISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA.....	443
1. Efecto colateral de la comunitarización del DIPr. en las relaciones hispano-marroquí.....	443
2. Propuestas de mejora del C. H-M.....	447
CONCLUSIONES.....	453
BIBLIOGRAFÍA.....	475

ABREVIATURAS

<i>AC</i>	Actualidad Civil
<i>ACFS</i>	Anales de la Cátedra Francisco Suárez
<i>ACNUR</i>	Alto Comisionado de Naciones Unidas para el Refugiado
<i>AD</i>	Anales de Derecho
<i>ADC</i>	Anuario de Derecho Civil
<i>ADI</i>	Anuario de Derecho Internacional
<i>AD. Univ. de La Laguna</i>	Anuario de Derecho de la Universidad de la Laguna
<i>AEDIPr</i>	Anuario Español de Derecho Internacional Privado
<i>AFD</i>	Anales de la Facultad de Derecho
<i>AHLADIPr</i>	Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional privado
<i>Annuaire IDI</i>	Annuaire Internacional de Droit International
<i>AJEE</i>	Anuario Jurídico y Económico Escorialense
<i>AP</i>	Audiencia Provincial
<i>Art.</i>	Artículo
<i>AS</i>	Asunto
<i>ATS</i>	Auto del Tribunal Supremo
<i>BIB</i>	Bibliografía
<i>BIMJ</i>	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
<i>B.O.E.</i>	Boletín Oficial del Estado
<i>B.O.</i>	Bulletin Officiel
<i>BOJA</i>	Boletín Oficial de la Junta de Andalucía
<i>BOCG</i>	Boletín Oficial del Congreso
<i>Bol. Mex. Der. Comp.</i>	Boletín Mejicano de Derecho Comparado
<i>CDFUE</i>	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
<i>CAJI</i>	Cooperación en los Ámbitos de Justicia e Interior
<i>C.c.</i>	Código Civil
<i>CIEC</i>	Comisión Internacional del Estado Civil
<i>CNM</i>	Código de la Nacionalidad Marroquí
<i>CF</i>	Código de Familia
<i>CFM</i>	Código de Familia Marroquí
<i>Coord.</i>	Coordinadora/coordinador

<i>CPCM</i>	Código de Procedimiento Civil Marroquí
<i>CPM</i>	Código Penal Marroquí
<i>CPU</i>	Centre de Publication Universitaire
<i>CCJC</i>	Cuadernos Cívitas de jurisprudencia civil
<i>C.E.</i>	Constitución Española
<i>CEDH</i>	Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales
<i>CGPJ</i>	Consejo General del Poder Judicial
<i>DCC</i>	<i>Dahir</i> marroquí sobre la Condición Civil de los extranjeros
<i>DGRN</i>	Dirección General de los Registros y del Notariado
<i>DIPr.</i>	Derecho internacional privado
<i>DOCE</i>	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
<i>DPyC</i>	Derecho Privado y Constitución
<i>EDP</i>	Europa e diritto privato
<i>EEE</i>	Espacio Económico Europeo
<i>FamRZ</i>	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (revista jurídica de Derecho de familia)
<i>FJ</i>	Fundamento Jurídico
<i>Ibidem</i>	Mismo lugar
<i>IPRax</i>	Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts
<i>JDI</i>	Journal du droit international
<i>Juris-Classeur</i>	Juris-Classeur de Droit Comparé
<i>JORA</i>	Journal officiel République de l'Argérie
<i>JUR</i>	Base de Datos de Jurisprudencia (Aranzadi Westlaw)
<i>JZ</i>	Juristen Zeitung
<i>La Ley</i>	Revista Jurídica Española, la Ley
<i>LEC</i>	Ley Enjuiciamiento Civil
<i>LO</i>	Ley Orgánica
<i>loc.cit.:</i>	lugar citado
<i>LOTC</i>	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
<i>L.O.P.J.</i>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<i>LRC</i>	Ley del Registro Civil
<i>LRHA</i>	Ley de Reproducción Humana Asistida
<i>op.cit.:</i>	obra citada
<i>Pags.</i>	Páginas

<i>RabelsZ</i>	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
<i>Recueil des Cours</i>	Revue des Cours de Académie de Droit international de la Haye
RD	Real Decreto
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDE	Revue de Droit et d'économie (Fès)
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDP	Revista de Derecho Privado
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDF	Revista Europea de Derechos Fundamentales
REDI	Revista Española de Derecho Internacional
REE	Revista de Estudios Europeos
REEI	Revista Electrónica de Estudios Internacionales
REMALD	Revue marocaine d'administration locale et de développement
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
<i>Rev. int. dr. comp.</i>	Revue du droit international et de droit comparé
<i>Rev. suisse DIDE</i>	Revue suisse de droit international et européen
<i>Rev. trim. dr. civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>Rev. trim. dr. b.</i>	Revue trimestrielle des droits de l'homme
<i>Rev. crit. dr. int. pr.</i>	Revue critique de droit international privé
<i>Rev. trim. dr. eur</i>	Revue trimestrielle de droit européen
<i>Rev. trim. dr. fam.</i>	Revue trimestrielle de droit familial
RFD Univ. Gr.	Revista de la Facultad de Derecho Universidad de Granada
<i>Riv.dir.int.</i>	Revista di diritto internazionale
<i>Riv.dir.int.priv.e proc</i>	Rivista di diritto processuale internazionale privato e processuale
RJ	Repertorio de Jurisprudencia (Aranzadi Westlaw)
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJPEM	Revue juridique, politique et économique du Maroc
RMD	Revue marocaine de droit
RMDED	Revue marocaine de droit et d'économie du développement
RRC	Reglamento del Registro Civil

<i>SAP</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial
<i>Sent.</i>	Sentencia
<i>STC</i>	Sentencia del Tribunal Constitucional
<i>STEDH</i>	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>STJCE</i>	Sentencia del TJCE
<i>STS</i>	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>TSJ</i>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
<i>RD</i>	Real Decreto
<i>SYIL</i>	Spanish Yearbook of International Law
<i>TC</i>	Tribunal Constitucional
<i>TCE</i>	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
<i>TCEE</i>	Tratado de la Comunidad Económica Europea
<i>TEDH</i>	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
<i>TJCE</i>	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
<i>TS</i>	Tribunal Supremo
<i>TSJ</i>	Tribunal Superior de Justicia
<i>TUE</i>	Tratado de la Unión Europea
<i>UE</i>	Unión Europea
<i>Vid.</i>	Vide (véase)

INTRODUCCIÓN

El progreso económico experimentado por España durante las últimas décadas ha convertido a este país en uno de los principales destinos de flujos migratorios, siendo la población marroquí una de las más significativas desde un punto de vista cuantitativo, debido quizás a la proximidad geográfica existente entre ambos Estados. Así se desprende de las estadísticas publicadas por el Instituto Nacional de Estadística (en adelante INE) sobre extranjeros que residen legalmente en España¹, donde se refleja que, a 1 de enero de 2008, el número de marroquíes asciende a 644.688, lo que constituye en estos momentos la comunidad más numerosa de nacionales de terceros Estados, aunque únicamente recogen a los residentes legales.

Pese a la proximidad geográfica entre ambos Estados y a la larga historia común compartida (no se olvide los más de ocho siglos de dominación árabe en España y el casi medio siglo de protectorado español en Marruecos -1912 hasta 1956-²), ha existido tradicionalmente, tanto en España como en Marruecos, un gran desconocimiento de la realidad del país vecino, hasta el punto de afirmarse que han vivido de espaldas el uno al otro. En la actualidad, esta escena parece

¹ Consúltese <http://www.ine.es/>.

² Sobre el Protectorado español en Marruecos *vid.* T. García Figueras, *España y su protectorado en Marruecos (1912-1956)*, Madrid, CSIC, 1957; V. Morales Lezcano, *España y el Norte de África: el protectorado en Marruecos (1912-1956)*, Madrid, UNED, 1986; R. Salas Larrazábal, *El protectorado de España en Marruecos*, Madrid, MAFRE, 1992; M. Cajal y López, *Ceuta, Melilla, Olivenza y Gibraltar. ¿Dónde acaba España?*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2003, en espec. pp. 93-232.

llegar a su fin como consecuencia del progresivo asentamiento de población marroquí en España al que se ha aludido, circunstancia que hace imprescindible un conocimiento y colaboración recíprocos en todos los ámbitos. En particular, en el jurídico y, dentro de éste, en lo que concierne al estatuto personal y Derecho de familia. Los marroquíes asentados en España, pese a la vinculación que mantienen con su país de origen, desarrollan en territorio español su vida personal y familiar: contraen matrimonio, tienen hijos, se divorcian, reclaman alimentos, heredan o causan herencia. Estos acontecimientos ponen en contacto, irremediabilmente, a dos ordenamientos que no responden a los mismos parámetros, lo que genera problemas de Derecho internacional privado (en adelante DIPr.) que requieren una adecuada respuesta por parte de los legisladores de ambos países en orden a garantizar la continuidad de las relaciones jurídicas en el espacio. Tal solución pasa ineludiblemente por la cooperación entre las autoridades de uno y otro Estado, manifestándose en la mejora de los diferentes acuerdos bilaterales suscritos³. La pertenencia de España a la Unión Europea (en adelante UE) mediatiza las relaciones de vecindad de ambos Estados⁴, produciendo un cambio en la concepción de las

³ En cuanto a la cooperación en el ámbito jurídico entre el Reino de España y el Reino de Marruecos hay que destacar, entre otros, el Acuerdo de Amistad y Cooperación de 4 de julio de 1991 (BOE núm. 43, de 26 de febrero de 1993); los suscritos en materia de inmigración, como son el Convenio relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente de 13 de febrero de 1992 (BOE núm. 100, de 25 de abril y núm. 130, de 30 de mayo de 1992); el concerniente a la contratación de mano de obra, de 25 de julio de 2001 (BOE núm. 226, de 20 de septiembre de 2001) o el de cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y retorno concertado, de 6 de marzo de 2007 (BOCG núm. 149, serie A, de 14 de septiembre de 2007) y los adoptados en materia de cooperación judicial, tales como Convenio de cooperación judicial, en materia civil, mercantil y administrativa, de 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997); Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia, derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE núm. 150, de 24 de junio de 1997). Sobre los convenios bilaterales entre España y Marruecos *vid.* J. D. Torrejón Rodríguez, “Las relaciones entre España y Marruecos según sus tratados internacionales”, [http://www.reei.org/reei%2011/JD.Torrejón\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/JD.Torrejón(reei11).pdf); *id.*, “Las relaciones entre España y Marruecos según sus tratados internacionales”, *Las dimensiones internacionales del Estrecho de Gibraltar. Les dimensions international du Détroit de Gibraltar, Serie de Estudios Internacionales y Europeos de Cádiz*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 163-202.

⁴ A la bilateralidad que anteriormente las había caracterizado, se añadió una nueva dimensión multi-bilateral inscrita en el marco de las relaciones Comunidad Económica-Magreb. *Cfr.* B. López García y M. Hernando De Larramendi, “España y el Norte de África: hacia una “estabilidad dinámica”, *Paix et sécurité internationales*, 2003, núm. 3, pp. 31-55, en espec. p. 46. Asimismo, hay que destacar el papel de socio privilegiado que con la

relaciones con el *Magreb*⁵. De hecho, Marruecos acaba de adquirir un “estatuto avanzado” con la UE⁶, donde se refleja la necesidad de consolidación de los derechos del niño en el ámbito de la cooperación judicial, además de progresiva adhesión de Marruecos a las Convenciones del Consejo de Europa en materia judicial. Actualmente, el país vecino forma parte del seno de determinadas organizaciones internacionales, como es el caso de la Conferencia de La Haya de DIPr. Todo ello, sin duda, dinamizará las relaciones bilaterales entre España y Marruecos.

La necesidad de cooperación jurídica entre España y los países del Norte de África no se limita exclusivamente a las relaciones con Marruecos, debido a la creciente presencia en territorio español de población procedente de otros Estados africanos islámicos, como es el caso de Argelia, Mauritania o Túnez, con los que España se vincula a nivel bilateral por distintos instrumentos internacionales de cooperación⁷. Este tipo colaboración fue apreciada en otros

Unión tiene Marruecos, con vocación de anclaje en Europa mediante un “estatuto avanzado”. Sobre el tema *vid.* A. Del Valle Gálvez, “España-Marruecos: una relación bilateral de alto potencial conflictivo, condicionada por la Unión Europea-panorama con propuestas”, *Las dimensiones internacionales del Estrecho de Gibraltar. Les dimensions international du Détroit de Gibraltar, Serie de Estudios Internacionales y Europeos de Cádiz*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 121-147, en espec. pp. 129-136.

⁵ Tal es el caso del Acuerdo de Cooperación CEE-Marruecos, firmado en Rabat el 27 de abril de 1976 y aprobado en nombre de la Comunidad mediante el Reglamento (CEE) núm. 2211/78 del Consejo, de 26 de septiembre de 1978 (*DOCE* L 264, p. 1), sustituido por el Acuerdo Euromediterráneo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros y el Reino de Marruecos, de 24 de enero de 2000 (*DOCE* L 70, de 18 de marzo de 2000, pp. 2-21). Estos Acuerdos establecen el diálogo en el ámbito social para la búsqueda de vías para el conocimiento mutuo de las culturas y civilizaciones, el desarrollo de la tolerancia y la supresión de las discriminaciones. En general, *vid.* I. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, 2ª edic., Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 260-273; A. Del Almeida Nascimento, “Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación”, *RDCE*, 2001, núm. 10, pp. 545-593.

⁶ En la séptima reunión del Consejo de Asociación UE-Marruecos, el Consejo de UE, en documento núm. 13653/08, de 8 de octubre de 2008, en <http://www.consilium.europa.eu/>, desarrolla una nueva etapa para las relaciones entre la UE y Marruecos. La vocación de anclaje que tiene Marruecos con la UE se convierte en un “estatuto avanzado”. Sobre el tema, *vid.* A. Del Valle Gálvez, “España-Marruecos: una relación bilateral de alto potencial conflictivo...”, *loc. cit.*, pp. 129-136.

⁷ Concretamente, España se halla vinculada con Argelia por el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, de 24 de febrero de 2005 (*BOE* núm. 103,

países del entorno europeo, como es el caso de Francia o de Bélgica⁸, en los que la importante presencia de población magrebí determinó la suscripción de diversos convenios internacionales de asistencia jurídica⁹. Desde las instituciones comunitarias también se ha sentido tal necesidad, lo que ha llevado a la adopción de sendos Acuerdos de Asociación entre la UE y con Argelia y Túnez¹⁰.

En el seno de una sociedad multicultural, como es la española, caracterizada por la convivencia de personas de culturas diferentes, se generan relaciones privadas internacionales detonantes de los denominados conflictos

de 1 de mayo de 2006); con Mauritania, por el Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, de 12 de septiembre de 2006 (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 2006) y con Túnez, por el Convenio sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, de 24 de septiembre de 2001 (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2001).

⁸ Desde los años sesenta, ha tenido lugar una fuerte corriente migratoria de marroquíes hacia países europeos, en especial hacia Francia y Bélgica, aunque también hacia los Países Bajos o Alemania. Sobre las estadísticas de la inmigración marroquí en estos países *vid.* B. López García, “Las migraciones magrebíes y España”, *Territorio, economía y sociedad*, núm.91-92, Madrid, Alforz, 1992, pp. 52-59; AA.VV., *Desarrollo y pervivencia de las redes de origen en la inmigración marroquí en España. Hacia la actualización del “Atlas de la inmigración magrebí en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, pp. 19 y 20, http://extranjeros.mtas.es/es/general/desarrollo_y_pervivencia.html.

⁹ Por una parte, Francia firmó con Marruecos los Convenios de 5 de octubre de 1957, en materia de ayuda mutua, reconocimiento de sentencias y *exequatur*, publicado en Marruecos en B.O. núm. 2359, de 10 de enero de 1958, así como el relativo al estatuto personal y de la familia y la cooperación judicial de 10 de agosto de 1981, publicado en Francia J.O. de 1 de junio de 1983 y en Marruecos en B.O. núm. 3910, de 7 de octubre de 1987. Asimismo, Francia suscribió con Argelia un Convenio de 21 de junio de 1988 sobre hijos nacidos de parejas mixtas separadas y publicado en Francia J.O. núm. 19, el 19 agosto de 1988, p. 10505. Por su parte, los Acuerdos entre Bélgica y Marruecos relativos a la cooperación judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia de derecho de guarda y de visita, así como el de reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia de obligaciones alimenticias de 6 de junio de 2002 no han sido ratificados por ninguno de los dos Estados. Tampoco fue ratificado por ninguno de los dos países el relativo a ley aplicable, el reconocimiento de matrimonios y su disolución, de 15 de julio de 1991, por falta de acuerdo entre las partes, lo que supuso un fracaso en la cooperación en la materia.

¹⁰ El Acuerdo euromediterráneo por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estado miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, de 18 de julio de 2005 (DOCE L 265, de 10 de octubre de 2005) o el firmado con la República de Túnez, de 26 de enero de 1998 (DOCE L 97, de 30 de marzo de 1998).

ocultos¹¹. En este contexto, es conveniente señalar el incremento de relaciones jurídicas que afectan al Derecho de familia de Marruecos y España y, particularmente, el problema relativo a la determinación de la filiación del nacido en España de progenitor marroquí, lo que motiva a efectuar la presente investigación. La elección del tema se justifica por la proliferación de situaciones en que es necesaria la determinación de la filiación de los hijos de marroquíes nacidos en territorio español, consecuencia directa del incremento de los nacimientos de hijos de padre o madre marroquí¹². El establecimiento de la filiación cobra relevancia al abordar materias tales como la atribución de la nacionalidad española (que puede generar situaciones de doble nacionalidad), la responsabilidad parental, el nombre y los apellidos, los alimentos o las cuestiones de naturaleza sucesoria. Por tanto, es trascendental valorar el impacto que produce la inmigración marroquí en la reglamentación española de DIPr. sobre la determinación de la filiación. Del objeto de la investigación se decide excluir a la filiación por adopción, por ser ampliamente tratada por la doctrina española y presentar la suficiente entidad como para ser un tema valorado independientemente de la determinación de la filiación por naturaleza.

El objeto a tratar en este trabajo de investigación ha sido escasamente considerado por la doctrina española¹³, lo que puede obedecer, bien a que con anterioridad el nacimiento en España de hijos de progenitores marroquíes no era tan frecuente, bien a la dificultad del tema motivada tanto por la disparidad existente en la regulación de la materia entre ambos ordenamientos, como por el difícil acceso a la legislación, jurisprudencia y a la doctrina marroquíes, a lo que hay que sumar las razones del idioma.

El desarrollo de esta investigación exige un pormenorizado análisis de los dos ordenamientos jurídicos en presencia mediante el examen de sus respectivas

¹¹ *Vid.* A. Borrás Rodríguez, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé, *Recueil des Cours*, 1994-V, t. 249, pp. 145-368, en espec. p. 334. Extensamente sobre los conflictos de culturas y su influencia en DIPr. véase J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologique”, *Recueil des Cours*, 1988-IV, t. 211, pp. 9-372.

¹² Durante el año 2006, nacieron en España 16.835 hijos de madre marroquí y 17.327 hijos de padre marroquí, en <http://www.ine.es/>.

¹³ Con excepción del clásico trabajo de S. Álvarez González, *Filiación hispano-suíza (sistemas de DIPr. y relaciones concernientes a la emigración española)*, León, Universidad de León, 1989.

normativas materiales y de DIPr. Hay que precisar que el Derecho sustantivo marroquí en materia de familia se configura como un sistema plurilegislativo de base personal, en el que la aplicación de diversas normativas que en él coexisten viene determinada por la confesión religiosa profesada. Pero teniendo en cuenta que la mayoría de población inmigrante marroquí residente en España es de religión islámica¹⁴, el estudio del Derecho marroquí sobre determinación de la filiación se limitará a lo dispuesto en el Código de Familia o nueva *Mudawana*¹⁵ (en adelante CFM), al que queda sujeta la población musulmana, sin aludir a la normativa que puede ser de aplicación a otras comunidades presentes en Marruecos, como puede ser la judía o la que no profesa ninguna de estas dos religiones.

La determinación de la filiación en las relaciones hispano-marroquíes, objeto de esta tesis, se dividirá en tres capítulos. En el primero se concretarán los principios rectores y los valores presentes en el establecimiento de la filiación, atendiendo a las necesidades que los sujetos intervinientes en esta institución demandan en la sociedad española y en la marroquí. Una vez definidos, se comprobará si se hallan debidamente reflejados y protegidos en la normativa material y en la reglamentación de DIPr. de ambos países.

Las sociedades democráticas occidentales se asientan sobre principios y valores fundamentales, aceptados de forma unánime, que constituyen estándares inspiradores de las diferentes normativas de derechos humanos. En el ordenamiento jurídico español, las reglamentaciones material y de DIPr. sobre filiación descansan en los principios y valores plasmados en la C.E. o en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en los Convenios internacionales de derechos humanos y en los específicos de filiación. De forma particular, se pone el acento en los principios y valores proyectados en este sector, como son el de igualdad de los hijos, en conjunción con el *favor fillii* y la investigación de la verdad biológica. En cuanto éste último, se discute su consideración como

¹⁴ La mayor parte de población marroquí en España es de religión musulmana, ya que es la confesión predominante en el país de origen. Existen minorías cristianas y judías, aunque desde 1975, éstas van disminuyendo por el proceso de emigración sufrido en Marruecos. Vid. M. Ulloa Jiménez, *Entre el Magreb y España. Voces y miradas femeninas*, Madrid, ACSUR-Las segobias, 2004, en <http://acsur.org/acsur/>

¹⁵ Aprobado por *Dahir* núm. 1-04-22, de 3 de febrero de 2004 (B. O. núm. 5354, de 6 de octubre de 2005, versión francesa) y (B.O. núm. 5194, de 5 de febrero de 2004, versión árabe).

derecho fundamental de la persona, lo que sin duda será determinante en la intervención del orden público internacional español respecto de la posible aplicación de ordenamientos jurídicos extranjeros, como el marroquí, que no garantizan dicho derecho.

Los referidos principios y valores vigentes en el Derecho español no son admitidos tal cual en otros ámbitos culturales, como ocurre precisamente en el mundo islámico. La configuración de la filiación en la sociedad marroquí se apoya en algunos principios declinables desde una perspectiva occidental actual: así la preferencia del estatuto islámico sobre cualquier otro que impone la primacía del varón y la desigualdad de los hijos ilegítimos, que asegura únicamente el *favor legitimatis* para salvaguardar a la familia legítima y garantizar la procreación dentro del marco legal del matrimonio o de las relaciones legítimas conyugales. La distancia contemplada en la regulación de la filiación entre uno y otro sistema jurídico no tendría más repercusiones que las observadas desde el Derecho comparado, si no fuera porque la realidad sociológica actual española los pone en contacto. En esta diversidad de principios, justamente, se localiza el origen de los problemas que la cuestión de la filiación suscita en el marco de las relaciones hispano-marroquíes. La pretensión de este trabajo reside en procurar un acercamiento entre tales principios y valores, tanto en lo concerniente al Derecho material como al DIPr., que haga posible una continuidad en el espacio de las relaciones de filiación entre ambos países.

En un segundo capítulo se abordará la determinación extrajudicial de la filiación, que es la vía más rápida y menos costosa de establecer la relación filial y, en particular, los problemas que suscita su acceso al Registro Civil. En el Derecho español, la inscripción registral de la filiación constituye el medio de prueba ordinario y privilegiado de la misma, si bien en supuestos de tráfico externo se vuelve más compleja, dada la necesidad de coordinar las exigencias del Derecho aplicable con las interferencias provocadas por la normativa del Registro Civil español. En este ámbito, cobra especial importancia el control de la validez del matrimonio de los progenitores, esencialmente para la determinación del carácter matrimonial o no de la filiación. Estas dificultades sólo serán superables en la medida en que los ordenamientos comparados ofrezcan soluciones de Derecho aplicable adaptables a la normativa registral, lo que pasa inevitablemente por una coordinación entre una y otra normativa. De aquí que, en este segundo capítulo, se trate de esbozar el camino a recorrer para

que la anquilosada normativa registral española se ajuste a la nueva realidad multicultural, facilitando de este modo el acceso de la filiación al Registro Civil español en aquellos casos en que la norma de conflicto aplicable reclame la intervención del Derecho marroquí.

Dentro de este segundo capítulo se dedicará una especial atención al reconocimiento voluntario de la filiación. En Derecho español, tal institución adquiere protagonismo en sede extrajudicial por tratarse del medio más usual para el establecimiento de la filiación fuera del matrimonio, frente a lo que sucede en la normativa marroquí, donde la penalización de las relaciones sexuales extramaritales provoca que la declaración voluntaria de la paternidad presente carácter excepcional, al quedar sujeta a factores religiosos, políticos y culturales de difícil comprensión para el operador jurídico occidental. No obstante, la existencia de este modo de establecer la filiación legítima en el Derecho marroquí obliga a que las autoridades españolas verifiquen la validez de los documentos que contienen un reconocimiento de filiación procedentes de Marruecos, así como la metodología a seguir para evitar situaciones claudicantes.

Por último, en el tercer capítulo se examinará la reclamación o impugnación judicial de la filiación instada ante las autoridades judiciales de uno y otro país, analizando los aspectos de competencia judicial internacional y del Derecho aplicable. Asimismo, desde la perspectiva del reconocimiento de decisiones extranjeras, se abordará la eficacia en España de las decisiones marroquíes sobre filiación y la validez que las autoridades marroquíes otorgarán a las resoluciones judiciales españolas, incidiendo de manera particular en la dificultad que plantea las referidas a la paternidad natural. El tratamiento de estas cuestiones exigirá, obviamente, el examen de la regulación contenida en el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, de 30 de mayo de 1997¹⁶ (en adelante C. H-M), de aplicación en la materia, tratando de identificar las posibles deficiencias que se presentan, al tiempo que se propondrán mejoras para una posible revisión de dicho convenio a fin de evitar situaciones claudicantes en uno u otro país.

¹⁶ Publicado en España (*BOE* núm. 151, de 25 de junio de 1997). La puesta en aplicación para Marruecos a través del *Dahir* núm. 1.98.150, de 13 de mayo de 1999 (*B.O.* núm. 4700, de 17 de junio de 1999).

La realización de este trabajo requiere un esfuerzo de inmersión en la cultura jurídica y en las respectivas realidades históricas, culturales o sociales de ambos Estados para abordar el análisis de la regulación, material y de DIPr., que de la institución de la filiación se ofrece en cada una de las legislaciones consideradas. Por ello resulta primordial el recurso al método comparado¹⁷. El análisis de las dos legislaciones materiales enfrentadas permitirá la búsqueda de soluciones adecuadas en DIPr. que aseguren la continuidad de situaciones privadas en el tráfico jurídico entre España y Marruecos. Ciertamente, cuando el legislador nacional formula reglas de DIPr., debe procurar con ellas que las soluciones que adopten sus autoridades alcancen valor fuera de sus fronteras, tratando al mismo tiempo de garantizar la eficacia en su territorio de las soluciones adoptadas en el extranjero¹⁸. Y al tal efecto, el método comparado cobra una extraordinaria importancia, pudiéndose hablar de una interdependencia entre el DIPr. y el Derecho comparado¹⁹.

En la búsqueda de soluciones desde el DIPr. español a la cuestión de filiación en las relaciones hispano-marroquíes, el recurso al método comparado llevará a consultar las respuestas ofrecidas por los legisladores de otros Estados europeos receptores de inmigración de origen islámico y que han experimentado

¹⁷ La bibliografía sobre el método comparado y el Derecho internacional privado es extensa. Entre otros, cabe citar L. Lenaerts, “Le droit comparé dans le travail du juge communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, núm. 3, vol. 37, pp. 487-528; B. S. Markesinis, *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford, Hart, 2003; P. F. Docquir, “M. Fallon: l’utilisation de la méthode comparative en droit international privé et en droit européen”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-3, pp. 285-292; N. Bonbled, “Fr. R. Van Mensbrugge: l’utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-3, pp. 281-284; A. Mansouri, “Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-3, pp. 173-196; B. Fauvarque-Cosson, “Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques a travers l’exemple des droits fondamentaux”, *Rev. int. dr. comp.*, 2004-4, pp. 797-818, en espec. pp. 809 y 810; G. A. Bermann, “Le droit comparé et le droit international: alliés ou ennemis? La Conférence”, *Rev. int. dr. comp.*, 2003-3, pp. 519-537. Para mayor abundamiento sobre el Derecho comparado en el marco del Derecho privado europeo *vid.* S. Sánchez Lorenzo, *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 299-304.

¹⁸ *Vid.* P. Meneu, “Derecho comparado y Derecho internacional”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, pp. 1-19, en espec. pp. 14-15.

¹⁹ Y. Loussouarn, “Le role de la méthode comparative en droit international privé français”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, pp. 307-339, en espec. p. 334; F. Cadet, *L’ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, Paris, L’Harmattan, 2005, pp. 32.

situaciones similares. De manera especial se analizarán reglamentaciones de DIPr. de Bélgica, Francia, Italia, Suiza y Países Bajos, país este último en el que se ha aprobado una Ley específica destinada a regular los conflictos de leyes en materia de filiación, lo que ha supuesto toda una apuesta legislativa en la materia.

El método comparado permitirá, igualmente, constatar la evolución que la institución de la filiación experimenta en una legislación de corte islámico próxima a la marroquí: el ordenamiento tunecino. Marruecos y Túnez, además de pertenecer al *Magreb*²⁰, basan sus sistemas jurídicos en la tradición jurídica *malikí*. De hecho, la reglamentación tunecina de DIPr. podría servir de referente al legislador marroquí en un eventual proceso de modernización de su ordenamiento jurídico, ya que aquélla es más aperturista que la marroquí. En este sentido, un sector de la doctrina marroquí pone de relieve la necesidad de adaptar la interpretación tradicional *malikí* a las imposiciones conceptuales y lógicas de una codificación moderna, reservando la intervención del Derecho musulmán clásico exclusivamente para los casos de silencio de la ley positiva²¹, tal y como dispone el art. 400 CFM.

En cualquier caso, acudir a la técnica al método comparado se justifica por la “función mediadora” que cumple el Derecho comparado, como predica algún sector de la doctrina²², lo que permitirá una posible coexistencia pacífica entre ordenamientos jurídicos nacionales muy dispares y correspondientes a diferentes culturas. Y ello sin olvidar que el Derecho comparado despliega un

²⁰ Para los árabes, también utilizan las nociones de Oriente (*Mashreck*) y de Occidente (*Magreb*), que este último espacio comprende todos los países que se encuentran más allá de Egipto, es decir, Libia, Túnez, Argelia, Marruecos, Sáhara Occidental y Mauritania. Quedan excluidos del *Magreb* otros Estados islámicos occidentales en los que la población es mayoritariamente negra y no árabe, como Senegal o Mali.

²¹ Sobre el tema *vid.* A. Mezghani, “Le juge français et les institutions du droit musulman”, *JDI*, 2003-3, pp. 721-765, en espec. pp. 728-729.

²² *Vid.* M. Kiikeri, *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer, 2001, pp. 303-306, citado por S. Sánchez Lorenzo, “Necesidad y virtud del Derecho comparado en el siglo XXI”, *elDial.com Biblioteca Jurídica on line*, Lunes, 5 de junio de 2006, año XI, en http://www.eldial.com/suplementos/privado/tcdNP.asp?id=2278&id_publicar=1161&fecha_publicar=26/05/2006&camara=Doctrina

valor subversivo²³, convirtiéndose en una vía para la lucha contra el etnocentrismo y los totalitarismos culturales.

Uno de los grandes obstáculos con los que se topa el estudio comparado de los ordenamientos español y marroquí es, sin duda, la ardua accesibilidad a las fuentes de este último sistema jurídico. Y ello no sólo por las dificultades derivadas del idioma, sino asimismo por la escasez de bases de datos, publicaciones periódicas de jurisprudencia o de estudios doctrinales. Estos problemas logran paliarse gracias a la inestimable colaboración de algunos profesores marroquíes de DIPr., jueces y fiscales de Marruecos, miembros de las Embajadas española en Marruecos y la marroquí en España, así como de traductores jurados.

El estudio jurídico-comparativo de ambos ordenamientos lleva aparejado riesgos lingüísticos, aunque se tratarán de asumir, debidos esencialmente a que la mayor parte de los textos sobre Derecho marroquí utilizados se hallan redactados en árabe. Las versiones francesas de la normativa marroquí, originariamente en árabe, a las que se ha tenido acceso resultan de escasa fiabilidad por desvirtuar la literalidad original. Téngase presente que la traducción de un término del árabe clásico al español no consiste en una mera transposición lingüística, como sucede, por ejemplo, en los términos *al firach* o *shubba*, traducidos respectivamente como “hijos de la cama” o “relaciones sexuales por error”, incomprensibles desde el punto de vista del Derecho español. Y es que, en ocasiones, el término español utilizado para la traducción de algún vocablo árabe tiene tras de sí una realidad diferente a la contenida en la expresión árabe. Tal es el caso del término *istilbak* o *igrar*, traducido al español como “reconocimiento voluntario de la filiación”, institución que en los países del entorno europeo constituye un medio para determinar la paternidad o maternidad no matrimonial, frente a lo que sucede en los ordenamientos jurídicos de tradición islámica, en los que el reconocimiento es un medio para establecer la filiación legítima. Cualquier institución jurídica es tributaria de la cultura donde se inserta, independientemente de cual sea la expresión que se emplee para designarla. Como declara algún autor doctrinal: “las palabras equivalentes existen y la apariencia puede ser únicamente aproximativa o, a veces, errónea, porque los

²³ *Vid.* H. Muir Watt, “La fonction subversive du droit compare”, *Rev. int. dr. comp.*, 2003-3, pp. 503-527, citado por S. Sánchez Lorenzo, “Necesidad y virtud del Derecho comparado...”, *loc. cit.*

conceptos jurídicos no presentan necesariamente la misma consistencia en un orden jurídico que en otro”²⁴. De ahí que el conocimiento de la cultura jurídica de un país sea siempre el primer paso para comprender sus normas y llegar a aceptarlas.

Como complemento al método comparado, en este trabajo se recurrirá al método inductivo, tratando de identificar los problemas concretos que suscitan las situaciones de filiación hispano-marroquí y, a partir de ellos, efectuar ciertas propuestas de mejora en la materia de cara a una posible reforma del DIPr. español e, incluso, potenciar la modificación del Derecho material y conflictual marroquí. Y es que el aumento de las situaciones privadas internacionales de filiación en el marco de las relaciones hispano-marroquíes reclama una evolución de los respectivos sistemas de DIPr. en un intento de acercamiento entre ambos. En este sentido, hay que recordar que la evolución más reciente de la reglamentación conflictual en España apunta a la adopción de normas con mayor capacidad para atender a las necesidades de la nueva realidad social española, como el art. 107 del Código civil español (en adelante C.c.), cuya modificación se motivó por “la adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país para garantizar la protección de la mujer extranjera, fundamentalmente de origen musulmán...”. En combinación con la técnica inductiva, se utilizará a la vez la teoría deductiva, al analizarse la actual normativa española de DIPr. en materia de filiación y su adecuación a los principios y valores que deben inspirarla.

Los denominados conflictos de civilizaciones acontecidos en materia de filiación eran resueltos, en otra época, de forma categórica en favor del planteamiento español. Así lo confirmaba la Resolución de la DGRN de 1 de diciembre de 1950²⁵, que resolvió “el conflicto entre dos legislaciones que respondían a una distinta concepción cultural, descartando la ley nacional del padre, que en el supuesto era el Derecho marroquí, aplicable a tenor de las normas de conflicto españolas vigentes en aquel momento, prefiriéndose la aplicación de la ley belga correspondiente a la nacionalidad de la madre, al

²⁴ Cfr. É. Picard, “L’état du droit comparé en France en 1999”, *Rev. int. dr. comp.*, 1999-4, pp., 885-915, en espec. p. 894; F. Cadet, *L’ordre public en droit international de la famille...*, *op. cit.*, pp. 36-52.

²⁵ *Anuario de la DGRN*, 1950, pp. 420-421

entenderse que era el estatuto personal de la nación que se encuentra en un inferior grado de civilización el que debía de ceder”. En la actualidad, la situación es bien distinta. Los estudios sobre multiculturalidad y globalización parecen ir calando entre los operadores jurídicos, que empiezan a concebir la diversidad, no como obstáculo, sino como un valor en sí mismo.

En el siglo de la información y las nuevas tecnologías no se puede permitir un desconocimiento del sistema jurídico marroquí en materia de filiación que conduzca a respuestas insatisfactorias para los intereses presentes en esta institución. Con esta investigación se pretende romper con el estereotipo: “Marruecos, ¡tan cerca pero tan lejos”. Para ello se debe cumplir con lo previsto en el principio ocho del Tratado de Amistad, Buena Vecindad y Cooperación entre el Reino de España y el Reino de Marruecos de 4 de julio de 1991, donde se proclama el diálogo y la comprensión entre culturas y civilizaciones. En concreto, se establece que: “...las dos Partes se esforzarán en promover un mayor y más fuerte conocimiento mutuo, al objeto de eliminar viejos malentendidos y aprensiones colectivas que impiden una mejor comprensión entre sus sociedades y pueblo (...) hacer respetar y aplicar estos principios para desarrollar una nueva filosofía en sus relaciones de cooperación (...)”.

Con este escenario, cabe reflexionar sobre si son suficientes los mecanismos previstos en el ordenamiento español para responder a las situaciones de filiación creadas en el marco hispano-marroquí, utilizando para ello la vía interpretativa de las normas ya existentes o si, por el contrario, es precisa la elaboración de una reglamentación de DIPr. específica para la filiación que ofrezca respuestas válidas tanto para las situaciones hispano-marroquíes, como para cualquier tipo de situación privada internacional de filiación²⁶.

En todo caso, se tratará de evitar la tensión entre la tutela de ciertos derechos fundamentales presentes en materia de filiación y el derecho a preservar la identidad cultural del nacional marroquí. Ciertamente, es difícil procurar el equilibrio entre ambos derechos, por cuanto se entiende que la

²⁶ No obstante, una especialización sectorial abusiva puede conducir a un resultado opuesto al deseado, tal y como se desprende, por ejemplo, de la regulación francesa de DIPr. en materia de filiación. *Vid.* H. Gaudemet-Tallon, “Quelques souhaits pour une meilleure cohérente des règles de conflits de lois”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J. D. González Campos*, vol. II, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1593-1618, en espec. 1608.

universalidad de los derechos humanos no se revela contraria al derecho a ser diferente o al reconocimiento de derechos humanos diferenciados para determinados individuos, grupos, comunidades o colectivos más vulnerables. Si se parte de la existencia de un núcleo intangible de derechos humanos fundamentales vinculantes *erga omnes*, inderogables por la Comunidad internacional y que se configuran como *ius cogens*, éstos deben reconocerse y garantizarse independientemente de las diversas creencias culturales o tradicionales²⁷. La profundización en valores como la dignidad humana, la libertad o la igualdad ha convertido a los derechos humanos reconocidos en el ordenamiento internacional en el *standard* mínimo para el libre desarrollo de la personalidad humana. Hoy son parte de una ética universal, todavía en período de desarrollo, en un mundo globalizado. Surge así la idea del conflicto entre multiculturalismo y universalidad de los derechos fundamentales²⁸, conceptos éstos que es preciso armonizar mediante el establecimiento de reglas que permitan la convivencia entre individuos procedentes de distintas culturas²⁹, sin renunciar a la universalidad de los derechos humanos. Y ello en la medida en que el nuevo orden internacional se cimienta, ineludiblemente, en la coexistencia de las civilizaciones³⁰.

En este contexto, se advierte también la posición ambivalente que los sistemas jurídicos islámicos mantienen en lo concerniente a los derechos humanos, siendo mayoritario el sector que rechaza la base secular y laica que subyace en los mismos³¹. Es cierto que estos Estados suscriben declaraciones de

²⁷ Vid. J. M. Bandrés, “Constitución, Derechos fundamentales y multiculturalidad”, *Sociedad multicultural y Derechos fundamentales*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial, 2007, pp. 221-280, en espec. p. 227.

²⁸ Vid. L. Ferrajoli, “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, *Revista internacional de filosofía política*, 2007, núm. 30, pp. 57-64.

²⁹ Como propone A. Blanc Altemir siguiendo el pensamiento de M. Bedjaoui (*La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Univesal*, Madrid, Tecnos, 2001).

³⁰ P. Huntington, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (traducción al español por J. P. Tosaus Abadía), Barcelona, Paidós, 1997.

³¹ Sobre el tema *vid.* S. Sardar Alí, “Development of the International Norm of Non-Discrimination on the Basis of Sex: an Evaluation of Women’s Human Rights in Islam and International Law”, *Gender, Law and Social Justice: International Perspectives*, London, Oxford University Press, 2000, pp. 45-68, en espec. p. 52. Sobre el concepto y

derechos humanos islámicas³², como las promovidas por la Conferencia de Estados Islámicos, bajo el denominador común de someter los derechos y libertades a la ley religiosa islámica. Pero al no existir un acuerdo unánime de la doctrina musulmana en torno al contenido de la *Sharia* (revelación coránica) y la naturaleza de sus reglas –imperativa o meramente orientativa–, la determinación del papel que juega la ley religiosa, como límite de los derechos humanos, queda irremediabilmente afectada por la posición teórica de las distintas escuelas y tendencias³³. Por consiguiente, no todos los Estados islámicos reciben de la misma forma los mandatos derivados de la *Sharia* que vulneran en mayor o menor grado los derechos fundamentales reconocidos universalmente³⁴. Frente a la imagen de un mundo musulmán inmovilista y anclado en el pasado, es preciso referir la existencia de una variedad de planteamientos. De hecho, existe una adaptación de la *Sharia* a los tiempos actuales en ciertos países islámicos³⁵,

consecuencias de las tesis que defienden el relativismo cultural, especialmente referidas a sus implicaciones entre la doctrina islámica *vid.* A. E. Mayer, *Islam and Human Rights. Tradition and Politics* (3ª edic.), Boulder & San Francisco, Westview Press, 1999, p. 8.

³² En general sobre el tema *vid.* K. Kreuzer, “International Instruments On Human Rights And Shariah Law”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 343-361.

³³ Es cierto que las actitudes de la doctrina islámica frente a los derechos humanos han sido variables según las distintas etapas históricas y se encuentran condicionadas por los acontecimientos políticos que han vivido las naciones islámicas. En líneas generales, las diversas etapas se señalan por S. A. Aldeeb Abu-Salieh, *Les musulmans face aux droit de l’homme. Religion & droit & politique. Etude e documents*, Bochum, Verlag Dr. Dieter Winkler, 1994, pp. 15-17.

³⁴ La combinación entre la necesidad pragmática de las reformas y los principios religiosos dan lugar a una diversidad asombrosa de criterios jurídicos entre los Estados islámicos, tal y como ha subrayado N. J. Coulson, *Historia del Derecho Islámico* (trad. M. E. Eyra), Barcelona, Edicions Bellaterra, 2000, p. 227. Sobre las Declaraciones islámicas de derechos humanos *vid.* J. Maila, “¿Son los derechos humanos impensables en el Mundo Árabe?”, *El Islam jurídicos y Europa*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d’Estudi i Cooperación, 1998, pp. 123-153, en espec. pp. 143-149.

³⁵ Aquí se utiliza el concepto de Estado islámico para designar las organizaciones políticas que asumen, en mayor o menor medida, la defensa de la religión como uno de sus principios, y elevan a principio constitucional la profesión de fe islámica del pueblo o del propio Estado. Quedan excluidos de esta categoría aquellos Estados, como Turquía, en los que, a pesar de que la población profese en una amplia mayoría las creencias musulmanas, se declaran laicos y, por tanto, excluyen que posea relevancia pública la religión islámica o cualquier otra.

impulsándose una interpretación de la misma favorable a los derechos humanos, como patrimonio común de la civilización³⁶, para provocar una aproximación a los valores y principios actuales que alcancen la democratización de las instituciones políticas.

A pesar de este esfuerzo renovador en ciertos Estados islámicos, el Derecho de familia permanece como el último baluarte de la aplicación de la norma religiosa por múltiples motivos: la importancia de la familia en la transmisión de los valores religiosos, la carga moral que desde siempre han tenido las relaciones sexuales y su traslado a la determinación paterno-filial. No obstante, la pervivencia del Derecho sacro en este ámbito y la fuerza de la doctrina de los derechos humanos generan una reinterpretación de la ley religiosa en sentido favorable a la igualdad de derechos y obligaciones entre los dos sexos, así como en la protección de la mujer y de los hijos³⁷. En esta línea, Marruecos ha ratificado diversos Tratados internacionales sobre derechos humanos³⁸, lo que ha inducido a la promulgación de leyes que regulan algunos de estos derechos básicos. Tal es el caso del CFM, donde el legislador marroquí se adapta a los ineludibles cambios sociales y democráticos que se están

³⁶ Ello se plasma en que existen países árabes que son miembros de la ONU, aceptando los compromisos de la Carta fundacional adoptada en 1945, ratificando la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y otros textos internacionales de derechos humanos, así como ser parte activa en los órganos e instituciones de la organización universal en esta materia.

³⁷ Sobre la influencia de la doctrina de los derechos humanos en el nuevo CFM *vid.* H. Zekri, “El nuevo Código de Familia Marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes”, *REDI*, 2004-1, vol. LVI, pp. 201-313; A. Skkali, “Novedades en el ámbito de los derechos del niño en el Código de Familia: novedades y perspectivas”, *Trabajos de Jornadas Científicas*, edic. Facultad Moulay Ismael, 2004, núm. 5, pp. 45-50 (en árabe, traducción propia).

³⁸ Marruecos ha ratificado distintos tratados internacional sobre derechos humanos, como el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 publicado en *Dahir* núm. 1-93-363, de 21 de noviembre de 1996 (*B.O.* núm. 4440, de 19 de diciembre de 1996, o el Convenio de Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, de 18 de diciembre de 1976, publicado en *Dahir* núm. 1-93-361, de 26 de diciembre de 2000 (*B.O.* núm. 4866, de 18 de enero de 2001). En general, sobre los Convenio internacionales en materia de derechos humanos suscritos por Marruecos se puede consultar C. Ruiz Miguel, “Los derechos humanos en el *Magreb*: apariencia y realidad”, *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, 2002, núm. 117, pp. 125-143, en espec. pp. 133-135.

engendrando en el país, aunque conservan al Islam y al rito *malikí* como referencia religiosa y como marco de tolerancia cultural³⁹.

Los derechos humanos, pues, se erigen en punto de encuentro entre ordenamientos enfrentados correspondientes a culturas diferentes, propiciando la apertura de unas y otras. Y será, esencialmente, a través de los espacios de diálogo que abren los derechos humanos y la conversión de algunos de ellos en derechos fundamentales, la principal manifestación de la incidencia de la globalización en el DIPr. español⁴⁰, lo que provoca un replanteamiento de las técnicas utilizadas en este sector de la filiación a fin de ofrecer una adecuada respuesta a las tensiones y problemas que plantea la multiculturalidad.

La elección de Marruecos en el trabajo de investigación, precisamente como Estado islámico de referencia, se justifica por la necesidad de encontrar soluciones particulares a los problemas que se suscitan en las relaciones de filiación en el marco de las relaciones hispano-marroquíes, eludiendo la tradicional desconfianza mutua entre los dos países vecinos. De ahí que el análisis de esta investigación no se limite a constatar la confrontación jurídica entre ambos países, sino que se centrará simultáneamente en la búsqueda de respuestas comunes y de entendimiento entre uno y otro sistema jurídico, evitando el traslado de concepciones jurídicas españolas a las marroquíes o viceversa. Y ello por cuanto el objetivo central de este trabajo gira en torno a la

³⁹ Destacar la plena libertad para consentir de la mujer, y no a través de su tutor, el sometimiento de la poligamia a la autorización judicial, la equiparación de los cónyuges en cuanto a los derechos y obligaciones matrimoniales, el control judicial del acto de repudio declarado por el marido, y la posibilidad de investigación judicial de la paternidad en los casos de filiación ilegítima. Sobre el tema en general *vid.* A. Motilla, “La última reforma del Derecho de Familia en el Reino de Marruecos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2006, vol. XXII pp. 435-459.

⁴⁰ En general, sobre la incidencia de la globalización en el DIPr. *vid.* P. A. De Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr.*, 2001, t. I, pp. 37-87; M. Guzmán Zapater, *Sociedad internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*, Madrid, Colex, 2006; A. Borrás Rodríguez, “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en A. Borrás y S. Mernissi, *El islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània, 1998, pp. 163-198, en espec. p. 197; R. Arenas García, “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional privado y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2006*, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2007, pp. 19-94; S. A. Sánchez Lorenzo, “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional privado de la familia”, *AHLADIPr.*, 2005, núm. 17, pp. 87-130.

continuidad de relaciones de filiación entre España y Marruecos, para lo cual resulta fundamental el establecimiento de puntos de contacto, equivalencias o aproximaciones entre los dos ordenamientos jurídicos enfrentados. Es verdad que en esta materia se recurre de forma abusiva al orden público internacional, dadas las diferencias en la reglamentación material y conflictual de ambos Estados. No obstante, en esta investigación se fomentará el respeto del Derecho marroquí por parte de las autoridades españolas, cuando aquél venga reclamado la norma de conflicto española y siempre que no se vulnere el orden público internacional español, tratando de encontrar en cada supuesto soluciones materialmente justas y que faciliten el *favor filii*. Particularmente, en materia de actos sobre estado civil, resulta relevante proporcionar protección y seguridad jurídica, lo que pasa por evitar que las situaciones ya configuradas por órganos extranjeros sean nuevamente valoradas por autoridades del foro. Hay que tener presente que el establecimiento de la filiación obedece a exigencias generales de ordenación social, aunque también existe un interés del hijo en ver establecida su relación filial tanto en el país de nacimiento como en el de su nacionalidad o su residencia habitual e, incluso, en otro Estado que mantenga vínculos con la situación. Y en este punto cobra especial importancia la identificación del interés del hijo que reclama la validez de la filiación en los países conectados y que encamina, a su vez, a la supresión de situaciones claudicantes.

La intensidad de las relaciones bilaterales entre España y Marruecos lleva al convencimiento de la necesidad de fortalecerlas e, incluso, dinamizar la cooperación existente entre ambos países en materia de filiación. El Derecho marroquí, como el resto de los sistemas jurídicos islámicos, pone especial énfasis en el respeto del estatuto personal de sus nacionales cuando residen en el extranjero⁴¹. De ahí que, cuando se aborden las soluciones desde el punto de vista del DIPr. español, como posible encargado de gestionar la complejidad derivada de la tensión entre la universalidad de los derechos humanos y el respeto a otros derechos de culturas diferentes, se intente respetar al máximo la aplicación de la ley marroquí en los casos en que ésta sea reclamada por la norma de conflicto. Hay que insistir, igualmente, en que el legislador del país vecino

⁴¹ Sobre la recepción limitada en el Islam de las situaciones jurídica adquirida en el extranjero *vid.* J. Déprez, “Le droit international privé marocain entre la fidélité à l’Umma et l’appartenance à la communauté internationale”, *Droit et environnement sociale au Magreb*, Casablanca, Fondation du Roi Abdul Aziz Al Saoud pour les études islamiques et les sciences humaines, CNRS, 1989, pp. 282-330.

acometa las reformas necesarias en su Derecho material y en su DIPr. tendentes a respuestas que eviten situaciones claudicantes en el sector, sobre todo en lo referente a la paternidad natural. Desde este trabajo de investigación, se tratará de impulsar las posibles transformaciones que deben operar, haciendo que el DIPr. constituya el instrumento de acción social y el medio para llegar a un fin⁴², como es alcanzar soluciones justas en las situaciones heterogéneas que constituyen su objeto.

⁴² Vid. R. Von Ihering, *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1893, traducción al castellano, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, edic. Heliasta S.R.L, 1978, p. 125.

CAPÍTULO PRIMERO

EL DERECHO DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA Y MARRUECOS: PRINCIPIOS INSPIRADORES

I. EL DERECHO MATERIAL DE LA FILIACIÓN EN ESPAÑA Y MARRUECOS

1. Presupuesto sistemático

Para la determinación de la filiación en las relaciones hispano-marroquíes se considera necesario señalar los principios inspiradores que deben reflejarse en el establecimiento de la misma, identificando las similitudes y las diferencias plasmadas en ambos ordenamientos. En posteriores epígrafes se analizará el Derecho material que rige en cada ordenamiento objeto de comparación, tanto para la determinación de la filiación extrajudicial como para la judicial. Analizar el estudio de los aspectos relativos al Derecho material, considerado éste autónomo, puede parecer superfluo. Sin embargo, todo sistema de DIPr. mantiene como presupuesto global la existencia de una pluralidad de ordenamientos (materiales, en principio) y como presupuesto específico o inmediato, un ordenamiento (el del foro), en el que se integra y de cuyos principios participa⁴³.

Los diferentes ordenamientos jurídicos nacionales conectados (español-marroquí) ordenan la filiación de modo muy diferente, porque corresponden a distintas maneras de entender las estructuras del Derecho de familia. Así, los sistemas materiales de filiación surgidos del C.c. y del CFM arrojan un panorama

⁴³ *Vid.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiiza...*, *op. cit.*, p. 35.

complejo desde el punto de vista de los intereses, principios y valores en presencia que pueden proyectarse sobre las soluciones de DIPr. español. La diferente estructura en el Derecho interno que presentan ambos ordenamientos propicia el análisis de las rúbricas autónomas, que a su vez exigirá la adaptación de algunos puntos para verificar las diferencias y similitudes existentes en la materia.

No hay que olvidar que el sistema plurilegislativo español⁴⁴, de base territorial, tiene influencia en la regulación de la filiación⁴⁵. Sin embargo, se procede sólo al análisis de la determinación de la filiación del Derecho civil común, sin perjuicio de alguna referencia a los Derechos forales y la dimensión de éstos en el DIPr⁴⁶. En cambio, en la ordenación de la familia en Marruecos, de base jurídica personal y marcada por el *ius religionis*⁴⁷, coexisten varios Códigos de Familia, como el constituido para los musulmanes, basado en Derecho islámico, y el aplicado para los judíos, fundado en el Derecho hebraico⁴⁸.

⁴⁴ Vid. P. Domínguez Lozano, "Internal conflicts and Interregional law in the Spanish legal system", *SYIL*, 1997, pp. 43-72; E. Zabalo Escudero, "Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1994, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1995, pp. 252-302.

⁴⁵ La Ley 9/1998, de 15 de julio de 1998 del Código de Familia en Cataluña, así como el Fuero Nuevo de Navarra (Leyes 68, 69 y 70 de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho civil foral) contienen una regulación completa en orden a la determinación de la filiación. Vid. R. Bercovitz Rodríguez Cano, "La patria potestad y la filiación en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra", *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 1988, núm. 6, vol. II, pp. 89-120.

⁴⁶ Vid. S. Álvarez González, "Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional", *REDI*, 2001-1 y 2, vol. LIII, pp. 47-74; *id.* "Derecho interregional: claves para una reforma", *AEDIPr*, 2003, t. 3, pp. 7-37; J. J. Álvarez Rubio, "La vecindad civil como conexión general del sistema de Derecho interregional y el Derecho civil vasco: análisis en clave funcional", *REDI*, 2001-1, vol. LIII, pp. 75-103; *id.*, "La ausencia de coordinación entre instancias legislativas en el ámbito del derecho interregional. Aproximación a la problemática planteada en el País Vasco", *AC*, 2000, núm.7, pp. 247-267; *id.*, "La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional", *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1997, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1998, pp. 275-321.

⁴⁷ Sobre ordenamientos jurídicos de base personal y la conexión *ius religionis* vid. S. Aldeeb Abu-Sahlieh, "Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans", *Rev. suisse DIDE*, 1992, vol. 1, pp. 33-73, en espec. pp. 36-38.

⁴⁸ Vid. A. Zagouri, *Du mariage en droit hebraïque*, LGDJ, Paris, 1960.

Además, existe una normativa específica para los extranjeros que no profesen la religión musulmana ni la judía y que residen en el país, regulada en el *Dahir* de 12 de agosto de 1913 sobre condición civil de los extranjeros que viven en Marruecos (en adelante DCC)⁴⁹. Pero hay que advertir que la investigación se centra particularmente en la normativa de filiación regulada en el CFM o *Mudawana*, ya que la mayoría de población inmigrante procedente del país vecino es de religión islámica.

Un posterior epígrafe versará sobre la normativa aplicable -española y marroquí- en materia de filiación y la distancia en las respuestas de ambos sistemas de DIPr. Desde el punto de vista de la aplicación de la normativa conflictual española se tratará de detectar los inconvenientes que se plantean en este ámbito. En concreto, se abordará la doble nacionalidad y la remisión al Derecho marroquí como sistema plurilegislativo, sin perjuicio de su incidencia en otras cuestiones a tratar en el curso de esta investigación.

⁴⁹ (B.O. de 12 de septiembre de 1913). En el ordenamiento marroquí existen varias leyes específicas que regulan en ciertos apartados el estado civil, el matrimonio y el divorcio de los extranjeros, como el *Dahir* núm. 1-02-239 de 25 *rejab* 1423, de 3 de octubre de 2002, que contiene la promulgación de la Ley núm. 37/99 relativa a el estado civil; el Decreto núm. 2-99-665 de 2 *chaabane* 1423, de 9 de octubre de 2002 para la aplicación de la Ley núm. 37/99 relativa al estado civil; el *Dahir* núm. 1-60-020 de 6 de *ramadan* 1379, de 4 de marzo de 1960 relativo a la forma de celebración de los matrimonios entre varones marroquíes y extranjeras y mujeres marroquíes y extranjeros. *Vid.* M. Benyahya, *La conditions juridique des étrangers au Maroc*, collection “textes et documents”, 1ª edic., Rabat, Publications de la Revue marocaine d’Administrations locale et de développement, 2005, pp. 62-71.

2. Igualdad de todos los hijos: unidad *versus* dualidad de filiaciones

En el entorno europeo⁵⁰, el denominador común de las leyes en materia de filiación es la equiparación en contenido y derechos de la filiación matrimonial y extramatrimonial⁵¹. El Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950⁵² (en adelante CEDH) no menciona expresamente la igualdad de todos los hijos, pero se deduce de sus arts. 8 y 14⁵³. En cambio, el Convenio europeo de 15 de octubre de 1975 sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio⁵⁴, no suscrito por España, contribuye a la armonización de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros al equiparar la situación legal del nacido fuera y dentro del matrimonio.

Mediante la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos (en adelante TEDH)⁵⁵ se consigue que ciertos legisladores europeos modifiquen

⁵⁰ *Vid.* R. Frank, “L'établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen”, *Rev. dr. int. comp.*, 1999-1, pp. 29-50. También *vid.* “Livres Blanc”, sur les principes relatifs à l'établissement et aux conséquences juridiques du lien de filiation, Conseil de l'Europe, CJ-FA (2001) 16 rev, <http://www.legal.coe.int/family>

⁵¹ Para la evolución de la filiación en Europa *vid.* J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil. Familia*, t. IV, 2ª edic., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 307-377, en espec. pp. 309-310.

⁵² Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. El instrumento de ratificación de España del Convenio se realizó en fecha 26 de septiembre de 1979 (*BOE* núm. 243, de 10 de octubre de 1979) y enmendado por los Protocolos adicionales números 3, 5, 8. Última modificación de conformidad con el Protocolo núm. 11 relativo a la reestructuración de los mecanismos de control establecidos en el Convenio, hecho en Estrasburgo el 11 de mayo de 1994 (*BOE* núm. 152, de 26 de junio de 1998) y con entrada en vigor el 1 de noviembre 1998.

⁵³ El art. 8 CEDH contiene el derecho al respeto de la vida privada y familiar. El art. 14. CEDH declara la prohibición de discriminación y el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.

⁵⁴ Sobre este Convenio *vid.* J. A. Pérez Beviá, “La protección del menor en el Consejo de Europa”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 51-81, en espec. pp. 62-64.

⁵⁵ *Vid.* G. Ferrando, “Il contributo della Corte europea dei diritti dell'uomo”, en M. C. Andrini, *Un nuovo Diritto di famiglia europeo*, Padua, Cedam, 2007, pp. 135-158, en espec. pp. 149-150 y nota 47.

las distintas normativas sobre filiación para alcanzar la plena igualdad en la materia⁵⁶. Así, lo manifiesta en la sentencia de 13 de junio de 1979 (Asunto *Marckx contra Bélgica*)⁵⁷, donde obligó al Estado belga a revisar la situación jurídica de los hijos nacidos fuera del matrimonio. También en sentencia de 1 de febrero de 2000 (asunto *Mazurek* contra Francia)⁵⁸ se instaba al legislador francés a modificar el orden sucesorio para garantizar la plena igualdad entre filiaciones.

En España, desde la aprobación de la C.E y la reforma de la filiación, se ha proclamado la equidad de todos los hijos basada en lo dispuesto en el art. 14 del texto constitucional⁵⁹. No obstante, se soporta un alto grado de incertidumbre en la denominación y en la regulación de las dos clases de filiación matrimonial y extramatrimonial⁶⁰.

⁵⁶ Para los casos de Irlanda y Austria *vid.* STEDH de 18 de diciembre de 1986 (TEDH 1986/16), caso *Johnston* y otros c/ Irlanda; STEDH de 28 de octubre de 1987 (TEDH 1987/28), caso *Inze c/ Austria*, en <http://westlaw.es>. Estas resoluciones también citadas en N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4 C.c.”, *Comentarios a las reformas del Código civil*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 15-33, en espec. p. 20, nota 21. En general, sobre la jurisprudencia del TEDH relativa a la filiación *vid. infra* el epígrafe sobre “la calificación de la búsqueda de la verdad biológica en el sistema jurídico español”.

⁵⁷ (TEDH 1979/2), en <http://westlaw.es>. La citada sentencia tiene origen en la demanda de ciudadanas belgas contra el Reino de Bélgica, ya que la legislación belga en materia de filiación materna de los hijos ilegítimos y derechos patrimoniales derivados resultaba incompatible con los arts. 8 y 14 del CEDH. En esta misma línea, la STEDH de 29 de noviembre de 1991, en el Asunto Vermeire contra Bélgica (TEDH 1991/56), en <http://westlaw.es>, una ciudadana belga presentó una demanda contra el Reino de Bélgica que versaba sobre la discriminación que ésta sufrió en el proceso de reparto de herencia al tratarse de hija adulterina. En concreto, se alega que las disposiciones aplicables del Derecho civil belga limitaron sus derechos hereditarios sobre los bienes de sus abuelos en relación con los de sus primos, hijos legítimos del matrimonio de sus tíos. El TEDH entendió que constituía una injerencia en la vida familiar de la persona (art. 8 CEDH) que el Estado no reconociera vínculos legales en la relación biológica existente entre la nieta ilegítima y la abuela, debiendo justificar por qué ese vínculo de parentesco no está jurídicamente reconocido y tiene repercusiones negativas en la sucesión de los hijos extramatrimoniales.

⁵⁸ (TEDH 2000/45), en <http://westlaw.es>

⁵⁹ *Vid.* L. Rueda Esteban, “Filiación”, *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, vol. 1º, Cívitas, Madrid, 2001, pp. 491-617, en espec. 492; M.ª B. Fernández González, “La igualdad constitucional en materia de filiación”, *AC*, 2004, núm. 2, pp. 1749-1757, en espec. pp. 1749-1751.

⁶⁰ En este sentido, véase la duplicidad de normas en materia de acciones en razón de la matrimonialidad o no de la relación enjuiciada, ya sean acciones de reclamación o de impugnación, en J. M. García Vicente, “Los principios del Derecho de las acciones de filiación”, *AC*, 2004, núm. 5, pp. 15-29, en espec. p. 20; C. Lasarte Álvarez, *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil IV*, Barcelona, Marcial Pons, 2008, pp. 274-300, en espec. pp. 288-300.

A diferencia del anterior régimen, que distinguía la diversidad de derechos de los hijos según su nacimiento, como legítimos, legitimados, naturales e ilegítimos no naturales, la Ley 11/81, de 13 de mayo, que modifica el Título V del Libro primero del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio⁶¹, en consonancia con los preceptos constitucionales⁶², da un giro radical respecto de la anterior redacción sobre la filiación. En particular, frente a la vieja estratificación de los hijos en clases separadas y con distintos estatutos, según la situación de los padres, y frente al planteamiento rígidamente formalista de la atribución del vínculo paterno-filial en el C.c. de 1889⁶³, domina en este momento una concepción más realista en la materia⁶⁴. El movimiento a favor de la igualdad y equiparación de los hijos

⁶¹ (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981). Téngase en cuenta la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981 sobre las consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación (BOE núm. 134, de 5 de junio 1981).

⁶² Hubo que esperar a la promulgación de la C.E y la ratificación de España de importantes Tratados y Convenios internacionales, como la Declaración Universal de Derechos humano de 1948; la Declaración de los Derechos del niño de 1959; Pactos Internacionales de Derechos civiles y políticos de N. York de 1966; Convenio Europeo de Derechos humanos de Roma de 1950; Convención Europea sobre estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio de 1975. Estos instrumentos internacionales se publicaron oficialmente y se convirtieron en una parte de Derecho interno español, en relación a lo expuesto en art. 95 C.E. y 1.5 C.c. Así, la vieja normativa sobre filiación resultó inadecuada al nuevo orden constitucional y jurídico. En particular, la discriminación sufrida por los hijos según su nacimiento dentro o fuera de matrimonio. Sobre este tema *vid.* F. Rivero Hernández, “Título V. De la paternidad y la filiación. Capítulo I, de la filiación y sus efectos”, en J. Rams Albesa, *Comentarios al Código civil*, II, vol. 2º, Libro Primero (Títulos V a XII), Barcelona, Bosch editor, 2000, pp. 1073-1143.

⁶³ En el anterior régimen se distinguían entre filiación legítima e ilegítima. Entre una y otra se hallaba la legitimada, que podía ser por consiguiente matrimonio de los padres, o por concesión soberana. A su vez, la filiación ilegítima podía ser natural (cuando los progenitores podían casarse entre sí al tiempo de la concepción, con dispensa o sin ella) o ilegítima no natural, también llamada ilegítima *stricto sensu*, si los progenitores no podían casarse al tiempo de la concepción del hijo. En cuanto a esta última, la doctrina distinguía entre hijos incestuosos, adulterinos y sacrílegos, según el impedimento no dispensable para el matrimonio de los progenitores fuera el parentesco, un vínculo matrimonial subsistente y el orden o voto sacro. En realidad, la verdadera subclasificación legal dentro de la ilegítima en el C.c., por su régimen jurídico, era la que distinguía entre filiación reconocida (sólo cabía el reconocimiento respecto de la natural) y la no reconocida, que no cabía el reconocimiento o porque, aun siendo posible, no se había producido.

⁶⁴ Las categorías actualmente existentes son la filiación por naturaleza, que distingue a la de hijos matrimoniales o no matrimoniales, y la filiación por adopción. No obstante, la clasificación tiene poca trascendencia debido a la instauración del principio de igualdad de derechos entre todos los hijos y el establecimiento de la admisión de toda clase de pruebas. En definitiva, se sigue manteniendo una clasificación de filiaciones, pero las consecuencias no son significativas, como ocurría con la vieja legislación.

supone la supresión de las normas restrictivas o represivas, que llevan a un aumento de derechos de los hijos no matrimoniales e incluso a una simetría de éstos con los matrimoniales. Así, la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante STS) de 7 de diciembre de 1988⁶⁵ exponía que “la filiación fundada en el vínculo de la generación, origina un estado, que es la posición que el individuo ocupa en la familia como hijo y de la que se derivan derechos y obligaciones; estado y posición familiar, que, más adelante, alcanza por igual a la filiación matrimonial y a la no matrimonial”.

La preocupación por la total igualdad de los hijos, por la maternidad o paternidad verdadera, la realidad biológica y por la coincidencia de ésta con la realidad jurídica impera en el sistema actual de la filiación. El principio de igualdad comporta la eliminación del principio de jerarquía de las filiaciones⁶⁶, derivada de la dignidad humana, bien inalienable y propio de cada persona, independientemente de su procedencia natural, religiosa, racial o social. El hijo se considerada globalmente como persona, acorde con la dignidad que le es propia, el libre desarrollo de su personalidad y los derechos que le son inviolables, tal como proclama el art. 10 C.E.

Hasta el momento, el principio de igualdad entre filiaciones no ha descartado la diferencia en materia de determinación entre el hijo matrimonial y el nacido fuera de todo enlace conyugal. El art. 108 C.c., de hecho, se refiere a la filiación por naturaleza matrimonial y no matrimonial y la adoptiva, declarando en su párrafo segundo que todas tendrán los mismos efectos, esto es, que

⁶⁵ (RJ 1988/9326), en <http://westlaw.es>.

⁶⁶ Ya no existen hijos legítimos o ilegítimos y ninguna clasificación sobre los hijos ilegítimos naturales de los no naturales. También ha desaparecido la filiación legitimada, que podía llevarse a cabo por subsiguiente matrimonio de los padres o por la concesión del Jefe del Estado. La supresión del primer supuesto de legitimación obedece a que, según la nueva reglamentación, el hijo, aunque nazca antes del matrimonio de sus padres, tiene la consideración de matrimonial (art. 119 C.c.). La eliminación de la legitimación por concesión se explica ya que, en la actualidad, surten los mismos efectos para todas las filiaciones, por lo que no tenía sentido mantener como categoría autónoma una filiación que, en el régimen anterior, estaba casi completamente asimilada a la filiación natural. *Vid.* M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 108 a 111”, en M. Albaladejo y S. Díaz de Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. III, vol. 1, Madrid, Edersa, 2000, pp. 41-100, en espec. p. 46; F. Rivero Hernández, “La filiación”, *La reforma del Derecho de familia. Fascículo I. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad*, Madrid, Secretaria de Estado para el desarrollo constitucional e Instituto Nacional de Prospectiva, 1979, pp. 99-144, en espec. pp. 101-105.

gozarán de los mismos derechos. La distinción sólo se justifica por las variantes de modos y procedimientos regulados para su determinación⁶⁷. El legislador reformista de 1981, conservador en este punto, estableció una distinción entre la filiación matrimonial y extramatrimonial; y ello, seguramente, porque construir un sistema de fijación de las filiaciones sin hacer alusión al enlace legal de los padres resultaba muy complicado⁶⁸. Si bien es cierto que el C.c. se aparta de las denominaciones de algunas legislaciones modernas, como puede ser la italiana⁶⁹, en la que aún persiste la obsoleta designación de hijos legítimos y de hijos naturales.

En Derecho español, por tanto, constan diferentes procedimientos para establecer la relación paterno-filial, dependiendo de la existencia o no del matrimonio de los padres. De alguna manera subsisten categorías diferentes, aunque no haya diferencia de trato, porque todos los hijos son iguales ante la Ley. En este punto, cabe mencionar la STS de 14 de marzo de 1994⁷⁰, que indicaba que “siendo cierto que la filiación tienen lugar por naturaleza o por adopción, según el art. 108 C.c., no se infringe este precepto cuando el hecho de la naturaleza se acredita por reconocimiento, como permite el art. 120 C.c.”. De forma tan escueta, se pone de manifiesto la posibilidad de que la constitución del establecimiento de la filiación varíe y de que la no matrimonial no evolucione de forma idéntica a la matrimonial, sin que este hecho suponga un obstáculo o contradiga el principio de igualdad⁷¹. No obstante, en materia de Derecho sucesorio, existía un diferencia entre los hijos descendientes habidos constante matrimonio, pero sólo de uno de los cónyuges, en relación con la legítima del viudo, ya que soportaban un gravamen mayor (usufructo de la mitad de la

⁶⁷ La Exposición de Motivos del Proyecto de Gobierno dio lugar a la Ley de 13 de mayo de 1981, que justifica la distinción, aunque expresa que la circunstancia de que la filiación se produzca dentro o fuera del matrimonio es, como regla, irrelevante para los efectos, pero tiene una importancia decisiva para su determinación.

⁶⁸ *Vid.*, p. 232.

⁶⁹ En el Codice civile, en su Título VII, capítulo primero, sección primera se articula sobre el estatus del hijo legítimo. En el capítulo II se dispone sobre la filiación natural y su legitimación.

⁷⁰ (RJ 1994/1777), en <http://westlaw.es>.

⁷¹ *Vid.* M.^a J. Moro Almaraz, “Art. 108 al 141”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, t. I. arts. 1 a 1087, Granada, Comares, 2000, pp. 631-713, en espec. pp. 631 y 632.

herencia). Actualmente, con la reforma de la Ley 15/2005 sobre la separación y el divorcio de 2005⁷², se ha suprimido el párrafo segundo del art. 837 C.c., concediendo plena igualdad a todos los hijos frente a la legítima del cónyuge superviviente⁷³.

La equiparación de los todos hijos ante la ley no representa obstáculo alguno para el mantenimiento de la diversidad de filiación⁷⁴, pero no hay duda que en el sistema español acabará desapareciendo cualquier tipo distinción terminológica entre filiaciones, sobre todo si se tiene en cuenta el incremento de los nacimientos de hijos fuera del matrimonio y los nuevos modelos de familia. El ordenamiento francés se ha adelantado al español en la supresión de toda distinción entre filiaciones⁷⁵ mediante la Ordenanza de 4 de julio de 2005 sobre

⁷² Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005).

⁷³ El art. 837 C.c. era discriminatorio para ciertos hijos no matrimoniales contemplados por el precepto, al ampliar la legítima del viudo a la mitad de la herencia, ya que la regla general es que alcanza sólo el usufructo de un tercio cuando concurre con hijos o descendientes. Así, los hijos adulterinos, en relación con la posición sucesoria de los demás hijos, se verían perjudicados al tener que soportar una legítima más extensa, que abarcaría no sólo el tercio de la mejora, sino también una porción del tercio libre. No cabe duda que, en este supuesto específico, la condición de los hijos adulterinos empeora cuando heredan junto con el viudo o viuda y siempre que han sido concebidos durante el matrimonio del cónyuge superviviente con el progenitor. Los demás hijos no matrimoniales o los matrimoniales concebidos en unión anterior, no sufrían carga, porque la legítima del viudo en esos supuestos debía recaer sobre el tercio de libre disposición (art. 836 C.c.). *Vid.* M. de la Cámara Álvarez, “Artículos 108 a 111...”, *Comentarios al Código civil...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, p. 57.

⁷⁴ *Vid.* M.^a B. Fernández González; “La igualdad constitucional...”, *loc. cit.*, p. 1750.

⁷⁵ Es destacable el cambio producido en Alemania por la reforma en el Derecho de filiación que provocó la eliminación de la tradicional distinción entre filiación legítima e ilegítima, concretamente en la Ley de reforma de los Derechos del niño (Kind RG), de 16 de diciembre de 1997 (*Bundesgesetzblatt* I, p. 2942), que entró en vigor el 1 de julio de 1998, modificando los arts. 1591 a 1597 del BGB. Y ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 6-5 de la Ley fundamental alemana que dispone: “la legislación debe asegurar a los hijos naturales las mismas condiciones que a los hijos legítimos en lo concerniente a su desarrollo psíquico, moral y la situación social”. *Vid.* F. Furkel, “Le nouveau droit de l’enfance en République Fédérale d’Allemagne”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1998-3, pp. 804-820; S. Aldeeb Abu-Sahlieh y A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des ordres juridiques occidentaux: (Étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l’immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999, p. 234.

reforma de la filiación⁷⁶, que suprime las diferencias entre hijos legítimos y naturales. A partir de estos momentos, en Francia se habla solamente de filiación, sin más modalidad terminológica, favoreciendo la constitución de los vínculos materno-filiares. La filiación materna quedará establecida tan sólo por la designación de la madre en el acta de nacimiento del hijo. Por su parte, la filiación paterna extramatrimonial se determinará mediante declaración voluntaria, mientras que la presunción a favor de la paternidad del marido rige de forma automática.

El principio consuetudinario de igualdad también se refleja en la actual reglamentación conflictual española sobre filiación, tal y como se comprueba de la lectura del art. 9.4 C.c., al optar por una regulación unitaria y no hacer ningún tipo de distinción en relación al carácter de la filiación. Si se reformara el Derecho material español para erradicar cualquier distinción en cuanto al carácter de la filiación, tal y como se ha perpetrado en Francia, se obligaría a que en el supuesto de hecho de la actual reglamentación conflictual desapareciera el carácter de la misma.

El principio de igualdad aplicado a esta institución desde la perspectiva legal europea queda excluido en los ordenamientos de corte islámico, que distinguen entre filiaciones legítimas (hijos concebidos dentro del matrimonio o en ciertos supuestos de apariencia de legalidad en las relaciones sexuales entre los progenitores) e ilegítimas. La legitimidad de la familia se obtiene, en general, mediante matrimonio musulmán⁷⁷, que funciona como cauce legitimador de la

⁷⁶ Ordonnance núm. 2005-759 du 4 juillet 2005 portant réforme de la filiation (*J.O.* núm. 156 du 6 juillet 2005, p. 11159, texte núm. 19) y la Circulaire de 30 de juin 2006. *Vid.* <http://www.legifrance.gouv.fr/>; F. Granet-Lambrechts, “La réforme du droit de la filiation: l’Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 et la Circulaire du 30 juin 2006”, <http://www.cdspf.u-strasbg.fr/Frédérique%20Grante.htm>.

⁷⁷ Ello se puede verificar en los distintos preceptos de los Códigos musulmanes de estatuto personal, como el art. 41 Código de familia argelino; art. 15 Código de familia egipcio; art. 147 y 149 del nuevo Código de familia jordano; art. 169.a) Código de familia kuwaití; art. 53.b) Código de familia libio; art. 144 CFM; art. 59 Código de familia mauritano; art. 71 Código de familia omaní; art. 129.1) Código de familia sirio; art. 98 Código de familia sudanés; art. 69 Código de familia tunecino; art. 121 Código de familia yemení. Esta normativa se puede consultar en C. Ruiz De Almodóvar y Sel, *El derecho privado en los países árabes: códigos de estatuto personal. Edición y traducción*. Granada, Universidad de Granada y Fundación Euroárabe de Altos Estudios, 2005; *id.* “La representación legal en los Códigos de Estatuto Personal de los países árabes”, *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-islam*, 2002, vol. 51, pp. 273-286. Para consultar la reforma del Código jordano *vid.*

filiación y de los principios reguladores de las relaciones conyugales y paterno-filiales⁷⁸. En todos los ámbitos del Derecho de familia musulmana “*la masculinidad*” asegura la primacía y la licitud del hijo en la sociedad. Sin embargo, cuando los progenitores mantienen relaciones sexuales ilícitas, esta “*masculinidad*” carece de repercusión jurídica para constatar la paternidad⁷⁹.

La trascendencia social, moral y jurídica de la familia legítima⁸⁰, junto con el contenido de relaciones conyugales y paterno-filiales fundadas en principios clásicos de ordenamiento islámico, impone el estado de legitimidad para la prole y que será adquirida por el nacimiento a partir de seis meses desde la celebración del matrimonio de los progenitores o porque éstos mantuvieron relaciones

id., “Reforma del Código jordano de Estatuto Personal”, *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, 2007, núm. 56, pp. 269-272.

⁷⁸ El marco autorizado para la sexualidad en la sociedad tradicional era el matrimonio. Además, existía otro procedimiento de legalización, como las relaciones del amo con la esclava. *Vid.* G. H. Bousquet, *L'éthique sexuelle en islam*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1966, pp. 62-138; L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2ª edic, Paris, Dalloz, 2001, pp. 412.

⁷⁹ *Vid.* A. Colomer, *Droit Musulman. Les personnes-la famille*, t. 1, Rabat, La Porte, 1962, p. 87; Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, t. III, Paris, Mouton et Co., 1973, pp. 11-77, en espec. pp. 15-17; R. Charles, *Le droit musulman*, Paris, Presses Universitaires de France, 1956, pp. 58-59 ; F. J. Pansier y K. Guellaty, *Le droit musulman*, Paris, Puf, 2000, pp. 74-75; L. Pruvost, *L'établissement de la filiation dans le droit tunisien*, Thèses à l'Université de Paris II, 1978, (inérita), pp. 21; S. Ben Halima, *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, Thèse doctoral de Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Université de Tunis, 1980, pp. 14-16 (inérita); L. Milliot et F. P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit...*, *op. cit.*, pp. 402-415; S. Mernissi, “La filiation de l'enfant en droit musulman”, *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West. Congress from 23 to 24 october 1998 in Osnabrück*, Berlin, Carl Heymanns Verlagkg, 1999, pp. 119-135; A. Motilla De La Calle, “La filiación natural y adoptiva en el Derecho islámico y en los Códigos de Marruecos, Argelia y Túnez. Relevancia en el Derecho español”, en A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 585-595; A. Motilla y P. Lorenzo, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Madrid, Colex, 2002, pp. 173-180; L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit...*, *op. cit.*, p. 413; D. Pearl y W. Menski, *Muslim Family Law*, London, Sweet&Maxwell, 1998, pp. 399-407.

⁸⁰ El hijo legítimo ocupa en la comunidad familiar marroquí una posición a la que el Derecho otorga plenitud de efectos jurídicos, no sólo con referencia a sus procreantes, sino también a los parientes de sus padres, estableciéndose un estrecho vínculo familiar, formándose un hogar, una familia que tiene sus pilares en la íntima y permanente comunidad de vida de sus progenitor. Son hijos ilegítimos los nacidos de relación sexual ilícita o habida fuera del matrimonio, a los cuales el Derecho marroquí niega la atribución de efectos jurídicos, sobre todo de la posibilidad de imputación del estado de hijo.

sexuales lícitas. La relación paterno-filial, denominada *nasab*, descansa en los vínculos de sangre entre el hombre y su prole, debido a que rige el principio básico de transmisión del parentesco por línea masculina y que introduce al hijo en la familia agnaticia⁸¹. De hecho, los efectos jurídicos en el CFM se otorgan en exclusiva a la filiación legítima⁸², prescindiendo de cualquier regulación dirigida a la filiación ilegítima entre padre e hijo⁸³. En cambio, la relación jurídica del hijo con su madre, designada como *bunuwā*⁸⁴, no distingue en cuanto a sus efectos, a pesar de subsistir las diferencias conceptuales. Así, el art. 146 CFM dispone que “la filiación materna producirá los mismos efectos, sea resultado de una relación legítima o ilegítima”, y concede al hijo ilegítimo expectativas hereditarias de su madre y de los parientes de aquella, en iguales condiciones que los legítimos⁸⁵.

La desigualdad entre los hijos en el sistema jurídico marroquí se evidencia, una vez más, en las vías tasadas para acceder a su legitimidad. Las relaciones sexuales lícitas en el momento de la concepción del hijo constituyen la base de la organización del sistema musulmán de filiación⁸⁶. En consecuencia, el CFM

⁸¹ Vid. K. Meziou, “Magreb: évolution du droit de la famille et perspectives comparatives”, *Familles-Islam-Europe*, Paris, L’Harmattan Editions, 1996, pp. 209-223, en espec. p. 218.

⁸² El art. 142 del CFM define a la filiación como la resultante de la procreación del hijo por sus padres y que puede clasificada como legítima o, incluso, como ilegítima. Así, la paternidad y maternidad se considera legítima hasta que se pruebe lo contrario. El concepto de legitimidad respecto del padre se define como el vínculo entre el hijo y su progenitor, que será legítimo cuando exista una de las causas legalmente establecidas para esta clase de filiación. Vid. K. Berjaoui, *El Derecho internacional privado en materia de estatuto personal*, Rabat, Dar El Qelem, 2001, p. 207 (en árabe, traducción propia).

⁸³ Art. 148 CFM expone que si el hijo es ilegítimo, el padre no asume ninguno de los efectos atribuido a la filiación.

⁸⁴ Hay que señalar que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo árabe actual el término *nasab* ha adoptado el sentido amplio de filiación y abarca a ambos progenitores. Vid. A. Khamlichi, *Comentario sobre el Código de estatuto personal. La filiación y la representación legal*, t. II, 1995, Rabat, Imprimerie Annajah al Jadida, pp. 62-96 (en árabe, traducción propia); A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos*, Facultad de Derecho, Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Mohamed V de Rabat, 2003-2004, pp. 7 y 8 (en árabe, traducción propia).

⁸⁵ Vid. K. Meziou, “Maghreb: évolution du droit de la famille et perspectives...”, *Familles-Islam-Europe*, loc. cit. op. cit., pp. 218-220.

⁸⁶ En los ordenamientos jurídicos occidentales, el acto del matrimonio presume la legitimidad de los hijos que nacen dentro del matrimonio y el Derecho no se preocupa de la efectividad de su consumación. Pero en el sistema clásico musulmán, el acto del

dispone en su art. 152 que “la filiación legítima paterna se establece a través de vínculos conyugales, también denominados hijos de la cama o *al firach*⁸⁷, el reconocimiento de la paternidad (*istilbak*) y las relaciones sexuales por error o duda (*subha*)⁸⁸”, que a continuación se detallan:

1. *Al firach* se regula en el art. 154 CFM, donde se expone que “la paternidad queda probada por *vínculo conyugal* si: a) el concebido nace a los seis meses de la fecha del acta matrimonial y la consumación de la relación conyugal ha sido posible”, con independencia de que el acto jurídico del matrimonio fuera anulable; b) el hijo nace pasado un año desde la fecha de la separación de los cónyuges⁸⁹.

matrimonio no es suficiente para establecer la presunción de la paternidad; las nociones de consumación efectiva o la imposibilidad de consumación de los cónyuges juegan un papel importante. La noción de *al firach* (hijo de la cama), que imprime legitimidad al hijo, plantea divergencias entre las distintas escuelas. Para los ritos *malikí*, *chafaí* y *hambalí* el acto de la unión matrimonial no es suficiente para atribuir la filiación legítima. Se exige la posibilidad material de consumación del matrimonio para atribuir la presunción de la paternidad. En los casos de impúber, impotencia del marido o alejamiento, no hay presunción de paternidad para el hijo nacido en estas situaciones, sin que el marido tenga que negarlo. Sin embargo, los hanafitas recurren como argumento principal a la máxima de que “el hijo pertenece o se vincula a la cama”, y dejan sin consideración la noción de consumación del matrimonio. Esta escuela estima que el matrimonio regular presume la paternidad y que puede ser descartada por el acto de negación (*l'iam*). Un ejemplo de lo expuesto es la filiación legítima del nacido de matrimonio entre una mujer de Oriente y un hombre de Occidente que nunca se conocieron. Aunque esta hipótesis es extrema, los hanafíes consideran que las condiciones de la presunción de paternidad legítima se encuentran en el matrimonio. *Vid.* S. Mernissi, “La filiation de l'enfant...”, *loc. cit.*, pp. 129-131.

⁸⁷ Se ha traducido el término árabe *al firach* (literalmente hijos de la cama) por vínculos conyugales, ya que en la traducción francesa de la versión no oficial de la Ley nº 70-03 del Código de la familia marroquí (*Mudawana*) corregida por A. Moulay Rchid, M. Loukili y H. Ayoubi Idrissi se utiliza el término “les rapports conyugaux” (*al firach*). También la traducción no oficial al español realizada por el Colegio oficial de abogados de Madrid (en www.proyectoادل.com), que es una transcripción al castellano de la versión francesa, se utiliza los mismos términos.

⁸⁸ Sobre las causas para establecer el *nasab* (relación padre e hijo) *vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, *op. cit.*, pp. 16-30.

⁸⁹ Para entender este periodo tan amplio hay que remitirse a la doctrina *malikí*. Esta escuela jurídica de interpretación del Derecho islámico determina que desde que los esposos se separan se contempla un plazo de tres meses para poder reconciliarse y la posibilidad de mantener relaciones sexuales entre ellos. Así, los tres meses de la posible convivencia de los progenitores terminan por acumularse a los nueve meses de embarazo, dando lugar una dilación de la legitimidad del hijo de un año. *Vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, *op. cit.*, pp. 31-36.

2. El *istilbak* de los arts. 160 a 162 CFM es el reconocimiento voluntario de la paternidad. Es la única alternativa que permite al padre establecer la filiación legítima del hijo dentro del cerrado marco regulador que para la filiación matrimonial establece el ordenamiento marroquí.

3. La *subha* se contempla en el art. 155 CFM y considera a la filiación como legítima cuando la relación sexual mantenida por los progenitores haya tenido lugar con duda de hecho o de derecho⁹⁰. Estos supuestos quedan exentos de responsabilidad penal y despliegan los mismos efectos jurídicos que si se tratase de un matrimonio válido, por lo que la filiación es legítima respecto del nacido.

La actual *Mudawana* añade dos vías novedosas de constatar la filiación legítima en los artículos 16 y 165, que escapan del rigor de la concepción del hijo dentro de las relaciones sexuales lícitas de los progenitores y representan una apertura del legislador marroquí⁹¹. Ellos son:

1. El art. 16 CFM, que dispone: “el hombre y la mujer que mantuvieron relaciones ilegítimas pueden iniciar un proceso judicial ante los tribunales para validar el matrimonio (noción “amplia” de matrimonio) y atribuir así el estatuto de hijos legítimos a los nacidos bajo la ilicitud de las relaciones entre los

⁹⁰ En la actualidad, los casos extraordinarios de relaciones sexuales mantenidas en la oscuridad por los que no son esposos imposibilitará argumentarlo vía *subha*. El concepto se reduce al supuesto de matrimonio entre progenitores cuando concurra algún impedimento legal, como el del parentesco por lactancia (art. 38 CFM), en cuyo caso se instará ante el juez competente para constatar la filiación ya que el matrimonio es anulable (art. 57 y stes. CFM). La importancia de la cuestión reside en que la institución *subha* ha jugado un papel esencial dentro de la regulación del sistema de filiación musulmana, constituyendo un mecanismo de integración de los hijos naturales dentro de la legitimidad. *Vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, *op. cit.*, pp. 16-30 Para consultar los distintos planteamientos doctrinales sobre la noción *subha* *vid.* A. Khamlichi, *Punto de Vista, Iª parte: La familia, el niño y la mujer. 2ª parte: Osul el fiqh y el pensamiento fiqhi*, Rabat, Dar Nashr al Maârifa, 1998, pp. 51-52 (en árabe, traducción propia); S. Mernissi, “La filiation de l’enfant...”, *loc. cit.*, pp. 129-131.

⁹¹ *Vid.* M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruylant, Bruselles, 2005, pp. 82-83; A. Quiñones Escámez, “La reception du nouveau code de la famille marocain (*Moudawana*, 2004) en Europe”, *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 2004-3, pp. 877-900, en espec. p. 893.

progenitores”⁹². Esta acción queda limitada a un periodo de cinco años desde la entrada en vigor del nuevo Código⁹³.

2. El art. 156 CFM contempla la intervención judicial para legitimar al hijo engendrado en las relaciones de noviazgo formal. El precepto establece que los esponsales deben haber sido públicos entre ambas familias y el *wali* (tutor matrimonial en caso necesario) haber consentido; que además se pruebe que el embarazo se llevó a cabo durante el periodo de esponsales y, por último, que los novios reconozcan la filiación.

La determinación de la relación paterno-filial ilegítima en Derecho marroquí resulta contraria al orden público⁹⁴. Amén de las últimas modificaciones del CFM, subsisten profundas diferencias de trato entre los dos tipos de hijos en el modelo de familia marroquí. Los nacidos fuera de la legalidad no tienen acceso a un *status filii ni familiae* frente al progenitor masculino, tal y como se desprende del art. 148 CFM. Así, la legitimidad de los hijos dentro de un orden legal (matrimonio y relaciones conyugales lícitas) es condición primordial, dado el carácter patriarcal de la familia y la supremacía del varón sobre la mujer⁹⁵. En consecuencia, se produce un grave quebrantamiento del

⁹² El legislador pretende solucionar los problemas de los hijos nacidos de uniones entre los progenitores que no pudieron validar sus matrimonios. En el mundo rural marroquí era frecuente que un hombre y una mujer se casaran sin levantar el acta correspondiente. A este hecho, se añade la proliferación de enlaces matrimoniales de marroquíes contraídos en el extranjero conforme a la ley local, pero nulos conforme a la normativa del país de origen.

⁹³ Un sector de la doctrina marroquí estima que, en pro de la estabilidad familiar, el legislador acabará ampliando el plazo para permitir el reconocimiento de estos enlaces sin limitación de tiempo. Opinión de M. Loukili, Profesor de DIPr. de la Facultad de Aggdal, Universidad Mohamed V, Rabat-Aggdal (Marruecos) en consulta expuesta sobre los nuevos avances en materia de filiación del CFM.

⁹⁴ En la tradición jurídica del Islam, se prohíbe toda relación sexual fuera del matrimonio (*zina*), y en consonancia, el hijo nacido de la fornicación (*walad al zina*) sólo podrá establecer los lazos jurídicos respecto a la familia de la madre. *Vid.* Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé...*, *op. cit.*, pp. 17-19; F. Boulanger, *Droit civil de la famille. Aspects compartifs et internationaux*, t. II, Paris, Economica, 1994, pp. 4-5; H. Mosleh, *La procréation naturelle au Maroc. Mémoire pour l'obtention du diplôme d'études supérieures en sciences juridique*, Université Mohamed V, Faculté de sciences juridiques, économiques et sociales de Rabat, 1993, pp. 78-108 (inérita); *id.*, *La protection de droit de l'enfant au Maroc: contances et des défis*, Thèse, Faculté de Droit, Université Pierre Mendès France, 1998, pp. 78-103 (inérita).

⁹⁵ Sobre la protección de la filiación legítima patrilineal *vid.* K. Mosleh, *La procréation naturelle...*, *op. cit.*, pp. 78-81.

principio de igualdad entre hijos y un ataque frontal al contenido del art. 16 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁹⁶, que proscribe cualquier discriminación entre los hijos, y del que Marruecos forma parte⁹⁷.

Uno de los objetivos del Derecho internacional privado actual es la no exclusión de una ley extranjera en cuanto sea diferente a la española. Y las soluciones deben ser materialmente justas, siempre que no representen un ataque al orden público internacional español, como puede ser la desigualdad entre los hijos⁹⁸.

⁹⁶ Sobre esta Convención *vid.* C. Neirinck, *Le droit de l'enfance après la Conventions des Nations Unies*, 1ª edic., Paris, Delmas, 1993, pp. 31-33.

⁹⁷ No obstante, por parte de Marruecos se realiza una reserva a este Convenio relativa al ejercicio del derecho de culto del art. 14, por lo que el menor no tendrá libertad de elegir otra religión diferente al Islam, que es la confesión oficial del país. Sobre este tema *vid.* A. Skkali, "Novedades en el ámbito de los derechos del niño en el Código de Familia...", *loc. cit.*, pp. 45-50, donde el autor manifiesta que Marruecos ha introducido todas las recomendaciones que se recogen en los Tratados internacionales como el de los derechos del niño, salvo el art. 14 sobre libertad religiosa del niño. Esta libertad no ha podido trasladarse al Derecho interno por ser incompatible con la Constitución marroquí, al chocar con la declaración de Estado islámico que impide a los menores optar por otra religión que no sea el Islam.

⁹⁸ No hay que olvidar que la cláusula del orden público debe ser siempre objeto de una interpretación y aplicación restrictiva cuando se valora la multiculturalidad. *Vid.* E. Jayme, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, 1995-I, t. 251, pp. 33-265.

3. *Favor filii versus favor legitimatis*

El interés del menor o “*favor minoris*” se trata desde hace poco tiempo en Derecho español como principio jurídico general⁹⁹, conclusión que cabe hacer extensiva al resto del mundo jurídico occidental¹⁰⁰. En España, se asiste en los últimos años a la quiebra del modelo jerárquico de familia y a una mayor ponderación de los valores personales, entre ellos la posición del menor tanto en la familia como en la sociedad¹⁰¹. Los valores individuales, tales como la libertad, la dignidad o el respeto a la persona, la autonomía de cada ciudadano para dirigir su propia vida y ejercer sus opciones más trascendentes según su voluntad y sin coerciones exteriores, son incompatibles con el concepto cultural y jurídico existente antes de la C.E. que primaba la autoridad omnipotente del padre sobre la personalidad del hijo.¹⁰² En realidad, se ha superado el autoritarismo en la

⁹⁹ Se viene hablando de él como principio general de Derecho en los ordenamientos jurídicos occidentales con misma intensidad y preocupación que desde hace veinticinco o treinta años. Sobre la especial atención que se ha prestado al interés del menor en la doctrina y *praxis* jurídica de algunos países, como en Italia, donde la preocupación por el interés del menor comenzó a partir de la Ley de Adopción de 1967 (M. Dogliotti, “Che cosa è l’interesse del minore”, *Il Dir. Fam. e Pers.*, 1992, núm. 4, p. 1093, citado en F. Rivero Hernández, *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 23). El interés del menor se fomenta en el Reino Unido en los años setenta (S. M. Cretney-J.M. Masson, *Principles of Family Law*, 6ª edic., London, Sweet and Maxwell, 1997, p. 468). En doctrina española, R. Meliá Llacer, “La protección internacional de los derechos de los niños”, *RGD*, 1989, núm. 536, pp. 2907-2928; P. P. Miralles, “La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño”, *AC*, 1991, núm. 39, pp. 525-538; P. Rodríguez Mateos, “La protección jurídica del menor en la Convención sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, 1992, núm. 2, vol. XLIV, pp. 465-498; A. Borrás Rodríguez, *El interés del menor como factor del progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Barcelona, Academia de Jurisprudencia i Legislació de Catalunya, 1993, pp. 5-84, en espec. pp. 11-18; M. I. Álvarez Vélez, *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, Madrid, UPCO, 1994; J. M. Ruiz-Rico Ruiz, M.ª S. de la Fuente Núñez de Castro, M.ª C. Luque Jiménez, “Reflexiones sobre la protección de menores en el ordenamiento jurídico español”, *RDF*, 2002, núm. 17, pp. 53-86.

¹⁰⁰ En general, sobre el interés del menor en los sistemas jurídicos modernos, véase la bibliografía recomendada en F. Rivero Hernández, *El interés del menor...*, *op. cit.*, p. 23, en espec. nota 1.

¹⁰¹ *Vid.* E. Roca Sastre, *Familia y el cambio social*, Madrid, Cuadernos cívitas, 1999, pp. 207-258, en espec. pp. 203-204.

¹⁰² *Vid.* F. Rivero Hernández, *Los conflictos de paternidad en Derecho comparado y Derecho español*, Barcelona, Ariel, 1971, pp. 61-64; S. Alemany Verdaguer, *Estudios sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1974.

familia, lo que obliga a redistribuir la funciones de sus miembros y a rediseñar los roles individuales y familiares en un nuevo orden doméstico y social¹⁰³.

Con anterioridad, el Derecho español de familia empleaba el término *favor legitimitatis* en la determinación de la filiación, o el del *favor filii* en contra del interés de los padres cuando la patria potestad era considerada un oficio más que un beneficio. Pero hoy la cuestión es distinta. Frente a la concepción tradicional que concedía al menor un *status* de persona meramente protegida, la concepción actual le confiere, sobre todo a partir de la adolescencia, el *status* de persona con tendencia a la autonomía.

El interés del menor representa uno de los principios y valores emergentes del moderno Derecho de la persona y de familia, que alcanza jurídicamente a otras partes del ordenamiento jurídico. Razones ideológicas, sociológicas y jurídicas están detrás de la aparición y del auge actual de este interés, no sólo en los ordenamientos internos, sino también en Convenios, Tratados y Pactos Internacionales, así como en Declaraciones Universales¹⁰⁴. En

¹⁰³ Vid. F. Rivero Hernández, *El interés del menor...*, *op. cit.*, pp. 33-34.

¹⁰⁴ Entre los Tratados e Instrumentos internacionales ratificados por España que hacen especial hincapié en la necesidad de protección de los menores, se encuentran: la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, hecha en Nueva York y adoptada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (III) de 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 abril 1967) y en vigor en España desde el 27 de julio de 1977; el Convenio de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, hecho en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y ratificado por España el 30 de noviembre de 1990 (BOE núm. 313, de 1 de diciembre de 1990) y cuyo art. 3.1 establece que: “en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Este último Convenio ha sido criticado por la vaguedad y poca concreción de las obligaciones que impone a los Estados que lo suscriben. En este sentido *vid.* R. Meliá Llacer, “La protección internacional de los derechos...”, *loc. cit.*, pp. 2907-2928; P. Rodríguez Mateos, “La protección jurídica del menor en la Convención...”, *loc. cit.*, pp. 465-498. En el ámbito europeo destacan la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada en el Parlamento Europeo por la Resolución A 3-0172/1992 de 8 de julio de 1992 (DOCE C 241, de 21 de septiembre de 1992) y la Carta de los Derechos fundamentales en la Unión Europea (DOCE C 364/01, de 18 de diciembre de 2000) que en su art. 23. 2 sobre protección de los niños expone: “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”. Sobre este tema *vid.* J. A. Pérez Beviá, “La protección del menor en el Consejo de Europa...”, *Mundialización...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 51-81.

la práctica, la invocación del interés superior del niño no resulta de gran ayuda, puesto que este concepto es susceptible de evoluciones muy distintas¹⁰⁵. Ciertamente, es un concepto jurídico indeterminado y cargado de defectos, imprecisiones, subjetividad y relatividad. Aunque también contiene enormes cualidades como su flexibilidad, adaptabilidad y riqueza para respetar los contextos jurídicos, culturales y socioeconómicos completamente diferentes¹⁰⁶. La importancia del interés del niño llega a plasmarse en el modelo del Código de familia realizado por la Comisión europea de la familia a modo de principio general que debe regir en materia de filiación. En concreto, se dispone que “el interés superior del menor debe presidir toda decisión que afecte a ambos padres y a sus hijos” (*cf.* art. 3.1 del modelo del Código de familia)¹⁰⁷.

El interés del sujeto de filiación (hijo mayor, menor e incapaz) parece localizarse en el establecimiento de la verdad biológica, aún cuando el éxito de una acción judicial pueda modificar la realidad sociológica anterior del mismo, lo cual coincide con el mandato constitucional expuesto en el art. 39.2 y 3¹⁰⁸.

¹⁰⁵ *Vid.* P. Lagarde, “Differences culturelles et ordre public de la famille. Rapport provisoire (mars 2003, révisé juillet 2004). Session de Cracovie. Première partie. Travaux préparatoires”, *Annuaire de l’Institut de droit international*, 2004, vol. 71, pp. 13-115, en espec. p. 46; *id.* “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille. 9ème commission, Institut de Droit international (Session de Cracovie-2005)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005-IV, pp. 859-860. Las dificultades a la hora de legislar el Reglamento de Bruselas II bis y la consideración del interés superior de niño se puede consultar en B. Ancel y H. Muir Watt, “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005-IV, pp. 569-605.

¹⁰⁶ Las diversas implicaciones de la polémica en torno a la primacía de la universalidad o del relativismo cultural en la aplicación de los derechos humanos puede traducirse respecto de la Convención de los Derechos de Niño en los siguientes términos: la universalidad de este instrumento supone el conjunto de normas inspiradas en un concepto ideal y global de la infancia. Sin embargo, el relativismo cultural cuestiona la aplicabilidad de las normas universales y aduce a la existencia de una diversidad de infancias o realidades cuyos marcos normativos sólo pueden abordarse a partir de sus particularidades espaciales, temporales y socioculturales. *Vid.* F. Pilotti, “Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto”, <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/cursos/cursounicef.html>; P. A. De Miguel Asensio, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *RDP*, 1998, pp. 541-558; J. Zermatten, “Interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”, *Informe de trabajo, núm. 3, 2003. Institut international des droit de l’enfant*, en http://www.childsrighs.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf.

¹⁰⁷ *Vid.* I. Schwenzer y M. Dimsey, *Model Family Code*, Oxford, Intersentia, 2006, pp. 92 y 200-203.

¹⁰⁸ *Vid.* STS de 21 de septiembre de 1999; STC 7/1994 de 17 de enero (RTC 1994/7), en <http://westlaw.es>; F. Rivero Hernández, *El interés del menor...*, *op. cit.*, p. 175.

A la hora de determinar la filiación se ponderarán todos los intereses en juego para verificar cual de ellos adquiere mayor fortaleza. Por un lado, se sitúa la búsqueda de la verdad biológica y, por otro, la estabilidad familiar, que ubican en el mismo plano los intereses de padres e hijos. De hecho, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) evidencia en su sentencia 273/2005, de 27 de octubre de 2005¹⁰⁹ que “no pueda hablarse de la existencia de un derecho de los progenitores sobre los hijos como correlato de los deberes que les impone el art. 39.3 C.E. Sin embargo, la investigación de la paternidad no puede quedar reducida a un derecho exclusivo del hijo, omitiendo toda iniciativa por parte de los progenitores, pues también a éstos alcanza un interés en el conocimiento de la verdad biológica”¹¹⁰. En este sentido, cabe mencionar la STC 138/2005, de 26 de mayo de 2005¹¹¹, donde indica que la investigación de la paternidad “guarda

¹⁰⁹ (BOE núm. 285 suplemento, de 29 de noviembre de 2005). En esta resolución se estima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la sección primera de la Audiencia Provincial de Ciudad Real respecto del art. 133.1 C.c. Este Tribunal considera que en este precepto se restringe al progenitor la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial cuando no exista posesión de estado. Se plantea tanto la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley como del derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en su vertiente de derecho de acceso a la jurisdicción. *Vid.* E. Rubio Torrano, “Inconstitucionalidad del art. 133, párrafo 1º, del Código civil”, *AC*, 2005, núm. 17 (BIB 2005-2546), en <http://westlaw.es>.

¹¹⁰ Llama la atención cómo la jurisprudencia de la Corte constitucional alemana intenta que se modifique la normativa sobre determinación de la filiación para adaptar el principio de veracidad biológica con los intereses del hijo y del progenitor. Con motivo de la negativa de la madre a prestar su consentimiento para la realización de la prueba de ADN del hijo en un proceso de impugnación de la paternidad, la Sent. del Tribunal federal constitucional alemán de 13 de febrero de 2007 (1 BvR 421/05), http://bverfg.de/entscheidungen/rs20070213_1bvr042105.html, insta al legislador alemán a adoptar una regla que permita eficazmente al padre obtener la acción para impugnar su paternidad y conocer la verdadera filiación del hijo antes de 31 de marzo de 2008. Al mismo tiempo, se debe velar por no suspender automáticamente la paternidad jurídica y el hijo no quede desprotegido. Esta sentencia ha sido comentada por S. Baltasar, *JZ*, 2007, núm. 12, pp. 629-636 y en <http://www.isdc.ch/d2wfiles/document/4580/4017/0/ISDC>

¹¹¹ (BOE núm. 148, de 22 de junio de 2005). La publicación de la sentencia supone un importante hito para el Derecho español de la filiación judicial, aquejado en los últimos años de una injustificable situación de inseguridad jurídica en la jurisprudencia de los Tribunales. Su importancia trasciende la resolución del concreto supuesto planteado para proyectarse sobre otros aspectos de la regulación de la filiación y ofrecer luz desde la perspectiva constitucional en que resultan cuestionados por los Tribunales ordinarios. El TC ha declarado la inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 136 C.c. que alude a que el plazo de un año para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial empiece a correr desde el momento de la inscripción de la filiación en el Registro Civil, salvo que el marido desconozca el nacimiento, aunque éste ignore que no es el padre biológico de quien ha sido registrado como hijo suyo.

íntima conexión con la dignidad de la persona (art. 10.1 C.E.), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona”¹¹². La ambigüedad crece a medida que el concepto deja de ser técnico o especializado y se inserta en lo cultural o valorativo¹¹³.

Este principio de favor se puede traducir en sentido positivo, propiciando el establecimiento de la paternidad biológica al entender que toda persona tiene derecho a conocer sus orígenes. Pero el *favor filii* también ofrece al operador jurídico la posibilidad de no establecer la filiación cuando, en el caso concreto, exista otro interés en juego que así lo aconseje. Piénsese que el hijo puede verse inmerso en un desequilibrio emocional o socio-familiar con la nueva realidad que se pretende establecer, por lo que sería necesario valorar la conveniencia de mantener la filiación hasta entonces conocida, aún a riesgo de que no coincida la paternidad biológica con la jurídica. En la mayoría de las ocasiones el establecimiento de la filiación se erige en manifestación del *favor filii*¹¹⁴, aunque puede suceder que, en interés del hijo, no se constituya la relación paterno/materno-filial, impidiendo el acceso a la verdad biológica¹¹⁵. De ahí que no cabe afirmar con rotundidad que, en todos los supuestos, exista una vinculación entre *favor filii* y la constitución de la filiación.

De tal planteamiento se colige que el interés superior del hijo, sea mayor menor o incapaz¹¹⁶, se sitúa en el vértice de una relación triangular donde la

¹¹² *Vid.* el FJ 4 de la STC 138/2005 (RTC 2005/138), en <http://westlaw.es>.

¹¹³ *Vid.* F. Rivero Hernández, *El interés del menor...*, *op. cit.*, pp. 192-193; A. Durán Ayago, “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 295-318, en espec. pp. 306 y 307; M. Martín González, “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, *Revista de Derecho Administrativo*, 1967, núm. 54, pp. 197-292.

¹¹⁴ La solución de la norma es favorecer la determinación de la filiación, como puso de manifiesto el prof. J. D. González Campos, “Filiación y alimentos”, *Derecho internacional privado. Parte Especial*, 6ª edic. revisada, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 355-377, en espec. p. 356.

¹¹⁵ En este sentido *vid.* S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4”, *Comentarios del Código civil y compilaciones forales*, 2ª edic., t. I, vol. 2, arts. 8 al 16 del C.c., Madrid, Edersa, 1995, pp. 205-242, en espec. p. 225.

¹¹⁶ En el FJ 5 de la STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000/141), en <http://www.westlaw.es>, se afirma que “el estatuto jurídico del menor es, sin duda, una norma de orden público, de inexcusable observancia para todos los poderes públicos”.

verdad biológica y la estabilidad familiar se empeñan en cobrar protagonismo para quedar finalmente sujetas a la suerte del juzgador, quien nunca podrá sustraerse a la situación fáctica que hace diferente el resultado¹¹⁷. Dentro de este halo conceptual se localiza su complejidad, dada la diversidad de variables que plantea tal resolución, sin perder de vista el amplio margen de circunstancias de naturaleza material, espiritual y social, que vienen a estructurar lo que pudiera denominarse “teoría del vértice”, como cierre interpretativo del concepto. En esta dirección, el TC señala que “el interés del menor sólo puede quedar determinado a partir de las circunstancias fácticas existentes en cada caso... El elemento biológico no es el único fundamento de la relación paterno/materno-filial, ni el lazo definitivo que une al hijo con sus padres...”¹¹⁸. El elemento

¹¹⁷ Así, la STS de 28 de mayo de 1997 (RJ 1997/4326), en <http://westlaw.es>, relativa a la reclamación de filiación no matrimonial pondera el principio de veracidad, del que se dice que no es absoluto, con el interés del menor. En el FJ 1 de la resolución señala que “la protección del interés del menor, digna y obligada, está atribuida en primer lugar a los progenitores, pero no es verdad absoluta entender que el bien del menor está en la obtención de una declaración de filiación paterna y materna”; la STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7), en <http://westlaw.es>, indica que “la finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa, en primer lugar, de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del TS. Las resoluciones que disponen la investigación de la filiación sirven directamente a fines constitucionales; y la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores, para lo cual aparece como instrumento imprescindible la investigación de la paternidad”; la SAP de Cádiz (sección 5ª), de 26 de junio de 2002 (JUR 2002/226421) y la SAP de Córdoba (sección 2ª) núm, 288/2001, de 30 de noviembre (JUR 2002/23233), en <http://westlaw.es>, plantean el debate sobre “si sería razonable una sentencia que no reconociera la paternidad por no lesionar los derechos de los hijos de modo que amparándose en la protección social económica y jurídica que los poderes públicos deben asegurar a la familia, y a la protección integral de los hijos, denegase dicha paternidad incluso después de constatadas biológicamente... Ello podría dar lugar a una confrontación entre el principio de protección del menor y el de veracidad biológica y puede determinar que éste último no sea de todo un valor absoluto, sino que esté limitado por la verdad efectiva, cuales son la posesión de estado y el interés del hijo”.

¹¹⁸ La STC de 26 de septiembre de 1990 (RTC 1990/143), en <http://westlaw.es>, aunque referida a la adopción, realiza una afirmación extensible a otras decisiones que hayan de ser adoptadas en función del interés del menor. En concreto, la sentencia expone que: “aunque la Ley otorgue al juez amplias facultades para apreciar la conveniencia de acceder o no a la adopción solicitada, no puede aquél en modo alguno ignorar el mandato legal de dar audiencia a los padres del menor, pues sólo así podrá tener en cuenta todos los elementos de contraste necesarios que, una vez ponderados adecuadamente, conduzcan a una resolución acorde con los criterios legales y con los intereses prevalentes en la adopción”. La STC de 25 de noviembre de 1996 (RTC 1996/187), en <http://westlaw.es>, realiza una declaración similar en los términos siguientes: “el razonamiento de la

afectivo pesa jurídicamente en el interés del hijo, con notable trascendencia a la hora de resolver cuestiones de filiación¹¹⁹. El interés del hijo debe colocarse en el vértice de la relación triangular, aunque dicho vértice es dinámico para adaptarse a los distintos factores que intervienen en cada caso, tal y como se demostrará a lo largo de este trabajo de investigación¹²⁰.

En tal trayectoria también actúan las normas materiales imperativas que, en Derecho español limitan el alcance de la normativa conflictual, como es el caso de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹²¹, cuyo art. 1 declara aplicable la Ley a todo menor de dieciocho años que se encuentre en España sea nacional o extranjero.

La localización del interés del hijo se complica en las situaciones privadas internacionales, al entrar en juego otros valores, como el de la identidad cultural y religiosa del hijo, lo que evidencia el conflicto entre la cultura islámica y la occidental o entre el laicismo y la confesionalidad de los Estados¹²². No obstante,

resolución impugnada sobre la prevalencia del principio *favor minoris*, por muy adecuado que sea, como lo es, como elemento fundamental de la ponderación de intereses en estos casos, ha de ser consecuencia de la concurrencia de unos presupuestos fácticos cuya apreciación requiere permitir a ambas partes, y no sólo a una de ellas, como ha ocurrido en este caso y señala el Ministerio Fiscal, los medios de defensa conducentes a que, en lo posible, la aplicación del citado principio responda a una realidad constatada”.

¹¹⁹ Sobre el tema *vid.* F. Rivero Hernández, *La presunción de paternidad legítima...*, *op. cit.*, pp. 29 y 30; *id.*, *El interés del menor...*, *op. cit.*, pp. 177-178. El autor plantea la parquedad argumental de la jurisprudencia española para detectar el interés del menor. No obstante, muestra como discurre un tribunal italiano en un caso de reclamación de paternidad extramatrimonial en un caso parecido y en un contexto normativo muy semejante al del ordenamiento español. La Sent. del *Tribunale per i minoreni* de Turín de 26 de febrero de 1992 señala que entiende por interés del menor en la admisión de una reclamación de paternidad, donde el progenitor varón se negó a la prueba biológica. El tribunal acordó la práctica de una prueba pericial psicológica para valorar mejor el interés del menor.

¹²⁰ En concreto, *vid. infra* el epígrafe “Propuesta de *lege ferenda*: método del reconocimiento *fili*-céntrico de la situación creada en el extranjero”.

¹²¹ (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996). El sistema jurídico español dispone de varios instrumentos internacionales que debe tener presente para la protección del menor, como el Convenio de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1989 o la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo. A todo ellos el TC los denomina “estatuto jurídico indisponible de los menores de edad dentro del territorio nacional”, en STC 141/2000, de 29 de mayo (RTC 2000/141), <http://www.westlaw.es>.

¹²² La tensión no radica en una profesión de fe diferente de los nacionales procedentes de países musulmanes, sino en el distinto papel de las creencias religiosas ocupan en la

con esta investigación se disminuirá el grado de complejidad del entendimiento de “otros valores o intereses”¹²³. La teoría del vértice ayudará, precisamente, a la búsqueda del mejor derecho que proteja el interés, pero siempre tomando en consideración los valores en presencia en la situación privada internacional relativa a la filiación.

Cuando al establecimiento de la filiación se aplica un Derecho de inspiración coránica, como es el marroquí, hay que tener presente los valores propios, modelos culturales, sociales y ante todo religiosos, con distintas fuentes de inspiración para el Derecho, tanto de origen interno como internacional¹²⁴. Además, dentro del sistema marroquí, se plantean conflictos entre la tradición y la modernidad, entre el Derecho musulmán clásico y el ordenamiento positivo y entre el Derecho y el hecho, lo que provoca un esfuerzo por comprender este principio.

El significado del interés del hijo en la ordenación de la filiación en el Derecho marroquí contrasta con el que ofrece la ley española¹²⁵. El objetivo de salvaguardar la familia legítima y garantizar la procreación dentro del marco legal del matrimonio o de las relaciones legítimas conyugales se advierte en las disposiciones marroquíes de Derecho positivo, que traducen la importancia

determinación del poder político y en la ordenación de la vida social y familiar. *Vid.* S. A. Sánchez Lorenzo, “Globalización, pluralidad cultural...”, *loc. cit.*, pp. 87-130, en espec. pp. 90-95.

¹²³ *Vid.* M. Verwilghen, “Les problèmes juridique soulevés pour l’immigration musulmane”, J-Y. Carlier y M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 21-33, en espec. pp. 25-26.

¹²⁴ *Vid.* A. Moulay Rchid, “Les droits de l’enfant”, *Recueil des Cours*, 1997, t. 268, pp. 9-290, donde se exponen las fuentes legales que contiene la legislación marroquí sobre los derechos del niño, tanto a nivel interno, como a nivel internacional, continental, regional en relación al mundo árabe-musulmán. También *vid.* S. A. Aldee Abu-Salieh, *Les musulmans face aux droit...*, *op. cit.*; Z. Combalía, “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas”, *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, vol. XII, 1996, pp. 481-510.

¹²⁵ Todo ello se debe a la influencia de concepciones religiosas en el Derecho de la familia de los sistemas jurídicos de base confesional. *Vid.* L. Esteve González, A. López-Tarruella Martínez, M. E. Morán García, “La familia multicultural: entre el conflicto de civilizaciones y el servicio a la paz entre los pueblos”, *Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls*, vol. II, Universidad de Alicante, 2000, pp. 843-861, en espec. pp. 848-849; A. Jellal, “Algunos aspectos de la protección del niño en Marruecos”, *RJPEM*, 1979, núm. 5, pp. 9-48 (en árabe, traducción propia).

acordada por el Corán de reconocer como única forma válida la filiación legítima patrilinial¹²⁶.

A ello hay que unir las fuentes internacionales, como las Declaraciones islámicas, que sólo reconocen la familia matrimonial¹²⁷ bajo la afirmación de que “el matrimonio es el medio legítimo establecido por la Ley islámica para fundar una familia, tener descendencia y permanecer personalmente casto”¹²⁸. La equiparación entre hijos legítimos y naturales se propuso en el proyecto de la Declaración del Cairo sobre los Derechos del Hombre en el Islam de la Organización de la Conferencia Islámica, aunque no llegó a incluirse en el texto definitivo¹²⁹. De ahí que se pueda afirmar que la ley musulmana no valora la salvaguarda del interés del hijo cuando éste ha sido concebido fuera del

¹²⁶ La filiación patrilinial nace de la organización social fundada por la ascendencia paterna y que se opone a la materna. También se llaman agnados o agnaticios a los miembros del patrilinaje. De esta forma, sólo entre varones se transmiten los derechos y obligaciones. *Vid.* K. Mosleh, *La procreation naturelle...*, *op. cit.*, p. 80.

¹²⁷ En el art. 5 de la Declaración del Cairo de los Derechos del hombre en el Islam de la Organización de la Conferencia Islámica se afirma que el matrimonio es el fundamento sobre el que se constituye la familia. Ésta fue adoptada por la XIX Conferencia islámica de los ministros de asuntos exteriores y celebrada en el Cairo del 31 de julio al 4 de agosto de 1990 y que se puede consultar en <http://www.umn.edu/humanrts/instree/cairodeclaration.html>. La Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos expone en el art. 18 que “la familia es el elemento natural y la base de la sociedad”. Llama la atención como en la Declaración Universal Islámica de Derechos Humanos dedica un apartado específico que sólo reconoce los derechos de la mujer casada. *Vid.* J. M. Zumaquero y J. L. Bazán, *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, vol. II, 1978-1998, Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 1890-1962; Z. Combalía, “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas...”, *loc. cit.*, pp. 498-502; K. Kreuzer, “International Instruments on Human Rights And Shariah Law...”, *loc. cit. op. cit.*, pp. 346 y 347.

¹²⁸ Art. 19 de la Declaración Islámica Universal de los Derechos del Hombre realizada en el Consejo Islámico de Europa en Londres, presentada ante la UNESCO en París, el 19 de septiembre de 1981. *Vid.* Z. Combalía, “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas...”, *loc. cit.*, p. 498. En general, sobre los derechos fundamentales en el mundo árabe véase J. Maila, “¿Son los derechos humanos impensables en el mundo árabe...?”, *loc. cit., op. cit.*, pp. 145-148; G. Martín Muñoz, “La igualdad entre los sexos y la cuestión de los derechos humanos y del ciudadano en el mundo árabe”, *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 1995, pp. 3-18, en espec. pp. 13-17; K. Kreuzer, “International Instruments On Human Rights...”, *loc. cit. op. cit.*, pp. 345 y 346.

¹²⁹ Art. 10 del proyecto de la Declaración que establecía que todos los niños: legítimos e ilegítimos tienen derecho a los mismos servicios sociales. *Vid.* Z. Combalía, “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas...”, *loc. cit.*, p. 498.

matrimonio o de relación conyugal lícita¹³⁰. Igual ocurre con los niños nacidos de la unión de una mujer musulmana y un hombre no musulmán, ya que el Derecho islámico no reconoce validez a estos matrimonios¹³¹. Lo cierto es que la filiación extramatrimonial representa un estigma para el hijo, la madre y su familia, de forma que el honor de toda de esta última exige, bien la expulsión de la progenitora del clan familiar, bien el abandono del recién nacido, con el fin de conservar la pureza de la familia, institución de origen divino y célula de la comunidad¹³². Cualquier modo de acceso a la legitimidad de la filiación está ligado a la fisonomía de la sociedad tradicional musulmana, notablemente opaca y que envuelve al estado civil de las personas, a la estructura del *fiqh* (la jurisprudencia clásica), así como al sistema judicial. Actualmente, en materia de estatuto personal, cabe hablar de una cierta transparencia que ha ido desplazando la impermeabilidad cultural. Además, el *fiqh* se ha ido codificando, y en los algunos países musulmanes han adoptado sistemas judiciales más cercanos a los europeos¹³³. No obstante, el Derecho interno marroquí sigue perpetuando las diferencias entre hijos legítimos e ilegítimos.

La influencia de la religión en el Derecho islámico se advierte claramente en lo que concierne al estatuto jurídico del menor, aunque se pueden apreciar importantes singularidades entre los distintos ordenamientos jurídicos de base musulmana. Para el Derecho marroquí la concepción del interés del menor depende de la religión del padre¹³⁴, pues ante un ordenamiento de base jurídica

¹³⁰ Vid. H. Ayoubi Idrissi, *La protections des droits de l'enfant au Maroc: constances et défis*, Tesis doctoral de Derecho público, Universidad de Greboble, 1998, pp. 27-28.

¹³¹ El art. 39.5 CFM regula el impedimento matrimonial de carácter religioso. Así, se prohíbe el matrimonio entre mujer musulmana y hombre no musulmán, y viceversa, salvo que la esposa pertenezca a una religión del Libro.

¹³² Vid. A. Rodríguez Benot, “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *kafala*)”, *RGD*, 2000, núm. 667, pp. 4419-4448, en espec. p. 4423.

¹³³ Sobre el Derecho de familia en los países musulmanes *vid.* S. Aldeeb Abu-Sahlieh, “Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe”, *Rev. int. dr. comp.*, 1997-4, pp. 813-834; M. Charfi, “L'influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans”, *Recueil des Cours*, 1987-III, t. 203, pp. 321-454, en espec. pp. 382-383.

¹³⁴ Aunque la mayoría de los Estados del mundo musulmán se han adherido a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, no han accedido hasta el momento a adecuar su sistema de estatuto personal a los principios enunciados en esta

personal, la familia se regula en función de la religión del individuo¹³⁵. De esta manera, si el padre es musulmán, hay que interpretar el interés del hijo conforme el CFM. Si es judío, será preciso acudir a la normas sobre el estatuto personal hebraico marroquí. Finalmente, si se trata de un ciudadano marroquí no musulmán ni israelita será necesario atender a la normativa específica para regular el Derecho de familia¹³⁶.

En el CFM actual, tal y como se desprende de su art. 152, la legitimidad de los hijos que nacen dentro de un orden legal (matrimonio y relaciones sexuales lícitas) se erige en condición primordial para el establecimiento de la filiación. Es cierto que la determinación de la filiación y sus efectos se han visto modificados en el CFM sobre la base del interés del menor¹³⁷. Sin embargo, hay que señalar que esta reforma se ha limitado a la protección de los derechos del niño en los casos de hijos concebidos en las relaciones de noviazgo formal¹³⁸ y

Declaración. *Vid.* S. Jahel, “La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l’espace juridique français”, *Rev. int. dr. comp.*, 1994-1, vol. 46, pp. 31-58, en espec. p. 43.

¹³⁵ *Vid.* art. 2 CFM que regula el ámbito de aplicación personal en función de la religión del nacional marroquí. El Derecho de familia resulta fuertemente influenciado por las concepciones religiosas. *Vid.* J. Déprez, “Droit international privé et conflit de civilisations...”, *loc. cit.*, pp. 11-372. Sobre los conflictos interpersonales, *id.*, “Maroc. Pluralisme des statuts personnels. Conflit interpersonnels”, *Juris-Classeur*, vol. 2, Dalloz, Paris, 2002, pp. 1-20, en espec. p. 9.

¹³⁶ A estos sujetos se les aplica el CFM. El derogado art. 3 del Código de la nacionalidad marroquí, en *Dahir* núm. 1-58-250 de 21 de *safar* de 1378 (6 de septiembre de 1958, B.O. núm. 2394 de 12 de septiembre de 58) contenía las disposiciones del CFM que no van a ser de aplicación a los marroquíes no musulmanes, como son: la poligamia, el repudio, el impedimento de lactancia para el matrimonio. *Vid.* J. Déprez, “Maroc. Pluralisme des statuts personnels...”, *Juris-Classeur*, 2002, *loc. cit.*, pp. 5-8. En la actualidad, no queda claro si se siguen manteniendo estos límites para los nacionales marroquíes cristianos, pues el nuevo art. 3 del Código de nacionalidad marroquí, modificado por Ley núm. 62-06 (B.O. núm. 5514, de 5 de abril de 2007) se dedica a remitir al ámbito de aplicación contenido en el art. 2 del CFM. Sobre el tema véase en este capítulo el epígrafe dedicado a la normativa conflictual marroquí: influencia del *ius religiones*.

¹³⁷ *Vid.* H. Zekri, “El nuevo Código de Familia Marroquí a la luz de las relaciones bilaterales...”, *loc. cit.*, p. 311; A. Skkali, “Novedades en el ámbito de los derechos del niño en el Código de Familia...”, *loc. cit.*, pp. 45-50. En general, sobre los derechos de los niños reconocidos en el CFM *vid.* A. Lemrini, *Les droits de l’enfant à travers la réforme du code de la famille*, Unicef, 2005, http://www.unicef.org/morocco/french/Code_de_la_famille2005.pdf.

¹³⁸ *Vid.* M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, pp. 82-83.

en matrimonios que no pudieron formalizarse en un acto por razones de fuerza mayor¹³⁹, donde los mayores beneficiarios de esta nueva normativa son los hijos de los marroquíes que celebraron su matrimonio fuera de su país y no pudieron reconocer el acta extranjera conforme al Derecho nacional¹⁴⁰.

El derecho del hijo a la determinación de una filiación, formulado de forma abstracta en el art. 54.3 CFM, junto con el interés del menor presente en el vigente Código, no llega a ejercer toda su fuerza en el campo del establecimiento de la paternidad natural¹⁴¹. De este modo, la protección jurídica del hijo en Marruecos dependerá de si la naturaleza de la familia es legítima o ilegítima¹⁴², ya que la regulación de la filiación de este ordenamiento coránico se inspira en el *favor legitimatis*, lo que hace que se salvaguarde sólo a la filiación legítima (*vid.* arts 143, 148 y 150 CFM)¹⁴³, a diferencia de lo que sucede en

¹³⁹ Art. 16 y 156 CFM. Sin ánimo de juzgar al legislador marroquí hay que destacar el gran avance que se ha experimentado en el sector del Derecho de familia, teniendo en cuenta el encorsetamiento que sufre esta normativa en el mundo árabe que se vincula al *ius religionis*. En concreto, existe la posibilidad de establecer jurídicamente de la paternidad cuando hayan existido relaciones legítimas entre los progenitores aunque el enlace matrimonial no se pueda demostrar por defecto de forma en el acta o por causa de fuerza mayor.

¹⁴⁰ Aunque entre las novedades que introduce la regulación del CFM, cabe destacar la inclusión de varios artículos dirigidos a facilitar la celebración de matrimonios de marroquíes residentes en el extranjero, en particular los art. 14 y 15 del texto legal mencionado. También se incorpora una novedosa norma de DIPr. marroquí, en concreto, el art. 128 CFM relativo al reconocimiento de sentencias y otras resoluciones relativas a la disolución de la unión conyugal emitidas por Tribunales extranjeros, como podrían ser los españoles. La antigua *Mudawana* no recogía previsiones al respecto, sino que existía un *Dahir* de 4 de marzo de 1960 aplicable a los matrimonios mixtos (*Dahir* n° 1020-60 de 4 de marzo de 1960). Para más información *vid.* M.^a P. Diago Diago, “Repercusiones de la nueva *Mudawana* en la inmigración marroquí”, *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, 2004, pp. 141-167 y en <http://www.webislam.com>; *id.* “La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho Internacional privado”, *REDI*, 2004-2, vol. LVI, pp. 1078-108; H. Zekri, “El nuevo Código de Familia Marroquí...”, *loc. cit.*, pp. 301-313; M. C. Feria García, “Algunas reflexiones en torno a las reformas del Derecho de Familia en Marruecos”, *Hespería*, 2005, núm. 2, pp. 21-35.

¹⁴¹ *Vid.* M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, p. 77.

¹⁴² *Vid.* M. Chafi, “L’enfant né hors mariage au Maroc”, *RMDED*, 1989, núm. 19, pp. 133-151; H. Ayoubi Idrissi, *La protection de droits de l’enfant au Maroc...*, *op. cit.*, pp. 116-122; H. Ouazzani Chahidi, “Les sources constitutionnelles des droits de l’enfant en tant que principes generaux du droit”, *RMDED*, 1980, núm. 4, pp. 174-188.

¹⁴³ En esta interpretación de los principios inspiradores en materia de filiación en el sistema jurídico marroquí, hay que tener en cuenta la coyuntura jurídico-regligiosa de los jueces marroquíes. Para una mejor comprensión *vid.* H. Zekri, “Perspectiva jurídico-religioso de la jurisprudencia marroquí”, *RFD Univ. Gr.*, 2008, núm. 11, pp. 339-348.

Derecho español, donde el interés del hijo se basa en la no distinción entre filiaciones.

Llegado a este punto, es oportuno hacer referencia al conocido principio de interés superior del niño, consagrado con alcance universal en el art. 3 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que plantea la adecuación o no al mismo de los ordenamientos contrastados. Sin olvidar que, el interés superior del menor puede adquirir connotaciones distintas según los contextos culturales¹⁴⁴. La posibilidad de pluralismo cultural y jurídico se plasma en el art. 5 de la Convención¹⁴⁵. De esto se deriva que la universalidad que caracteriza a este Instrumento no equivale en ningún caso uniformidad en la aplicación del mismo. Ciertamente, en este Convenio existe un núcleo duro en defensa de los derechos del niño¹⁴⁶, pero la legislación de cada país debe concretar qué ha de entenderse por tal.

A la vista de lo expuesto, cabe afirmar que la precisión tanto del concepto de interés del hijo en las relaciones hispano-marroquíes resulta compleja, siendo, sin duda, más fácil la constatación de la vulneración de otros principios fundamentales, como puede ser el de igualdad. Si en aplicación de las normas españolas de DIPr., las autoridades deben dar efecto al Derecho marroquí, y este sistema jurídico califica al hijo de ilegítimo, negándole protección por excluirle de la determinación de la paternidad, existen varias soluciones. La opción más clara consiste en aplicar el Derecho español cuando ataca al orden público internacional, pues la ley marroquí quebranta no sólo el interés de aquél, sino que además lo discrimina.

Las dificultades de precisar el *favor filii* en la determinación de la filiación para situaciones privadas internacionales conducen a la necesidad de plasmar este principio en la normativa conflictual de filiación como cláusula de cierre, de forma tal que permita la búsqueda de la aplicación de un mejor derecho, como se hará patente a lo largo de esta investigación.

¹⁴⁴ *Vid.* C. Neirinck, *Le droit de l'enfance après la Convention...*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁴⁵ Art. 5 Convención: “los Estados parte respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres, o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad según establezca la costumbre local...”. Por otra parte, F. Rivero Hernández expone que: “la concepción de la protección del menor debe entenderse según los individuos y grupos sociales, cuyo ambiente personal y a cuyas personas concretas deba aplicarse el principio de amparo” (*El interés del menor...*, *op. cit.*, p. 97).

¹⁴⁶ *Vid.* A. Durán Ayago, “El interés del menor en el conflicto...”, *loc. cit.*, pp. 305-306.

4. Filiación biológica *versus* filiación formal

A) La verdad biológica frente al mantenimiento de la paz familiar

Los ordenamientos jurídicos modernos tienden, en lo que concierne a la filiación, a hacer coincidir la realidad jurídica con la biológica. Sin embargo, este fenómeno se manifiesta de distinta manera en las diferentes regulaciones nacionales.

La relevancia de la determinación del vínculo de filiación es capital en ambas reglamentaciones de referencia (española y marroquí). Y es que del establecimiento de la relación jurídica de la filiación se derivan un conjunto de derechos, tales como la atribución de la nacionalidad, de los apellidos, de los alimentos, la patria potestad y derechos sucesorios¹⁴⁷.

Los diferentes sistemas jurídicos acogen distintas nociones de la relación existente entre el elemento biológico y los restantes componentes, como la estabilidad familiar o la seguridad jurídica que integran la filiación¹⁴⁸. En términos generales, es posible hablar de dos grandes concepciones. Por un lado, la realista, presidida por el principio de veracidad asociado a la verdad biológica. En el lado opuesto se encuentra la concepción formalista de la filiación que, despreocupada de la realidad biológica, valora otros elementos como la paz familiar y la seguridad jurídica¹⁴⁹.

En la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos aparecen combinadas las dos ideas en diferentes proporciones, ya que ambas,

¹⁴⁷ Hay una estrecha vinculación entre el principio de la investigación de la paternidad y las consecuencias económicas de la filiación. En este punto, se afirma que el ordenamiento español se inscribe en la tendencia marcada por la desjuridificación del Derecho de familia de las sociedades industriales, en lo que se refiere a los aspectos personales de este derecho, de modo que el ordenamiento interno de la familia va quedando sujeto a las costumbre. El Estado debe limitarse a regular las consecuencias económicas de las situaciones familiares. En este sentido *vid.* J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Derecho de familia, vol. I, edic. Bosch, Barcelona, 1990, p. 12.

¹⁴⁸ *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil. Derecho de familia*, t. IV, 2ª edic., Madrid, Dykinson, 2005, pp. 307-365, en espec. p. 307.

¹⁴⁹ *Vid.* F. Rivero Hernández, “La filiación en el umbral del siglo XXI”, *RFD Univ. Gr.*, 2001, núm. 4, pp. 99-141, en espec. p. 106.

aisladamente consideradas, resultan injustas y parciales, al menos en su versión más rígida. En concreto, el sistema español se acerca al realismo y a la veracidad, si bien mantiene ciertas influencias de la concepción formalista¹⁵⁰. Así, en la STS de 15 de marzo de 1989¹⁵¹ se declara que “la admisión en el ordenamiento jurídico español del principio de investigación de la paternidad (art. 39 C.E. y art. 127 C.c.) ha supuesto un giro importante al destacar como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica”¹⁵². En la investigación positiva o negativa de la paternidad, las pruebas biológicas han resultado un éxito en el ámbito judicial, con una gran eficacia y un alto grado de fiabilidad en la afirmación o exclusión de la filiación. Y ello ha provocado un vuelco al estado de la cuestión en materia probatoria, y desplazado a los viejos y falibles medios de pruebas en los procesos filiatorios.

En cambio, en el ordenamiento marroquí rige la concepción formal estricta de la filiación, que no favorece la coincidencia entre la biológica y la jurídica. Varios son los obstáculos que en este Derecho impiden que la relación

¹⁵⁰ El Derecho ha dado respuesta a los problemas específicos que planteaban las nuevas formas de concepción y la adopción respecto del establecimiento jurídico de la filiación y que abrió todo un debate sobre tales métodos nuevos y su incompatibilidad con la verdad biológica. Se diseñan unas filiaciones puramente civiles en las que, aún contrapuestas a las biológicas o por naturaleza, sus protagonistas desempeñan el rol de padre o madre e hijo y atienden a los intereses protegidos por la Ley. *Vid.* esta cuestión en F. Rivero Hernández, “Filiación en general”, *Elementos de Derecho civil...*, 1997, *loc. cit., op. cit.*, p. 420; Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 126-128. En la actualidad, se abre este mismo debate a raíz del modelo instaurado en España sobre matrimonio de homosexuales, que pone en jaque el principio de la verdad biológica en sede de determinación de la filiación desde la entrada en vigor de la Ley 13/2005, de 1 de julio, modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio (*BOE* núm.157, de 2 de julio de 2005). De hecho, se plantea la duda sobre la posibilidad de que en un matrimonio de dos mujeres, donde una de ellas concibe a un hijo mediante técnicas de reproducción artificial o con una pareja heterosexual, sin que conste la paternidad legal de éste, pueda determinarse jurídicamente la comaternidad como hijo (no adoptado) del cónyuge del mismo sexo. Quizás el legislador español haya abierto paso al concepto de “pluriparentalidad”. Para un análisis del concepto *vid.* el epígrafe del presente el epígrafe sobre el reconocimiento voluntario de la filiación en los dos ordenamientos comparados.

¹⁵¹ (RJ 1989/2054). En este mismo sentido la STS de 8 de mayo de 1989 (RJ 1989/3672), <http://westlaw.es>.

¹⁵² *Vid.* E. Veiga Nicole, “La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro Derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad”, *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación. Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 13-44, en espec. pp. 29-31.

paterno-filial se establezca sobre la base de la realidad biológica¹⁵³. El mayor de ellos lo constituye la prohibición a la investigación de la paternidad fuera de los supuestos legales del CFM contemplada en el art. 159 CFM, lo que induce a mantener la filiación jurídica constituida en detrimento de la biológica, incluso aportando prueba de ADN que niega la paternidad establecida¹⁵⁴. Y es que el principio rector del Derecho marroquí del mantenimiento de la paz familiar, extraído de los arts. 144 y 157 CFM, forja la normativa para que atribución de la paternidad jurídica sea dentro de matrimonio legal, de un matrimonio viciado o de una relación sexual por error, tal y como dispone el art. 152 CFM. No obstante, ahora también es posible determinar la filiación legítima del concebido en periodo de noviazgo, según el art. 156 CFM, o del nacido de relaciones prematrimoniales aunque regularizadas *a posteriori*, en virtud del art. 16 CFM. En la presente *Mudawana*, por tanto, se puede afirmar que la paz familiar en conjunción con la restricción en la búsqueda de la verdad biológica son claves en el Derecho de filiación.

B) La búsqueda del origen biológico: ¿hacia un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español?

a) Intereses en juego

La investigación de la paternidad o maternidad biológica puede responder a un interés del Estado o a un interés general del ordenamiento jurídico por varias razones¹⁵⁵. En primer lugar, la concreción de la filiación en el tráfico jurídico es esencial para la determinación de la seguridad y estabilidad de las personas. El establecimiento de la relación paterno-filial, en segundo lugar,

¹⁵³ La organización de la filiación en el Derecho musulmán se basa en que la veracidad sólo se establece desde la paternidad, desde el cuadro de la legitimidad y por lazos de sangre. *Vid.* S. Mernissi, “La filiation de l’enfant...”, *loc. cit.*, p. 119.

¹⁵⁴ *Vid.* M. El Atouabi, “Une révolution nommée ADN”, *Marco-Hebdo*, número 642, Semaine du 4 au 10 Mars 2005. También el epígrafe infra “La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica.

¹⁵⁵ La STS de 7 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9326) se pronunció sobre la naturaleza de la filiación. Concretamente, se expuso que “la filiación fundada en el vínculo de la generación origina un estado, que es la posición que el individuo ocupa en la familia y de la cual derivan derechos y obligaciones...”. Pero sobre este extremo no hay unanimidad en la doctrina civil española. J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho...*, 2005, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 310-311.

presenta, no sólo una dimensión personal y tuitiva, sino también patrimonial (en materia sucesoria) y general (en lo que atañe a la nacionalidad o vecindad civil)¹⁵⁶.

En el conocimiento del origen biológico coexisten, además, dos intereses privados contrapuestos: a) el del hijo que se dirige a conocer su verdadera filiación y su origen genético para construir su propia identidad¹⁵⁷ y; b) el del presunto progenitor y su paz familiar¹⁵⁸. La cuestión estriba en saber si lo que tutela primordialmente la normativa española es el interés del hijo, garantizando el derecho fundamental a conocer su origen, o si también ampara el derecho fundamental al honor y a la intimidad personal del progenitor. El juego conjunto del *favor filii* y del principio de investigación de la paternidad permite afirmar que el ordenamiento jurídico español pone su acento en que el conocimiento del origen biológico se presente como un derecho que corresponda en primer término al hijo¹⁵⁹. En este sentido, jurisprudencialmente se afirma que “hay que atender al derecho natural e interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su progenitor, encuadrable en la tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgárseles por integrarse en la moral jurídica y la normativa constitucional. La ocultación de la verdad biológica resulta casi siempre perjudicial por el daño que puede ocasionar al menor al imponerle una vida de encubrimiento y mentiras que a la larga suele cobrar su tributo siempre negativo...”¹⁶⁰. Pero sigue existiendo una falta de clarificación en si tal derecho corresponde a la categoría de fundamental. A continuación, se expone la evolución normativa y jurisprudencial que ha soportado el derecho de la persona a conocer el origen biológico y si es posible, por ser convergente y complementario, conectarlo con alguno de los derechos fundamentales recogidos en la C.E.

¹⁵⁶ Vid. M. Guzmán Zapater, *El derecho a la investigación de la paternidad (en el proceso con elemento extranjero)*, Madrid, Cuadernos cívitas, 1996, pp. 29-30.

¹⁵⁷ Vid. G. Ferrando, “Il contributo della Corte europea dei diritti dell’uomo all’evoluzione del Diritto di famiglia, *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 135-171, en espec. pp. 152-155.

¹⁵⁸ Vid. el fundamento primero de la STS núm. 451/1997, de 28 de mayo (RJ 1997/4326), <http://westlaw.es>. También M. Guzmán Zapater, *El derecho a la investigación de la paternidad...*, *op. cit.*, p. 31.

¹⁵⁹ Vid. M. Guzmán Zapater, *El derecho a la investigación de la paternidad...*, *op. cit.*, pp. 35-36. En este mismo sentido *vid.* Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho...*, 2005, *op. cit.*, p. 344.

b) Plasmación internacional del derecho a conocer el origen biológico

Los cambios sociales y el desarrollo biotecnológico han determinado el desplazamiento de los clásicos derechos de la persona, así como la aparición de otros nuevos. Gracias a la ciencia y a la investigación, la vida humana experimenta cada vez mayores cambios y el Derecho debe ofrecer la respuesta más adecuada a la evolución de las instituciones. Los problemas éticos, suscitados por los rápidos adelantos de la ciencia y las aplicaciones tecnológicas, deben examinarse teniendo en cuenta el respeto a la dignidad de la persona, así como a los derechos humanos y fundamentales. En este sentido, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano para las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio relativo a los Derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997¹⁶¹, dispone en su art. 10.2 que “la persona tendrá derecho a conocer toda información obtenida respecto a su salud¹⁶². No obstante, deberá respetarse la voluntad de no ser informada”. Del precepto se extrae el derecho de la persona a la identidad genética. Y, como consecuencia de la integración del Convenio internacional en el ordenamiento patrio, y en virtud de la interpretación que se ofrece del art. 10.2 C.E., que se proyecta a todos los derechos fundamentales¹⁶³, lo que consagraría

¹⁶⁰ Vid. los FJ 1 STS núm. 604/2000, de 20 de junio (RJ 2000/4427); FJ 4 de la SAP de Córdoba núm. 288/2001, de 30 de noviembre (JUR 2002/23233), en <http://westlaw.es/>.

¹⁶¹ Ratificado por España en el Instrumento de ratificación el 23 de julio de 1999 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999, correc. erro. BOE nú. 270, de 11 de noviembre de 1999). Vid. P. Fraisse, “La protection de la dignité de la personne en biomédecine: Convention d’Oviedo”, *Rev. int. dr. comp.*, 2000-2, pp. 371-416; C. M. Romeo Casabona, *El convenio de derechos humanos y biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Bilbao, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, 2002.

¹⁶² La Comunidad Internacional ha establecido unos principios universales que sirven de fundamento para una respuesta de la humanidad a los dilemas y controversias cada vez más numerosas que la ciencia y la tecnología plantean a la especie humana. En este contexto, se proclama la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, de 19 de octubre de 2005, aprobada por unanimidad en la 33ª Conferencia General de la UNESCO, celebrada en París del 2 a 21 de octubre de 2005. En el art. 6 de la Declaración se expone que el consentimiento es necesario para toda intervención médica preventiva, diagnóstica y terapéutica, así como para la investigación científica. Y ello porque los intereses y el bienestar de la persona deben tener prioridad con respecto al interés exclusivo de la ciencia o la sociedad (art. 3.2 de la Declaración).

¹⁶³ Vid. G. Peces-Barba Martínez, *Lecciones de Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 312.

al derecho a la información genética como derecho fundamental constitucional, aunque no se encuentre expresamente citado en la C.E.¹⁶⁴.

Existe hoy, además, un cuadro de derechos y libertades que nacen de las reivindicaciones populares y de grupos de élite, que la doctrina ha dividido y clasificado en varias generaciones. Éstas se corresponden con los modelos de Estado de Derecho en cada momento¹⁶⁵. En cuanto al contenido de la cuarta generación¹⁶⁶, las opiniones son divergentes. La integran al menos tres grandes

¹⁶⁴ Este argumento es defendido por Y. Gómez Sánchez, *El Derecho a la reproducción...*, *op. cit.*, pp. 39-51. En esta obra se estudia la constitucionalidad del secreto en la donación de gametos que impide al hijo nacido conocer su origen genético. El límite al derecho a la investigación de la paternidad o maternidad se ha previsto en la Ley 35/1988, de reproducción asistida, ya que se protege el anonimato del donante. La autora argumenta que el derecho a conocer el origen biológico se vincula al derecho a la identidad genética. Este derecho está integrado en el ordenamiento jurídico español derivado del Convenio de Biomedicina y Derechos humanos. Además, se propone que el derecho a la identidad genética es derecho constitucional, aunque no se encuentre expresamente citado en la C.E. En este sentido *vid.* L. A. Matozzo de Romualdi, “La biotecnología y el derecho a la identidad”, *Cuadernos de Bioética del Grupo de investigación en Bioética de Galicia*, vol. VII, núm. 25, 1996, en <http://www.infovida.org.ar/temas/fertilización/biotecnologia-identidad.htm>.

¹⁶⁵ Una primera clasificación distinguió tres generaciones de derechos. La primera generación se correspondería con el liberalismo y comprendería los derechos individuales clásicos, civiles y sociales. La segunda abarcaría a los derechos económicos, sociales y culturales; y la tercera estaría integrada por las generaciones de derechos de solidaridad. Un sector de la doctrina matizó esta clasificación y se entendió que el Estado liberal cobijó a las dos primeras generaciones ya que los derechos habían sido reconocidos antes de los primeros brotes del Estado social, por lo que no podían ser incluidos en una única y primera generación de derechos. Conforme a esta tesis, las dos primeras generaciones coinciden, mientras que la tercera comprendería los derechos económicos y sociales propios del Estado social. En un momento posterior, apareció una cuarta, que a pesar de que la doctrina no ha profundizado en ella, ya está instaurada en buen número de países. Si las tres primeras generaciones provienen de la evolución política, la cuarta emerge de la evolución social, científica y técnica y perpetúa los mismos valores, principios y parámetros políticos en la organización del Estado. *Vid.* R. Sánchez Ferríz, *Estudio sobre las libertades*, 2ª edic., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995; *id.* “Origen y evolución de los Derechos. Generaciones de derechos”, en Y. Gómez Sánchez (coord.), *Los Derechos en Europa*, Madrid, UNED, 1997, pp. 1-21, en espec. pp. 18-21; Y. Gómez Sánchez, *Derechos y libertades*, Madrid, Sanz y Torres, 2003, pp. 15-16.

¹⁶⁶ Esta última generación se ha acogido tanto en los ordenamientos internos de algunos Estados como en diversos documentos internacionales. Y ello como consecuencia, por un lado, de nuevas reivindicaciones de los ciudadanos y, por otro, de las transformaciones tecnológicas, de los nuevos conocimientos científicos y de su aplicación a los diversos campos de la vida del hombre.

bloques de derechos¹⁶⁷: unos son nuevos y otros son redefinidos sobre la vida humana. Muchos de ellos han surgido como consecuencia de las nuevas tecnologías biomédicas, como es el derecho a la identidad genética o derecho a la información genética¹⁶⁸. La evolución de este tipo de derechos constitucionales y el avance en el conocimiento genético induce a pensar que existe un nuevo derecho fundamental para la búsqueda del origen biológico. Es posible que dicha verdad genética se materialice en el establecimiento jurídico de la filiación o en la posibilidad de acceso a la información biológica sin determinar la paternidad o la maternidad (como en el caso del adoptado).

La revisión de otros convenios internacionales¹⁶⁹ lleva, igualmente, a pensar que la búsqueda de la verdad biológica es un derecho fundamental o, incluso, un derecho humano¹⁷⁰. Así, el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, proclama el derecho del niño “desde que nace, y en la medida de lo posible, a conocer a sus padres...” (art. 7.1)¹⁷¹. Los Estados firmantes, además, “se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad...” (art. 8). Este instrumento deja a discreción de los Estados el establecimiento de las medidas para garantizar dicho

¹⁶⁷ Los tres grandes bloques de derechos de cuarta generación se componen: a) los derechos relativos a la protección del ecosistema y al patrimonio de la humanidad; b) los derechos relativos a un nuevo estatuto jurídico sobre la vida humana; c) los derechos derivados de las nuevas tecnologías de la comunicación y la información. *Vid.* Y. Gómez Sánchez, *Derechos y libertades...*, *op. cit.*, pp. 19-20.

¹⁶⁸ Sobre este nuevo grupo de derechos de cuarta generación, *vid.* Y. Gómez Sánchez, *El Derecho a la reproducción humana...*, *op. cit.*, pp. 24-25; *id.*, *Derecho y Libertades...*, *op. cit.*, pp. 18-20.

¹⁶⁹ En general, sobre el reconocimiento internacional del Derecho a la identidad y su vinculación con la identidad biológica *vid.* S. Salvador Gutiérrez, “Derecho a la identidad”, *AC*, 1999, núm. 45, pp. 1469-1497, en espec. pp. 1471-1478; B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 49-64.

¹⁷⁰ *Vid.* M. Moya Escudero, “El derecho del extranjero a conocer su origen biológico”, *RFD Univ. Gr.*, núm. 4, 2001, pp. 439-453, en espec. pp. 451-452.

¹⁷¹ Sobre el Convenio *vid.* P. Rodríguez Mateos, “La protección jurídica del menor en la Convención...”, *loc. cit.*, pp. 465-498, en particular, en referencia a su valor normativo en nuestro ordenamiento, pp. 468-470. Para la interpretación del art. 7 de la Convención y el derecho a conocer sus orígenes *vid.* C. Neirinck, *Le droit de l'enfance après la Conventions...*, *op. cit.*, pp. 27-28.

derecho¹⁷². Pero lo más importante es el reconocimiento del derecho sustantivo y autónomo a la identidad del niño, su constatación como un *prius* lógico y jurídico de su personalidad, así como la *ratio legis* del Convenio: la protección y defensa de tal derecho, directamente implicado en la determinación de la filiación¹⁷³.

La Carta Europea de Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992¹⁷⁴, acoge con más transparencia la concepción biológica del derecho a la identidad, al establecer en el art. 8. 10 que “todo niño tiene derecho la protección de su identidad y, en su caso, podrá conocer ciertas circunstancias relativas a sus orígenes biológicos, con las limitaciones que impongan las legislaciones nacionales para la protección de los derechos de terceras personas”¹⁷⁵.

En el contexto europeo, hay que tener presente la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea¹⁷⁶ (en adelante CDFUE). A raíz del Tratado

¹⁷² En cualquier caso, este instrumento internacional tiene valor hermenéutico y, al ser “orientativo, sin eficacia vinculante, pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios”. *Vid.* Sents. núm. 8/1989 (RTC 1989/84); núm. 254/1993, de 20 de julio (RTC 1993/254). El problema planteado es mucho más complejo y excede de los objetivos de esta investigación. Para este tema *vid.* E. Pérez Vera, “El Convenio de los Derechos del Niño en el marco de la protección internacional de los Derechos humanos”, *Garantía internacional de los Derechos sociales*, edic. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 169-185, en espec. pp. 171-172.

¹⁷³ *Vid.* F. Rivero Hernández, “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (STEDH de 13 de febrero de 2003), *AC*, 2003, núm. 24, junio, pp. 593-632, en espec. p. 609; A. M.^a Romero Coloma, “Derecho a la intimidad e identidad genética”, *RDF*, 2005, núm. 270, pp. 63-70, en espec. pp. 67-69.

¹⁷⁴ Resolución (A 3-0172/92). Contiene características muy similares al texto de la Organización de Naciones Unidas de 1999. En este sentido, también se puede citar la Declaración de los derechos del niño aprobada por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 (Resolución 1386/XIV) y la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

¹⁷⁵ En la misma línea, la Resolución sobre el respeto de los Derechos Humanos en la Unión Europea (Parlamento Europeo, 17 de septiembre de 1996) destaca que uno de los principios y fines principales de la Unión es la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, que debe ser garantizada por su Tribunal de Justicia.

¹⁷⁶ (DOCE C364, de 18 de diciembre de 2000). *Vid.* A. Rodríguez Bereijo, “Carta de los Derechos fundamentales de la UE”, *Noticias UE*, 2001, núm. 192, pp. 9-19; J. A. Carrillo

de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado el 13 de diciembre de 2007¹⁷⁷, se reforman los arts. 6 y 7 del TUE para atribuir valor jurídico y vinculante a la CDFUE¹⁷⁸. Deja, por tanto, de ser una declaración de buenas intenciones para convertirse en un instrumento de obediencia jurídica aplicable en todos los Estados miembros¹⁷⁹.

Salcedo, “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *RDCE*, 2001, núm. 9, enero/junio, pp. 7-26; A. Fernández Tomás, “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Gaceta Jurídica de la Unión y de la Competencia*, 2001, núm. 214, pp. 15-30; A. López Castillo, “Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, 2001, núm. 113, julio/septiembre, pp. 43-73; F. Rubio Llorente, “Una Carta de dudosa utilidad”, en Matia Portilla, F. J. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Cívitas, 2002, pp. 169-201; E. Pérez Vera, “A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *AD. Univ. de La Laguna*, 2001, núm. 18, pp. 291-307; S. Sanz Caballero, “La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la Convención sobre el Futuro de la UE: un encaje de filigrana”, *Noticias de la Unión Europea*, 2003, núm. 221, pp. 47-58; A. A. Herrero de la Fuente, *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza, 2003.

¹⁷⁷ (DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007).

¹⁷⁸ El Tratado de Lisboa opta por incluir en el TUE una disposición que regula todo lo relativo a los derechos fundamentales. De esta manera, la CDFUE no forma parte del Tratado, si bien queda preservado su carácter jurídicamente vinculante. En este sentido, el art. 6 TUE proclama que “la Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal y como fue adoptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados”. Sobre el tema *vid.* J. Martín y Pérez de Nanclares, “Estudio Preliminar”, pp 1-34, en espec. pp. 20 y 21, <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/FuturoEuropa/TratadodeLisboa2007>.

¹⁷⁹ Sobre el debate del carácter vinculante anterior al Tratado de Lisboa *vid.* la comunicación de la Comisión, Doc. COM (2000) 599, de 13 de septiembre de 2000. Llama la atención que antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la CDFUE se haya plamado en el considerando 33 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 (DOCE núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003) el reconocimiento de los derechos fundamentales y la observación de los principios consagrados en la CDFUE. Concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el art. 24 de dicha Carta. En este mismo sentido, el Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DOCE núm. L 143 de 30 de abril de 2004), el considerando 11 trata de promover los derechos fundamentales y tiene en cuenta los principios reconocidos por la CDFUE. En especial, busca garantizar el

La CDFUE constituye un documento en el que se recogen de forma expresa los derechos que se consideran más relevantes¹⁸⁰, como el interés del menor consagrado en el art. 24 de la CDFUE. No obstante, resulta difícil precisar si dentro del ámbito de aplicación de algunos de estos derechos queda o no incluido el conocer la verdad biológica. El art. 3 CDFUE proclama el derecho a la integridad de la persona, tanto física como psíquica. Esta última, podría verse afectada cuando se impide el acceso al conocimiento del origen biológico, coartando la posibilidad de contruir su propia genialogía, con posible repercusión en la aparición de ciertas enfermedades congénitas, lo que atentan a la integridad física.

Por otra parte, en el examen sobre los derechos protegidos por el CEDH, se advierte que no existe una declaración expresa y nítida del Derecho a la identidad del individuo. Sin embargo, el TEDH ha considerado que la búsqueda de la indentidad biológica en la determinación de la filiación tiene acogida en el art. 8 de la Convención, tal y como se extrae de la sentencia TEDH, de 13 de febrero de 2003¹⁸¹. La demandante deseaba acceder a sus orígenes, conocer su

pleno respeto del derecho a un juicio justo reconocido en el art. 47 de la Carta. También la Directiva 2002/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (*DOCE* núm. L 026 de 31 de enero de 2003), expone el derecho a justicia gratuita en el considerando 5, reconocido en el art. 47 de CDFUE.

¹⁸⁰ Se ha inspirado en un sustrato común de valores, un conjunto de elementos constitucionales comunes contenidos en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros y en la jurisprudencia del TJCE, así como en un conjunto heterogéneo de textos jurídicos de carácter internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la Carta Social Europea y algunos preceptos del TUE (principios estructurales del art. 6). La CEDF está compuesta de 54 artículos contenidos en el art. 7 capítulos.

¹⁸¹ STEDH, de 13 de febrero de 2003 (TEDH 2003/8), asunto *Odièvre c/ Francia*, en <http://westlaw.es>. *Vid.* A. Kemelmajer De Carlucci, “El Derecho humano a conocer el origen biológico y el Derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos humanos del 13/2/2003, en el caso “*Odièvre c/France*”, en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), en A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004; F. Rivero Hernández, “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen...”, *loc. cit.*, pp. 593-632; L. Rodríguez Vega, “Los límites del derecho a conocer la propia identidad (Comentario a la STEDH de 13/2/2003, caso *Odièvre* contra Francia”, *Repertorio Aranzadi del TC*, núm. 4/2003 (BIB 2003/509), en <http://westlaw.es>. Sobre la repercusión de esta STEDH en Italia véase L. Aguilar Ruiz, “El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia”, *AC*, 2006, núm. 6, pp. 645-673.

historia personal en nombre de la verdad biológica¹⁸². Y, según el TDEH, el derecho a la vida íntima proclamado en el art. 8 de la CEDH¹⁸³ comprende el establecimiento de los detalles de la identidad como ser humano, así como el interés vital de obtener informaciones necesarias en la búsqueda de su identidad personal, como la identificación del progenitor¹⁸⁴. No obstante, el tribunal asiente que este derecho presenta un carácter complejo y delicado, debido a que enfrenta intereses irreconciliables. Precisamente, en aplicación del principio de proporcionalidad y con la excusa de compatibilizar todos los intereses en juego, la Corte Europea optó por negar como derecho fundamental el recibir las indicaciones oportunas que orienten a revelar la identidad, aunque se traten únicamente de datos biológicos. De ahí que se sostenga que, después del caso *Odièvre*, sólo entre comillas puede calificarse de “derecho fundamental” el de conocer origen biológico. Al no existir una línea jurisprudencial clara del TEDH sobre el tema, no se puede afirmar en el marco de la UE la existencia de este derecho como fundamental. En el futuro, cuando se desarrolle una

¹⁸² Con anterioridad, ya se había afirmado el derecho del hijo a ser reconocido por los padres por aplicación de los arts. 8 y 14 del Convenio, en la que se afirma también la naturaleza de derecho fundamental del principio *mater semper certa* es, en asunto *Marckx*, STEDH de 13 de junio de 1979 (TEDH 1979/2), <http://westlaw.es>. En el caso *Kroon*, STEDH de 27 de octubre de 1994 (TEDH 1994/37), <http://westlaw.es>, los tribunales holandeses denegaron a la demandante la posibilidad de que su hijo viera establecida su verdadera filiación por regir la presunción legal. El TEDH afirma que el respeto al derecho a la vida familiar recogido en el art. 8 exige que la realidad biológica y la social prevalezcan sobre las presunciones legales en los casos que éstas choquen con los hechos establecidos y con la voluntad de las personas implicadas. Por otra parte, en el asunto *Bensaid c/ Reino Unido*, STEDH de 6 de febrero de 2001 (TEDH 2001/82), en <http://westlaw.es>, se sostuvo que la salvaguardia de la estabilidad mental es un presupuesto ineludible para el goce efectivo del derecho al respeto de la vida privada. Posteriormente, en el asunto *Mikulic c/ Croacia*, STEDH de 7 de febrero de 2002 (JUR 2002/78019), en <http://westlaw.es>, se afirma que el art. 8, en tanto que menciona el derecho a la vida íntima, protege el derecho a la identidad y la plenitud personal, como así también un derecho a establecer vínculos y desarrollar relaciones con los semejantes y el mundo exterior.

¹⁸³ El art. 8 de la CEDH dispone que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar. 2. no puede haber ingerencia de autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, salvo que esa ingerencia esté prevista por la ley y que ella constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de infracciones penales, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y las libertades de otro”.

¹⁸⁴ El nacimiento y las circunstancias que rodean a la vida privada del niño, luego adulto, se garantiza por el art. 8 de la CEDH.

jurisprudencia en este sentido, se incorporará vía principios generales, tal y como se establece en el art. 6.3 del modificado Tratado de la Unión Europea¹⁸⁵.

Como se observa, la cuestión está lejos de ser pacífica. Ni en el ámbito internacional ni en la jurisprudencia del TEDH se esboza con claridad el derecho a conocer el origen biológico, lo que origina diversidad de posturas interpretativas en los ordenamientos internos europeos¹⁸⁶.

- c) La calificación del derecho a la búsqueda de la verdad biológica en el sistema jurídico español

La cuestión que caracteriza al sistema español es la falta de positivación como un derecho autónomo a conocer la verdad biológica¹⁸⁷. El núcleo central del debate sobre el principio de verdad biológica radica en su calificación como un derecho de configuración legal, que responde a un fin constitucional y sirva a determinados intereses sociales y de orden público, o si, en cambio, pertenece a la categoría de los derechos fundamentales¹⁸⁸. La incertidumbre surge como consecuencia de la consagración constitucional del principio en el art. 39.2 C.E. y, por tanto, fuera del catálogo de los derechos fundamentales¹⁸⁹.

¹⁸⁵ El art. 6.3 del modificado Tratado de la Unión Europea incorporado por el Tratado de Lisboa, donde se establece que “los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.

¹⁸⁶ *Vid.* “*Livre Blanc sur les principes relatifs a l’establissement et aux consequences juridiques...*”, *loc. cit.*, pp. 27-28. En concreto, se alude a esta cuestión en el principio 28 de la propuesta realizada.

¹⁸⁷ En general, sobre el tema *vid.* S. Salvador Gutiérrez, “Derecho a la identidad...”, *loc. cit.*, pp. 1479-1496; B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación...*, *op. cit.*, pp. 64-74.

¹⁸⁸ Sobre el tema *vid.* J. R. Noreña Salto, “Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales de configuración legal”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2003, núm. 18 (BIB 2003/1523), <http://westlaw.es>.

¹⁸⁹ El art. 39 C.E. se sitúa bajo el capítulo III relativo a los “Principios rectores de la política social y económica”, dato difícil comprensión a menos que se conciba a la familia como principal destinataria de las normas protectoras, de actuación socio-económica y cultural que el capítulo consagra. *Vid.* D. Espín Canovas, “Artículo 39”, en O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a las Leyes políticas*, t. IV, arts. 39-55, Madrid, Edersa, 1984, pp. 19-45. Para una parte de la doctrina, el art. 39. 2 C.E. se considera innecesario desde el momento en que su contenido está comprendido en el genérico del art. 14 y viene a ser

La ubicación del principio de la investigación de la filiación en el marco constitucional español no permite deducir su caracterización como derecho fundamental directamente invocable, al quedar fuera del capítulo II del Título I del texto constitucional. Por otra parte, el art. 39 C.E. prescribe que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad”, mandato de cierta generalidad susceptible de traducirse en múltiples soluciones legales de distinto signo¹⁹⁰. Tampoco se revela en el precepto constitucional un derecho reconocido a los ciudadanos a exigir la investigación de la paternidad. De ahí que quepa afirmar que esta norma no opera en términos absolutos, ni frente a otros principios ordenadores de la filiación, ni frente a ciertos derechos de la persona cuya paternidad o maternidad se reclama o se impugna¹⁹¹.

El valor del desarrollo de la personalidad y la dignidad del sujeto, que ha sido elevado a la categoría de derecho fundamental (art. 10.1 C.E.)¹⁹², puede ser interpretado como una cláusula de reintegración que permite adaptar la C.E. a las necesidades sociales mediante la inclusión en su articulado de los nuevos derechos que la sociedad demande. La identidad personal se ha entendido como

una explicación de uno de sus aspectos concretos. La inclusión de este precepto en el capítulo III quizás sólo puede justificarse porque se incardina en el contexto de un principio rector de la actuación estatal que se ha querido especificar en uno de sus extremos. *Cfr.* F. J. Amoros Dorta, “Comentario introductorio al capítulo III del Título I”, en O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a las Leyes políticas*, t. IV, arts. 39-55, Madrid, Edersa, 1984, pp. 3-16, en espec. p. 16.

¹⁹⁰ *Vid.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiça...*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁹¹ Una de las constataciones jurídicas que existe en el Derecho material español derivadas del principio de veracidad se manifiesta en el art. 127.1 C.c., que en la actualidad se ha derogado en la disposición derogatoria única apartado 2.1º LEC de Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 8 de enero de 2000, corr. erro., BOE núm. 90, de 14 de abril de 2000). El contenido del actual precepto se reproduce en el art. 767.2 LEC dispone que “en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”. *Vid.* Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho...*, 2005, *op. cit.*, pp. 343-344; las STC de 17 de enero 1994 (RTC 1994/7) y la STC de 31 de mayo de 1999 (RTC 1999/95).

¹⁹² La C.E. ha elevado la dignidad de la persona humana y el libre desarrollo de la personalidad a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social. La posición garantista que adopta al C.E. presupone que no se limita a reconocer formalmente el principio del libre desarrollo de la personalidad humana. La preocupación fundamental del constituyente español es arbitrar los mecanismos legales que lo hagan factible, de aquí que este principio constitucional, estrechamente relacionado con el valor de la dignidad, sea un derecho fundamental de referencia. *Vid.* M.ª A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1998, p. 76.

el derecho a ser uno mismo y a ser representado fielmente en el contexto social, sin que se produzcan alteraciones de la imagen compleja de su personalidad¹⁹³. De esta manera, el conocimiento del propio origen constituye un elemento integrante de la dignidad de la persona, imprescindible para su desarrollo vital. Dicho valor se concretaría en la identificación biológica por la que el individuo se sienta reconocido e identificado con sus auténticas raíces, pues, en caso contrario, el desarrollo de su personalidad podría dañarse psicológica y emocionalmente¹⁹⁴.

La dignidad de la persona reside en la facultad de determinar y configurar de manera responsable la propia existencia. Pero también forma parte de la autodeterminación y de la experiencia por uno mismo el conocimiento de la propia procedencia. Para el hombre, como ser humano, su propia identidad biológica resulta tan importante como la posibilidad de programar la descendencia¹⁹⁵. Por ello, el derecho al libre desarrollo y la dignidad de la personalidad influye trascendentalmente en el origen genético y en el conocimiento o las dudas sobre el mismo¹⁹⁶.

¹⁹³ Vid. M.^a A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, p. 78.

¹⁹⁴ Sobre los fundamentos psicológicos del Derecho a la identidad y la importancia de que toda persona tenga acceso a la personal y social necesaria para construir sanamente su propia identidad *vid.* B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación...*, *op. cit.*, pp. 28-49. La autora proyecta a través de sus argumentaciones que todas las personas que desconocen quién es su progenitor biológico, independientemente de si han sido adoptadas o han nacido mediante técnicas de reproducción asistida con intervención de donante, deben tener la posibilidad de establecer una conexión con el propio origen familiar, tanto genético como social. Así, se sostiene que la búsqueda del origen biológico forma parte del Derecho a la identidad del individuo. Ahora bien, recoje las diferencias existentes en la proyección del tal Derecho en los casos de filiación natural, adopción y reproducción asistida.

¹⁹⁵ Vid. E. Benda, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", *Manual de Derecho constitucional*, presentado por C. Hesse, traducción por A. López Piña, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 117-144, en espec. p. 137.

¹⁹⁶ El derecho a conocer la herencia biológica de cada uno puede ser, en algún caso, distinto de la relación jurídica de filiación y de sus consecuencias. Piénsese en la hipótesis de la inseminación artificial de la mujer casada con autorización del marido con semen de un tercero, y en la paternidad jurídica del marido de la madre. Este caso fue previsto en el art. 8 la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida (BOE núm. 282, de 24 de diciembre, corrección de errores en BOE núm. 284, de 26 de noviembre de 1988) modificada por Disposición final tercera de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, arts. afectados 20 y 24; STC 116/1999, de 17 de junio, del Pleno del Tribunal Constitucional, art. afectado 20; Ley 45/2003, de 21 de

La verdad biológica también alude a la personalidad del individuo, a cuya definición y desarrollo contribuye desde sus primeros estadios. Una persona puede individualizarse si conoce quiénes son sus progenitores, lo cual comporta una carga genética determinada. La constatación jurídica de la filiación implica la atribución de unos apellidos, que son un signo distintivo imprescindible para que la persona pueda moverse y operar en el tráfico jurídico, así como la manifestación más ostensible del derecho personalísimo a la propia identidad¹⁹⁷. Ser portador de apellidos supone la adscripción de la persona a una familia, a un concreto árbol genealógico revelador de la ascendencia¹⁹⁸. El fundamento jurídico constitucional del derecho a la identificación biológica se encontraría en el art. 10 C.E.¹⁹⁹. Pero la calificación de aquél como fundamental depende de si se acepta o se rechaza que dicho precepto sea fuente de derechos fundamentales²⁰⁰, y de si se admite o no que ciertos aspectos de la persona,

noviembre, por la que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, arts. afectados 4 y 11. Pero desde el año 2006, toda esta normativa ha sido modificada por la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006). Y, en concreto, la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida queda regulada en los arts. 7 y stes. de la nueva Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA). Sobre la reproducción asistida en general *vid.* F. Rivero Hernández, “La filiación en general”, en J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Derecho de Familia*, 4ª edic., Barcelona, edic. Bosch, 1997, pp. 419-538, en espec. pp. 439-440 y p. 527; Y. Gómez Sánchez, *El Derecho a la reproducción humana...*, *op. cit.*, pp. 126-127; M. Pérez Monge, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002.

¹⁹⁷ *Vid.* M.^a A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional...*, *op.cit.*, p.

¹⁹⁸ *Vid.* M.^a C. Quesada González, “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *ADC*, 1994, pp. 237-303, en espec. p. 254.

¹⁹⁹ En este sentido *vid.* STS de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989/2054) y 26 de enero de 1993 (RJ 1993/364). También *vid.* M. Garriga Gorina, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000, pp. 247-252, en espec. pp. 247-249. El constituyente consideró suficiente la referencia abstracta a tales valores para fundamentar en ellos la totalidad de derecho que quiere reconocer. Así, se garantizarían los atributos que componen y definen la personalidad. Ello no significa que el art. 10.1 C.E. sea una cláusula resumen de los derechos fundamentales desarrollados por el texto constitucional, de modo que no puedan concebirse en el ordenamiento jurídico español más derechos que los expresamente recogidos en la norma fundamental. También puede ser interpretada como una cláusula de reintegración que permite adaptar la C.E. a las necesidades sociales, integrando los nuevos derechos que la sociedad demande. *Vid.* M.^a A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 76-77.

²⁰⁰ Algunos autores afirman que la fundamentalidad de los derechos no descansa en su ubicación formal dentro de la Constitución, sino en su configuración como normas de potencial autodisposición por el titular del derecho y, a la vez, de existencia indisponible

reconducibles a su dignidad, merecen la misma protección constitucional que otros ya consagrados como derechos fundamentales.

En la búsqueda de la identidad biológica se produce una tensión entre los intereses en presencia: por un lado, el interés del hijo a conocer su origen biológico y, por otro, el del presunto progenitor por que se respete su intimidad. Dicha resistencia se traslada a la propia Constitución. En este texto se proclama el principio de investigación de la filiación, pero nace limitado al disponer únicamente que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad...”. Así pues, será el legislador quien regule los casos y requisitos. La ley no puede evitar o prohibir la investigación de la filiación, aunque sí delimitarla. El reflejo de este límite queda expuesto claramente en la exigencia legal de que el Juez no admitirá la demanda de filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde (art. 127.2 C.c. sustituido por el art. 767.1 LEC). No se trata de una restricción a la libre investigación de la verdadera filiación, sino que sólo pretende impedir que se presente demandas temerarias o totalmente infundadas y proteger el derecho al honor e intimidad personal y familiar, junto con la paz familiar²⁰¹.

La infracción del derecho a la investigación de la paternidad en los términos previstos por el juego conjunto de los arts. 39.2 C.E. y del art. 767 LEC sólo es indirectamente accionable en amparo. Así, cuando se impide o se admite injustificadamente la investigación de la paternidad, ello es susceptible de vulnerar el derecho a tutela judicial efectiva del hijo o de alguno de los progenitores²⁰². Por otra parte, una negación injustificada del derecho a la

por el legislador. En la C.E. no sólo se encuentran en tal situación los derechos comprendidos entre los arts. 15 a 29, sino también todos los del Título I, capítulo I y II (comprendería el art. 10. 1 C.E.). *Vid.* F. J. Bastida Freijedo, I. Villaverde Menéndez, P. Requejo Rodríguez y otros, *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004, p. 40; F. Rivero Hernández, “La filiación”, *Elementos de Derecho...*, 2005, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 310.

²⁰¹ *Vid.* M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 127 a 130”, en M. Alabaladejo y S. Díaz de Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 535-541.

²⁰² Cuestión latente que dio lugar a la STC núm. 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991/197), en <http://westlaw.es>. En concreto, en su FJ 4, el Fiscal y el TC confirman la injerencia en el derecho a la intimidad del hijo tratándose de plantear en la prensa el debate sobre la verdadera filiación de una persona.

investigación de la paternidad (por ejemplo, un comportamiento obstruccionista en la fase de prueba) cuando el interesado sea el hijo, podría incluso entrañar una vulneración del principio de igualdad de todos los hijos ante la ley (art. 39 y 14 C.E.). En realidad, estos datos ponen de relieve cómo el derecho a la investigación de la paternidad no se tutela *per se* como un derecho fundamental autónomo, pues los recursos en amparo tienen por objeto central la tutela de derechos fundamentales comprendidos en el “núcleo duro” (arts. 14 a 29 C.E.)²⁰³.

En ciertos países europeos, como es el caso de Alemania, se configura constitucionalmente el derecho a conocer la verdadera filiación como fundamental, basado en el principio general de la personalidad (art. 2. línea primera de la Constitución alemana); ratificado por sentencia del Tribunal Federal alemán de 31 de enero de 1989²⁰⁴. Suiza consagra el derecho

²⁰³ La solución de reconducir el derecho al origen biológico al ámbito del derecho al libre desarrollo de la personalidad tampoco resuelve el plano de la accionabilidad de ese derecho en el marco constitucional español (art. 10.1 C.E.), siempre que el Tribunal Constitucional ha señalado que el art. 10.1 C.E. “no puede servir de base para un pretensión autónoma de amparo por impedirlo los arts. 53.2 C.E. y 41.1 LOTC...”; insistiendo en este punto al afirmar que “...no se contiene ningún derecho concreto... (y)...está previsto tan sólo para los derechos y libertades comprendidos en la sección 1.ª, capítulo segundo del Título I...”. En este sentido, *vid.* el FJ 4 de la STC núm. 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994/57); el FJ 1 de la STC núm. 23/1993, de 21 de enero (RTC 1993/23), en <http://westlaw.es>. Asimismo, *vid.* el prólogo a la obra de F. Rubio Llorente, *Derechos fundamentales y principios fundamentales*, Madrid, edic. Ariel, 1995, p. XII y con ocasión de la STC 116/1987, donde se afirmó que: “como regla general, los valores superiores del ordenamiento y los principios constitucionales pueden bastar para promover recursos o plantear cuestiones de inconstitucionalidad”, pero ninguna decisión se ha basado en la vulneración de uno de esos valores para declarar la inconstitucionalidad de una ley, ni parece posible jamás que lo haga. El único valor que se ha utilizado para ponderar la constitucionalidad de una ley ha sido el de “la vida” derivado de un derecho fundamental, y no de uno de estos valores formales, tal y como dispone la STC núm. 53/1985 de 11 de abril (RTC 1985/53), en <http://westlaw.es>

²⁰⁴ *Vid.* la sentencia del Tribunal federal constitucional alemán de 31 de enero de 1989 (1 BvR1631/88), que se puede consultar en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rk20010703_1bvr043200.html.35k y en *FamRZ*, 1989, p. 255. Para un estudio más detallado sobre el derecho al origen biológico en Alemania y la doctrina sobre este tema *vid.* *Cfr.* R. Frank, “Le centenaire du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la Constitution et de la cohérence du système juridique”, *Rev. int. dr. comp.*, 2000-4, pp. 819-842, en espec. pp. 824-825 y 840; *id.*, “La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille”, *Rev. int. dr. comp.*, 1993-3, pp. 636-655, en espec. pp. 640-644; *id.*, “L’examen biologique sous contraire dans le cadre de l’établissement de la filiation en droit allemand”, *Rev. int. dr. comp.*, 1995-4, pp. 905-920; M.ª C. Quesada González, “El derecho ¿constitucional? a

constitucional de toda persona al acceso de datos concernientes a su ascendencia, pero se excluye del catálogo de derechos fundamentales²⁰⁵. En Italia, tal derecho no se proclama como fundamental en su Constitución²⁰⁶, aunque en su art. 30 se refiere a que “la Ley establecerá las normas y los límites para la investigación de la paternidad”. El actual sistema italiano de Derecho de filiación se basa en el principio “di responsabilità per la procreazione”, de elaboración jurisprudencial. Este principio se traduce en no impedir al nacido el acceso a la información de su verdadera filiación²⁰⁷, ya que el sistema introducido por la reforma de 1975 y su interpretación jurisprudencial ulterior considera prevalente el *favor veritatis*²⁰⁸.

La consideración del derecho de la persona a conocer su origen biológico como derecho fundamental, como se aprecia, es algo que va ganando progresivamente terreno en el Derecho comparado²⁰⁹.

conocer...”, *loc. cit.*, en espec. pp. 239, 243, 244, 246, 257 y 265-267; F. Rivero Hernández, “La filiación en general”, *Derecho de Familia...*, 1997, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 440; E. Jayme, “Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 1993-2, pp. 295-304, en espec. p. 298, nota 21. En el Derecho comparado se constata que esta cuestión ha suscitado debates y que, en algunos países, ha provocado reformas legislativas. Es cierto que en el Derecho alemán se ha reconocido incondicionalmente el derecho al conocimiento del origen. Pero en otras legislaciones europeas, en cambio, se ha condicionado el acceso a la obtención del consentimiento del progenitor o en dejar en manos del juez la decisión de permitir el acceso a la justicia. *Vid.* M. Garriga Gorina, *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen...*, *op. cit.*, p. 253.

²⁰⁵ Art. 119 de la Constitución Federal de la Confederación Suiza, de 18 de abril de 1999. *Vid.* <http://www.admin.ch/ch/f/rs/101/index.html>. Sobre el derecho a conocer los orígenes biológico en Suiza y la materialización de este derecho en las normas civiles del Código suizo *vid.* P. Meier et M. Stettler, *L'établissement de la filiation (art. 252 à 268 C.c.)*, 2 edic., Genève, edic. Universitaires Fribourg Suisse, 2002, pp. 193-195; B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación...*, *op. cit.*, pp. 220 y 221.

²⁰⁶ En el art. 2 de la Constitución italiana se garantiza los derechos inviolables del hombre como individuo para desarrollar su personalidad, pero nada se dispone sobre la posibilidad de desprender de tal precepto el derecho de toda persona a conocer su origen biológico. Para consulta esta Constitución *vid.* www.constitucion.es/otras_constituciones/europa/txt/constitucion_italia.html

²⁰⁷ Sobre el tema A. Palazzo, “Il diritto a conoscere le proprie origini”, *La filiazione*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, pp. 145-203, en espec. pp. 174 y 175.

²⁰⁸ *Vid.* P. Perlingieri, *La persona e i suoi diritti. Problema del diritto civile*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane s.p.a., 2005, pp. 177-178 y 189-190.

²⁰⁹ *Vid.* F. Rivero Hernández, “La filiación en general”, *Derecho de Familia...*, 1997, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 440, en espec. nota a pie.

En España, un sector de la doctrina civil califica que toda persona tiene un derecho superior e inalienable a conocer su propio origen²¹⁰, cuyo fundamento normativo va más allá del mero derecho constitucional a la libre investigación de la maternidad y de la paternidad del artículo 39.2 del C.E.²¹¹. Según esta posición doctrinal, el referido derecho puede ser considerado como fundamental de la persona y debe ser tratado y protegido como tal en el plano jurídico. De manera que se vincularía el derecho a la investigación de la paternidad con el de libre desarrollo de la personalidad contemplado en el art. 10.1 C.E.²¹². La decisión de iniciar una acción de esta naturaleza es un acto de libertad, al tiempo que parece razonable entenderla como esencial para que la persona conozca las circunstancias socio-familiares e incluso genéticas que rodearon su generación. El principio de la libre investigación de la paternidad o maternidad del art. 39 C.E., que implica el conocimiento de la verdad biológica, y consecuentemente su origen, personalidad e identidad propia, guarda íntima relación con el derecho de la personalidad y dignidad del sujeto. De ahí su posible consideración como derecho fundamental.

El TS ha relacionado en varias sentencias²¹³ el derecho a conocer el propio origen y verdadera filiación con la dignidad de la persona y el derecho al

²¹⁰ Vid. F. Rivero Hernández, “La filiación”, *Elementos de Derecho...*, 2005, *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 344; *id.* “La filiación en general”, *Derecho de familia...*, 1997, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 439-440; *id.* “Artículo 127”, *Comentarios al Código civil*, t. I, Madrid, edic. Ministerio de Justicia, 1993, pp. 479-480; M^a. C. Quesada González, “El derecho (¿constitucional?) a conocer...”, *loc. cit.*, pp. 237-303.

²¹¹ Vid. M^a. C. Quesada González afirma que debería ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad fundado en la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (“El derecho (¿constitucional?) a conocer...”, *loc. cit.*, p. 245). También *vid.* STS de 28 de febrero de 1997.

²¹² Vid. F. Rivero Hernández, “Artículo 127”, *Comentario del Código civil...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 479. Un sector de la doctrina defiende que existe un derecho fundamental a la búsqueda de la verdad biológica enmarcado tanto en el derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10 C.E. como en el derecho a la integridad física y moral del art. 15 (C.E. B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la identidad y filiación...*, *op. cit.*, pp. 65-66 y 288-290).

²¹³ Vid. las Sentencias STS de 21 de mayo 1988 (RJ 1988/6543); de 14 de julio de 1988 (RJ 1988/5690); de 3 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9295); de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989/2054) de 3 de diciembre de 1991 (RJ 1991/8909); 26 de enero 1993 (RJ 1993/364); 18 de mayo de 1994 (RJ 1994/4092) y 16 de diciembre de 1994 (RJ 1994/9424), en <http://westlaw.es>. Desde los años ochenta, el TS viene declarando que “estaba en entredicho algo tan importante como el *status* de una persona, afectando al interés social y orden público, no entregado por ello a ningún interés particular, de forma que en estos

libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la C.E.²¹⁴. El Alto tribunal ha puesto de relieve que “las interrelaciones biológicas se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia”, de tal modo que “cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”²¹⁵. En contra de lo deseado, no se pronuncia sobre el tipo de derecho y ni arroja luz sobre esta cuestión. No obstante, ante la alternativa de fomentar la investigación de la paternidad en aras de la verdad biológica o mantener un estado semejante al de la situación preexistente, los Tribunales españoles parecen decantarse por la primera opción²¹⁶. Lo criticable es que no existe una afirmación jurisprudencial nítida acerca de la naturaleza, fundamental o no, de este derecho, si bien se considera que entraña un “derecho primigenio del niño... frente a otros derechos individualistas...”²¹⁷.

En otras ocasiones, el TC ha proclamado que la cuestión nuclear reside en la eventual vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E. por falta de prueba biológica²¹⁸. De ello se deduce que el derecho a

procesos se sigue un cierto principio inquisitivo [...] que permita a los tribunales utilizar cualquier sistema de los previstos por la razón humana y en consonancia con la realidad social al tiempo en que han de ser aplicadas estas normas (arts. 127 y 135 LEC) de tan amplio espectro inquisitorial, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas, que no es otro que la defensa de los intereses personales del hijo”. También *vid.* F. Rivero Hernández, “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, *Filiación a finales del siglo XX, II Congreso Mundial Vasco*, Madrid, Trivium, 1988, pp. 141-170.

²¹⁴ En este sentido, la STS núm 776/1999, de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944), en <http://westlaw.es>, declaró derogados por inconstitucionales los art. 47.2 y 3 LRC, en los que se facultaba a la madre no casada para “desconocer” al hijo recién nacido. También declara inconstitucional el art. 167 del Reglamento del Registro Civil, relativo a la ocultación de la identidad de la madre no casada, por entender que contradecían los arts. 10, 14 y 39.2 de la C.E., e, incluso el art. 24.1 de texto constitucional. El TS ponía de relieve que “las interrelaciones biológicas se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia” y concluía que “cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”.

²¹⁵ *Vid.* FJ 5 de la STS núm 776/1999, de 21 de septiembre de 1999 (RJ 1999/6944), en <http://westlaw.es>.

²¹⁶ Para una exposición de las distintas etapas históricas en la investigación de la paternidad *vid.* STS de 27 de junio de 1987 (RJ 1987/4825), en <http://westlaw.es>.

²¹⁷ Sobre el acento sobre el carácter público y de *ius cogens* que está adquiriendo el Derecho de familia *vid.* STS de 15 de marzo de 1989 (RJ 1989/2054), en <http://westlaw.es>.

²¹⁸ En FJ 3 de la STC núm 103/1990, de 4 de junio (RTC 1990/103); FJ 3 de la STC núm 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7), en <http://westlaw.es>.

la libre investigación de la paternidad cede frente a las normas constitucionales que regulan derechos fundamentales²¹⁹, salvo que conocer la filiación biológica sea calificado como un derecho fundamental. Llegada a esta consideración, se ponderarían entre todos los derechos fundamentales en presencia²²⁰.

La realidad es que existe un derecho constitucional a conocer la verdad biológica sujeto a reserva de ley, que desembocó en un derecho de configuración legal, a tenor de lo dispuesto en el actual art. 767 LEC y que sirve al interés social subyacente en las declaraciones de paternidad²²¹, asegurando los derechos de alimentos y sucesorios del hijo cuya filiación se declare. Asimismo, tal derecho coadyuva a la consecución de fines constitucionales, como el del derecho al libre desarrollo de la personalidad y del derecho a un tratamiento no discriminado frente a otros hijos.

²¹⁹ En la búsqueda de la identidad biológica se produce una tensión entre los intereses en presencia: por un lado, el interés del hijo a conocer su origen biológico y, por otro, el del presunto progenitor por que se respete su intimidad. Dicha resistencia se traslada a la propia Constitución. En este texto, se proclama el principio de investigación de la filiación, pero nace limitado al disponer únicamente que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad...”. Así pues, el legislador regulará los casos y requisitos, aunque no puede evitar o prohibir la investigación de la filiación, pero sí limitarla. El reflejo de este límite queda expuesto claramente en la normativa española en la exigencia legal de que el juez no admitirá la demanda de filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde (art. 127.2 C.c. sustituido por el art. 767.1 LEC). No se trata de una restricción a la libre investigación de la verdadera filiación, sino que sólo pretende impedir que se presente demandas temerarias o totalmente infundadas y proteger el derecho al honor e intimidad personal y familiar, junto con la paz familiar. *Vid.* M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 127 a 130...”, *Comentarios al Código civil...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 535-541.

²²⁰ No obstante, en cierta jurisprudencia del TC, el derecho a la intimidad cede frente al derecho del hijo, como sucede en los supuestos de investigación de la paternidad (STC 7/1994, de 17 de enero) o la maternidad (STC 95/1999, de 31 de mayo). Ello procede cuando se justifique claramente y resulten proporcional que la intimidad del progenitor prevalece sobre la base de otros derechos u otros bienes jurídicamente protegidos de interés general. En este sentido *vid.* también el FJ 3 de la STC núm 103/1990, de 4 de junio (RTC 103/1990); el FJ 3 de la STC núm 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7), en <http://westlaw.es>.

²²¹ Como se ha afirma claramente en la STC núm 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994/7). También en el ATC núm. 221/1990, de 31 de mayo (RTC 1990/221), en <http://westlaw.es>.

Distinta es la valoración a tener presente con la entrada en vigor de la Ley 54/2007, de 29 de diciembre, de Adopción internacional²²², que reconoce en su art. 12 el derecho fundamental de los hijos adoptados a conocer su origen biológico²²³. Tal argumento se fundamenta en el libre desarrollo de la personalidad del adoptado a conocer sus orígenes, al margen del derecho a la determinación de la filiación de un vínculo ya establecido por adopción²²⁴.

Es de esperar que el legislador o la jurisprudencia española abandonen la línea vacilante sobre la existencia de un derecho fundamental a conocer la filiación biológica, puesto que dicha calificación resulta trascendental en la regulación de los supuestos de tráfico externo. Es preciso estipular si el referido principio constitucional forma parte del orden público internacional para hacer frente a una aplicación eventual de leyes extranjeras restrictivas o prohibitivas de la investigación paterno/materno-filial o, por el contrario, se considera como una norma material imperativa.

La investigación de la paternidad no aparece recogida en el Derecho español con un alto grado de imperatividad como para autolimitar el alcance de la norma de conflicto. Lo cierto es que se contemplan situaciones en las que el derecho a la verdad biológica cede como consecuencia de otros intereses en presencia. Por ello parece difícil convertirlo en norma material imperativa que alcance a supuestos internacionales²²⁵. En la medida en que la ley española

²²² (BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2007). *Vid.* S. Álvarez González, “El proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *AC*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008.

²²³ El derecho a conocer el origen biológico del hijo concebido por inseminación artificial o adoptado en Derecho comparado, en concreto en los ordenamientos jurídicos de Suiza, Alemania, Gran Bretaña, Bélgica, España y Francia *vid.* M. Bord, V. Premand, S. Sandoz y D. Piotet, *Le droit à la connaissance de ses origines*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2006.

²²⁴ Sobre la necesidad psicológica específica del hijo adoptado de acceder a la información sobre su propio pasado y su origen biológico como desarrollo de su personalidad, independientemente del establecimiento jurídico de su su filiación *vid.* S. Salvador Gutiérrez, *Derecho a la identidad...*, *op. cit.*, pp. 34-43.

²²⁵ Contrariamente a esta argumentación, un sector doctrinal considera que las normas españolas que protegen la investigación de la paternidad son normas imperativas, tal y como dispone M. Moya Escudero, “El derecho del extranjero a conocer...”, *loc. cit.*, p. 448.

privilegie la investigación de la verdad biológica sobre el resto de los intereses en presencia, será posible concebirla con carácter imperativo y de alcance a situaciones privadas internacionales.

El establecimiento de la verdad biológica es un principio constitucional que responde a un interés social y de orden público dominante, reconducible a otros derechos fundamentales, como el del desarrollo y dignidad de la persona, el de igualdad de todos los hijos ante la ley e, incluso, el de tutela judicial efectiva, razón más que fundada para ser identificado como un derecho fundamental y recibir igual tratamiento. Por tanto, el principio constitucional de la libre investigación de la paternidad se enmarca dentro de la concepción amplia de orden público, entendido como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento determinado. Sería plausible que el espíritu de la verdad biológica existente en el Derecho material español se trasladara a la reglamentación conflictual para llegar a privilegiar la aplicación de la ley que determine la verdadera filiación, teniendo en cuenta, en todo caso, el interés del hijo²²⁶. En definitiva, la importancia en la búsqueda de dicha verdad que impera en el sistema jurídico español provoca que actúe el correctivo del orden público internacional frente a la posible aplicación de la ley marroquí cuando la prohíba o no prevea los cauces para llevarla a cabo²²⁷.

²²⁶ Esta es la solución que propone P. Lagarde ante un conflicto de leyes presentes en materia de filiación (“La reconnaissance mode d’emploi”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 478-501, en espec. pp. 500 y 501).

²²⁷ Vid. A. Motilla, “La filiación natural y adoptiva en el Derecho islámico...”, *El Derecho de familia ante el siglo XXI*, loc. cit. op. cit., pp. 592 y 593. En contra M. Guzmán Zapater, que rechaza la solución de aplicar la cláusula del orden público cuando el Derecho extranjero prohíba o restrinja el derecho a la investigación de la paternidad, al considerar que esta solución sólo opera frente a leyes extranjeras que vulneren los derechos fundamentales reconocidos en la C.E., lo que no ocurre que la libre investigación de la paternidad del art. 39.2 del Texto constitucional. Ampliar este contenido conllevaría que la justicia material española prevaleciera frente al DIPr., aunque la autora admite atenuar los efectos de la remisión a la legislación extranjera aplicando el orden público a las situaciones de integración real y efectiva del interesado con el foro (*El derecho a la investigación de la paternidad...*, op. cit., p. 69; *id.*, “Nota a la STS de 22 de marzo de 2000”, *REDI*, 2001-1 y 2, vol. LIII, pp.541-547, en espec. p. 546).

II. LÍNEAS DIRECTRICES DE LOS DERECHOS MATERIALES COMPARADOS EN LA DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA FILIACIÓN

1. Las filiaciones matrimonial y legítima en los Derechos español y marroquí

A) El hijo matrimonial en Derecho español

Para la definición de la filiación matrimonial no ha existido una concepción uniforme a lo largo del tiempo²²⁸. En el ordenamiento español rige el principio de igualdad entre los hijos, si bien persiste la filiación matrimonial y no matrimonial en orden a su determinación, lo que origina que sean diferentes los títulos de legitimación para la constatación de uno y otro tipo de filiación²²⁹.

²²⁸ Antes de la C.E., en Derecho español se distinguía entre la filiación legítima y la ilegítima, que dependía de la posible existencia de matrimonio o no de los padres. Sobre el temas *vid.* J. Vidal Martínez, *El hijo legítimo. Su concepto y determinación en el Código civil español*, Madrid, Montecorvo, 1974; F. Rivero Hernández, *Los conflictos de paternidad...*, *op. cit.*; *id.*, “Título V. De la paternidad y filiación”, *Comentarios al Código civil...2000*, *loc. cit. op. cit.*, p. 1076.

²²⁹ En particular, los títulos de legitimación consisten en documentos públicos especialmente señalados por la Ley para proclamar oficialmente, de modo permanente y, en principio, definitiva, la filiación. Por ello, la constitución de la filiación mediante esos mecanismos legales tienen eficacia declarativa respecto al hecho constitutivo y resultan siempre títulos suficientes para practicar la inscripción en el Registro Civil. *Vid.* F. Rivero Hernández, “Título V. De la paternidad y filiación...”, *Comentarios al Código civil...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, p. 1116.

En la actualidad, no tiene demasiado sentido seguir manteniendo la distinción entre ambas categorías, habida cuenta la fiabilidad y rapidez que, en estos momentos, proporciona la prueba genética de ADN. En Francia, de hecho, se habla solamente de filiación sin más modalidades terminológicas, en virtud de la Ordenanza de 4 de julio de 2005 sobre reforma de la filiación²³⁰.

Por otra parte, el hijo extramatrimonial ya no resulta un elemento perturbador de la familia, quizás por el cambio de sensibilidad social y jurídica que se ha llevado a cabo en la sociedad española²³¹, aunque también por ser cada vez mayor el volumen de hijos que nacen fuera de toda unión conyugal. En este momento, existen dificultades para definir el concepto de familia²³², al evolucionar aquélla al compás de las nuevas tendencias y formas de convivencia del individuo en la sociedad.

Es cierto que la ausencia del matrimonio entre los progenitores implica dos consecuencias: la falta de presunción legal de paternidad y la división entre la filiación matrimonial y la extramatrimonial. El enlace conyugal de los progenitores, sin duda, confiere un principio de certeza a la relación materno/paterno filial, lo que facilita la reclamación de la filiación matrimonial y dificulta su impugnación²³³. No obstante, las orientaciones que inspiran la reglamentación jurídica actual de esta institución procuran que no se produzca una discordancia entre la filiación como hecho natural y como jurídico. Y es que el principio de veracidad biológica que inspira todo en sistema español posibilita que todas las filiaciones, con excepción de la incestuosa²³⁴, puedan ser

²³⁰ Sobre la reforma francesa en la materia *vid. supra* el epígrafe “Igualdad de todos los hijos: unidad *versus* dualidad de filiaciones”.

²³¹ Sobre los cambios sociales y jurídicos en materia de filiación *vid.* F. Rivero Hernández, “La filiación en el umbral del siglo XXI...”, *loc. cit.*, pp. 100-112.

²³² Sobre el concepto de familia *vid.* J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.*, pp. 1-2; M. Alonso Pérez, “La familia entre el pasado y la modernidad; reflexiones a la luz del Derecho civil”, *AC*, 1998, núm. 1, pp. 1-29.

²³³ *Vid.* J. Santos Priz, “La filiación”, *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 2003, pp. 255-303, en espec. p. 262.

²³⁴ *Cfr.* el art. 125 C.c. La filiación incestuosa sólo puede ser determinada respecto del otro progenitor, previa autorización judicial, cuando convenga al menor o incapaz. Sobre el tema *vid.* M. Albaladejo García, “Filiación”, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 9ª edic., Barcelona, Bosch, 2002, pp. 199-252, en espec. pp. 228-230.

legalmente establecidas. Sin embargo, el Derecho material español obstaculiza la realidad biológica al regir de forma automática presunción de paternidad matrimonial, impidiendo el acceso de una filiación paterna no matrimonial coincidente con verdad biológica. Ello contradice el principio por el cual el Registro Civil debe ser fiel reflejo de la realidad. Para subsanar la problemática se debería aligerar la estricta presunción de paternidad matrimonial vigente y favorecer el principio de veracidad biológica inspirador en materia de filiación.

El Derecho español califica al hijo como matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí (art. 108.1 C.c.)²³⁵. Así, el matrimonio entre los progenitores se convierte en el elemento característico de esta filiación frente a la no matrimonial. Por contra, no existe una presunción de convivencia o de relación sexual entre los padres que conciben a un hijo en una relación extramatrimonial, salvo que se pruebe lo contrario²³⁶. La única excepción viene representada por el Código de familia catalán, donde se regula la presunción de paternidad a favor de la pareja estable de la madre²³⁷. De la fórmula legal establecida en el art. 108.1 C.c. se infiere que el nacimiento del hijo de mujer casada permite presumir el carácter matrimonial del aquél²³⁸.

La presunción opera sobre la base del *id quod plerumque accidit*²³⁹, de la duración normal del embarazo, del momento de nacimiento y de la fecha del

²³⁵ En el art. 108 del C.c. hay una división entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, por lo que era inevitable que el legislador hable solamente de hijos. La *Ley 11/1981 de 13 de mayo de 1981, en desarrollo de los principios de protección de la familia y no discriminación de los hijos por razón de su filiación*, prestó su atención en la supresión de estas discriminaciones, pero no establece una única filiación para todos los hijos. *Vid.* S. Álvarez, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 47-48.

²³⁶ *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.*, pp. 330-331.

²³⁷ En el Derecho catalán existe una presunción de paternidad no matrimonial contenida en el art. 94 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia. Pero tal presunción, a diferencia de lo que ocurre en la matrimonial, no determina extrajudicialmente y de forma automática la relación paterno-filial, sino que opera únicamente en la determinación judicial de la filiación.

²³⁸ Cuestión distinta es la de los hijos antenuptiales, que en el Derecho anterior a la C.E. recibían el nombre de legitimados por subsiguiente matrimonio, y que ahora se reputan hijos matrimoniales desde la fecha de la celebración del matrimonio (art. 119 C.c.) Sobre la condición matrimonial de los hijos *vid.* M. Albaladejo García, "Filiación", *Curso de Derecho civil...*, 2002, *loc. cit.*, pp. 206 y 207.

²³⁹ Principio opuesto al de *mater semper certa est*, ya que madre no hay más que una mientras que la paternidad se puede determinar de entre varias personas.

matrimonio, datos que permiten deducir la época de la concepción y atribuir el acto al marido²⁴⁰, ya que lo normal es que los nacidos de mujer casada tengan por progenitor a su marido²⁴¹. El Derecho, en todo caso, recurre a una presunción *iuris tantum* susceptible de ser destruida mediante prueba en contrario. Cabe distinguir varios supuestos en los que juega la presunción legal a favor de la filiación matrimonial: a) la concepción del hijo, en concreto, tiene lugar durante el matrimonio, por lo que se considera que el nacimiento ha tenido lugar después de los ciento ochenta días posteriores a su celebración (art. 117 C.c.)²⁴² y antes de los trescientos días siguientes a su disolución (ya sea ésta por divorcio, muerte o declaración de fallecimiento) o a la separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 C.c.)²⁴³. Aún faltando esta última presunción legal, por haber existido separación legal o de hecho de los cónyuges antes del

²⁴⁰ Vid. J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.*, p. 322. Sin embargo, en el art. 116 C.c. y stes. se alude de forma expresa al momento del nacimiento del hijo. Tanto este momento como los plazos que se manejan en tales preceptos tienen trascendencia sólo en cuanto a la determinación extrajudicial de la filiación matrimonial, pero no para la judicial (cfr. art. 115.2 C.c.).

²⁴¹ Sobre la presunción de paternidad del marido *vid.* M. Albaladejo García, “Filiación”, *Curso de Derecho civil...*, 2002, *loc. cit.*, pp. 208-210; F. Lledó Yagüe, “El contenido básico de la filiación y sus efectos”, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 281-366, en espec. pp. 295-303; L. Díez Picazo, “La filiación matrimonial y no matrimonial”, en L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.* pp. 239-242; J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.*, pp. 323-328. También en resoluciones de la DGRN, de 18 de noviembre de 1996 (RJ 1997/6907); de 26 de octubre de 1996 (RJ 1997/4489); de 20 de septiembre de 1996 (RJ 1997/7114).

²⁴² El legislador español ha comprendido que si el hijo nace en los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio y que casi con toda seguridad la concepción del niño ha sido antenupcial. En este caso, se permite sólo y exclusivamente al marido destruir la presunción de paternidad con la mera declaración auténtica ante el Encargado del Registro Civil.

²⁴³ Para la inscripción del nacimiento y filiación en la situación de separación de hecho, la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 1981) sobre consecuencias registrales del nuevo régimen legal de la filiación, se advierte que no basta con “la simple declaración de que el marido y mujer tienen domicilios distintos, pues ello no es suficiente por sí solo para significar la separación de hecho de los cónyuges”. Tampoco es del todo válido para verificar la separación de los esposos la simple declaración de que ha precedido al nacimiento del hijo una separación de hecho durante más de trescientos días, pues puede que de la vida diaria de los progenitores exista una comunidad de vida conyugal. En consecuencia, el Encargado del Registro Civil, antes de extender el asiento de filiación, debe “hacer uso de las facultades que le confiere el art. 28 LRC y realizar las comprobaciones que estime oportunas”.

nacimiento, se podrá inscribir la filiación como matrimonial siempre que concurra el consentimiento de ambos cónyuges (art. 118 C.c.)²⁴⁴; b) la concepción del hijo tiene lugar antes del matrimonio y el nacimiento tras la celebración de este último, siempre que no haya sido disuelto todavía. En este segundo supuesto se prescinde del momento efectivo de la concepción, aunque no de manera absoluta, ya que si el nacimiento se produce dentro de los ciento ochenta días siguientes al enlace conyugal, se permite al marido desvirtuar la presunción mediante declaración auténtica en contra y formalizada dentro de los seis meses de después del parto (art. 117); c) el nacimiento del hijo se produce antes del acto del matrimonio de sus progenitores, predicándose así el carácter matrimonial de la relación paterno/materno-filial desde la fecha de la celebración del enlace, siempre que el hecho de la filiación quede determinado legalmente (art. 119 C.c.). Transcurridos seis meses desde el parto, el marido no podrá destruir la presunción, salvo que acuda al ejercicio de la oportuna acción de impugnación de la filiación.

En cuanto a la maternidad de la mujer casada, se estudiará en el epígrafe siguiente al participar los sistemas hispano-marroquí del principio común *mater semper certa est*.

En definitiva, la condición de hijo matrimonial corresponde en Derecho español a toda persona en la que concurren los presupuestos señalados por la Ley²⁴⁵. El efecto adquisitivo de dicho estado resulta automático, aunque sea inicialmente desconocido por cualquier circunstancia. Sin embargo, para determinar la filiación de los hijos de matrimonio inválido o putativo, el art. 79 C.c. resuelve la cuestión y los considera como matrimoniales, si bien subsiste el problema del momento determinante para estimar al hijo como matrimonial, de acuerdo con los arts. 116 y siguientes del C.c.²⁴⁶.

B) El hijo *al firach* como sujeto privilegiado en el Derecho marroquí

En el ordenamiento jurídico marroquí no existe la denominación de filiación matrimonial sino de legítima, lo que provoca una dificultad añadida en

²⁴⁴ En realidad, resulta ser un supuesto de reconocimiento voluntario.

²⁴⁵ *Vid.* M. Albaladejo García, “Filiación”, *Curso de Derecho civil...*, 2002, *loc. cit.*, p. 204.

²⁴⁶ *Vid.* F. Rivero Hernández, “Título V. De la paternidad y filiación...”, *Comentarios al Código...*, 2000, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 1087.

la calificación de esta institución, ya que la noción del hijo legítimo sólo coincide en parte con la denominación de hijos matrimoniales de la legislación española. Las vías del sistema marroquí para acceder a la legitimidad del hijo, tal y como se han expuesto en epígrafes anteriores, son las recogidas en el art. 152 CFM. Los nacidos en tales casos son: de relaciones conyugales de los progenitores (también denominados hijos de la cama matrimonial o *al firach*), de relaciones sexuales por error o duda (*subha*)²⁴⁷ y el reconocimiento de la paternidad (*istilhak*)²⁴⁸. Además, el art. 156 CFM contempla la posibilidad de legitimar al hijo engendrado en las relaciones de noviazgo formal, al igual que la concesión realizada por el legislador para beneficiar a los hijos concebidos en las relaciones prematrimoniales regularizadas a posteriori en virtud del art. 16 CFM.

En principio, la filiación es legítima tanto por línea paterna como materna, siempre que reúnan las condiciones establecidas en el CFM, salvo que existan pruebas que demuestren lo contrario (art. 143 CFM). El hijo legítimo va ligado al conocimiento jurídico de la paternidad y adopta la religión de este último. Ambos heredan mutuamente uno del otro. El establecimiento de la relación paterno-filial conlleva los impedimentos de parentesco del matrimonio y crea los derechos y deberes correspondientes entre padre e hijo (art. 145 CFM), otorgando los máximos privilegios legales al hijo legítimo. Por contra, el nacido bajo la ilicitud no tiene implicación alguna en la relación paterno-filial (art. 148 CFM)²⁴⁹.

La institución de *al firach*, que implica la existencia de un matrimonio válido entre los progenitores del nacido, constituye el supuesto más extendido de determinación legal de la filiación²⁵⁰. En cambio, la filiación legítima del nacido

²⁴⁷ Sobre las causas para establecer el *nasab* (relación padre e hijo) *vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, *op. cit.*, pp. 16-30.

²⁴⁸ *Vid.* en esta investigación *infra* el epígrafe específico sobre reconocimiento voluntario de la filiación.

²⁴⁹ *Vid.* M. Jauhar, “Prueba y negación de la filiación. Entre la medicina y la incógnita”, edición especial sobre las jornadas de la familia marroquí: entre la doctrina malikí y el derecho positivo, *RMDED*, 2004, núm. 50, pp. 152-165, en espec. pp. 152-153 (en árabe y traducción propia).

²⁵⁰ La presunción de que el hijo pertenece a la cama matrimonial establecida en Derecho musulmán se ha identificado con el principio romano *pater is est quem nuptiae demonstrant*. *Vid.* Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé...*, *op. cit.*, pp. 26 y 27.

de relaciones sexuales con duda o por error (*subha*)²⁵¹ se encuadra dentro del establecimiento judicial de la filiación, ya que para constatar la relación paterno-filial por este medio se precisa demostrar ante juez la buena fe del progenitor que mantuvo relaciones sexuales con una persona bajo creencia que era su cónyuge. En este supuesto extraordinario no se requiere la existencia de matrimonio en vigor o válido entre los padres para que la filiación se considere como legítima, lo que dificulta su prueba. Como judicial, asimismo, cabe calificar al establecer la filiación de los supuestos de los arts. 16 y 156 CFM, ya que es necesaria la intervención de autoridad judicial para legitimar al hijo. De ahí que el análisis de estas vías se aborde en la sección dedicada al establecimiento judicial de la filiación. También será objeto de estudio independiente el reconocimiento voluntario de la filiación (*istilhak*), al considerar que esta institución goza de autonomía propia.

La filiación *al firach*, que será la única a la que se aluda en las próximas páginas, descansa en una fuerte presunción legal *iuris tantum*, según la cual el hijo nacido a partir de los seis meses de la celebración de la unión conyugal o en durante un año desde la disolución del enlace resultará legítimo, siempre que se permita deducir que la concepción de aquél fue matrimonial o legal (arts. 152 a 154 CFM)²⁵². No obstante, esta definición se complementa con otros requisitos.

²⁵¹ En Derecho musulmán, los problemas de duda son numerosos y están relacionados con la moral, la religión y el derecho. La cuestión de las relaciones sexuales realizadas con duda está estrechamente ligada a la responsabilidad penal en sistema jurídico islámico. La regla clásica en tema de relaciones sexuales es que desde el origen se presumen lícitas y fuera de matrimonio y de relaciones legales entre amo y esclava están prohibidas. Para el caso de duda, se debe probar ante juez la licitud de éstas. De tal forma, cuando una persona realiza un acto sexual con duda, ésta se basa en la suposición y la probabilidad de que el acto sexual haya sido llevado a cabo como si fuera lícito.

²⁵² El art. 151 CFM afirma con rotundidad que la filiación paterna establecida por una fuerte presunción (como la del matrimonio) solamente es posible destruirla mediante sentencia judicial. La DGRN llega a esta conclusión en las Resoluciones de la DGRN de 10 de febrero de 2006 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2006); la de 31 de octubre de 2005 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2005) al exponer que “la filiación se presume «*iuris tantum*» por la Ley cuando el hijo nace durante el matrimonio o en un determinado periodo de tiempo posterior a su disolución compatible con la presunción de que la concepción fue matrimonial (arts. 152 a 154 CFM)”. Y en este sentido, la jurisprudencia marroquí afirma que los medios tasados para probar la filiación son la cama matrimonial o *al firach*, el reconocimiento y el testimonio *lafif*. Vid. la resolución del TS marroquí núm. 23, de 31 de octubre de 1967, que se puede consultar en A. Taoufik, *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal y materia inmobiliaria*, 1ª edic., Casablanca, Al-Maktaba Al-Ganuniya, 2002, p. 41 (en árabe, traducción propia). También en compilación de

Así, el hijo concebido durante el matrimonio es legítimo siempre que se haya engendrado por el marido de la madre. Como se sabe, la constatación de la maternidad es posible, pero no así la del padre. Para ello, el Derecho musulmán vinculaba la noción *al firach* a la presunción de la paternidad del marido en los siguientes términos: “*al waladu lil firash wa li al ‘ahiri al hajar*” (el hijo pertenece a la cama y para el fornicador la lapidación)²⁵³.

El actual Derecho positivo marroquí recoge en el art. 154 CFM la noción islámica de que el hijo pertenece a la cama (*al firach*) y la presunción de paternidad matrimonial lo vincula automáticamente con su padre, sin necesidad de un reconocimiento expreso²⁵⁴. Sin embargo, esta presunción tiene límites temporales, porque rige a partir de los seis meses de la celebración del matrimonio²⁵⁵ y se extiende hasta un año después de la fecha del repudio. De

Jurisprudencia del TS, en CDrom del Ministerio de Justicia de Marruecos facilitada por S. Aldeeb Abu-Sahlieh, encargado de la sección de árabe del Instituto de Derecho comparado de Lausanne (Suiza). Hay que aclarar que se ha preferido la traducción del término “resolución del TS marroquí” porque es una denominación amplia y no induce a errores. En Marruecos, cuando el TS falla en apelación o en casación, la sentencia que emite se denomina en versión francesa como “arrêt” y que la traducción al español es auto. Sin embargo, si el tribunal es de Primera Instancia emite una decisión, que en francés se designa con el vocablo “jugement”. Ante tal confusión, se ha preguntado a una traductora oficial marroquí y ella se inclina por traducir al español los fallos emitidos por el TS marroquí como resolución en vez de auto, ya que este último término puede confundir al lector, mientras que resolución es un concepto extenso y no lleva a equívocos.

²⁵³ El origen de esta regla es un *hadith* que el profeta añade con motivo de la reclamación de la filiación de un niño por parte de dos personas, y que proclama que el hombre que probara mediante el título legal la concurrencia de *al firach* o consumación de matrimonio legítimo se vinculará legítimamente al hijo. La otra consecuencia de esta regla clásica islámica, concretamente cuando expone que para el fornicador cae la lapidación, fija la exclusión de la paternidad del hombre que ha tenido relaciones sexuales ilegales. *Vid.* L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l'étude...*, *op. cit.*, p. 404; K. Mosleh, *La procréation naturelle au Maroc...*, *op. cit.*, pp. 83-88.

²⁵⁴ Para comprobar la rigidez de la presunción de la paternidad en Derecho musulmán *vid.* L. Pruvots, *L'établissement de la filiation dans le droit tunisien...*, *op. cit.*, pp. 25-27.

²⁵⁵ La fuerte presunción *al firach* se presenta en la resolución del TS marroquí de 4 de enero de 2004 (inédita y facilitada por el profesor M. Loukili, en árabe y traducción propia), que declara al hijo matrimonial al producirse el nacimiento después de los seis meses de la celebración del matrimonio, incluso demostrándose que la esposa fue adúltera mediante sentencia penal condenatoria. También *vid.* la resolución del TS marroquí núm. 84, de 16 de febrero de 1999, *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 61, pp. 72-74 (en árabe, traducción propia), donde el esposo niega la paternidad y el pago de alimentos, ya que no se consumó el matrimonio al repudiar el marido a la esposa. Sin embargo, la Corte Suprema considera que no hace falta la prueba de las relaciones sexuales de los

existir duda, habrá que acudir al proceso de denegación de la paternidad (*l'iam*) recogido en el art. 153.2 CFM, que permite al marido negar lo que se presume como cierto.

La legislación marroquí dispone que el carácter *al firach* del hijo se acredite mediante los mismos medios que el matrimonio (art. 153 CFM). En concreto, la vía legal para demostrar el vínculo conyugal es el acta matrimonial²⁵⁶ o una prueba de Derecho islámico concerniente a la declaración de doce testigos ante la autoridad notarial (*adul*)²⁵⁷ que refrende que un hombre y una mujer

progenitores, pues la filiación legítima se produce con sólo haber nacido después de los seis meses de celebración del matrimonio entre los progenitores. La resolución del TS marroquí de 7 de septiembre de 2000, *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 61, pp. 77-80 (en árabe, traducción propia), también declara la filiación legítima del nacido después de los seis meses del matrimonio de sus progenitores, aunque el marido pruebe que es estéril.

²⁵⁶ Sobre la prueba del acta matrimonial *vid.* la resolución del TS marroquí núm. 89, de 24 de enero de 2001, en A. Taoufik, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 406-407 y también en compilación de Jurisprudencia del TS, en CDrom del Ministerio de Justicia de Marruecos. El TS marroquí se pronuncia con ocasión de la apertura de una sucesión, la esposa del fallecido aporta un certificado adular donde consta que la mujer estaba casada con el difunto. Sin embargo, las hijas del causante exponen ante el juez que el documento es fraudulento y que ha sido realizado dos años después del fallecimiento de su padre, pero el juez de Primera Instancia no admite la prueba que se presenta por la demandante. El alto tribunal marroquí apoya tanto al juez de Primera Instancia como al de apelación, basándose en que la parte actora no alega ni justifica el motivo de no tener en su poder el acta matrimonial. Además, falta probar los requisitos imprescindibles para admitir la alegación que se propone, como la fecha del enlace, dote, autorización de *wali* y los dos testigos, declarando herederas solamente a las hijas del fallecido.

²⁵⁷ Su estatuto viene fijado en el *Dahir* núm. 1.06.56, de 14 de febrero de 2006, por el que se pone en ejecución la Ley núm. 16.03, de la Función Adular, que entró en vigor el 14 de junio de 2006 (*B.O.* de 2 de marzo de 2006) y comentada por M. C. Fera García, “Convivencia e interacción de tradiciones jurídicas en Marruecos. La fe pública: sofrim, notarios y adules”, *Awraq*, vol. XXIV, 2007, pp. 241-285, en espec. pp. 275-279. La función del *adul* o notario tradicional tiene como función auxiliar indirectamente al juez en los asuntos de estatuto personal, familiares y de sucesiones. Son nominados por decisión del Ministro de Justicia previa proposición del juez y su profesión es incompatible con cualquier otro empleo administrativo o judicial. Además, cumplen en el ordenamiento marroquí una doble función: la de auxiliares de justicia (como encargados del sistema notarial en materia de estatuto personal, sucesorio e inmobiliario de los marroquíes musulmanes) y la de testigos. Sobre la función adular en general *vid.* A. Boudahrain, *Derecho judicial privado en Marruecos*, Rabat, Babel, 1994, p. 147 (en árabe, traducción propia); G. A. L. Droz, “L’activité notariale internationale”, *Recueil des Cours*, 1999, t. 280, pp. 21-133, en espec. pp. 40-41; M. J. Essaid, *Introduction a l’étude du droit*, 3 edic., Mohammedia (Fedala), Collection Connaissances, 2000, pp. 395 y 396.

estuvieron casados (acta *lafif*)²⁵⁸. No obstante, se añaden otras condiciones para poder establecer la filiación mediante *al firach*²⁵⁹. En concreto, se debe comprobar la duración mínima del embarazo (seis meses desde la formalización del contrato matrimonial)²⁶⁰ y la posibilidad de que la mujer quede embarazada del marido²⁶¹, además de confirmar que no haya pasado más un año desde que se produce el nacimiento del hijo hasta la disolución del matrimonio, con la finalidad de fijar el plazo para la negación de la paternidad²⁶². Todo ello es

²⁵⁸ Para determinar la filiación, además del acta matrimonial, se admite la prueba de Derecho islámico concerniente a la declaración de 12 testigos que testifican que un hombre y una mujer han estado unidos como un matrimonio (acta *lafif*). Hay casos excepcionales en los que no se puede aportar el acta matrimonial pero en los que el juez marroquí puede admitir los vínculos conyugales como válidos, en concreto, para los celebrados antes de la promulgación de la primera *Mudawana* del año 1957. Hasta esta Ley no existía la obligación de levantar el acta matrimonial ante funcionario público, por lo que aumentaban las prácticas tradicionales en el mundo rural de celebrar los matrimonios ante la comunidad y sin acudir ante las autoridades para levantar el documento exigido. Posteriormente, con la emigración, las uniones entre marroquíes que se celebran en el extranjero no son reconocidas por no aportar el acta matrimonial conforme al Derecho islámico. Para estos supuestos, el juez de familia admite la prueba de derecho islámico *lafif*: la ratificación ante dos adules (notarios) de 12 testigos musulmanes de la existencia de matrimonio. El *lafif* se mantiene con la finalidad de conservar la familia legítima. Además, si la prueba *lafif* no se estima como suficiente, se acude a un tribunal superior para a valorarla [vid. J. Ouhida, 2º *Curso del Estatuto Personal. El matrimonio*, t. 1º, 2001, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Soussi-Rabat, pp. 96-104, en espec. 103-104 (en árabe, traducción propia)]. En concreto, sobre el acta *lafif* en materia de filiación vid. M. C. Feria García, *La traducción fehaciente del árabe: fundamentos históricos, jurídicos y metodológicos*, Tesis Doctoral, Facultad de Filosofía y Letras de Universidad de Málaga, 2001, (inérita), pp. 654-671. Si se traslada esta institución al Derecho español, se puede acoger al concepto de posesión de estado del art. 131 C.c., que se define como “el concepto público en que es tenido un hijo con respecto a su padre natural cuando este concepto se forma por actos directos del mismo padre o de su familia, demostrativos de un verdadero reconocimiento perfectamente voluntario, libre y espontáneo”. Es importante que para declarar la filiación mediante la posesión de estado es preciso que se infiera la filiación biológica.

²⁵⁹ Vid. L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit...*, *op. cit.*, pp. 408-410.

²⁶⁰ Sobre la duración mínima y máxima del embarazo vid. S. Mernissi, “La filiation de l'enfant en droit musulman...”, *loc. cit.* pp. 125-128; M. Chafi, *Code du statut personnel annoté*, 1^{ère} édition, Marrakech, Walili, 1996, pp. 147-149.

²⁶¹ Las nociones de consumación efectiva o la posibilidad de consumación juegan un papel importante. Vid. *supra* el epígrafe “Igualdad de todos los hijos: unidad *versus* dualidad de filiaciones”.

²⁶² Las relaciones conyugales (*al firach*) sólo podrán ser impugnadas por el marido mediante el juramento de anatema (*li'am*) o la presentación de un peritaje de ADN decisivo siempre que el esposo presente pruebas que respalden sus alegaciones y que dicha prueba sea

producto no haber organizado correctamente el problema de la determinación de la filiación (*nasab*) en caso de ruptura del vínculo conyugal²⁶³. Mientras que el Derecho marroquí mantenga la posibilidad de establecer la relación paterno-filial un año después de la disolución matrimonial, se facilitará el fraude de ley en la determinación de la paternidad legítima.

En definitiva, la consideración de hijos legítimos en el Derecho marroquí comprende tanto el nacido de unión conyugal, como aquél que nazca fuera de matrimonio pero reconocido válidamente o concebido en relaciones sexuales legales, aunque para este último caso se requerirá la intervención judicial. Por tanto, la filiación legítima es un concepto más extenso que el de la filiación matrimonial característica del ordenamiento español.

ordenada judicialmente (art. 153 CF). Estas formas de impugnar la filiación matrimonial se estudiarán *infra* en el epígrafe correspondiente a la determinación de la filiación judicial.

²⁶³ Este tipo de problemas, junto con plazos de embarazos y repudios revocables, se plantearán *infra* en los epígrafes correspondientes a la filiación judicial.

2. *Mater semper certa est* en Derecho español y marroquí

A) La relación materno-filial en Derecho español

Durante mucho tiempo, en el ordenamiento jurídico español pareció sencillo y obvio definir a la maternidad. La idea de que la madre es la mujer que gestaba y daba a luz al hijo se aceptaba universalmente, ya que comportaba la herencia genética y la relación fisiológica de embarazo y parto. De ahí que la identidad de la madre resulte segura e indiscutida y el establecimiento de la misma, a diferencia de la paternidad, no admita presunción. La máxima *mater semper certa est* se traduce en la certeza del hecho directo e indubitado de la gestación y del parto, donde la maternidad se anuncia por el embarazo y se manifiesta por el alumbramiento. Esencialmente, su constatación se reduce a la verificación de hechos más o menos concretos y de fácil demostración, como la identidad del hijo con el alumbrado por la madre en un parto concreto. La relación madre-hijo es directa, inmediata y de fácil determinación biológica y jurídicamente. En contraposición, la relación padre-hijo es indirecta, mediata y conocida por conducto de la madre, por lo que su determinación precisa de instrumentos jurídicos²⁶⁴, lógicos y formales (presunciones)²⁶⁵.

En la actualidad, la cuestión presenta nuevas perspectivas, además de suscitar graves problemas por obra de las técnicas de reproducción asistida y de las nuevas posibilidades de maternidad que contempla la ley. Estos métodos novedosos hacen factibles que dos o más mujeres intervengan en el nacimiento del hijo. Por tanto, cabe hablar de la mujer que decide ser madre, sola, con varón u otra mujer (matrimonios o pareja homosexual); de la mujer que cede el óvulo y de aquélla que gesta y alumbra al niño, conforme a la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante LTRHA)²⁶⁶. El problema se plantea fundamentalmente en el ámbito registral. La

²⁶⁴ Vid. F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa est*? Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, *ADC*, 1997, pp. 5-96, en espec. p. 7.

²⁶⁵ *Ad exemplum*, la vieja presunción “*pater is est quem nuptiae demonstrant*”, dispuesta por Paulo y que se contiene en el Digesto Justiniano, que atribuye al marido de la madre la paternidad de los hijos tenidos con ella. Vid. F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa est*...?”, *loc. cit.*, pp. 28-30; J. Pozo Vilchez, *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, Madrid, Trivium, 1993, pp. 16-17.

²⁶⁶ (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006). La filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida se regula en los arts. 7 y stes. de la nueva LTRHA. Sobre

reciente LTRHA mantiene el mismo esquema y contenido normativo sobre la determinación legal de la filiación que el que figuraba en la anterior Ley 35/1988, de 22 de noviembre acerca de técnicas de reproducción asistida²⁶⁷. Así, se contemplaba la posibilidad de que la filiación concurrente con la de la madre usuaria de las técnicas de fecundación asistida sea la del marido o varón no casado con la madre que la consiente, tanto en el caso de que se utilicen gametos procedentes de este último como en el caso de la utilización de material reproductor procedente de donante anónimo (*cf.* arts. 6 a 9 LTRHA). La inseminación es heteróloga cuando el material reproductor procede de donante anónimo distinto del varón que ha prestado su consentimiento, creando un título de atribución de la paternidad no basado en la realidad biológica. Sin embargo, esta ficción legal se consagra exclusivamente para los casos en que el progenitor legal no biológico que ha prestado su consentimiento sea el marido o conviviente con la mujer a la que se aplican las técnicas de reproducción asistida.

La DGRN ha venido negado la inscripción en el Registro Civil de una doble maternidad, a pesar de que las parejas homosexuales no deben ser objeto de discriminación²⁶⁸, defendiendo que sólo existía la unidad maternal²⁶⁹. En concreto, la Resolución de 5 de junio de 2006²⁷⁰, las promotoras, con motivo de

la reproducción asistida *vid.* F. Rivero Hernández, “La filiación en el umbral del siglo XXI...”, *loc. cit.*, pp. 114-117.

²⁶⁷ (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988).

²⁶⁸ *Vid.* la normativa argumentada en la Resolución (2ª) de la DGRN, de 30 de septiembre de 2004, *Anuario de la DGRN*, 2004, vol. II, pp. 3857-3858, donde se abarca el tema de la ampliación del núcleo familiar y se invoca la igualdad de trato independientemente de la orientación sexual, conforme a lo que se reconoce en la Resolución del Parlamento Europeo de 28 de febrero de 1994 sobre la igualdad de los derechos de los homosexuales en la Comunidad Europea y la Directiva Marco relativa a la igualdad de trato del Consejo Europeo 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000 (DOCE L, 2 de diciembre de 2000).

²⁶⁹ En la Resolución (2ª) de la DGRN de 30 de septiembre de 2004 [*BIM*], núm. 1978, de 1 de diciembre, pp. 157-158] se solicitaba la inscripción de la doble filiación materna (co-maternidad) de dos hijas mediante el reconocimiento de la filiación materna de la pareja estable de la madre biológica. El principio de veracidad biológica que inspiraba el ordenamiento español en materia de establecimiento de la filiación se oponía a la idea de que, determinada la maternidad por el hecho del parto, otra mujer pudiera sobrevenir otro reconocimiento de maternidad. En este mismo sentido, *vid.* la Resolución de la DGRN de 9 de enero de 2002, *Anuario de la DGRN*, vol. II, pp. 2733-2737.

²⁷⁰ (BOE núm. 205, de 28 de agosto de 2006). Esta Resolución ha sido comentada en E. Rubio Torrano, “Madre no hay más que una”, *AC*, 2006, núm. 12 (BIB 2006/1283), en <http://westlaw.es/> y la (2ª) de 30 de septiembre de 2004, *Anuario de la DGRN de 2004*, vol. II, pp. 3857-3858.

la inscripción de nacimiento de una niña, hija biológica de una de ellas, solicitaban que la menor fuese también inscrita como hija no matrimonial de la pareja de hecho de la madre biológica, sobre la base del consentimiento necesario que la misma prestó a la inseminación artificial. Es un principio incuestionable el que las parejas del mismo sexo no deben ser discriminadas, aunque la DGRN declaró que los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de admitir que se establezca una doble maternidad de la mujer que ha dado a luz y de su compañera estable. En suma, se apoyaba la unidad de la maternidad mantenida tanto en el Código de Familia Catalán, como del C.c. y de la LRC²⁷¹.

Podría pensarse que la regulación legal a la que alude la DGRN debe ser objeto de una interpretación extensiva en atención a los elementos interpretativos contenidos en el art. 3 C.c., relativos a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas y al contexto normativo en que se localizan. De hecho, las adopciones de hijos por parte de dos personas del mismo sexo son admitidas tanto en Cataluña²⁷² como en el conjunto de España desde la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el C.c. en materia de derecho a contraer matrimonio²⁷³, ya que se incorpora una proclamación de igualdad de requisitos y efectos del matrimonio con independencia de que los contrayentes sean del mismo o distinto sexo²⁷⁴. No obstante, el órgano directivo expresaba que esta vía interpretativa queda impedida, porque la citada reforma del C.c. operada por la Ley 13/2005 ha dejado incólume toda la regulación del régimen legal de la filiación (arts. 112 a 141 C.c.).

Este problema queda resuelto por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las

²⁷¹ En este sentido, recuérdese que no es eficaz la determinación de una filiación, materna o paterna, cuando hay otra contradictoria acreditada (*cf.* arts. 113, II, C.c. y 50 LRC).

²⁷² *Vid.* la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998).

²⁷³ (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005).

²⁷⁴ Sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo y la filiación *vid.* J. Nanclares Valle, “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *AC*, 2008, núm. 7 pp. 1-17, en espec. pp. 7-14, (BIB 2008/579), en <http://westlaw.es/>.

personas²⁷⁵. El art. 7 LTRHA añade un tercer párrafo que dispone que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar ante el Encargado del Registro Civil del domicilio conyugal que consiente en que cuando nazca el hijo de su cónyuge, se determine a su favor la filiación respecto del nacido”. Esta modificación desvirtúa la afirmación de la existencia de la maternidad única, ya que se permite que la filiación matrimonial materna conste a favor de dos mujeres. La cuestión que habría que despejar es el título de atribución de la segunda maternidad, ya que la ausencia de un procedimiento judicial y la imposibilidad de aplicar una presunción sitúa al tema fuera del art. 115 C.c. La clave para la determinación de la filiación y la correspondiente inscripción parece ser la emisión del consentimiento previo al nacimiento del hijo. Sin embargo, son muchas las dudas que surgen en torno a tal declaración²⁷⁶.

Como se aprecia, la determinación de la filiación cuando se han utilizado técnicas de reproducción asistida es novedosa, aunque para esta investigación únicamente interesa la definición de “co-maternidad”²⁷⁷, es decir, el establecimiento de una maternidad social y formal desligada de la implantación de los roles clásicos familiares²⁷⁸. Y es que la concepción tradicional de la filiación materna derivada de la máxima paulana conocida *mater semper certa est*²⁷⁹ se pone en entredicho.

Por otra parte, en la determinación de la maternidad ni puede ni debe haber diferencia entre la matrimonial y no matrimonial. La naturaleza no obra de manera diferente en una y en otra, aunque tampoco se manejan criterios o pruebas distintas para su determinación. La realidad subyacente y sustancial es idéntica, ya que la relación entre madre e hijo también es directa, inmediata y

²⁷⁵ (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007).

²⁷⁶ Sobre el tema *vid.* J. Nanclares Valle, “Reproducción asistida y doble maternidad...”, *loc. cit.*, pp. 9-13.

²⁷⁷ *Vid.* el epígrafe sobre la institución del reconocimiento voluntario de la filiación en este trabajo de investigación.

²⁷⁸ *Vid.* F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, p. 5; *id.* “La filiación en el umbral...”, *loc. cit.*, p. 117.

²⁷⁹ Sobre los antecedentes y evolución histórica de la regulación de la maternidad en Derecho español *vid.* F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, pp. 28-33.

cognoscible, tanto dentro como fuera del matrimonio. La gestación y el parto resultan elementos equivalentes e imprescindibles para establecer la maternidad, independientemente de que aquéllos se den dentro o fuera de la unión conyugal. El único problema sería el componente social, pues la filiación jurídica no es sólo la realidad biológica, sino también la realidad social, personal o vital²⁸⁰, aunque en la actual sociedad española apenas se distingue entre la maternidad matrimonial y la no matrimonial, a diferencia de lo que ocurrió en tiempos pasados.

El Derecho español regula la determinación de la filiación materna junto con la paterna. La inscripción del matrimonio de los padres a la que alude el art. 115.1 C.c. acredita que mujer casada es la madre, al tiempo que se establece la relación paterno-filial por el juego de la presunción de paternidad del marido (arts. 116 a 118 C.c.)²⁸¹. La maternidad de la mujer casada, concretamente, supone tanto el parto como la relación de filiación del hijo alumbrado respecto de su madre²⁸². Por su propia naturaleza, ambos hechos se pueden probar con relativa facilidad y, por eso, no crean excesivos problemas. La filiación matrimonial materna resulta de la inscripción del nacimiento en el Registro Civil, de acuerdo con los requisitos de los arts. 44 y 47 LRC (coincidencia respecto de la mención materna entre la declaración de ésta y el parte facultativo o comprobación reglamentaria). De no haber inscripción de nacimiento o de no existir coincidencia entre el reconocimiento de la parturienta y la acreditación médica del alumbramiento, la relación materno-filial no quedará determinada, sin perjuicio de que se ejercite a una acción judicial de reclamación.

En lo concierne a la maternidad no matrimonial, el Convenio núm. 6 de la CIEC, firmado en Bruselas el 12 de septiembre de 1962, relativo a la determinación de la filiación materna de los hijos no matrimoniales²⁸³, expone en su art. 1 que “cuando una persona es designada en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial como madre de éste, la filiación materna quedará

²⁸⁰ Vid. F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, p. 12.

²⁸¹ Vid. F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, pp. 52-55.

²⁸² Vid. J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.*, p. 321.

²⁸³ Instrumento de adhesión de España de 27 de enero de 1984 (BOE núm. 92, de 17 de abril de 1984).

determinada por tal designación, aunque podrá ser impugnada”. Cabe afirmar que la maternidad no matrimonial quedaría establecida automáticamente con su correspondiente prueba y la constancia de la identidad de la madre en la inscripción del nacimiento del niño²⁸⁴.

Desde la entrada en vigor y ratificación de España de este instrumento internacional, se podía entender derogado el art. 47 LRC, precepto que preveía la posibilidad de desconocimiento materno extramatrimonial²⁸⁵. Piénsese que en aquellos tiempos entraban en conflicto dos valores e intereses: de un lado el de la madre, que podía sentirse afectada socialmente en su intimidad y honorabilidad; y, de otro el del hijo, interesado en el establecimiento de su relación materno-filial.

La STS de 21 de septiembre de 1999²⁸⁶ esclarece la tensión entre los valores en juego, al declarar inconstitucionales los arts. 47.2 y 3 LRC y 167 RRC²⁸⁷, que, por tanto, devienen inaplicables. Actualmente, la madre del recién

²⁸⁴ También lo interpreta así el TEDH en asunto *Marckx*, STEDH de 13 de junio de 1979 (TEDH 1979/2), en <http://westlaw.es/>.

²⁸⁵ En el pronunciamiento del TEDH en el asunto *Marckx* se condena al Estado belga por la posibilidad legal de desconocimiento materno, tal y como ocurría en el ordenamiento jurídico español antes de la STS de 21 de septiembre de 1999.

²⁸⁶ (RJ 1999/6944). Esta decisión del TS declaró inconstitucional la norma de los arts. 167 y 182 RRC, en cuanto permitía a la madre ocultar su maternidad. Al hijo biológico no se puede privar de su filiación materna por un acto voluntario de la madre que no desee asumir las responsabilidades inherentes a la maternidad. La filiación materna queda determinada por el hecho del parto, conforme al principio *mater semper certa est*, cuya plena vigencia en España se produce desde la ratificación por el Estado español del Convenio núm. 6 de la Comisión internacional del Estado civil relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, firmado en Bruselas el 12 de septiembre de 1962 y ratificado por España el 15 de febrero de 1984. Tal criterio ha sido compartido también por el Ministerio de Justicia que, al aprobar el nuevo cuestionario para la declaración de nacimiento por Orden de 10 de noviembre de 1999, suprime la anterior referencia al art. 167 RRC. En la actualidad, para la supresión del dato de la filiación materna de la inscripción de nacimiento es preciso que la designada como madre ejercite la correspondiente acción de impugnación de la maternidad conforme al art. 139 C.c., acreditando la suposición de parto o no ser cierta la identidad del hijo. En este sentido se han pronunciado la Resolución de la DGRN de 12 de julio, *Anuario de la DGRN*, 2000, vol.II, pp. 3518-3521; Resolución (2ª) de 24 de octubre de 2000, *Anuario de la DGRN*, vol.II, pp. 3846-3848.

²⁸⁷ En los anteriores preceptos declarados inconstitucionales se facultaba a la madre no casada de no conocer al hijo recién nacido, por lo que ésta podía ocultar su identidad. Sobre el tema *vid.* F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, pp. 65-68.

nacido es imprescindible que se identifique como tal y en ningún caso podrá negar su maternidad²⁸⁸. La constancia de la maternidad no matrimonial se determinará provisionalmente por medio de la inscripción del nacimiento, con los requisitos exigidos en los vigentes arts. 47 y 49 LRC. A falta de inscripción materna en el Registro Civil, el establecimiento de la relación materno-filial se puede efectuar mediante el expediente registral al que se refiere el art. 49.2 LRC.²⁸⁹ o en virtud del reconocimiento, sin olvidar la vía judicial correspondiente. Todo ello lleva a considerar que la máxima *mater semper certa est*²⁹⁰ resulta ser expresión del pretendido “derecho fundamental” a conocer su origen biológico²⁹¹.

Ante esta situación, el Derecho español tendrá que adoptar las precauciones necesarias para que no pueda atribuirse gratuita y vanamente una maternidad inexacta²⁹², aunque siempre quede abierta la posibilidad de recurrir a medidas judiciales *a posteriori* que verifiquen el error.

B) *Bunawa* o filiación materna en el Derecho marroquí

En el ordenamiento marroquí, la filiación materna se rige también por el universal principio de *mater semper certa est*. Una de las cuestiones discriminatorias

²⁸⁸ Sobre el asunto de la STS de 21 de septiembre de 1999 *vid.* A. M.^a Romero Coloma, “Derecho a la intimidad e identidad genética...”, *loc. cit.*, pp. 63-70, en espec. pp. 64-67.

²⁸⁹ Para la determinación de la filiación no matrimonial en expediente registral *vid.* J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho...*, 2005, *loc. cit. op. cit.*, pp. 332-333; F. Rivero Hernández. “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, pp. 79-82.

²⁹⁰ Al igual que en el Derecho español, el ordenamiento alemán obliga a inscribir en el acta de nacimiento la mención de la madre. El sistema francés, a diferencia de los anteriores, continúa manteniendo la posibilidad de la madre de no hacer constar su identidad en el acta de nacimiento del hijo si demanda su anonimato (*cf.* art. 326 del Código civil francés). Para un estudio comparativo del Derecho alemán y francés *vid.* G. Lardeux, “Droits civils français et allemand: entre convergente matérielle et opposition intellectuelle”, *Colloque sur droits civils en cours de globalisation, organisé à Séoul le 3 décembre 2005 par le College of Law de la Korea University*, pp. 1-46, en espec. p. 5 y 6, http://www.rj.u-3mrs.fr/data-img/files/1161356574_06-2Lardeux.pdf.

²⁹¹ Sobre el derecho fundamental a conocer el origen biológico *vid. supra* el epígrafe sobre “la calificación del derecho a la búsqueda de la verdad biológica en el sistema jurídico español”.

²⁹² *Vid.* F. Rivero Hernández “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, p. 68.

que se mantienen por la *Mudawana* es que la maternidad se establece tanto si es legítima o ilegítima (art. 146 CFM)²⁹³, frente a lo que ocurre en la constatación de la paternidad, que puede existir jurídicamente siempre que sea legítima (art. 148 CFM). Y es que el Derecho islámico diferencia entre la relación que une a la madre con el hijo y la que une a éste con el padre²⁹⁴. El carácter patriarcal de la vida social y natural rige el pensamiento coránico, prestando atención prioritaria al *nasab* por ser la relación relevante para la adscripción del nacido a una línea familiar, a unos antepasados y a la comunidad religiosa musulmana.

Por otra parte, existe una gran diferencia entre la paternidad y la maternidad legítimas, pues el hombre y la mujer no gozan de los mismos títulos ni de los mismos medios de prueba para el establecimiento de la correspondiente relación, por lo que se produce una grave discriminación entre sexos. Así, mientras que el CFM dedica todo un capítulo a la paternidad y a sus medios de prueba, no existe ninguna sección específica para la maternidad. Pero esto en ningún caso es de extrañar, debido al monopolio de la filiación legítima paterna²⁹⁵, por lo que ni el legislador ni la jurisprudencia marroquí se muestran interesados en la relación entre el hijo y la madre²⁹⁶. No obstante, las actuales posibilidades de fecundación *in vitro* o de maternidad de alquiler, pese a ser fenómenos inusuales en la sociedad marroquí, exigen un esfuerzo tendente a llenar este vacío jurídico²⁹⁷.

Es verdad que parte de la doctrina clásica islámica expuso que la filiación legítima materna sólo vincula al hijo con los descendientes de la madre, pero no

²⁹³ Vid. K. Meziou, “Maghreb: évolution du droit de la famille et perspectives...”, *Familles-Islam-Europe*, loc. cit. op. cit., pp. 218-220.

²⁹⁴ Tal y como se vió *supra*, se utilizan términos diferentes para referirse a la relación que une al padre y al hijo (*nasab*) y a éste último con la madre (*bunawa*).

²⁹⁵ Sobre el tema vid. K. Mosleh, *La procréation naturelle au Maroc...*, op. cit., pp. 78-108.

²⁹⁶ Vid. A. Khamlichi, *Comentario sobre el Código de estatuto...*, op. cit., pp. 62-96 (en árabe, traducción propia); A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, op. cit., pp. 7-8.

²⁹⁷ Para la distintas posiciones del Derecho musulmán en el tema vid. M. Chafi, “L’insémination artificielle comme moyen de procréation: positions de l’Eglise et de l’Islam”, *RMDED*, 1987, núm. 4, pp. 131-140, en espec. pp. 135-140.

así con sus ascendientes²⁹⁸. Sin embargo, en el actual Derecho positivo marroquí rige el principio general de *mater semper certa est* (art. 146 CFM), lo que permite afirmar que la filiación materna vincula al hijo tanto con los descendientes como con los ascendientes de la madre, y ello con independencia del carácter legítimo o ilegítimo de la maternidad.

La maternidad, según el art. 147 CFM, se establece mediante el embarazo y el alumbramiento, el reconocimiento materno (*istilbak* o *iqrar*) en las condiciones previstas en el art. 160 CFM²⁹⁹, o por sentencia judicial. Asimismo, el mencionado precepto dispone que la filiación de la madre se considera legítima en los supuestos en que exista matrimonio, relación errónea o violación. Es preciso advertir que se valora también como legítima la maternidad producida durante el noviazgo. El hecho de que esta máxima no se recoja en la norma se debe a un descuido del legislador.

Las relaciones sexuales erróneas (*subha*) de los progenitores originan el establecimiento legítimo de la maternidad. La legitimidad de la relación materno-filial descansa en la buena fe de la esposa que mantuvo relaciones sexuales bajo creencia de que éstas se llevaban a cabo con su esposo legítimo, sin saber que su enlace conyugal había finalizado. En todo caso, la persona que pretenda manifestar lo contrario tendrá que demostrar ante la autoridad judicial la mala fe en las relaciones sexuales de los progenitores. Con la anterior *Mudawana*, la determinación de la filiación mediante *subha* se producía por la no presencia de la mujer en el acto de repudio. Al no existir obligación legal de comunicación a la esposa de la disolución del matrimonio, ésta nunca se enteraba y seguía manteniendo relaciones íntimas con quien suponía que era su marido. No obstante, el actual CFM impone la obligación de que la esposa esté presente en el momento de pronunciarse el repudio por parte de los adules, exigiendo que

²⁹⁸ Vid. G. H. Bousquet, *Précis de droit musulman*, 2 edic., Alger, La maison des livres, 1947, p. 138; L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman...*, *op. cit.*, p. 412; R. Brunschvig, "De la filiation maternelle en droit musulman", *Studia Islamica*, IX, 1958, pp. 49-59, en espec. p. 49; J. Lapanne-Joinville, "La filiation maternelle naturelle en droit musulman malekite", *RMD*, 1952, pp. 256-267, en espec. p. 264, nota a pie núm. 15; M Chafi, "L'enfant né hors mariage...", *loc. cit.*, pp. 150-151.

²⁹⁹ Vid. *supra* en esta investigación el epígrafe sobre el reconocimiento voluntario.

con posterioridad el acta adular sea controlada por la autoridad judicial³⁰⁰. Hoy en día, por tanto, será menos frecuente la alegación por la mujer de que desconocía la disolución de su unión conyugal para intentar establecer la filiación legítima del nacido de matrimonio disuelto.

En cuanto a la violación de la mujer, constituye uno de los grandes problemas que afectan a la sociedad marroquí y que sigue aún pendiente de la necesaria reforma legislativa que garantice mayor persecución y castigo del referido delito. Baste señalar que en los casos en que la mujer, en contra de su voluntad, haya sido obligada a tomar alcohol o drogas y a mantener contactos sexuales, se impone a aquélla la obligación de probarlo³⁰¹. En la actualidad, el CFM ha logrado un avance en este tema, al proclamar el carácter legítimo la maternidad en los casos en que la mujer haya sido violada (art. 147 CFM). Sin embargo, como ya se anunció, nada se menciona sobre la posibilidad de utilizar las pruebas de ADN para establecer la paternidad del violador.

Cabe cuestionarse las consecuencias que implicarían para el hijo determinar sólo la filiación materna legítima. Con independencia de cómo se valore jurídicamente la filiación materna, lo importante es la existencia de un padre legítimo reconocido. El resultado es claro: el Derecho marroquí sigue desprotegiendo a la mujer soltera y a sus descendientes. Llama la atención, no obstante, que en ciertos ámbitos jurídicos se atribuye efectos a la filiación materna no matrimonial. Hay que referirse a las leyes sobre pensiones civiles y seguridad social³⁰². En concreto, el art. 36 de la Ley núm 11/71 de 30 de diciembre de 1971³⁰³ establece el régimen de pensiones, reconoce al hijo

³⁰⁰ “El repudio es la disolución de los vínculos del matrimonio ejercido por el esposo y por la esposa, dependiendo de las condiciones de cada situación y bajo el control judicial, en virtud de las disposiciones de esta *Mudawana*” (art. 78 CFM). El control judicial marca un hito en este ámbito, donde la voluntad arbitraria y exclusiva del marido era la característica predominante en la anterior legislación. *Vid.* H. Zekri, “El nuevo Código de familia marroquí a la luz de las relaciones bilaterales...”, *loc. cit.*, p. 307; A. Quiñones Escámez, “La reception du nouveau code de la famille marocain (*Moudawana*, 2004)...”, *loc. cit.*, pp. 886-887.

³⁰¹ *Vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, *op. cit.*, pp. 9-15, en espec. pp. 14-15.

³⁰² *Vid.* M. Chafi, *Code du statut personnel...*, *op. cit.*, pp. 163-164.

³⁰³ B.O. núm. 3087 bis, de 31 de diciembre de 1971, p. 1555.

ilegítimo de madre funcionaria el derecho a una pensión de orfandad. En tal sentido, conviene mencionar el art. 5 del Decreto núm. 2/72-541 de 30 de diciembre de 1972, relativo a las prestaciones de la seguridad social, donde se establece que el hijo natural de la afiliada tiene derecho a las prestaciones y los subsidios sociales correspondientes³⁰⁴. En el ámbito de atribución de la nacionalidad, la madre soltera transmite la nacionalidad marroquí a su hijo³⁰⁵.

³⁰⁴ Este Decreto se puede consultar en B. Snoussi, *Les textes de la sécurité sociale*, Casablanca, Les Editions Maghrébines, 1^a edic., 2000, p. 162.

³⁰⁵ *Vid.* el epígrafe correspondiente a la doble nacionalidad en este capítulo.

3. La paternidad no matrimonial: su proyección en el Derecho español frente a su inadmisión en el Derecho marroquí

A) La evolución de la regulación de la paternidad no matrimonial en Derecho español

La filiación no matrimonial constituye en España una de las materias más sensibles y variables de todo el Derecho privado y que, hasta hace muy poco tiempo, ha estado en continua tensión³⁰⁶. Frente a la aprobación ético-social de la filiación surgida de matrimonio, la producida fuera del enlace conyugal se consideró irregular, porque atentaba al orden social y ético establecido. Además, en la determinación de la filiación extramarital se hace especialmente difícil la prueba, por lo que resulta imposible vincularla a sencillos esquemas como el de la regla *pater is est* o similares³⁰⁷. De hecho, esas dudas y dificultades de prueba se han trasladado a la paternidad a lo largo de la historia³⁰⁸, y ello tanto en lo que concierne a su determinación positiva (en particular, para la filiación no matrimonial) como a la negativa (demostración de la no paternidad).

Las Leyes 11/1981, de 13 de mayo³⁰⁹, 30/1981, de 7 de julio³¹⁰ y 21/1987, de 11 de noviembre³¹¹ formularon las reformas del C.c. en materia de filiación, relaciones conyugales y adopción. Esta normativa ya delineó un nuevo modelo de familia que no se fundaba de forma exclusiva en el vínculo matrimonial, sino

³⁰⁶ En general, sobre el tema *vid.* S. Llebaría Samper, *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, Cedecs, 1997.

³⁰⁷ *Vid.* F. Rivero Hernández “Título V. De la paternidad y filiación...”, *Comentarios al Código civil...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, p. 1088; J. F. Valls Gombau, “Determinación legal de la filiación por sentencia firme”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, arts. 556-827, Barcelona, Iurgium editores, 2001, pp. 3476-3494.

³⁰⁸ *Vid.* F. Rivero Hernández, *La presunción de paternidad legítima. Estudios de Derecho comparado...*, *op. cit.*, p. 87.

³⁰⁹ De modificación del C.c. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (BOE núm. 119, de 5 de mayo de 1981).

³¹⁰ Por la que se modifica la regulación del matrimonio en el C.c. y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981).

³¹¹ Por la que se modifican determinados artículos del C.c. y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción (BOE núm. 275, de 17 de noviembre de 1987).

en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados, con la finalidad de llevar a efecto una convivencia estable. Y es que no cabía ignorar el aumento progresivo en España de los hijos nacidos fuera de matrimonio entre los padres³¹². En este sentido, se afirma por el TEDH³¹³ que la institución de la familia no es inmóvil, ya sea desde el punto de vista histórico, sociológico o jurídico. Ahora bien, los Estados miembros del Consejo de Europa conceden gran importancia a la igualdad entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Testigo de ello es la Convención europea de 1975 sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio³¹⁴

En la actualidad, la convivencia duradera y estable, independientemente de la orientación sexual de sus miembros, constituye una realidad cotidiana de la sociedad española, a la que no puede permanecer ajeno el Derecho positivo. No hay que olvidar que el art. 39 C.E. ampara la protección integral de los hijos con independencia de su filiación y de que sus madres sean solteras, siendo la Ley la que posibilitará la investigación de su paternidad. Ante la ausencia de una norma estatal específica sobre parejas de hecho, las CC.AA.³¹⁵ han legislado sobre las

³¹² *Vid.* L. Díez Picazo, *Sistemas de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.*, p. 232.

³¹³ *Vid.* el asunto Mazurek c/Francia, STEDH, de 1 de febrero de 2000 (TEDH 2000/45), en <http://westlaw.es/>, en particular los apartados 49 y 52.

³¹⁴ Esta Convención no ha sido ratificada por España, solamente lo ha hecho Austria, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Reino Unido y Suecia. *Vid.* http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_int_es.htm.

³¹⁵ *Vid.* las leyes autonómicas sobre parejas de hecho. En concreto, Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho en la Comunidad autónoma de Andalucía (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2003); Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas en la Comunidad autónoma de Aragón (BOE núm. 95, de 21 de abril de 1999; Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias (BOE núm. 157, de 2 de julio de 2002); Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad autónoma de Canarias (BOE núm. 89, de 14 de abril de 2003); Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (BOE núm. 198, de 19 de agosto de 1998); Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura (BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2003); Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables, de la Comunidad autónoma de Islas Baleares (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2002); Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad autónoma de Madrid (BOE núm. 55, de 5 de marzo de 2002); Ley foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, de la Comunidad foral de Navarra (BOE núm. 214, de 6 de septiembre de 2000); Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho del País Vasco (BOPV núm. 100, de 23 de mayo de 2003); Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho, de la Comunidad autónoma de Valencia (BOE núm. 112, de 10 de mayo de 2001).

unidades de convivencia surgidas como consecuencia del ejercicio por los ciudadanos del derecho a regular sus relaciones personales sin sujeción a reglas preestablecidas³¹⁶. En las legislaciones autonómicas de uniones de hecho se parte del concepto de que nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forma parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio, o en la unión estable de dos personas que convivan en relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo³¹⁷. Pero nada se dispone sobre la presunción de convivencia estable de la pareja para determinación de la filiación no matrimonial.

El Derecho español vigente establece un régimen paralelo de determinación de la paternidad tanto en la filiación matrimonial como no matrimonial, en coherencia con los principios de no discriminación y de *favor filii*. La no discriminación en razón de nacimiento exige que todo hijo tenga un padre y una madre, además de la existencia de mecanismos legales igualitarios de determinación de la maternidad y paternidad, haya o no matrimonio. Sin embargo, no todas las filiaciones legalmente establecidas alcanzan el mismo grado de eficacia. Mientras que para los hijos matrimoniales juega una presunción [se presumen del marido los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días de su disolución o de la separación legal o de hecho de los cónyuges (art. 116 C.c.)], para los no matrimoniales no opera, lo que fomenta la vía del reconocimiento para establecer la paternidad y facilitar su constancia en la inscripción de nacimiento del hijo³¹⁸. Incluso, como

³¹⁶ Para un análisis de la evolución de las parejas de hecho en la sociedad española *vid.* P. Domínguez Lozano, “Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1395-1422; P. A., Talavera Fernández, *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares, 2001; M. Cebriá García, “El matrimonio en España en la segunda mitad del siglo XX”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2000, pp. 383-395; M.^a P. García Rubio, “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, en www.mujeresjuristasthemis.org/novedades/CONSTITUCIONAL.PDF.

³¹⁷ *Ad exemplum vid.* el correspondiente art. 1 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho en la Comunidad autónoma de Andalucía; de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables, del Principado de Asturias; Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

³¹⁸ *Vid.* F. Lledó Yagué, “El contenido básico de la filiación”, *Sistema de Derecho Civil...*, 2002, *loc. cit. op. cit.*, pp. 281-366; J. I. Fernández Domingo, “Reconocimiento de la filiación no matrimonial”, Madrid, *AC*, 1998, núm. 2, pp. 453-479; M. Peña y Bernaldo de Quirós,

se verá *infra*, los sujetos de la relación paterno-filial no siempre están legitimados para ejercitar la acción de reclamación o de impugnación de una filiación legalmente establecida aunque no coincidente con la biológica. Estas acciones, además, pueden y suelen estar sujetas a un plazo de caducidad o prescripción, dependiendo de la persona legitimada para iniciar el proceso³¹⁹.

La única diferencia admisible entre la determinación de la relación paterno-filial matrimonial y la no matrimonial es la resultante de la distinta realidad que separa a ambas filiaciones, sin detrimento del principio de no discriminación del art. 14 C.E.³²⁰. En este sentido, a diferencia de los que sucede con los padres casados respecto de quienes se presumen las relaciones íntimas y de las que se deduce la paternidad (*pater is est quem nuptiae demonstrant*), el establecimiento de la paternidad extramarital para estos últimos exigirá la prueba efectiva de las relaciones sexuales entre ellos³²¹. Así pues, mientras que el régimen de determinación de la paternidad matrimonial se conforma por criterios formalistas, como son las presunciones (la ley o la autoridad competente presumen que el varón que ha tenido relaciones presuntas con la madre con quien esté casado es el padre)³²², la constancia de la relación paterno-filial fuera de un enlace conyugal se alcanza por procedimientos y medios indirectos, considerándose como padre del hijo alumbrado por la mujer el varón con quien ésta haya tenido relaciones sexuales. Es importante destacar que la voluntad de los progenitores cobra un papel relevante en la determinación de la filiación no matrimonial, ya que sin ella sería indispensable un proceso judicial.

“Determinación y prueba de la filiación”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 828-1023; J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil...*, 2005, *op. cit.*, pp. 333-342; M. De la Cámara Álvarez, “Arts. 120 a 126 del C.c.”, en M. Albaladejo y S. Díaz de Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 296-491, en espec. pp. 296-333; F. Rivero Hernández, “La filiación en general”, *Derecho de Familia...*, 1997, *loc. cit. op cit.*, pp. 485-505.

³¹⁹ *Vid.* M. de la Cámara Álvarez, “De la paternidad y filiación”, en M. Albaladejo y S. Díaz de Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 1-40, en espec. p. 8.

³²⁰ *Vid.* F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, p. 12.

³²¹ *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho de familia...*, 2005, *op. cit.*, 330-331.

³²² *Vid.* F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, p. 7.

En los últimos tiempos, los presupuestos fácticos de la filiación han cambiado bastante, ya que se conoce mucho mejor el periodo de la gestación, aparecen las técnicas de procreación asistida y se dispone de pruebas, como las biológicas, de enorme eficacia en sus conclusiones³²³. De ahí que la dificultad de demostrar la paternidad no tiene ni el valor ni el rigor de los viejos presupuestos o datos prejurídicos de antaño. Sin embargo, este cambio no se ha producido al mismo ritmo, ni en el orden legal ni en el razonamiento jurídico, lo que resulta incongruente plantear nuevos problemas³²⁴. Al quedar asegurada la relación paterno-filial con las pruebas de ADN se debería reconsiderar la construcción excesivamente formalista del régimen jurídico de la filiación y, en particular, el de la paternidad³²⁵.

B) La paternidad natural como institución desconocida en Derecho marroquí

El modelo de familia en Derecho marroquí se centra en la figura eje del *pater familias*, aunque siempre vinculado al matrimonio o a las relaciones sexuales legítimas. La *Shariá* o Derecho islámico clásico³²⁶ prohíbe que ante cualquier juez, a instancia del hijo, de su representante o de otra persona con interés legítimo, se inste la declaración judicial de la filiación e inicie el procedimiento de investigación de la paternidad por estar la relación extramatrimonial castigada penalmente³²⁷. En el actual sistema jurídico marroquí se excluye el establecimiento de la filiación paterna extramatrimonial. De este modo, el hijo

³²³ En muchos casos, de un 99% de fiabilidad, tanto en sentido positivo como el de la exclusión de la paternidad.

³²⁴ F. Rivero Hernández, “Título V. De la paternidad y la filiación...”, *Comentarios al código civil...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, p. 1080.

³²⁵ Opinión de F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, p. 8.

³²⁶ La *Shariá* es el conjunto de normas religiosas, morales, sociales y jurídicas contenidas en el Corán y la *Sunna* (tradición del Profeta que ha sido transmitida a través de los *hadiths*, que son palabras y hechos del Profeta). *Vid.* glosario de términos en la obra de A. Borrás y S. Mernissi, *El islam jurídico...*, *op. cit.*, pp. 265-271, en espec. p. 267. Sobre la evolución de la *Shariá* en los distintos sistemas jurídicos modernos *vid.* A. A. An-Na’im, “La Sharía en el estado secular una paradoja de separación y fusión”, *ACFS*, 2007, núm. 41, pp. 9-31.

³²⁷ Sobre el tema *vid.* S. Mernissi, “Quelques aspects du statut personnel marocain”, en J-Y. Carlier y M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans: droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 116-121.

ilegítimo no tiene derecho a la reclamación de la paternidad biológica; así el art. 148 CFM dispone que “la filiación ilegítima no surtirá ninguno de los efectos de la legítima frente al padre”.

Para la *Shariá*, la fornicación es pecado tanto en el hombre como en la mujer, si bien la sanción no es la misma para ambos³²⁸. Cuando de un acto de tales características nace un niño, se vincula a la madre, lo quiera o no ésta. Sin embargo, el establecimiento de la relación paterno-filial se prohíbe, incluso aunque exista voluntad del padre de hacer constar jurídicamente la filiación del hijo fuera de los supuestos legales. Una parte de la doctrina marroquí³²⁹ sugiere que se establezca la filiación paterna del hijo del pecado en dos casos: 1) si el padre reconoce voluntariamente a su hijo, según criterio del *faqih*³³⁰ *Al Basri* y sus discípulos; y 2) cuando el test de ADN sea positivo, previa práctica ordenada por el Fiscal general. Estas indicaciones de cambio en la materia no anulan ninguna norma ni principios consagrados en Derecho clásico islámico, ni la opinión de varios jurisconsultos³³¹. Ello posibilitaría el establecimiento de la filiación tanto al padre como a la madre.

³²⁸ La *Shariá* prohíbe la fornicación y sanciona a sus actores. Sin embargo, el hijo es inocente de los actos de sus padres. Aunque se dice que cada alma es responsable de sí misma, este discurso coránico no hace ninguna distinción entre hijos legítimos y naturales. De hecho, el trato hacia el hijo del pecado ha sido heredado de costumbres antiguas. Ejemplo de ello es la costumbre en la cultura hebrea, donde la persona nacida del acto pecaminoso realizado por sus padres debe casarse con otra engendrada también en relaciones sexuales ilegales hasta que pasen diez siglos para que se purifique su filiación y pueda contraer matrimonio con otra de filiación legítima. Algunos *fuqabá* musulmanes exigen que el hijo no haya nacido del pecado para poder ejercer algunas profesiones, como la de juez o imán de oración. En este ámbito, la decisión más rara e injusta es la siguiente: no se acepta el testimonio de un hijo del pecado, aún siendo justo, en un crimen de fornicación, basándose en el principio de que “no se permite el testimonio de alguien en un asunto si él mismo traspasó sus límites”. Lo curioso es que quién infringió la ley al fornicar no fue el hijo sino su padre (opinión del jurisconsulto Ibn Rochd). *Vid.* A. Khamlichi, *Punto de Vista, 1ª parte: La familia, el niño y la mujer...*, *op. cit.*, p. 92.

³²⁹ *Vid.* A. Khamlichi, *Punto de Vista, 1ª parte. La familia, el niño y la mujer...*, *op. cit.*, pp. 94-96.

³³⁰ La traducción del término sería un jurista o especialista de la ciencia del Derecho islámico o *faqh*. Esta figura representó un papel preponderante en la vida social y política del Islam. Los *fuqabá* o alfaquies, gracias al conocimiento de la Ley, podían dar su opinión sobre las cuestiones que les remitieran los *cadies* y emitir fetuas (opiniones o decisiones jurisprudenciales) a quien se las pidiera, sin que en uno u otro caso tuvieran carácter vinculante. *Vid.* F. Maíllo Salgado, *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón, Trea, 2005, p. 82.

³³¹ *Vid.* A. Khamlichi, *Punto de Vista, 1ª parte. La familia, el niño y la mujer...*, *op. cit.*, pp. 90-92. El autor menciona a varios jurisconsultos ilustres y a otros menos conocidos que citan

La jurisprudencia del TS marroquí anterior a la promulgación del actual CFM rechazaba el establecimiento de la filiación legítima tanto a los alumbrados antes de los seis meses de la celebración del matrimonio (periodo legal de hacer constatar la filiación legítima) como a los nacidos antes de la unión conyugal. Incluso si los progenitores por mutuo acuerdo declaraban que el hijo había sido alumbrado después de la celebración del enlace conyugal y en período legal, la autoridad judicial podía negar la legitimidad del nacido al constatar la realidad de los hechos³³². En tales supuestos, el Alto tribunal marroquí ha venido estimando que los progenitores actuaban en fraude de ley al intentar corregir una situación ilícita y ocultar la existencia de relaciones sexuales extraconyugales³³³.

El vigente CFM, como ya se ha expuesto a lo largo de esta investigación, abre el camino para legitimar a los concebidos o nacidos fuera de matrimonio válido de los progenitores. Para ello, exige la voluntad de los dos padres de llevar a cabo un enlace conyugal conforme a Derecho. De esta manera, se flexibiliza el plazo mínimo y estricto de embarazo de seis meses a partir del acta matrimonial para que se produzca legalmente el nacimiento del niño. Con este cambio, el legislador pretende solucionar los problemas de los hijos de progenitores que no pudieron validar su matrimonio conforme a la ley marroquí o que nunca estuvieron casados y que, sin embargo, tienen la firme voluntad de legitimar a los

al Profeta con el fin de exponer que la *Shariá* elimina cualquier vínculo de filiación entre el hijo del pecado y su padre, por lo que se prohíbe que dicha relación se establezca. Por otra parte, el autor cita a otros jurisconsultos que ponen en duda la certeza de lo dicho anteriormente, rompiendo así la fuerza de la base del argumento. En definitiva, no hay unanimidad acerca de que el hijo de la fornicación no sigue la línea de parentesco de su padre.

³³² *Vid.* la resolución del TS marroquí núm. 445, de 28 de julio de 1998, que se puede consultar en A. Taoufik, *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 304-305.

³³³ La paternidad ilegítima derivada del escándalo y la fornicación no genera efecto jurídico alguno. De hecho, las relaciones sexuales ilegítimas son sancionadas por el Código penal marroquí (en adelante CPM) aprobado por Ley núm. 1/59/413, de 26 de noviembre de 1962 (B.O. núm. 2640 bis, de 5 de junio de 1963) reformado por *Dahir* núm.1-06-20 de 14 de febrero de 2006 que promulga la Ley núm 43-04 que modifica y completa el CPM (B.O. núm. 5400, del 2 de marzo de 2006, p. 342). En concreto, se contempla las figuras del atentado público contra el pudor, la obscenidad, la violación y agresiones sexuales, el rapto de la casada o el abandono del esposo o de las personas bajo cuya custodia se hallare, la ocultación de la mujer que hubiera abandonado el hogar conyugal, la corrupción de la juventud y los delitos relativos a la prostitución. En el art. 490 de dicho Código se expone que “toda relación sexual entre personas de distinto sexo no unidas por vínculos de matrimonio será considerada perversa y sancionada con pena de un mes a un año de privación de libertad”. También se penaliza con pena al que comete adulterio (art. 491 del CPM).

concebidos o nacidos bajo la ilicitud, aunque para ello exige el cumplimiento de las condiciones impuesta en los arts. 16 y 156 CFM.

De conformidad con lo expuesto, los nacidos fuera del matrimonio nunca tendrán acceso a un *status filii* ni *familiae* frente al progenitor masculino. En puridad, no cabe hablar de filiación paterno-filial legítima e ilegítima, puesto que ésta última no otorga ninguna obligación o derecho frente al padre. Lo apropiado sería hablar de filiación paterna legítima, sin distinción.

4. El reconocimiento voluntario: concepto jurídico aplicado a realidades diferentes

A) Adaptación de la institución a los nuevos modelos de familia

Uno de los modos que conducen al establecimiento de la filiación jurídica es el reconocimiento voluntario. Su base esencial admite particularismos nacionales con proyección en el orden público internacional de cada Estado³³⁴. El término “reconocimiento de la filiación” en los países de la Unión Europea alude a una institución que tiene como finalidad la determinación de la paternidad o maternidad no matrimonial³³⁵. Así se desprende de la Convención núm. 18 de la CIEC, firmada en Munich el 5 de septiembre de 1980, sobre el reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio, que responde a la preocupación por el establecimiento de la filiación de los hijos extramatrimoniales y al deseo de facilitar la validez al mayor número posible de reconocimientos en el plano internacional³³⁶. España firmó esta Convención, pero, hasta la fecha, no ha sido ratificada. Parecida suerte ha corrido para el resto de los Estados miembros de la CIEC³³⁷. El art. 1 de la Convención define al reconocimiento voluntario como el acto jurídico por el que una persona afirma que es el padre o la madre de un hijo³³⁸ y excluye la aplicación del texto convencional al reconocimiento que tenga como único objetivo el establecimiento del derecho a la obtención de alimentos.

³³⁴ Vid. F. Cadet, *L'ordre public en droit international de la famille...*, op. cit., p. 36.

³³⁵ Vid. J. Pozo Vilchez, *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada...*, op. cit., pp. 22-27; id., *El reconocimiento de la filiación...*, pp. 26-35; V. M. Garrido de Palma, “El reconocimiento de hijos”, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV, RDP, 1983, pp. 11-42, en espec.

³³⁶ Vid. el Rapport Explicatif de la Convención CIEC núm. 18 sobre reconocimiento de los hijos nacidos fuera de matrimonio, <http://ciec1.org/>

³³⁷ Solamente Francia (el 14 de abril de 1986) y Turquía (el 25 de septiembre de 1987) ratificaron esta Convención, pero no ha entrado en vigor para ninguno de los países CIEC.

³³⁸ Se excluye del ámbito de aplicación de la Convención tanto el establecimiento judicial de la filiación como la determinación de la misma en el acto del nacimiento, donde se indica el nombre del padre y la madre.

En este mismo marco legislativo, el Convenio núm. 5 sobre la extensión de la competencia de los funcionarios cualificados para autorizar el reconocimiento de hijos no matrimoniales, firmado en Roma el 14 de septiembre de 1961³³⁹, declara en su primer artículo que el reconocimiento de la filiación es el acto por el cual una persona manifiesta ser padre de un hijo no matrimonial y lo distingue del reconocimiento sin filiación, según que la intencionalidad de la declaración tenga o no por objeto establecer un vínculo jurídico de filiación entre ambas partes intervinientes. Asimismo, el Convenio núm. 6 de la CIEC, firmado en Bruselas el 12 de septiembre de 1962, relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales³⁴⁰ prevé la utilización del reconocimiento materno sólo para los hijos no matrimoniales.

La comisión de expertos en Derecho de familia en el seno del Consejo de Europa elabora un Libro Blanco en enero de 2002 donde, a partir de una serie de principios sobre el establecimiento y las consecuencias jurídicas de la filiación, busca revisar los instrumentos internacionales y preparar recomendaciones e informes sobre estas materias³⁴¹. El principio número 7 recoge la institución del reconocimiento voluntario de la filiación como una de las vías de determinación de la paternidad y expone que “si la filiación paterna no ha sido establecida por presunciones (matrimoniales o no), la legislación interna de los Estados debe prever la posibilidad de establecer la filiación paterna mediante el reconocimiento voluntario”³⁴².

El término reconocimiento, por tanto, designa a las situaciones donde la filiación paterna es establecida sobre la base de actos voluntarios de los padres. Este acto puede tener varias formas: la expresión de una voluntad delante de una autoridad administrativa, como el Registro Civil, la firma de un protocolo delante de juez u órgano administrativo, un acuerdo escrito por los padres o la firma conjunta en el registro del nacimiento del hijo.

³³⁹ Instrumento de adhesión España de 22 de junio de 1987 (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1987).

³⁴⁰ Instrumento de adhesión de España de 27 de enero de 1984 (BOE núm. 92, de 17 de abril de 1984).

³⁴¹ CJ-FA (2001) 16 rev. Esta obra puede consultarse en inglés y en francés en la dirección de internet del Consejo de Europa: <http://www.legal.coe.int/family>.

³⁴² *Vid.* el Libro Blanco del Consejo de Europa, CJ-FA (2001) 16 rev., en el principio número 2, punto 18, p. 6 del documento.

La reciente instauración en España de la Ley que regula los matrimonios entre homosexuales supone un desafío para el principio de la verdad biológica en sede de determinación de la filiación extrajudicial. El sentido de la filiación va evolucionando hacia nuevas perspectivas, como pueden ser la “conyugalidad homosexual y la homoparentalidad”³⁴³. Es fácil suponer que el modelo de “parentesco genealógico” sobre el que descansa ordenamiento jurídico español de filiación se relativizará con los años y se aceptarán otros, como el homoparental.

La Ley 13/2005, que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, corrige el art. 48 de la LRC de la siguiente forma: “la filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento”. La cuestión estriba en saber cómo se determinaría la filiación de los hijos de matrimonios homosexuales femeninos en los siguientes supuestos: a) los casos de reproducción asistida y b) los casos de los nacidos en el seno de los matrimonios homosexuales y engendrados sin el recurso de las técnicas artificiales. En tales situaciones, la legislación española baraja la posibilidad de un nuevo concepto: la “pluriparentalidad”³⁴⁴. Esta opción no

³⁴³ Es evidente que, a la vista de la evolución histórica, los fundamentos considerados como naturales en cada cultura evolucionan bajo presiones varias y que las culturas no son paralizadas”, *vid.* M. E. Handam, “Sexualité et famille: approche anthropologique”, en D. Borrillo, E. Fassin et M. Iacub (dir.), *Au-delà du PaCS. L’expertise familiale à l’épreuve de l’homosexualité*, Presse Universitaires de France, Paris, 2000, pp. 245-259, en espec. p. 259. Para la mejor comprensión de estos conceptos novedosos como la conyugalidad homosexual y homoparentalidad, *vid.* L. Chamberland, “Famille homoparentales”, *Le regroupement inter-organismes pour une politique familiale au Québec. Penson famille*, 2003, vol. 14, núm. 72, <http://www.familis.org/riopfq/publication/pensions72/chamberland.html>.

³⁴⁴ En Quebec (Canadá) se plantea el concepto de pluriparentalidad en la Ley de Unión civil y el establecimiento de nuevas reglas de filiación, de 24 de junio de 2002 (L.Q., 2002, c. 6). Mediante esta reglamentación se concede el derecho de adoptar a un hijo a las parejas de homosexuales. El legislador de Québec prefiere quedarse con la lógica binaria y restringe a dos el número de padres que un niño pueda tener. Sin embargo, se trata de unas de las grandes paradojas de la reforma de la filiación en Québec, porque según datos proporcionados durante la comisión parlamentaria encargada de establecer recomendaciones al legislador, en nueve casos sobre diez niños que viven en una dinámica homoparental no son jurídicamente adoptables porque vienen de una unión heterosexual anterior donde el otro progenitor sigue vivo. Y son contados los casos en los que el progenitor natural renuncia legalmente a su hijo para consentir una adopción legal. Sobre el tema *vid.* A. Roy, “Les enjeux de la réforme du droit de la filiation”, *Colloque Regards sur la diversité des familles*, organisé par le Conseil de la Famille, mai 2005, en <http://agora.qc.ca/colloque/cfe2005.nsf>. En este nuevo contexto legal, la Court of Appeal for Ontario admitió el establecimiento de una triple relación de filiación de un hijo

resulta discordante, si se tiene en cuenta la urgencia de dar cobertura legal a las nuevas concepciones del establecimiento de la filiación que se han implantado en los últimos años: desde las técnicas artificiales de fecundación hasta las adopciones, contextos en los que la verdad biológica queda relegada a un segundo plano³⁴⁵. De hecho, la incorporación de un tercer párrafo al art. 7 LTRHA por la Ley 3/2007 de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil español a favor de dos mujeres casadas sobre la base del elemento volitivo, con independencia del vínculo genético de la cónyuge de la madre³⁴⁶. La solución adoptada por la Ley 3/2007 sólo alcanza al matrimonio, pues no contempla la posibilidad del reconocimiento voluntario de parejas de hecho homosexuales femeninas cuando se recurre a técnicas de reproducción asistida. En estos supuesto, el único mecanismo legal para determinar la filiación es acudir es la adopción.

La concepción biológica de la filiación en España parece encauzarse hacia nociones de paternidad y maternidad sociales y formales a partir de la implantación de nuevos modelos de familia³⁴⁷. Junto a la verdad biológica,

respecto de sus progenitores biológicos y respecto de una mujer que formaba pareja afectiva con la madre biológica. La admisión del triple vínculo filial se fundamenta en la voluntad común de las integrantes de la pareja de alcanzar una maternidad y compartir responsabilidades derivadas de ella. El interés del hijo, en este caso, se reforzó mediante la adición de una segunda maternidad y sin desplazamiento de ninguna de las filiaciones ya determinadas legalmente. La citada decisión se puede consultar en http://www.ontariocourts.on.ca/decisions_index/2007.htm, Title: AA vs BB, citation 2007 ONCA 2.

³⁴⁵ Vid. Y. Gómez Sánchez, *El derecho a la reproducción...*, *op. cit.*, pp. 126-128; F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, pp. 14-18.

³⁴⁶ Vid. *supra* el epígrafe “La relación materno-filial en Derecho español”, en particular las pp. 111 y stes.

³⁴⁷ Vid. la definición de maternidad y paternidad en los arts. 8 al 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción humana asistida (BOE núm 126, de 27 de mayo de 2006) que ha derogado la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE. núm. 282, de 24 de diciembre, corrección de errores en BOE núm 284, de 26 de noviembre de 1988). Esta nueva legislación se plantea como principal objetivo el de facilitar al máximo el que las personas que padezcan problemas de fertilidad puedan tener hijos, eliminando una serie de restricciones legales ahora vigentes y que parten de la Ley 45/2003, de 21 de noviembre. También se regula la aplicación de técnicas médicas en la prevención y tratamiento de enfermedades de origen genético o hereditario y las condiciones en las que podrá autorizarse la utilización de gametos y preembriones humanos con fines de investigación. Respecto al tema, *vid.* F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, p. 5 y stes.; *id.* “La filiación en el umbral...”, *loc. cit.*, p. 117.

emerge un novedoso principio “de consentimiento” que alienta con imponer otras perspectivas hasta ahora desconocidas, y que además promete servir de fundamento relevante y eficiente de las filiaciones jurídicas³⁴⁸. Quizás no sea un despropósito pensar que en el siglo XXI se designe con términos y conceptos diferentes a las nuevas realidades y a las filiaciones formales. Los actuales esquemas jurídicos de una filiación, que ha sido concebida bajo otros presupuestos fácticos y otras coordenadas mentales, pueden no ofrecer la respuesta más adecuada. Así, el legislador español tendrá en cuenta que la filiación es una realidad sometida a cambios, lo que origina cierta impresión de inestabilidad institucional. De ello se infiere que la figura del reconocimiento se convierte en un mecanismo jurídico que incorpora filiaciones *ex voluntate*, en detrimento de la coincidencia biológica³⁴⁹.

En este sentido, algunas legislaciones occidental están abiertas a interpretar las posibles consecuencias derivadas de las adopciones y las filiaciones en enlaces homosexuales³⁵⁰. La provincia canadiense de Quebec ha

³⁴⁸ Las filiaciones *ex voluntate* es una categoría jurídica y social nacida de los últimos tiempos. Hasta hace poco era normal el presupuesto material y jurídico de la filiación que se derivada de las relaciones sexuales entre varón y mujer. La nueva realidad social parte de un punto de vista que acepta la procreación sin relaciones sexuales. Y se complica con numerosas variantes en función de si los gametos (masculino y/o femenino) o el útero donde se desarrolla la gestación es de uno de los miembros de la pareja (casada o no) o de un tercero/a. En este último caso, con o sin el consentimiento del marido o compañero de la mujer. Puede ocurrir, por tanto, que además del artificial procedimiento de fecundación el hijo haya nacido de la unión de gametos ajenos (uno, o los dos) a las personas que toman la decisión de que este hijo nazca, e incluso que la gestación se produzca en mujer diferente porque la que quiere se madre no puede llevar adelante un embarazo. *Vid.* F. Rivero Hernández, “La filiación en el umbral...”, *loc. cit.*, pp. 104 y 139.

³⁴⁹ Numerosos autores franceses, como la socióloga I. Théry, observan en la estructura del parentesco un simbolismo institucional inmutable fundado en la diferencia de sexos y consagrado por las reglas del Código civil francés (“Familles recomposées”, *Couple, filiation et parenté aujourd’hui, le droit face aux mutilations de la famille et de la vie privée*, Paris, La documentations française/Odile Jacob, 1998). Una excelente síntesis de argumentos naturalistas en esta materia en F. Leroy-Forgeot, “Nature et contre-nature en matière d’homoparentalité”, en M. Gross (dir.), *Homoparentalités, état des lieux: Parentés et différence des sexes*, Paris, ESF éditeur, 2000, pp. 140-153.

³⁵⁰ En el Reino Unido, Civil Partnership Bill, de 18 de noviembre de 2004; en Holanda The Act Opening to Same-Sex Copules de 21 de diciembre de 200, que entró en vigor el 1 de abril de 2001 (*Journal of the Kingdom of the Netherlands* de 11 de enero de 2001, núm. 9). Tanto en la regulación del Reino Unido como en la española, es posible la adopción para matrimonios o uniones del mismo sexo. Este tipo de adopción no va más allá de transmitir los derechos parentales, ya que no se pretende situar al niño en un nuevo contexto o eje genealógico, por lo que sólo se inscriben los nombres de los adoptantes en el margen del acta de origen del nacimiento del adoptado.

dado el paso de reformar su legislación sobre filiación para situar al niño en un nuevo eje genealógico. La Ley quebequesa del 24 de junio de 2002, que regula las uniones civiles y modifica las reglas de filiación, establece una presunción de paternidad en la unión civil, considerada en sentido amplio³⁵¹. De tal forma que, cuando un niño nace de una la procreación asistida durante la unión, se presume que el progenitor es el cónyuge de la mujer que lo alumbró, independientemente de su sexo. En cuanto al segundo vínculo materno, el modo de establecimiento varía en función del estatus jurídico de la pareja de lesbianas. Si existe matrimonio o unión legal, la cónyuge de la madre inseminada de forma artificial se considerará “co-madre” del nacido, en virtud de la presunción de parentesco inspirada en la presunción de paternidad aplicable en materia matrimonial³⁵². En caso de una pareja de hecho, la compañera sentimental de la madre tendrá derecho a reconocer al hijo ante la autoridad del Registro Civil, siendo suficiente la declaración de la interesada para establecer el vínculo de filiación, sin necesidad de llevar a cabo un procedimiento de adopción. Como se observa, el legislador de Quebec ha optado tanto por la institución del reconocimiento de la filiación, como por la creación de una presunción de “paternidad en sentido amplio”, que reconstruye la filiación al margen de la realidad biológica en cuanto a los hijos nacidos de parejas o de matrimonios del mismo sexo³⁵³.

³⁵¹ La terminología empleada en francés “présomption de parentalité” se ha traducido como presunción de paternidad en sentido amplio. No obstante, se ha tenido en cuenta el concepto de parental, ya que en el Diccionario de la Real Academia se define como perteneciente a los padres o parientes. En biología, se refiere a uno o ambos progenitores. En psicología, psicopedagogía, rol parental parece referirse a las relaciones padre-hijo, madre-hijo. El término “responsabilidad parental” utilizado en el Reglamento (CE) núm. 1347 (2000), del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes (*DOCE* de 30 de junio de 2000), que ha sido derogado por el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOCE* núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003) ha sido interpretado por M. Moya Escudero, “Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II”, en S. Sánchez Lorenzo y M. Moya Escudero (dirs.), *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 105-150, en espec. pp. 112-114.

³⁵² El art. 538.3 del Código civil de Québec dispone: “el niño, nacido de una procreación asistida de un proyecto parental entre cónyuges civilmente unidos, y que nace durante su unión o en los trescientos días después de su disolución, se presume que su otro progenitor natural es la cónyuge de la mujer que le dio a luz”.

³⁵³ *Vid.* A. Roy, “La filiation homoparentale: esquisse d’une réforme d’une réforme précipitée”, *Revue internationale enfances, familles, générations* (publiée par le Conseil de

B) El *istilhak* en el Derecho marroquí

Para combatir la gran severidad a la que conduce la aplicación estricta de la palabra del Profeta, según la cual “los hijos deben estar vinculados al matrimonio”, los autores musulmanes admiten el procedimiento de *istilhak* o *iqrar* como variante en la aplicación de la presunción de la legitimidad en la filiación del principio de Derecho musulmán³⁵⁴, por el cual se produce el reconocimiento por parte del padre de un hijo de filiación desconocida, quien se integrará a su parentela³⁵⁵.

En cualquier caso, los legisladores de países musulmanes introducen diferentes requisitos para la validez del reconocimiento, según criterios seguidos por las distintas escuelas jurídicas. Así, en el Derecho tunecino se admite que con la sola voluntad del padre se puede elevar al nacido fuera del matrimonio a la dignidad del hijo legítimo³⁵⁶. Según el Derecho marroquí, el padre no debe

développement de la recherche sur la famille du Québec), 2004, núm. 1, <http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1>; M. F. Bureau, “L’Union civile et les nouvelles règles de filiation au Québec: contrepoint dissonnant au éloge de la parenté désirée. Communication présentée lors du colloque sur l’union civile organisée par la Chaire du notariat de l’Université de Montréal, 29 novembre 2002”, <http://agora.qc.ca/arc.nsf/Services/Colloques>; M-B Tahon, *Vers l’indifférence des sexes? Union civile et filiation au Québec*, Montréal, Boréal, 2004.

³⁵⁴ En el Derecho clásico se utilizan la terminología de *ta’abbi* para el reconocimiento de la paternidad y *ta’mmum* para el de la maternidad. La raíz de esas palabras es *ab* (para nombrar al padre) y *omm* (para nombra a la madre). Se trata, pues, de reconocimiento de paternidad y maternidad pero sin intervención judicial. *Vid.* L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l’étude du droit...*, 2001, *op. cit.*, pp. 410-415; L. Pruvost, *L’établissement de la filiation dans le droit tunisien...*, *op. cit.*, p. 313. Sin embargo, la nueva *Mudawana* ya no utiliza estas palabras porque la vía actual para formular un reconocimiento es mediante el *istilhak*.

³⁵⁵ Tradicionalmente, se utilizaba el reconocimiento para declarar la filiación legítima de los nacidos de relaciones sexuales entre el amo y la esclava o de relaciones de concubinato legal (*attassarri*), lo que permitía a los hijos reconocidos llevar el apellido y gozar de una parte de la herencia del padre. *Vid.* J. Lapanne-Joinville, “La reconnaissance de paternité d l’enfant issu du concubinat legal”, *RMD*, 1952, pp. 153-166; M. Del Nido y Torres, “De la paternidad y la filiación”, *Derecho musulmán*, 2ª edic., Tetuán, edic. Hispano-Africana, 1927, pp. 91-111, en espec. p. 95; Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé...*, *op. cit.*, p. 55; S. Mernissi, “La filiation de l’enfant en droit musulman...”, *loc. cit.*, pp. 119-135.

³⁵⁶ El Código de familia tunecino expone en el art. 68 que para establecer la filiación no es indispensable que exista una unión matrimonial. En este sentido, también actúa del mismo modo la jurisprudencia de la Corte de Casación de Túnez, como la sentencia núm. 2000, de 5 de diciembre de 1963, *vid.* S. Ben Halima, *La filiation paternelle legitime...*, *op. cit.*, p. 118. Sobre la evolución del Derecho de familia de Túnez *vid.* A. Mezghani, “Le juge français et les institutions du droit musulman...”, *loc. cit.*, pp. 728-729; *id.*, “Le droit tunisien reconnaît

declarar que el hijo es fruto del adulterio o de relaciones extramatrimoniales, porque el reconocimiento de la paternidad tiene como efecto la atribución de la filiación legítima, sobre la base de los principios generales del rito *maliki*³⁵⁷.

Para el CFM, el *istilbak* queda reservado al padre, no teniendo ni el tutor testamentario, ni ningún otro pariente tal alternativa. Las figuras del *istilbak* y el *igrar*³⁵⁸ coexistieron en la antigua *Mudawana* que definía a esta última como el reconocimiento de parentesco indirecto para la determinación de la relación abuelo-nieto o tío-sobrino a efectos de obtención de pensión alimenticia, sin suponer el establecimiento de la paternidad propiamente dicho³⁵⁹.

En el Derecho musulmán clásico apenas se ha prestado atención al reconocimiento materno, porque abordar cualquier medio de determinación de la relación materno-filial significaba plantear la cuestión de los hijos ilegítimos. Aunque la *Mudawana*, por primera vez, recoge el reconocimiento materno como medio legal para establecer la filiación (art. 147.2 CFM)³⁶⁰, tanto para hijos legítimos como ilegítimos, con idénticos efectos en ambos casos (art. 146 y 147 CFM), a diferencia de lo que ocurre con el padre.

Como se observa en este epígrafe, el reconocimiento voluntario de la filiación para el Derecho español y marroquí se define, de forma genérica, como la declaración voluntaria efectuada por los presuntos progenitores (padre o

ses enfants naturels”, *Mouvements du droit contemporain: Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*, Tunis, Centre de Publications Univertitaires, 2005, pp. 651-682.

³⁵⁷ La resolución del TS marroquí núm. 12, de 29 de diciembre de 1968 confirma que el reconocimiento es una de las vías para acceder a la filiación legítima, que se puede consultar en A. Taoufik, *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal...*, *op. cit.*, p. 51. *Vid.* también antiguo art. 89 de la *Mudawana*, M. Chafi, *Code du statut personnel...*, *op. cit.*, pp. 168-170.

³⁵⁸ En el art. 93 de la anterior *Mudawana* se contemplaba el reconocimiento de parentesco para obtener alimentos.

³⁵⁹ F. Sarehane, “Filiation”, *Législation comparée: Maroc, fasc. 2-1, Juris-Classeur*, 1999, pp. 1-28, en espec. p. 25; Y. Linant de Bellefondes, *Traité de droit musulman comparé...*, *op. cit.* pp. 64-70.

³⁶⁰ En la anterior *Mudawana* de 1993 únicamente se establecía el reconocimiento paterno (art. 89 y 92) y nada se exponía de la posibilidad de la madre de reconocer a un hijo. *Vid.* L. Milliot et F. P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit...*, *op. cit.*, pp. 412-413.

madre) cuyo efecto directo es la filiación respecto del hijo. Sin embargo, se trata de un concepto que esconde realidades diferentes en cada ordenamiento. El legislador español configura al reconocimiento voluntario como uno de los modos de determinación de la filiación no matrimonial³⁶¹. Mientras que para el CFM, es una de las vías para establecer la filiación legítima, junto al matrimonio de los padres y sentencia judicial firme³⁶². En definitiva, la institución del reconocimiento voluntario de la filiación, en uno y otro ordenamiento, se impregna de particularidades nacionales que pueden introducir límites al orden público internacional³⁶³.

³⁶¹ *Vid.* C. Ladrón de Cegama y Fernández, “Los hijos no matrimoniales y el Registro Civil, *BIMJ*, 1984, núm. 1340, pp. 3-20 y continuación en *BIMJ*, 1984, núm. 1341, pp. 3-13.

³⁶² La legitimidad o ilegitimidad del hijo van ligada a la paternidad. El hijo legítimo determina una relación con efectos legales entre el hijo y su padre, de derecho a la religión, la filiación, la herencia, los impedimentos del matrimonio y las obligaciones y deberes. El hijo ilegítimo no tiene vínculos jurídicos con el padre, aunque sí con la madre, independientemente que la maternidad sea legítima e ilegítima. *Vid.* M. Jauhar, “Prueba y negación de la filiación...”, *loc. cit.*, pp. 152-165.

³⁶³ S. Poillot-Peruzzetto, “L’incidence du droit communautaire sur le Droit de la famille”, en *La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne*, journées CEDES, Poitiers, octubre 2000 (a publicar), citada en F. Cadet, *L’ordre public en droit international de la famille...*, *op. cit.*, p. 36, en particular en nota a pié de página núm 89.

5. Determinación judicial de la filiación: valoración de la libre investigación de la verdad biológica en los Derechos comparados

- A) El derecho a las acciones judiciales de filiación en España y la libre investigación de la verdad biológica

En el art. 39.2 C.E.³⁶⁴ se proclama la libre investigación de la paternidad materializándose mediante acciones judiciales³⁶⁵, que son reguladas tanto en el C.c. en sus aspectos sustantivos (*cf.* art. 131 a 141 C.c.) como en la LEC para las cuestiones procesales (*cf.* arts. 748 a 755 y 765 a 768 LEC). La consagración de la libre investigación de la filiación constituye un claro exponente tanto de los cambios que sufren las normas jurídico-privadas como de la relatividad de sus señas de identidad, que también presenta paradojas, contradicciones y equilibrios inestables. En cualquier caso, hay que destacar las distintas convicciones sociales presentes en esta materia, como el repudio de la filiación incestuosa, el alcance de la regulación de la determinación de la filiación en el proceso penal³⁶⁶ y otras

³⁶⁴ En la medida en que las pruebas biológicas han permitido determinar con precisión la paternidad o maternidad, el mandato del constituyente cobra todo su sentido para que la Ley posibilite la investigación de la paternidad (art. 39.2 C.E.) Su finalidad primordial es el ajuste de la verdad jurídico-formal a la verdad biológica, adecuación vinculada a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). El cumplimiento de este precepto constitucional se materializó en la reforma del Código civil operada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1981), aunque también se recoge en el vigente art. 767.2 LEC, que dispone que “en los juicios sobre filiación será admisible la investigación de la paternidad y la maternidad mediante toda clase de pruebas, incluidas las biológicas”.

³⁶⁵ Se acoge el término “Derecho de acciones” para abarcar la disciplina legal que inspira el establecimiento judicial de la filiación en el ordenamiento español. En concreto, la expresión se utiliza en la solicitud de la tutela jurisdiccional sobre la materia, capaz de integrar un pronunciamiento judicial afirmativo o negativo sobre el estado legal de la filiación. Es cierto que la LEC omite la referencia a las acciones de filiación en el título del capítulo II específico en la materia y opta por hacer referencia a “los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad”, aunque cuando se describe la regulación específica para la determinación o la impugnación de la filiación el legislador vuelve a utilizar el término “acciones”. En este sentido, hay que aclarar que no cualquier sentencia va a determinar la filiación, sino la que se dicte solamente resolviendo el litigio que se sustancia por el ejercicio de las acciones de filiación. Sobre el tema *vid.* J. M.^a Ruiz Moreno, *El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*, Madrid, La Ley, 2000, pp. 46 y 47; A. M. López y López, “Acciones de filiación. Algunos aspectos sustantivos”, *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación... op. cit.*, pp. 155-179, en espec. p. 158; J. R. García Vicente, “Los principios del Derecho de las acciones...”, *loc. cit.*, pp. 15-29.

³⁶⁶ La sentencia que establezca la filiación puede dictarse, en términos generales, en un proceso civil o en uno penal, pues es perfectamente posible que una resolución penal declare la paternidad (*cf.* art. 193 C.P.)

limitaciones para terceros implicados en sede judicial. No obstante, resaltar que la sociedad española ha evolucionado desde la aprobación de la C.E. Ello obliga a una interpretación diferente de la investigación de la filiación, que se centre más en el respeto a la verdad biológica y en la prevalencia de los derechos individuales para una mejor defensa de los diversos tipos de familia existentes en la actualidad³⁶⁷.

El interés en la investigación de la filiación se materializa en las acciones judiciales de filiación, que son acciones de estado civil³⁶⁸, cuyo rasgo más

³⁶⁶. Las sentencias penales en las que se impongan el reconocimiento de la prole son también por sí mismas, sin necesidad de especiales declaraciones del progenitor ni de expediente registral complementario, títulos suficientes para la determinación legal de la filiación y para la inscripción en el RC. Y es que una resolución penal puede contener declaraciones en orden a la filiación (art. 444 C. P.) Así se desprende de lo dispuesto en el art. 190 RRC, en armonía con los arts. 115.2 y 120.3 C.c., al establecer que: “es inscribible la sentencia penal firme que, en su fallo, determine una filiación”. Debe recordarse que, como norma general, la sentencia penal no es título directo para la rectificación en el Registro. Cuando los hechos declarados en este tipo de resolución estén en contradicción con los datos que refleja el Registro para la rectificación del asiento es preciso el expediente complementario al que alude el art. 293 RRC. Sobre el valor de las sentencias penales en esta materia, puede verse la Resolución de la DGRN de 4 de mayo de 1984 (RJ 1984/3871), en <http://westlaw.es/>. Quizás sea menos probable un pronunciamiento de maternidad accesorio en la condena por delito por suposición de parto o de alteración de maternidad o de estado civil (arts. 220 y 221 C.P.).

³⁶⁷ Se trata de realzar el valor de la interpretación de las normas acorde con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicadas (art. 3.1 C.E.).

³⁶⁸ No obstante, las acciones de filiación conllevan unas características particulares, como son: a) la marcada inherencia o personalidad, por lo que su ejercicio suele quedar reservado a los protagonistas de la relación de filiación que se reclama o impugna. En supuestos excepcionales se puede ejercitar por otros interesados (art. 131. 1 y art. 141.1 C.c.; art. 765. 2 LEC); b) las acciones de filiación son indisponibles, irrenunciables, imprescriptibles, aunque sometidas a caducidad (art. 132.1 C.c.), insusceptibles de allanamiento, ni de transacción o de compromiso por ser la filiación *extra-commercium*; c) se ciñen a la intimidad y otros valores personales unidos a la filiación, lo que justifica ciertas restricciones en la admisión de las demandas (art. 767.1 LEC), la especial legitimación del Ministerio Fiscal en la representación de los menores e incapaces (art. 765.1 LEC) o la adopción de ciertas medidas judiciales de protección en los procesos de filiación (art. 768 LEC); d) el interés público preside el ejercicio de estas acciones y las particularidades en los procesos de filiación; e) la eficacia particular de las sentencias dictadas en los procesos de filiación, lo que se traduce en la especial naturaleza de estas acciones. *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil, IV, Familia*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 317-375, en espec. p. 353; R. Herrera Campos, “La filiación”, en F. J. Sánchez Calero (dir.), *Curso de Derecho civil, IV, Derechos de familia y sucesiones*. 4ª edic., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 307-308.

significativo lo constituye su eficacia general³⁶⁹. Piénsese que mediante las acciones de reclamación o de impugnación se determina la filiación (*cf.* arts. 131 a 141 C.c. y 756 a 767 LEC) y se corrige cualquier posible desajuste de la realidad, por lo que consigue la coincidencia entre la verdad jurídica y la biológica³⁷⁰. La libre investigación de la paternidad o maternidad facilita los mecanismos jurídicos que permiten llegar a la verdad biológica, tanto en su aspecto positivo (declaración) como negativo (impugnación). En cualquier caso, hay que tener presente que la determinación de la filiación mediante el ejercicio de una acción de reclamación o impugnación es una especie de último recurso ante el fracaso de otros mecanismos más sencillos. La sentencia judicial constituye, en definitiva, uno de los modos de determinación-destrucción de la filiación con carácter incontrovertible (*cf.* arts. 115.2, 120.3 y 136 y *stes* C.c.), que afecta a una posición jurídica fundamental de la persona en el tráfico jurídico y que tiene efectos *ultra partes*³⁷¹.

En el estudio del Derecho español de las acciones de filiación resulta conveniente resaltar las claves constitucionales que lo inspiran³⁷² vinculadas a la

³⁶⁹ No es objeto de esta investigación tratar de delimitar la naturaleza concreta de las acciones de filiación, pues incluso en la doctrina civil es una cuestión que dista mucho de ser pacífica. Así, la mayoría de autores civilistas opinan que la determinación judicial de la filiación deriva un carácter declarativo del hecho natural de la filiación y produce un cambio en la situación jurídica precedente del sujeto por la intervención judicial. De este modo, no constituiría en rigor un estado de filiación sino que, por el contrario, sirve para declararlo con efectos desde el momento del nacimiento. Otra parte de la doctrina civil entiende que las acciones de filiación son constitutivas, productoras de efectos *ex nunc*, porque la filiación es un presupuesto abstracto y jurídico indeterminado hasta que la sentencia sea dictada. Finalmente, existe una posición doctrinal minoritaria que mantiene que las acciones de filiación son declarativas-constitutivas al constatar que el hecho natural de la procreación constituye el *status filii*, mientras que los efectos derivados de la generación dependen de la constatación oficial de ésta. *Vid.* las distintas posiciones doctrinales y la bibliografía señalada en J. M^a. Ruiz Moreno, *El proceso especial de filiación...*, *op. cit.*, pp. 48 y 49.

³⁷⁰ Sobre el régimen, en general, de las acciones de filiación en Derecho español *vid.* J. Domínguez Platas, “Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado”, *RDP*, 1996, pp. 436-463; X. O’Callaghan Muñoz, *Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Investigación de la paternidad. Prueba Biológica*, Madrid, Actualidad Editorial, 1993, pp. 15-70; F. Lledó Yagüe, *Acciones de filiación*, Madrid, La Ley, 1987; L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.*, pp. 251-264.

³⁷¹ *Vid.* J. R. García Vicente, “Los principios del Derecho de las acciones...”, *loc. cit.*, pp. 15.

³⁷² *Ibidem*, pp. 15-29.

pretensión de consagrar la libre investigación. Esto se consigue ponderando otros principios constitucionales en presencia como el *favor filii*, la igualdad, la seguridad jurídica y el control público unido a la autonomía de las partes. Por último, se debe aludir a la exigencia de un principio de prueba para materializar la libre investigación y destacar el impacto que tiene el ADN y el efecto de la negativa a la práctica esta prueba médica.

En el ámbito de las acciones de filiación, el *favor filii* alcanza la protección máxima cuando el individuo es menor de edad o incapaz. Y ello en razón de la necesidad institucional de amparo de estas personas mediante la intervención obligatoria del Ministerio Fiscal³⁷³. Por otra parte, ante la aparente desigualdad material entre las posiciones del hijo y del progenitor, el *favor filii* lleva a una clara opción en favor del interés del hijo patente en la titularidad restringida por parte del padre del derecho a conocer la verdad biológica. Claro ejemplo de ello es la legitimación activa sólo del hijo, durante toda su vida, para el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial a falta de la constante posesión de estado (*cf.* art. 133.1 C.c.)³⁷⁴. Al mismo tiempo se advierte una firme voluntad del legislador español de garantizar y proteger las relaciones familiares consolidadas, donde prima el establecimiento de una situación familiar en interés

³⁷³ El art. 765.1 LEC regula la especial legitimación del Ministerio Fiscal en la representación de los menores e incapaces en procesos de filiación.

³⁷⁴ Hay que reseñar la importancia que se concede a la posesión de estado para la legitimación activa. La STS de 8 de julio de 1991 (RJ 1991/5569) señalaba que “la posesión de estado en las acciones de filiación... tiene capital trascendencia para el legislador de 1981. El jurista tiene que integrarla refiriéndola a todas aquellas circunstancias personales, familiares y sociales que, preexistentes al proceso entablado, revelan que el hijo es tenido y tratado como tal por el padre y así se la ha considerado familiar y socialmente. En los procesos de reclamación, si concurre la posesión de estado, se amplía la esfera de la legitimación activa porque la notoriedad derivada de la misma faculta a cualquier persona para que constate judicialmente lo que de hecho sucede en la realidad. Si no concurre, al no coincidir la realidad fáctica con la filiación pretendida, se reduce la esfera de legitimación a las personas afectadas estrictamente. En los procesos de impugnación, si concurre la posesión de estado, se dificultará una acción que persigue una sentencia contraria a la realidad fáctica. Si no concurre, se flexibilizará la legitimación porque la acción persigue identificar la verdad formal de la sentencia con la verdad material de los hechos”. Hay que señalar que la posesión de estado como modelo de establecimiento de la filiación es desconocido en Derecho alemán. Sin embargo, en el ordenamiento francés juega un importante papel, sobre todo en la impugnación de la paternidad. Sobre el tema *vid.* R. Frank, “Observations comparatives sur la contestation de paternité”, *Rev. int. dr. comp.*, 2005-1, pp. 85-102.

del hijo frente a la impugnación de una situación ya existente³⁷⁵. En definitiva, se puede afirmar que el interés del hijo en las acciones de filiación reguladas en Derecho español presenta tres dimensiones a valorar por parte del juez: la búsqueda del conocimiento de su identidad biológica, el interés en su protección frente a la de su progenitor, y el interés en la estabilidad de su situación consolidada, como se ha ratificado en el epígrafe dedicado al *favor filii*.

En cuanto al principio de igualdad en materia de filiación soporta un alto grado de incertidumbre en la formulación de las correspondientes acciones judiciales. La clasificación de las acciones de filiación se funda según la petición sea reclamar o impugnar la relación materno/paterno-filial. En ambas acciones se distinguen entre filiación matrimonial y no matrimonial³⁷⁶, incidencia en los

³⁷⁵ El legislador español, por su parte, plasmó el mandato constitucional de posibilitar la investigación de la paternidad en la regulación introducida en el C.c. por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en la que se aludió a la necesidad de "...hacer posible el descubrimiento de la verdad biológica para que siempre pueda hacerse efectivo el deber de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos. No obstante, se insistió en no impedir la voluntad de cualquier interesado de acudir a los tribunales por cuestiones que "tan íntimamente afectan a la persona. Y ello, principalmente, para dar estabilidad a las relaciones de estado en beneficio del propio hijo, sobre todo, cuando ya vive en paz una determinada relación de parentesco". E intentando equilibrar estos dos criterios, confiere especial relevancia a la posesión de estado, "tanto para facilitar las acciones coincidentes con ella como para impedir o dificultar las que la contradicen". *Vid.* la exposición de motivos que acompañaba al proyecto de Ley de reforma de 1981 del Código Civil español.

³⁷⁶ Cabe determinar tanto la filiación matrimonial como la extramatrimonial por medio del ejercicio de una acción específica de filiación mediante sentencia declarativa (art. 115. 2 y 120.3 C.c.) y que tendrá eficacia *ex tunc* desde el nacimiento de la persona (*cf.* art. 112 C.c.). Además, la declaración judicial de la paternidad o maternidad tiene lugar en forma positiva, si la sentencia declara una filiación que antes no existía legalmente o la que constaba era inexacta y es sustituida por la verdadera. En este último supuesto se habla de la acción de reclamación, sea simple reclamación (arts. 131 a 135 C.c.) o resulte una acción mixta de reclamación que lleva asociada la de impugnación de la filiación inexacta anterior por contradictoria (art. 134 C.c.). Sin embargo, cuando la vía es negativa en el ejercicio de la impugnación, la sentencia declara inexacta y sin efecto la anterior filiación (arts. 136 a 141 C.c.). Unas y otras acciones, entendidas en el sentido amplio, no deben ser confundidas con las meramente declarativas, como el título de determinación de la filiación de reconocimiento o la resolución recaída en expediente registral. *Vid.* F. Rivero Hernández, "¿*Mater semper certa est...*?", *loc. cit.* pp. 82-83. Hay que destacar que se establece una sanción civil cuando la filiación se ha determinado por el ejercicio de una acción de filiación con la oposición del padre o de la madre, pese declararse la paternidad o maternidad. De este modo, el progenitor determinado por esta vía queda excluido de la patria potestad y de todo derecho que por Ley le pudiera corresponder respecto de este hijo o de sus descendientes o en sus herencias. Además, el hijo no ostenta los apellidos de este progenitor, sin perjuicio de que se mantenga la obligación de prestar alimentos al hijo. Todo ello puede quedar sin efecto por la voluntad del hijo o de su representante legal

sujetos legitimados y los plazos de interposición dependiendo de la posesión de estado.

Las diferencias entre las acciones son notables, en especial en cuanto a la legitimación, las condiciones para su ejercicio y la *causa petendi*, lo que ha llevado a que, en ocasiones, se invoque la transgresión del principio de igualdad. En tal sentido, el TC rechaza la vulneración del art. 14 C.E. en la STC 138/2005, de 26 de mayo de 2005 y declara que la comparación de los diferentes plazos para el ejercicio de las acciones de filiación de los arts. 136.1 C.c.³⁷⁷ de un lado, y 138 y 141 C.c., de otro³⁷⁸, son regulados por el legislador dentro de la amplia libertad de configuración de la que goza, respaldado por el mandato de protección a la familia del art. 39.1 C.E.³⁷⁹. De ahí que se entienda que la opción legislativa por un diferente *dies a quo* para el cómputo del plazo encuentra una justificación suficiente, objetiva y razonable, ligada a los diversos modos posibles de

aprobado judicialmente (art. 111 C.c.). Sobre el tema *vid.* la STS de 23 de julio de 1987 (RJ 1987/5809) y comentada por C. Martínez de Aguirre Aldaz, “A propósito de una interpretación jurisprudencial del art. 111 C.c.”, *ADC*, 1988-1, pp. 589-605; STS de 17 de marzo de 1993 (RJ 1993/2016); STS de 11 de mayo de 1995 (RJ 1995/4230); SAP Asturias de 31 de mayo de 2003 (JUR 2003/137456).

³⁷⁷ Lo que se cuestiona es que el legislador no prevea, a efectos del cómputo del tiempo para el ejercicio de la acción, la posibilidad de que el padre legal desconozca que no es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como su hijo. Ciertamente, esa exclusión *ex silentio* puede tener como consecuencia una imposibilidad real de ejercitar la acción para impugnar por parte del marido que adquiera conocimiento de la realidad biológica una vez transcurrido un año desde que se hizo la inscripción registral.

³⁷⁸ Los arts. 138 y 141 C.c. se refieren, efectivamente, a las impugnaciones de la filiación, tanto la matrimonial como la no matrimonial, determinada por vía del reconocimiento. En estos preceptos se posibilita al progenitor el ejercicio de la correspondiente impugnación ante la concurrencia de algún vicio del consentimiento en el acto de reconocer. En tales casos, el plazo de caducidad comenzará a contarse “desde que cesó el vicio del consentimiento”. En cambio, la norma contenida en el art. 136.1 C.c., objeto de la cuestión de inconstitucionalidad planteada ante el TC, concreta el *dies a quo* del plazo de caducidad de la acción concedida al marido para impugnar su paternidad en fecha de la inscripción registral del nacimiento del hijo.

³⁷⁹ A la STC 138/2005 ha seguido la STC 156/2005, de 9 de junio de 2005 (RTC 2005/156), que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad sustancialmente idéntica. *Vid.* el comentario de las sentencias, junto con el tratamiento doctrinal de la acción de impugnación de la filiación marital en R. Barber Cárcamo, “Hacia la pacificación de la acción de impugnación de la filiación marital”, *AC*, 2005, núm. 16 (BIB 2005/2422), en <http://westlaw.es/>. Para profundizar más sobre el tema *vid.* J. R. García Vicente, “La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio”, *DPyC*, 2001, núm. 15, pp. 107-142.

determinación de la filiación³⁸⁰. A raíz de esta sentencia, y hasta que el legislador modifique la norma con los requerimientos constitucionales³⁸¹, el marido puede impugnar su paternidad sin plazo.

En este sentido, la STC 273/2005, de 27 de octubre de 2005³⁸² niega del mismo modo la vulneración del principio de igualdad por la exclusión sufrida del progenitor en el art. 133.1 C.c. para reclamar la filiación no matrimonial en los casos de inexistencia de posesión de estado³⁸³. El órgano judicial proponente considera que el régimen que niega al progenitor ejercer la acción de reclamación puede colisionar con una serie de derechos fundamentales y principios constitucionales. En concreto, se entendía vulnerado el principio de igualdad en una doble dimensión, debido al origen matrimonial o no de la filiación. En primer lugar, al no existir posesión de estado, el progenitor sólo se considera legitimado si reclamaba una filiación matrimonial (*cf.* art. 132 C.c), pero no si la *causa petendi* es la no matrimonial. A juicio de la sala promotora, el matrimonio de los progenitores no puede ser considerado como elemento diferenciador que justifique una dualidad de supuestos, ni puede provocar desigualdad de trato o de soluciones jurídicas³⁸⁴. En segundo término, se afirma que el art. 133 C.c.

³⁸⁰ *Vid.* FJ 3 de la STC 138/2005. El TC recuerda que la presunción de paternidad marital del hijo nacido de mujer casada descansa sobre los deberes matrimoniales de convivencia y fidelidad (*cf.* art. 68 C.c.), mientras que el reconocimiento, como título de determinación, es un acto de consentimiento cuya impugnación ha de admitirse cuando concurren vicios invalidantes. Sobre la compatibilidad del art. 136 C.c. con el principio de igualdad en la Ley *vid.* R. Barber Cárcamo, “Hacia la pacificación de la acción de impugnación...”, *loc. cit.*, en espec. pp. 13-15.

³⁸¹ Sobre el tema *vid.* E. Rubio Torrano, “Inconstitucionalidad del art. 136.1, *in fine*, del Código civil”, *AC*, 2005, núm. 9 (BIB 2005/1382); J. R. García Vicente, “Los maridos pueden impugnar su paternidad sin plazo. Comentario a la STC 138/2005, de 26 de mayo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, núm. 688 (BIB 2005/2116); R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “La investigación de la paternidad”, *AC*, 2005, núm. 14 (BIB 2005/2253). Sobre la jurisprudencia posterior a esta STC véase FJ 3 de la STS núm. 27/2006, de 2 de febrero (RJ 2006/440), en <http://westlaw.es/>.

³⁸² (RTC 2005/273). A esta sentencia le ha seguido con idéntica argumentación la STC 52/2006, de 16 de febrero de 2006 (RTC 2006/52).

³⁸³ No hay ninguna razón para atribuir legitimación al progenitor si la filiación es matrimonial, tal y como establece el art. 132. 1 C.c., y restringirla cuando no es matrimonial.

³⁸⁴ Tras la C.E. y la reforma operada en el C.c. por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, el contenido de la relación paterno-filial ha de ser en todo idéntico, con independencia de su

supone una discriminación de trato a los mismos progenitores en una filiación no matrimonial frente al art. 131 del C.c, al otorgar en solitario al hijo el derecho de accionar excluyendo a los progenitores que no ostentaran posesión de estado. El TC considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva para acceder a la justicia (art. 24 CE); también estima comprometido el principio constitucional de protección de la familia y de libre investigación de la paternidad (art. 39.1 y 2 CE), al imposibilitar el acceso a la verdad biológica de la persona que forma parte de la relación de filiación. Sin embargo, al igual que en la STC 138/2005, no se declara la nulidad del art. 133.1 C.c., porque su inconstitucionalidad viene dada exclusivamente por la omisión de la legitimación del progenitor³⁸⁵.

La libre investigación de la filiación ha de compatibilizarse necesariamente con las exigencias derivadas del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.) y de estabilidad de la relación de filiación³⁸⁶, al concurrir derechos e intereses legítimos dignos de protección que derivan de las relaciones paterno/materno-filiales. Por ello se fija un plazo de caducidad para efectuar la impugnación de la paternidad matrimonial, con el fin de preservar la seguridad jurídica en las relaciones familiares³⁸⁷ y la estabilidad del estado civil de las personas, al tiempo

origen. Por ello no se comprende cómo no son iguales las oportunidades para acceder al proceso en que se discute la propia existencia de esa relación, sin que se consideren determinantes las razones prácticas que se ofrecían en la exposición de motivos del proyecto de dicha Ley o las aducidas por algún sector doctrinal para justificar el diferente ámbito de la legitimación.

³⁸⁵ La STC 138/2005 y la STC 273/2005 presentan algunas similitudes en su estructura y la fundamentación, pero no puede decirse que sean sustancialmente iguales en cuanto a la *ratio decidendi* del juicio de la inconstitucionalidad de la norma. Sobre las semejanzas y diferencias de estas resoluciones *vid.* R. Barber Cárcamo, “La legitimación del progenitor para reclamar su paternidad”, *AC*, 2006, núm. 11 (BIB 2006/871).

³⁸⁶ *Vid.* A. M López y López, “Acciones de filiación. Algunos aspectos sustantivos”, *La filiación: su régimen jurídico...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, p. 159.

³⁸⁷ El TEDH recuerda que, en general, las normas sobre plazos para presentar reclamaciones judiciales se plantean para garantizar la adecuada admisión de la justicia y la conformidad y, en particular, con el principio de seguridad jurídica. En este sentido, *vid.* el asunto Pérez de Rada Cavanilles c/España, STEDH de 28 de octubre de 1998 (TEDH 1998/52); Miragall Escolano y otros c/España, STEDH de 25 de mayo de 2000 (TEDH 2000/135), en <http://westlaw.es/>. También en este sentido *cf.* FJ 6 de la STS núm. 212/1994, de 14 de marzo de 1994 (RJ 1994/1777), en <http://westlaw.es/>. Tal y como se dispone en esta última resolución “es cierto que la ley permite la investigación biológica de la filiación y paternidad, pero también lo es que no ha introducido en nuestro sistema de

que protege los intereses de los hijos conforme a los arts. 39.1 y 2 C.E. y el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³⁸⁸. En esta línea, el FJ 4 de la STC 138/2005, afirma que “el establecimiento de un plazo de caducidad de la acción, como presupuesto procesal establecido en aras del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 C.E.), no vulnera en sí mismo el derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que el legislador habilite unos plazos suficientes y adecuados en orden a hacer valer los derechos e intereses legítimos ante los Tribunales”.

Como se observa, el TC ha seguido las directrices evolutivas del TEDH en tema de los plazos para la impugnación la paternidad. En los años noventa, el Tribunal europeo ya se pronunciaba sobre este tipo de problemas en ciertas legislaciones³⁸⁹. En concreto, en el asunto Rasmussen c/Dinamarca (STEDH de

investigación indiscriminada, perturbadora del orden interno familiar y contrario al estado civil y posesión de hecho del mismo que gozan las personas. La ley apoya la verdad material, pero a favor de los hijos y de la familia, no como elemento distorsionador del orden interno; por ello limita el círculo de los legitimados y establece plazos de caducidad de las acciones. Además exige que los procesos de filiación se apoyen en principios de prueba...”. Igualmente, *vid.* FJ 3 de la STS núm. 65, de 1 de febrero de 2002 (RJ 2002/15685), en <http://westlaw.es/>.

³⁸⁸ Con arreglo a lo dispuesto en el 39.4 CE, hay que remitirse a los instrumentos internacionales en los que España es parte. En especial, a la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. En el marco de la Unión Europea, hay que remitirse a la Carta Europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo y el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2001 y cuyo contenido (aun sin fuerza jurídica vinculante) se ha incorporado al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (Título II).

³⁸⁹ El TEDH entiende que el respeto a la vida privada exige que todas las personas puedan ser capaces de establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales. Además, el derecho de una persona a tal información es de gran importancia para la formación de su personalidad. *Vid.* los asuntos Gaskin c/Reino Unido, STEDH de 7 de julio de 1989 (TEDH 1989/16), serie A, núm. 159, p. 16, ap. 39; Mikulicic/República de Croacia, STEDH de 7 de febrero de 2002 (JUR 2002/8019), en <http://westlaw.es/>. En concreto, la demanda de una ciudadana croata contra la República de Croacia versa sobre la duración excesiva del procedimiento de la reclamación de paternidad. La demandante es una niña nacida fuera del matrimonio que busca, por medio de un procedimiento judicial, establecer su paternidad natural y esclarecer la verdad biológica. En consecuencia, existe un vínculo entre el establecimiento de la filiación y la vida privada de la solicitante. El sistema croata no tiene los medios suficientes para obligar a un supuesto padre a cumplir las órdenes judiciales que lo someta a la prueba de ADN. Aunque el TEDH reitera que su labor no es sustituir a las autoridades croatas competentes al decidir sobre los métodos

28 de noviembre de 1984³⁹⁰), declaraba que no existía vulneración del precepto 14 CEDH sobre prohibición de discriminación, en relación con el derecho a un proceso equitativo y con el derecho al respeto de la vida privada y familiar regulado en los arts. 6 y 8 CEDH. Por tanto, la diferencia de plazos para entablar una acción de investigación de la paternidad se justificaba por el deseo de garantizar la seguridad jurídica y de proteger los intereses del hijo, por lo que el tratamiento diferencial de acceso a las acciones de filiación no conculcaba ningún derecho fundamental³⁹¹.

La jurisprudencia más reciente del TEDH ha evolucionado en tal sentido para intentar, ante todo, el éxito de la verdad biológica. En este sentido se pronuncia el tribunal europeo en los asuntos *Mizzi c/Malta* (STEDH de 12 de enero de 2006)³⁹²; *RóaDski c/Polonia* (STEDH de 18 de mayo de 2006³⁹³);

más apropiados para esclarecer la paternidad vía judicial, sí considera que en tal sistema se deben asegurar los intereses de las personas que buscan el esclarecimiento de la paternidad cuando no se puede conocer por medio del examen de ADN. La ineficacia de las autoridades judiciales croatas dejan a la demandante en un estado de incertidumbre prolongada sobre su identidad personal, por lo que no se ha asegurado el respeto a su vida privada a la que tiene derecho según el CEDH.

³⁹⁰ (TEDH 1984/17), en <http://westlaw.es/>. Los hechos de la sentencia se basan en la demanda de un ciudadano danés contra el Reino de Dinamarca al ser víctima de una discriminación en razón del sexo, ya que la legislación danesa permite a su anterior mujer investigar su paternidad ante los tribunales, mientras que él no tiene ese derecho. En la reclamación se alega la violación del art. 14 CEDH en relación con los arts. 6 y 8 CEDH. Finalmente, la demanda fue desestimada.

³⁹¹ En concreto, *vid.* apartado 41 de la STEDH 1984/17. Este punto de vista fue posteriormente confirmado por la Comisión en los asuntos *B.H. c/Austria* (demanda núm. 19345/1992, Resolución de 14 octubre 1992); *M.B. c/Reino Unido*, relativos a la negativa a ordenar que se llevara a cabo un análisis sanguíneo (demanda núm. 22920/1993, Resolución de 6 abril 1994) y *Yildirim c/Austria* (demanda núm. 34308/1996, Resolución de 19 octubre 1999). Hay que aclarar que en todos estos asuntos la Comisión era la encargada de emitir opinión sobre la violación o no de alguno de los derechos recogidos en el CEDH. No obstante, de acuerdo con el Protocolo núm. 11, la Comisión continuó en funciones hasta el 31 de octubre de 1999 para instruir los casos declarados admisibles por ella antes de la entrada en vigor de este Protocolo. Al TEDH se le concede una nueva instancia judicial para admitir la demanda y conocer del fondo del asunto. Sobre el tema *vid.* J. A. Carrillo Salcedo, “Problemas a los que el TEDH se encuentra en la actualidad y remedios posibles”, *Ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 5 diciembre 2003, <http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/carrilloSALCEDO.pdf>.

³⁹²(TEDH 2006/4), en <http://westlaw.es/>. El asunto concierne a la demanda del ciudadano de Malta contra la República de su país por denegación de acceso a la jurisdicción cuando solicitó la impugnación de la paternidad por su irrefutable presunción

Shofman c/Rusia, (STEDH de 24 de noviembre de 2005³⁹⁴) o Znamenskaya c/Rusia (STEDH de 2 de junio de 2005³⁹⁵) y dispone que “el respeto a la vida

y por la discriminación legal que ello le supuso. La anterior legislación de Malta no permitía presentar pruebas científicas para regular la relación de filiación porque existía una presunción legal que lo imposibilitaba. La rígida aplicación de los plazos de tiempo para rechazar la paternidad matrimonial unida a la negativa del Tribunal Constitucional de Malta a permitir una excepción, hizo que el demandante fuera privado del ejercicio de los derechos que le garantizan los arts. 6 y 8 del CEDH y de los que sí gozaron las otras partes interesadas en el caso. El Tribunal concluye afirmando que existe violación del art. 14 en relación con los arts. 6 y 8 CEDH.

³⁹³ (JUR 2006/204646), en <http://westlaw.es/>. La resolución se inicia con la demanda de un ciudadano polaco que alegaba que se le impedía reconocer a un niño del que afirmaba ser el padre biológico. El demandante considera que fue víctima de una violación de su derecho al respeto de la vida privada y familiar, ya que la legislación interna polaca, tal y como se aplicaba en el momento de los hechos, no admitía que un padre biológico putativo iniciará directamente una acción destinada al reconocimiento legal de su paternidad. Sin embargo, las disposiciones de la Ley de Familia y Custodia de Polonia disponían ciertas vías legales para confirmar la paternidad del demandante. El Tribunal observa las circunstancias del caso en su conjunto y concluye en su sentencia que, aun teniendo en cuenta el margen de apreciación del que goza el Estado, éste no garantizó al demandante el respeto de su vida familiar al que tiene derecho.

³⁹⁴ (JUR 2006/62593), en <http://westlaw.es/>. El demandante ruso inició una acción de impugnación de su paternidad una vez solicitado el divorcio de su esposa y afirmó que las resoluciones de los tribunales internos rusos de declarar fuera de plazo su acción constituyeron una injerencia a su vida privada y familiar. Según la legislación anterior, el marido no impugnó su paternidad cuando nació el niño, sino que acudió a los tribunales tras haber expirado el plazo límite, por lo que su acción fue considerada fuera de plazo. El hecho de que el nuevo Código de familia no estableciera un plazo de prescripción para las acciones de impugnación de paternidad es irrelevante, porque sólo se aplica a los litigios de Derecho de familia surgidos a partir de la fecha de su entrada en vigor. Por lo tanto, el Tribunal europeo concluye que ha existido violación del art. 8 CEDH porque no se ha mantenido un equilibrio justo entre el interés general de la protección de la seguridad jurídica de las relaciones familiares y el derecho del demandante a que se examinara la presunción legal de su paternidad a la vista de las pruebas biológicas que negaban su paternidad.

³⁹⁵ (TEDH 2006/64), en <http://westlaw.es/>. La demanda presentada por una ciudadana de Rusia contra la Federación Rusa tiene como finalidad establecer la paternidad biológica del hijo que nació fallecido de su última pareja y modificar la filiación matrimonial establecida. La demandante se acoge al art. 8 CEDH y afirma que los tribunales rusos no acogen su queja para establecer la ascendencia real de su hijo. El TEDH dispone que al rechazar la queja de la demandante, los tribunales rusos no hicieron referencia a ninguna razón legítima o convincente para mantener el *status quo*. Es más, el gobierno demandado aceptó que los tribunales domésticos se equivocaron al abordar la queja a partir de los derechos civiles del bebé que nació muerto, sin tener la debida consideración de la demandante. También, este mismo gobierno reconoció que, según las previsiones de la Ley de familia aplicable, debían resolver la queja a favor de la madre. En definitiva, el alto tribunal europeo declara que existe violación del art. 8 CEDH.

privada y familiar recogido en el art. 8 CEDH exige que la realidad biológica y social prevalezca sobre una presunción legal en materia de filiación³⁹⁶. Permitir que una presunción legal prevalezca sobre la realidad biológica puede no ser compatible, teniendo incluso en consideración el margen de apreciación del Estado, con la obligación de garantizar un respeto efectivo de la vida privada y familiar”.

Por otro lado, aludir al control público presente tanto en la organización procesal de las acciones, el componente inquisitivo del proceso, la averiguación por parte del juez y la fijación de reglas probatorias como en la creación de mecanismos institucionales de protección de menores e incapaces. La estabilidad y la vigencia del interés público en las relaciones de filiación imponen una concepción imperativa de este Derecho y determinan que la autonomía de los protagonistas tenga un estrecho margen en el proceso, la prueba o la terminación de la causa. Cabe hablar de razones de interés general o de orden público determinantes del carácter imperativo de sus normas y del carácter inquisitivo de los procesos judiciales de filiación³⁹⁷. No obstante, estas pautas no contradicen el espíritu de libertad que inspira al Derecho civil. De hecho, la dimensión estrictamente personal que rige la cuestión de la determinación judicial de la filiación se ve reflejada en la asignación de un valor de primer orden a la voluntad de las partes, en la mayoría de las ocasiones, es precisa para emprender una acción judicial³⁹⁸. Y es que el legislador español no ha estimado

³⁹⁶ Esta misma afirmación tuvo lugar anteriormente en el asunto Kroon c/Holanda, STEDH de 27 de octubre de 1994 (TEDH 1994/37), en <http://westlaw.es/>.

³⁹⁷ El FJ 2 de la STS de 3 de diciembre de 1988 (RJ 1988/9295), en <http://westlaw.es/>, se afirmaba que “por estar implicados en los procesos de determinación de la filiación el interés social y el orden público se seguía el principio inquisitivo”. En efecto, el hecho de que el objeto de estos procesos afecte al estado civil de las personas y, en consecuencia, a una materia indisponible por los particulares, va a tener trascendencia en la configuración de estos procesos y en los principios que los informan. Y es que la indisponibilidad de su objeto determina la quiebra de dos de los principios básicos informadores del proceso civil. En concreto, hay que referirse al principio dispositivo, que faculta al litigante para disponer del objeto del juicio, renunciando, desistiendo, allanándose, transigiendo o sometiendo la decisión a arbitraje) y el principio de aportación de parte para introducir los hechos en el proceso, la proposición y práctica de la prueba de los hechos objeto del debate. Estos principios son sustituidos parcialmente por el principio inquisitivo y el de investigación de oficio, lo que faculta al tribunal de una posibilidad de investigación de oficio tendente a buscar la verdad real. *Vid.* J. M. Busto Lago, *Los procesos especiales en la LEC 1/2000. Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 2002, pp. 13-86, en espec. p. 15.

³⁹⁸ *Vid.* J. R. García Vicente, “Los principios del Derecho de las acciones...”, *loc. cit.*, pp. 24-26.

que sea el Estado el encargado de hacer coincidir el Registro Civil con la realidad biológica, sino que ha optado por dejarlo en manos de los propios particulares, lo que suscita que el principio de veracidad no sea absoluto³⁹⁹.

Hay que destacar, además, que el principio constitucional de la verdad biológica es relativo, dada la exigencia prevista en el Derecho material español de un principio de prueba en los procesos de filiación. Así, el vigente art 767.1 LEC dispone que “en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”⁴⁰⁰. Tal presupuesto de admisibilidad⁴⁰¹ sirve de contrapeso a una posible recepción de demandas temerarias o totalmente infundadas⁴⁰², y a la vez un riesgo que restringe el acceso a la tutela efectiva reclamada por el art. 24.1 C.E⁴⁰³.

³⁹⁹ *Vid.* C. Fábrega Ruiz, “Las pruebas biológicas de la paternidad...”, *loc. cit.*, pp. 654-655.

⁴⁰⁰ No se trata de acompañar la demanda con todas las pruebas de las que dispone el demandante, sino de aportar los principales hechos o indicios de los que se puede derivar la filiación y que serán distintos según si la acción ejercitada es de reclamación, como acreditar unas relaciones sexuales en el momento de la concepción, o de impugnación, como el adulterio de la esposa probado en el procedimiento de divorcio o la existencia de caracteres raciales del hijo distintos a los de los padres.

⁴⁰¹ Sobre el tema *vid.* C. García Poveda, “El principio de prueba en los juicios sobre filiación”, *RDF*, 2003, núm. 20, pp. 279-297; M. D. Álvarez García, “Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales”, *AC*, 1996 (BIB 1996/9); C. Fábrega Ruiz, *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares, 1999, pp. 43-47; *id.*, “Las pruebas biológicas de la paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas”, *ADC*, 1998, pp. 633-679, en espec. pp. 657-659; I. Cordero Cutillas, *La impugnación de la paternidad matrimonial*, Castelló de la Plana, Publicacions de la Universitat Jaime I, D.L., 2001, pp. 76-78.

⁴⁰² El resultado es este requisito que viene a sustituir a las antiguas restricciones, en aras a la defensa del honor e intimidad de las personas y de las familias y la paz de las relaciones familiares. Sobre esta exigencia y las distintas concepciones en la doctrina civil española *vid.* C. Fábrega Ruiz, *Biología y filiación...*, *op. cit.*, pp. 43-47.

⁴⁰³ Piénsese en el supuesto en que el único medio de prueba del que se dispone sea el análisis de ADN y que éste no pueda llevarse a cabo hasta que la demanda no sea admitida. Sin embargo, el TC, en el FJ 4 de su sentencia núm. 7/1994, que “para salvaguardar el derecho de todo ciudadano a no verse sometido a reconocimientos de carácter biológico a causa de demandas frívolas o torticeras, la ley ya establece precauciones. Así, el juez no admitirá la demanda si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funda (art. 127.2 C.c.). Es cierto que la jurisprudencia interpreta este requisito con criterio amplio, precisamente para no reducir las posibilidades de investigación. Pero

Una de las cuestiones problemáticas relacionadas con el principio constitucional de la búsqueda de la verdad biológica es la posibilidad de conformarla mediante la aportación de pruebas, como son las indirectas o presuntivas (*cf.* art. 767.3 LEC)⁴⁰⁴ y las directas⁴⁰⁵, entre las que destacan el análisis de ADN (*cf.* 767.2 LEC)⁴⁰⁶.

Hasta hace relativamente poco tiempo, los pleitos sobre filiación eran un verdadero misterio. Hoy, estos procesos son los más fáciles de sentenciar gracias a modernos procedimientos biológicos, como la prueba de ADN. Cualquier otro litigio, en el que los hechos se evidencien por métodos tradicionales, como los testimonios o indicios probatorios, deja un amplísimo margen de duda razonable para la apreciación por el tribunal. Sin embargo, cuando se practica la prueba biológica y ésta rechaza o confirma la paternidad discutida, no resulta

igualmente, se establece una barrera a demandas carentes de todo fundamento. Y, sobre todo, que el demandado puede pedir la reposición de la admisión para discutir en la fase liminar del proceso la seriedad de la demanda”.

⁴⁰⁴ En el FJ 2 de la STS de 20 de julio de 1990 (RJ 1990/6121) se definían a las pruebas indirectas como “las referidas al consentimiento expreso o tácito, a la posesión de estado, a la convivencia con la madre en la época de la concepción y a otros hechos de los que se infiera la filiación de un modo análogo” y que han sido traspuestas al art. 767. 3 LEC. *Vid.* el comentario de la STS núm. 85/2005, de 24 de febrero de 2005 (RJ 2005/2912), *RDF*, 2006, núm. 31, abril-junio, pp. 94-97, sobre la declaración de paternidad al acudir a las pruebas indirectas (cartas y testigos), ya que las muestras óseas que se le extrajeron al padre fallecido fueron ineficaces para practicar la prueba biológica. También comentada por M.^a E. Rodríguez Martínez, “Institución de herederos a favor del cónyuge y de la descendencia: preterición de hija extramatrimonial e incidencia de la separación conyugal”, *Revista de Derecho patrimonial. Parte comentario*, 2005-2, núm. 15 (BIB 2005/1516).

⁴⁰⁵ Sobre las clases de pruebas biológicas *vid.* E. Veiga Nicole, “La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro Derecho...”, *loc. cit., ob. cit.*, pp.13-44, en espec. pp. 32-34; I. Cordero Cutillas, *La impugnación de la paternidad matrimonial...*, *op. cit.*, pp. 78-87.

⁴⁰⁶ La prueba de ADN consiste en identificar una porción de caracteres o marcadores genéticos del presunto padre, compararlos con los de la madre y con los del hijo, y determinar si la herencia genética del último es compatible con los del presunto progenitor. El resultado final es una pericial casi infalible, con probabilidades de acierto cercanas al 100 por 100 para el rechazo de la paternidad dudosa y superiores al 99 por 100 para la confirmación de la misma. Para las distintos métodos y pruebas biológicas *vid.* F. Lledó Yagüe, *Acciones de filiación...*, *op. cit.*, pp. 50-65; C. Fábrega Ruiz, *Biología y filiación...*, *loc. cit.*, pp. 6-19; *id.*, “Las pruebas biológicas de la paternidad...”, *loc. cit.*, pp. 534-651; E. Huguet Ramia, A. Cariacedo Álvarez y M. Gené Badía, *Introducción a la investigación biológica de la paternidad*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 1988; J. L. Sancho Soria, *Aportación a la prueba positiva de la investigación de la paternidad*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1987.

razonable abrigar ninguna duda. Ciertamente, no existe igualdad en cuanto a la fuerza probatoria entre el análisis de ADN y los restantes medios de prueba, al ser aquélla de carácter infalible para identificar al padre, tal y como lo es el parto para identificar a la madre. De ahí que un sector de la doctrina civilista española proponga la modificación del famoso aforismo de Paulo⁴⁰⁷ y adaptarlo a la realidad de los nuevos tiempos, sugiriendo la siguiente fórmula: “*mater certa semper est. Pater is est quem sanguinis demonstrant*”⁴⁰⁸.

En el ordenamiento español se permiten las pruebas biológicas tanto para la reclamación como para la impugnación de la filiación, pero no se utilizan para impedir incoar la acción. No ocurre igual, por ejemplo, en el Derecho material francés, donde el análisis de ADN constituye una prueba anticipada que impide la apertura de la acción o la admisión a trámite de la demanda⁴⁰⁹. Aunque, en España, lo realmente problemático es que la persona se niegue a la extracción de sangre para realizar estas pruebas y la valoración por parte de los tribunales de tal negativa⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ *Paulus ad Edictum*: “*quia mater semper certa est, etiamsi vulgo conceperit; pater vero is est quem nuptiae demonstrant*”.

⁴⁰⁸ F. Lledó Yagüe, *Acciones de filiación...*, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁰⁹ El art. 340. 1 C.c. francés que expone que “la acción de investigación de la paternidad no será admitida si el presunto padre establece por un exámen de sangre o por cualquier otro método seguro que no puede ser el padre del hijo”. Sobre las pruebas biológicas y la Ordenanza francesa núm. 2005-759, de 4 de julio de 2005 (*JO* de 6 de julio de 2005, p. 11159) *vid.* J. Massip, *Le nouveau Droit de la filiation*, Paris, Defrénois, 2006, pp. 44-48.

⁴¹⁰ En relación al tema hay abundante doctrina y jurisprudencia. En concreto *vid.* A. Alonso Uceda, “Valoración práctica de la negativa a someterse a las pruebas biológicas...”, *loc. cit.*, pp. 1797-1812; M.^a T. Pérez Jiménez, “La búsqueda de la verdad biológica: negativa a las pruebas de paternidad”, *AC*, 2005, núm. 21, pp. 2654-2664; J. M.^a Ruiz Moreno, *El proceso especial de filiación...*, *op. cit.*, pp. 154-166; I. Cordero Cutillas, *La impugnación de la paternidad...*, *op. cit.*, pp. 90-102; J. L. Rubido de la Torre, “La investigación de la paternidad en el Derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa”, *RGD*, 1995, núm. 608, pp. 4837-4841; C. Fábrega Ruiz, “Las pruebas biológicas de paternidad...”, *loc. cit.*, pp. 632-679; E. Rubio Torrano, “Filiación extramatrimonial y prueba biológica de la paternidad”, *AC*, 2005, núm. 4 (BIB 2005/941), en <http://westlaw.es/>. Véase la jurisprudencia sobre la negativa a someterse a la prueba biológica STS núm. 117/2007, de 27 de febrero (RJ 2007/1868); STS núm. 814/2005, de 27 de octubre (RJ 2005/8150); STS núm. 896/2005, de 17 de noviembre (RJ 2005/7637); STS núm. 889/2005, de 22 de noviembre (RJ 2006/39); STS núm. 89/2005, de 23 de noviembre (RJ 2006/38); STS núm. 931/2005, de 7 de diciembre (RJ 2005/10182), comentada en *RDF*, 2006, núm. 33, pp. 123-128; STS núm. 1119/2004, de 26 de noviembre (RJ 2004/7561), comentada en *RDF*, 2006, núm. 30, pp.102-104; STC núm.

En otros países, como Alemania⁴¹¹, Austria, Dinamarca y algunos de los Estados norteamericanos, aunque existan textos constitucionales que contienen amplios catálogos de derechos individuales, puede darse una imposición coactiva de realizar la prueba sanguínea acordada por un tribunal⁴¹². Y el fallo emitido por un tribunal de estos países es de obligado cumplimiento para la parte que se haya negado a la práctica de la prueba de ADN⁴¹³, línea que debía rubricar el ordenamiento jurídico español.

Hoy, la doctrina civil española es prácticamente unánime en la opinión que, en defecto de norma legal que lo permita, no puede imponerse

118/2006, de 24 de abril (RTC 2006/118), comentada por R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “Prueba biológica de paternidad”, *AC*, 2006, núm. 6 (BIB 2006/838), en <http://westlaw.es/>. El TC ha aceptado la doctrina del TS en cuanto a la negativa a la práctica de la prueba biológica de paternidad no puede interpretarse como una *ficta confessio* o confesión presunta del afectado, sino que tiene la condición de un indicio probatorio que ha de ser ponderado por el órgano judicial en relación con la base probatoria indiciaria existente en el procedimiento. STC núm. 7, de 17 de enero (RTC 1994/7), en <http://westlaw.es/>, comentada por M.^a C. Quesada González, “De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la STC 7/1994, de 17 de enero”, *RJC*, 1994, núm. 3, pp. 666-680; F. Rivero Hernández, “Una nueva doctrina sobre la obligación de someterse a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (comentario a la STC 7/1994, de 17 de enero)”, *Poder Judicial*, 1994, núm. 33, pp. 355-365. En el sentido de la sentencia del TC comentada, *vid.* STC núm. 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999/95); STC núm. 29/2005, de 14 de febrero (RTC 2005/29), en <http://westlaw.es/>.

⁴¹¹ En concreto, para el ordenamiento jurídico alemán, existe la obligación a someterse a la prueba (*Duldungspflicht*), recogida en el art. 372. a) del ZPO (*Zivilprozessordnung*). En dicho precepto se establece la obligación de toda persona, ya sea parte o tercero, en el caso de que existan ciertos indicios que hagan presumir la existencia de una relación sexual entre éste y la madre durante el periodo legal de la concepción, de someterse a la prueba biológica en los procesos de filiación. En caso de la negativa del sujeto a obedecer el mandato judicial, el juez puede ordenar la práctica de la prueba por la fuerza. Sobre este tema *vid.* G. Holleaux, “Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français”, *Rev. int. dr. comp.* 1953-3, pp. 475-496, en espec. p. 488; F. Furkel, “La recherche de paternité naturelle en droit allemand et français”, *Rev. int. dr. comp.*, 1975-2, pp. 321-348, en espec. p. 341; *id.*, “L’identification par empreintes génétiques en matière civile en République Fédérale d’Allemagne”, *Rev. int. dr. comp.*, 2004-2, pp. 389-416; R. Frank “Le centenaire du BGB: le droit de la famille...”, *loc. cit.*, pp. 840-841.

⁴¹² *Cfr.* J. Carbajo González, *Las acciones de reclamación de la filiación*, Barcelona, Bosch, 1989, pp. 133-144, en espec. p. 135.

⁴¹³ *Vid.* A. Alonso Uceda, “Valoración práctica de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en los procesos de determinación de la filiación: criterios a tener en cuenta y alternativas a considerar”, *RGD*, 1999, núm. 654, año LV, pp. 1797-1812, en espec. p.1808.

coactivamente la prueba de ADN a una persona. Si no media autorización de la Ley, se vulnerarían los derechos a la integridad física y moral, a la libertad persona (art. 15 y 17 C.E.)⁴¹⁴, incluso, a la tutela judicial efectiva⁴¹⁵. Las consecuencias que se derivan de la negativa a someterse al análisis de ADN, el TS señala que ello representa un indicio valioso que, conjugado con otros elementos probatorios, permite declarar la paternidad pretendida⁴¹⁶. El art. 767.4 LEC dispone que “la negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada,

⁴¹⁴ Vid. C. García Poveda, “Constitucionalidad de las pruebas biológicas”, *RDF*, 2004, núm. 25, pp. 61-96; F. Rivero Hernández, “Las pruebas biológicas en los procesos de filiación...”, *loc. cit.*, pp. 55-58. No obstante, parte de la doctrina civil española se pronuncia sobre que la exigibilidad de la comparecencia del presunto progenitor nunca va en detrimento de la integridad física de su persona, de forma que el juez discrecionalmente puede interpretar una supuesta confesión de la paternidad encausada. *Cfr.* F. Lledó Yagüe, *Acciones de filiación...*, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁴¹⁵ Hay numerosas sentencias civiles que declaran una paternidad con apoyo en la negativa injustificada del demandado a someterse a una prueba biológica que no había sido acordada por el juzgado. Por ello, se suele recurrir en amparo al TC alegando la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.) y la nulidad de las sentencias que afirman la filiación. Lo que deja claro en el FJ 2 STC 95/1999, de 31 de mayo de 1999 (RTC 1999/95) es que “dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el art. 39 C.E., las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por se este un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito. En estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 C.E.) conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad...”. En este sentido, *vid.* FJ 3 STC 177/2007, de 23 de julio de 2007, en <http://www.tribunalconstitucional.es/jurisprudencia>, que reconoce la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, porque la negativa a someterse a la prueba biológica de paternidad, al no ser formalmente acordada por los órganos judiciales, resulta irrazonable considerarla como *facta confessio*.

⁴¹⁶ La STS núm. 1117/1997, de 4 de diciembre (RJ 1998/9704) dispone que “la mera negativa a someterse a la prueba biológica cuando no existe en el proceso ninguna otra clase de pruebas, al no constituir una *facta confessio*, no puede por sí sola ser determinante de una declaración de paternidad”. Es frecuente que la persona que se niega a someterse a las pruebas de ADN acuda en casación al TS y para ello alega el art. 764. 4 LEC y la doctrina jurisprudencial que considera que no puede darse valor ni eficacia de “*facta confessio*” a esta negativa. Sin embargo, en numerosas ocasiones, la jurisprudencia del alto tribunal rechaza este recurso y afirma que lo solicitado por el recurrente no tiene interés casacional al no resultar infracción de norma procesal. *Vid.* el ATS de 12 de junio de 2007 (JUR 2007/197368).

siempre que existan otros indicios de paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios”⁴¹⁷.

En definitiva, en materia de establecimiento judicial de la filiación se puede afirmar que, pese a los límites en la legitimación y en los plazos de caducidad para el ejercicio de la acción judicial correspondiente, la regulación material española no impide llegar a la verdad biológica. A ello se añade la constante línea de evolución de la jurisprudencia del T.C., que flexibiliza la interpretación de varios preceptos del C.c. para lograr la consagración de la libre investigación de la filiación. Aunque es difícil conciliar el derecho de toda persona a conocer su origen biológico, junto con el principio constitucional de protección a la familia establecida y la tutela judicial efectiva, se considera que el ordenamiento español va liberándose de obstáculos para conseguir que se materialice la búsqueda de la verdad biológica.

⁴¹⁷ Respecto del último apartado, hay que aclarar que sus antecedentes son de creación jurisprudencial. Ante la negativa del demandado a dejarse extraer sangre para la realización de la prueba biológica acordada sólo cabían dos opciones: obligarle *manu militari* a hacerse la prueba, o tomar la negativa como una *ficta confessio* de la paternidad. Descartada la primera opción, por ir en contra del derecho a la integridad física y moral y a la libertad personal, y pareciendo excesivo que la negativa tuviera por sí sola valor de reconocimiento, el TS eligió la vía para tratar esta negativa como otro indicio positivo y que, en la actualidad, se consagra en la LEC. En el estudio de la jurisprudencia se descubre un elenco de indicios concurrentes con la negativa que pueden servir de guía al juez: 1) indicios estimatorios, cuando la actora está en muy avanzado estado de gestación, el demandado en compañía de una hermana de éste y de su novio visitó a la actora y comieron todos en casa de ésta, quedándose el demandado a dormir en casa y compañía de la actora y al día siguiente ambos fueron juntos a la feria de... y adquirieron ropa de bebé [STS núm. 180/1995, 6 marzo, (RJ 1995/2144)]; relaciones de noviazgo “en el ambiente localista y lugareño de un pueblo, donde todos los vecinos se conocen”, lo que no hace suponer que pudiera mantener relaciones afectivas referidas a otro varón [STS núm. 817/1996, 10 octubre (RJ 1996/7556)]; parecidos morfológicos entre el padre y el hijo, “a lo que hay que unir la comprobación efectiva de la posibilidad cronológica de que las partes de esta litis hubieran podido realizar los actos necesarios para la concepción” [(STS núm. 569/1999, 26 junio, (RJ 1999/4564)]; “la existencia de unas prolongadas relaciones sentimentales o amorosas entre la demandante (madre del niño o niña) y el demandado, y la subsiguiente probabilidad de las relaciones sexuales entre ellos al tiempo de la concepción del referido o referida menor, en cuanto posiblemente determinantes de la paternidad” [ATS 6 julio 1999 (RJ 1999/4358), STS núm. 14/1999, 16 enero (RJ 1999/38, STS núm. 884/1998, 3 octubre (RJ 1998/6805)]; 2) indicios desistimatorios: unas fotografías “totalmente inexpresivas e indiferentes a estos fines; unos fragmentos quemados de cartas del señor P. a su madre, de cuyo contenido tampoco se puede deducir en cuanto a la filiación del actor... y fotocopias de cartas entre los mismos que en absoluto son reveladoras de relaciones” [STS 19 mayo 1997 (RJ 1997/4113)]; una prueba testifical suministrada por parientes próximos, vaga e indefinida, sin aportación de datos ni circunstancias [STS núm. 896/1998, 26 septiembre (RJ 1998/6403)].

B) La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí:
restricción a la libre investigación de la verdad biológica

La regulación de la filiación judicial del CFM sigue las líneas generales de la *Sharia*, salvo ciertos matices diferentes⁴¹⁸. El modelo de regulación de la actual *Mudawana*, tal y como se ha analizado en los epígrafes anteriores, se caracteriza por la protección desmesurada de la familia legítima y el repudio normativo de la paternidad ilegítima. Estas claves se reflejan en la desigualdad y la restricción de la verdad biológica que marcan la vía judicial para la determinación de la filiación en el ordenamiento marroquí. El legislador de este país ha preferido seguir reforzando el vínculo formal o legal de la relación paterno/materno-filial frente a la búsqueda de la verdad biológica. Razones ético-sociales y religiosas llevan a que existan progenitores no declarados jurídicamente como padres y personas que se reconocen legítimamente como padres y que no son realmente los progenitores.

En Marruecos, los recelos legales hacia la investigación de la filiación obedecen al deseo de preservar a la familia legítima musulmana. Se considera que la averiguación por vía judicial de la filiación real pone en peligro la situación social, religiosa e ideológica imperante, ya que con ella se descubren las relaciones sexuales ilícitas de los padres. De ahí que el CFM no regule la posibilidad de reclamar la paternidad ilegítima en un proceso judicial. De hecho, se puede afirmar que en el ordenamiento marroquí no se conoce un Derecho de acciones judiciales de filiación, donde ni siquiera existe tal denominación. Incluso, tampoco se sabe quien está legitimado para iniciar un proceso sobre filiación ni se conoce el plazo para entablar la demanda ante la autoridad judicial⁴¹⁹, lo que hace aún más dificultosa la comparación entre el ordenamiento español y el del país vecino. Ahora bien, esto en ningún caso significa que el CFM no prevea la intervención del juez para determinar la filiación. El legislador marroquí regula varias posibilidades de acudir a la vía judicial para declarar o impugnar la filiación legítima. Ciertamente, la normativa marroquí dista del enfoque actual del principio de la libre investigación que rige la filiación en Derecho español.

⁴¹⁸ *Vid.* K. Meziou, “Maghreb: évolution du droit de la famille et perspectives...”, *Familles-Islam-Europe, loc. cit. op. cit.*, pp. 218-220.

⁴¹⁹ Estos mismos problemas se plantean en el Código de familia tunecino. *Vid.* S. Ben Halima, *La filiation paternelle légitime en droit tunisien...*, *op. cit.*, pp. 184 -193.

La intervención judicial se admite para el establecimiento o impugnación de la filiación, aunque va a depender, en mayor o menor medida, de la voluntad del varón de declarar su paternidad. Piénsese que, para acceder a la paternidad legítima⁴²⁰, cuando ésta no se ha podido establecer por presunción legal de la paternidad del marido o *al firach*⁴²¹, es imprescindible la voluntad del varón para legalizar previamente la situación matrimonial de los padres.

Hasta la entrada en vigor del CFM, la jurisprudencia negaba cualquier petición de establecimiento de la filiación paterna del hijo nacido antes de los seis meses de la celebración de matrimonio⁴²². Sin embargo, en la nueva *Mudawana*, el momento de la concepción o del nacimiento cede terreno frente a la validez del enlace conyugal, entendiéndose el matrimonio no tanto como situación o estado civil, sino como origen fundacional de la familia a la que llega el hijo⁴²³. En consecuencia, se plantea la posibilidad normativa de regularizar a los hijos nacidos fuera del enlace matrimonial y convertirlos en legítimos mediante la acción judicial específica de reconocimiento del matrimonio de los progenitores

⁴²⁰ Tradicionalmente, el Derecho musulmán de la filiación concede al hombre un control casi ilimitado sobre la accesibilidad del hijo al *nasab* o paternidad legítima.

⁴²¹ Hay que recordar que el acta de matrimonio no es suficiente para establecer la filiación, sino que hace falta que se cumpla la presunción de paternidad. Por tanto, el término *al firach* conlleva la no negación de la paternidad de un hombre ni que el embarazo de la esposa sea de su esposo, excepto por sentencia judicial. El juez fundará su sentencia en todos los medios legalmente establecidos para negar la filiación. *Vid.* M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, p. 80.

⁴²² *Vid.* las resoluciones del TS marroquí núm. 446, de 30 de marzo de 1983; núm. 446, de 30 de mayo de 1983, en CD-rom del Ministerio de Justicia de Marruecos (en árabe, traducción propia). En este sentido, también la resolución del TS marroquí núm. 445, de 28 de julio de 1998, que se puede consultar en A. Taoufik, *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 304-305.

⁴²³ Hay que subrayar la carga histórica de la legitimidad del hijo en el ordenamiento marroquí, porque la razón metajurídica justificadora del concepto no ha sido siempre la misma. En la *Mudawana* anterior, la concepción de la filiación legítima estuvo muy vinculada a la idea de la moralidad de las relaciones sexuales que la originaban. Con esta idea, sólo podían ser hijos legítimos los concebidos en matrimonio y los hijos concebidos antes, pero nacidos después de la celebración del enlace, se consideraban ilegítimos. Hoy, este criterio parece estar superado o, al menos, no es exclusivo ni decisivo. En el CFM destaca como novedad la posibilidad de normalizar la situación matrimonial de los progenitores y declarar legítimos a los hijos existentes antes de su matrimonio. También se puede establecer la legitimidad a los nacidos de relaciones de noviazgo.

(*vid.* art. 16 CFM)⁴²⁴. No obstante, como se apuntaba anteriormente, este trámite queda limitado a un periodo de cinco años a contar desde la entrada en vigor del nuevo Código (5 de febrero de 2004)⁴²⁵.

Asimismo, es necesaria la intervención judicial para legitimar al hijo engendrado en las relaciones de noviazgo formal (*al-kehutba*)⁴²⁶ a la que alude el art. 156 CFM⁴²⁷. De no haberse celebrado aún el matrimonio de los padres por circunstancias imperiosas⁴²⁸, el legislador marroquí protege el derecho del hijo a la filiación. La admisión de la filiación entre “novios” resulta renovadora, habida cuenta de que el Derecho musulmán clásico considera que conceder la legitimidad a un hijo engendrado antes del matrimonio contraviene la ética y principios generales de los ordenamientos de corte islámico⁴²⁹.

Hay que aludir también a la intervención judicial en aquéllos casos en que la voluntad del hombre es la de destruir la presunción matrimonial que legitima

⁴²⁴ En Derecho español anterior a la C.E. existía la legitimación por subsiguiente matrimonio, que apareció como un procedimiento que permitía adquirir la legitimidad a los hijos nacidos antes del enlace conyugal. Sobre el tema *vid.* F. Rivero Hernández, *La presunción de la paternidad legítima...*, *op. cit.*, p. 41.

⁴²⁵ Sobre el plazo limitado a cinco años *vid. supra* el epígrafe “*Favor filii versus favor legitimatis*”.

⁴²⁶ La jurisprudencia marroquí, en alguna ocasión, se había adelantado al art. 156 CFM y había declarado la filiación legítima al nacido a los cuatro meses desde la fecha de conclusión del matrimonio de sus progenitores. En concreto, el Alto tribunal marroquí realizó una interpretación amplia y moderna de la filiación del noviazgo, pues los padres había vivido juntos antes de contraer matrimonio como los novios actuales. *Vid.* la resolución del TS marroquí núm. 622, de 10 de mayo de 1988 publicado en A. Taoufik, *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal...*, *op. cit.*, p. 202.

⁴²⁷ Aunque los requisitos se han expuesto en páginas anteriores, es importante recordar que una vez los esponsales han sido concluidos y el consentimiento expresado, si por circunstancias excepcionales resulta imposible autentificar el matrimonio y la novia se queda embarazada, se atribuye el hijo al novio si se reúnen estas condiciones del art. 156 CFM. En concreto, el precepto dispone que “los esponsales deben haber sido públicos entre ambas familias y el *wali*, en caso necesario, hubiera consentido; que se pruebe que el embarazo se llevó a cabo durante el periodo de esponsales; que los novios reconozcan su paternidad y maternidad. Todo ello se anota en un informe judicial no susceptible de recurso”.

⁴²⁸ Sobre el la filiación del noviazgo *vid.* M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, pp. 82-83.

⁴²⁹ *Vid.* Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé...*, *op. cit.*, pp. 17-19; S. Mernissi, “La filiation de l’enfant en droit musulman...”, *loc. cit.*, p. 121; G. H. Bousquet, *L’éthique sexuelle en islam...*, *op. cit.*, pp. 62-138.

al hijo. Como se ha expuesto *supra*⁴³⁰, la aceptación voluntaria y anticipada de la prole, hecha tácitamente por el marido al contraer matrimonio, constituye fundamento de la presunción de paternidad legítima. Si existe un enlace conyugal, se puede atribuir jurídicamente al marido la paternidad del hijo nacido de su mujer, aunque no se corresponda con la verdad biológica. La posesión de un acta matrimonial de los progenitores ciertamente constituye la prueba irrefutable de la filiación paterna (art. 153 CFM).

Precisamente, una de las demandas que más se plantean en la práctica judicial es la destinada a destruir la presunción de paternidad respecto del hijo de la cama o *al firach*⁴³¹. Muchos de los supuestos de paternidad ficticia que se plantean son el resultado del juego de los plazos de gestación y su incidencia en la presunción de paternidad. Así, la cohabitación matrimonial funda la presunción de la paternidad legítima del nacido a partir de los seis meses desde la fecha de conclusión del acto matrimonial, al igual que la del hijo alumbrado durante el año siguiente a la fecha de separación, siempre que la consumación de la relación conyugal haya sido posible (*cf.* 154 CFM). Existe la probabilidad de que, durante la vigencia de la *idda* (plazo de espera de la mujer), los aún esposos

⁴³⁰ *Cfr. supra* el epígrafe titulado “las filiaciones matrimonial y legítima en los Derechos español y marroquí” y, especialmente, “el hijo *al firach* como sujeto privilegiado en el Derecho marroquí”.

⁴³¹ *Vid.* la resolución del TS marroquí de 9 de marzo de 2005, *Revue de la Cour Suprême*, núm. 63, p. 372 y *Revue de la Justice de la Famille*, núm. 1, juillet, 2005, pp. 91-94 (en árabe, traducción propia) donde se declara que si *al firach* es una prueba irrefutable de la paternidad, la fecha de nacimiento dentro del plazo legal tiene que ser probada sin ningún tipo de duda. En el supuesto, el marido insiste en negar la paternidad porque el repudio se produjo el 20 de diciembre de 1989 y no supo del nacimiento del hijo hasta el 15 de octubre de 2002, fecha de la interposición de la demanda de pensión alimenticia (*nafaqa*) y de la custodia (*badana*). Incluso se aportó prueba médica de la esterilidad del demandado. La esposa dio a luz el 1 de enero de 1990 y presentó al tribunal un certificado de nacimiento del hijo expedido el 20 de julio de 2000, por lo que no queda suficientemente probado el nacimiento del hijo dentro de plazo legal. El TS marroquí confirma esta posición en otra resolución núm. 4, de 4 de enero de 2006 (no publicada) y citada por M. Al Kashbour, *Explicación de la Mudawana de la familia, disolución del matrimonio*, t. II, 1ª edic., Casablanca, Imprimerie Najah el Jadida, 2006, pp. 306 (en árabe, traducción propia). Esta última resolución es sorprendente, ya que la Corte Suprema confirma la paternidad legítima del marido, incluso teniendo constancia que no hubo consumación entre los cónyuges y existiendo una sentencia judicial penal por adulterio de la esposa. Y todo ello porque rige la presunción *al firach*.

se reconcilien y mantengan relaciones sexuales⁴³², lo que hace que los tres meses de la posible convivencia de los progenitores terminen por acumularse a los nueve de embarazo, dando lugar una dilación de la legitimidad del hijo de un año⁴³³. De ahí que, la presunción *al firach* se presente como una presunción difícil de destrucción, y que en su caso sólo será posible vencer mediante sentencia judicial (*cf.* art. 151 CFM)⁴³⁴.

A la vista de todo ello, se entiende que la impugnación de la paternidad del marido se rija por unos plazos muy estrictos, con condiciones y conceptos complejos y con escasa participación de la madre y del hijo en los correspondientes procesos judiciales⁴³⁵. Además, se restringe el acceso a las pruebas biológicas de ADN hasta la previa verificación judicial de la licitud de las relaciones sexuales o maritales de los progenitores. Por ello, la cuestión previa que se sustancia en todos los procesos de impugnación de paternidad es la relativa a la validez o no del matrimonio o de las relaciones sexuales de los progenitores.

El poder omnímodo del varón se manifiesta en la facultad del marido de impugnar su paternidad respecto del hijo alumbrado por su esposa dentro

⁴³² En Derecho musulmán, cabe la posibilidad de que el varón mantenga relaciones sexuales con una mujer que todavía se encontraba en periodo de incapacidad para nuevas nupcias o *idda*, por lo que el acceso carnal deberá igualmente considerarse “consumado bajo presunción errada de licitud” (*subha*). Si el alumbramiento se produce pasado dicho periodo se atribuirá al esposo putativo la paternidad legítima del nacido y no podrá quebrarse tal presunción, salvo por la declaración de imprecación de adulterio (*li'am*). *Vid.* L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman...*, 2001, *op.cit.*, pp. 405-407.

⁴³³ Sobre el periodo mínimo y máximo del embarazo *vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, *op. cit.*, pp. 31-36.

⁴³⁴ *Vid.* el FJ 4 de la resolución del TS marroquí núm. 686/1997, de 28 de octubre de 1997, en A. Taoufik, *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal...*, *op. cit.*, p. 286. En este sentido, *vid.* también la resolución del TS marroquí núm. 15, del 4 de enero de 2001, traducida en www.proyectoatl.com

⁴³⁵ El art. 153.2 CFM dispone que sólo el marido podrá impugnar su paternidad y va a corresponder al mismo las pruebas probatoria que respalden las alegaciones de su demanda judicial. No obstante, en la Guía práctica del CFM se informa a la esposa de la posibilidad de solicitar ante el juez la prueba de ADN para demostrar la mentira del marido que niega la paternidad mediante el procedimiento del *li'am*. *Vid.* el art. 153 de la *guide pratique du code de la famille*, <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/console/Uploads/Doc/guidecodefamille.pdf>.

matrimonio o que se disponga judicialmente que el embarazo de su mujer no es conforme a ley (*cfr.* arts. 153 y 159 CFM). Así pues, la vía judicial para impugnar la relación paterno-filial queda reservada únicamente al marido o al novio que niegan su paternidad, omitiendo la posibilidad de impugnación materna. De esta manera, se puede afirmar que en Derecho marroquí, y en materia de filiación, prevalece en primer término el derecho del hombre, luego el del hijo y, por último, el de la madre⁴³⁶.

La intervención judicial deviene necesaria en los supuestos de “excepcionalidad” de acreditación de la filiación legítima, como sucede en los casos de hijos nacidos de matrimonio viciado⁴³⁷, de matrimonio putativo⁴³⁸ o fruto de la fornicación entre los progenitores⁴³⁹. El juez, en tales situaciones, debe valorar si hubo fornicación o relaciones sexuales ilícitas, si existió buena o mala fe entre los que mantuvieron relaciones sexuales⁴⁴⁰. Asimismo, se debe

⁴³⁶ *Vid.* M. Jauhar, “Prueba y negación de la filiación. Entre la medicina e incógnita...”, *loc. cit.*, pp. 152-153.

⁴³⁷ El matrimonio viciado tendrá igual consideración que el válido en lo relativo al derecho del hijo a la filiación legítima (art. 157 CFM), aunque será preciso que el matrimonio haya sido consumado de *ipso* para acreditar la filiación legítima. Si dicho matrimonio hubiera sido consumado de *facto* pero el alumbramiento tuvo lugar antes de seis meses desde la fecha de la consumación, el nacido no se considerara hijo matrimonial del esposo.

⁴³⁸ Por matrimonio putativo deberemos entender el supuesto en el que un varón mantiene una relación sexual con una mujer convencido de que es lícita y que no incurre en pecado, aunque resulte que finalmente es relación sexual ilícita. En consecuencia, esta circunstancia de matrimonio, sumado a la buena fe de los contrayentes, genera efectos en lo relativo a la filiación y al nacido se atribuye la paternidad legal del esposo putativo. Todo ello siempre que el alumbramiento se produce entre el periodo mínimo y máximo de embarazo, esto es, entre los seis meses y el año solar. En conclusión, el matrimonio putativo genera ciertos efectos y así queda recogido en el tenor del art. 58 CFM, de tal manera que “el tribunal declarará la nulidad del matrimonio según las disposiciones del art. 57 CFM por el mero hecho de ser informado de ello o a demanda de quien tenga interés en el asunto. De la consumación de este enlace se derivarán varios derechos, como la dote y el plazo legal de espera. Asimismo, si hay buena intención, se derivarán también la atribución de la filiación legítima y la inviolabilidad del parentesco por matrimonio”.

⁴³⁹ En este caso, si la mujer se encuentra embarazada como resultado de un acto de fornicación se distingue entre la legitimidad de un posible matrimonio posterior (art. 16 CFM) y la legitimidad del acceso carnal o *subba*. Aunque, en este último supuesto, si se demuestra ante la autoridad judicial que las relaciones sexuales fueron lícitas no sería fornicación.

⁴⁴⁰ Para la existencia de *subba* es necesario que las relaciones sexuales se mantuvieran en la creencia o la buena fe de que éstas eran lícitas. *Vid.* S. Mernissi, “La filiation de l’enfant...”, *loc. cit.*, pp. 129-131. Para los distintos planteamientos doctrinales sobre la noción *subba* *vid.* A. Khamlichi, *Punto de Vista, Iª parte: La familia, el niño y la mujer...*, *op. cit.*, pp. 51-52.

valorar si la mujer contrajo o no matrimonio válido, ya que si ésta es cónyuge de un varón, automáticamente rige la presunción *al firach* y el hijo se vincula al marido, salvo que el esposo lo niegue mediante *l'iam*⁴⁴¹ o, incluso, aportando prueba de ADN. El establecimiento de la filiación en los casos expuestos se lleva a cabo mediante sentencia judicial, donde se valora la existencia del vicio o de la relación sexual errónea (*subha*)⁴⁴². El art. 155 del CFM dispone que, si de las relaciones por presunción errada de matrimonio (creencia de que existe un matrimonio legítimo, descubriéndose posteriormente algún impedimento como el de lactancia), resulta el embarazo de una mujer, y el alumbramiento tiene lugar entre el periodo mínimo y máximo establecido, la paternidad del hijo se establecerá respecto del hombre con el que la madre mantuvo relaciones⁴⁴³.

En cuanto a los medios de prueba utilizados en un proceso judicial para reclamar o impugnar la filiación son limitados y discriminatorios. Con anterioridad al CFM, el art. 76 de la anterior *Mudawana* concedía la posibilidad de solicitar un peritaje médico para determinar la existencia “legal” del embarazo⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ *Vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, *op. cit.*, pp. 31-36.

⁴⁴² Tanto en el caso del padre como en el de la madre, se considera hijo legítimo cuando se produjera acceso carnal entre los progenitores creyendo éstos de buena voluntad que los unían vínculos matrimoniales válidos. La resolución del TS marroquí núm. 123, de 13 de octubre de 1967 aclara los distintos supuestos de *subha*: 1) que el matrimonio no se formalice ante los adules; 2) se produzca una confusión en la persona; 3) existió desconocimiento de que se habían disuelto los vínculos matrimoniales; 4) que el matrimonio es nulo por impedimento desconocido, como la lactancia; por haber mantenido relaciones sexuales sin superación del período de *idda* o tras un repudio irrevocable sin posteriores capitulaciones matrimoniales. *Vid.* también la resolución del TS marroquí núm. 470 de 15 de diciembre de 1980, donde se afirma que el término *subha* consiste “en el hecho de concluir el acto de matrimonio sin la presencia de adules se considera una causa de anulación del matrimonio, sin perjuicio de la atribución de la paternidad”. La jurisprudencia se puede consultar K. Bennis, *Diccionario del estatuto personal y sucesiones*, Rabat, RDMK, 1998, (en árabe, traducción propia), pp. 52-53.

⁴⁴³ Estos efectos son equivalentes a los del matrimonio putativo regulados en Derecho español (*vid.* art. 79 del C.c.).

⁴⁴⁴ Aunque el ADN no se admitía en la anterior legislación, las pruebas médicas se admitían en los procesos judiciales, aunque con limitaciones (*cf.* art. 84 de la anterior *Mudawana*). Para comprobar que el embarazo se había producido dentro del plazo máximo de embarazo (un año desde la disolución del matrimonio) y el mínimo (seis meses desde el acto de celebración del enlace conyugal) era frecuente acudir al peritaje médico. Sobre el tema *vid.* J. Ouhida, *2º Curso del Estatuto Personal...*, *op. cit.*, pp. 103 y 122. La jurisprudencia anterior al CFM determinaba que no se podía recurrir al análisis médico para negar la filiación, sino sólo para saber si se produjo el embarazo en los plazos legales establecidos

Ello significaba que la resolución judicial se fundaba en lo dicho por los especialistas sobre la existencia de embarazo para prorrogar la *idda* hasta el alumbramiento o el aborto. Lo cierto es que esta prueba médica no servía para determinar la verdadera filiación biológica.

Hasta la reforma de la *Mudawana* en 2004, cuando el marido tenía fundadas sospechas para impugnar la paternidad sólo disponía del *l'iam* o denegación imprecatoria de la paternidad⁴⁴⁵. Este procedimiento arcaico y discriminatorio para la mujer se mantiene en el actual CFM (*cf.* art. 153. 2 CFM)⁴⁴⁶, porque no existe el mismo proceso para ella. Aunque, lo cierto es que la esposa se puede oponer a tal juramento. De ser así, y el marido continuara con la impugnación de su paternidad, podría solicitar al juez peritaje médico⁴⁴⁷.

en la antigua *Mudawana*. En este sentido, *vid.* la resolución del TS marroquí núm. 527, de 15 de septiembre de 1981 (en árabe, traducción propia e inédita), proporcionada por el profesor A. Moulay Rchid y que se puede consultar su comentario en K. Bennis, *Diccionario del estatuto personal...*, *op. cit.*, p. 55.

⁴⁴⁵ El término *l'iam* deriva del verbo maldecir. El procedimiento consiste en que el matrimonio se presenta ante el juez o *cadí* para que el demandante realice su juramento de anatema mediante una acusación jurada de adulterio y una denegación imprecatoria de paternidad ante el juez o *cadí*. El Derecho islámico posibilita al marido la acusación a su esposa de adulterio sin prueba jurídica y el rechazo de la paternidad de un niño nacido de ella. Si la mujer hubiera sido violada y hubiese quedado embarazada, el marido puede impugnar la paternidad que le es atribuida por presunción legal de *al firach* (hijo de la cama) y, además, se rompen los vínculos matrimoniales. La autoridad judicial debe verificar con antelación si el marido posee capacidad plena para repudiar (debe ser musulmán, casado, púber y estar en su sano juicio). Conforme ordena el Corán, el esposo pronuncia cuatro veces el juramento: “juro por *Alab*, el Único, que he visto a esta mujer en adulterio. Juro por *Alab*, el Único, que su preñez no se debe a mis obras”. En un momento posterior se realiza un quinto juramento consistente en declarar que no es impostor y que no acusa de forma injusta a la mujer. La esposa culpada puede aceptar la denuncia o replicar mediante cinco juramentos. Por más que el juramento de la esposa neutralice al de su cónyuge, será repudiada y el matrimonio será disuelto. El *cadí* no hace más que refrendar con su sentencia el hecho declarado por el marido. En cuanto a la filiación del niño, la paternidad legítima queda impugnada. Sobre el significado del *l'iam* *vid.* F. Maíllo Salgado, *Diccionario de Derecho islámico...*, *op. cit.*, pp. 193-194. Para profundizar sobre el procedimiento del *l'iam* véase Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé...*, *op.cit.*, pp. 42-47.

⁴⁴⁶ Aunque el CFM no trata directamente esta institución, el art. 153 CFM expone que la presunción legal del hijo de la cama se combate con la impugnación de la paternidad mediante la imprecación de adulterio o *li'am*.

⁴⁴⁷ *Vid.* la resolución del TS marroquí de 18 de enero de 2006, *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 66, pp. 111-113 (en árabe, traducción propia).

A pesar de ello, resulta acertada la modernización en del Derecho marroquí de los modos de prueba en materia de establecimiento de la filiación⁴⁴⁸. A los medios de prueba clásicos⁴⁴⁹ se ha sumado el peritaje “tan esperado” del ADN (*cfr.* art. 158 CFM), tanto para probar como para negar la filiación en el marco del matrimonio (art. 16 y 153 CFM)⁴⁵⁰, así como para desvelar la paternidad en los casos de embarazos ocurridos durante el periodo de noviazgo (*cfr.* último párrafo del art. 156 CFM). Sin embargo, esta prueba no es efectiva para determinar la filiación fuera de la legalidad. Y nada se menciona sobre la posibilidad de utilizarlo cuando la gestación ha sido provocada por una violación⁴⁵¹. Además, en los casos en que se trate de negar la filiación, la ley se muestra más exigente en su utilización, sometiéndola a ciertas limitaciones tendentes a no perjudicar la estabilidad de la familia marroquí⁴⁵².

⁴⁴⁸ Dicha modernización se debe al esmero de A. Khamlichí, *Punto de vista..., op. cit.*, p. 87 donde se expone varios argumentos para el uso del test de ADN en materia de filiación, basándose tanto en la *Shariá* y en lograr el interés del menor. La presidencia de este profesor en la Comisión de elaboración del CFM fue decisiva para la reforma en la materia.

⁴⁴⁹ En la anterior *Mudawana* no estaba prevista la prueba de ADN, aunque la religión no impedía recurrir a ellas. Los test modernos se comparaban con la tradición de la práctica de *kiafa* que existía en Arabia. Esta prueba ascencial consistía en recurrir a fisonomistas para comparar los rasgos del hijo con el presunto padre y dar veredictos sobre la paternidad. *Vid.* M. El Atouabi, “L’Islam et les test ADN...”, *loc. cit.*

⁴⁵⁰ La línea jurisprudencia actual es ligeramente abierta a la utilización del peritaje del ADN, pero no lo admite definitivamente como prueba para declarar o impugnar la filiación. *Vid.* el comentario *supra* de la resolución del TS marroquí núm.150, de 9 de marzo de 2005, donde se autoriza el uso de pruebas del ADN para comprobar la paternidad del demandante, al conocer que era padre de un hijo después de diez años.

⁴⁵¹ Z. Lhorr (Presidenta de la Sección de Familia del Tribunal de Primera Instancia de Casablanca) afirma que pese a las lagunas, se ha empezado a utilizar la prueba de ADN en el ámbito de la filiación y en el futuro, mediante la jurisprudencia, la legislación marroquí se adaptará a la realidad. Las declaraciones están contenidas en M. El Atouabi, “Une révolution nommée ADN...”, *loc. cit.*

⁴⁵² En el comentario del art. 153 CFM en la guide pratique du code de la famille, <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/console/Uploads/Doc/guidecodefamille.pdf>. En el precepto se expone que el esposo no podrá solicitar al juez la prueba de ADN hasta que no aporte argumentos consistentes y demuestre que la paternidad atribuida presenta ciertas vacilaciones. No obstante, tal y como se ha expuesto *supra*, si el marido acude al procedimiento del *l’iam* sin aportar prueba alguna para negar la filiación, la esposa disconforme podrá solicitar al juez el test de ADN.

En la actualidad, el uso restringido de los tests de ADN sigue siendo un tributo de la voluntad de los jueces marroquíes⁴⁵³, que todavía se muestran reacios a admitir para todo tipo de casos dicha prueba⁴⁵⁴. Así, la resolución del TS marroquí núm. 658, de 30 de diciembre de 2004⁴⁵⁵ consagra la tendencia

⁴⁵³ Para realizar un test de ADN se acude al departamento de inmunología-virología y el de genética médica del Instituto Nacional de Higiene. Este peritaje genético es solicitado por el Fiscal para las investigaciones criminales o para dilucidar asuntos judiciales sobre la filiación biológica de una persona. Incluso, este tipo de pruebas pueden ser solicitadas por Embajadas de países extranjeros en el marco de una reagrupación familiar. Esta información ha sido extraída de una carta informativa del ministerio de sanidad al ministerio de justicia del órgano encargado de realizar la prueba biológica. En la práctica, es casi inaccesible acudir al ADN por ser un medio probatorio económicamente casi inaccesible. Un sector de la doctrina marroquí sugiere que en el proyecto de “Caja de solidaridad familiar” se incluya la financiación del test de ADN para que sean financiado cuando la o el demandante de un proceso de filiación no puede pagar esta prueba. *Vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, *op. cit.*, pp. 35 y 36.

⁴⁵⁴ Tal y como se ha comprado con la la resolución del TS marroquí núm. 153, de 9 de marzo de 2005, comentada *supra*, la línea jurisprudencia actual es ligeramente abierta a la utilización del peritaje del ADN.

⁴⁵⁵ Publicada en *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 63 y en *Dossier*, 2005, núm. 7, p. 232 (en árabe, traducción propia). La sentencia del Tribunal de apelación de *Al-Jadida* el 24 de mayo de 2003 fue recurrida en casación a la Corte Suprema. La resolución objeto de recurso no valoraba lo expuesto por el esposo, ni tampoco lo acreditado en virtud de la sentencia dictada por un juez francés sobre la impugnación de la filiación paterna en base a la prueba de ADN. En concreto, había que resolver una cuestión de alimentos para la menor, aunque este problema se vinculaba a la paternidad biológica del recurrente. Para ello se discutía sobre la interpretación del art. 76 de la *Mudawana* del 1957 que disponía que “la duración máxima del embarazo bajo presunción de paternidad legal, será máximo de un año a computar desde la fecha del repudio o fallecimiento del esposo. Transcurrido este plazo y si persistiera la duda de existencia de embarazo, el interesado someterá el asunto a la tutela judicial. El juez, previa consulta a médicos o especialistas, pondrá fin a la idda o la prorrogará a el tiempo que los médicos consideren necesario, o por el contrario, se declara que ha sido un proceso mórbido”. El Tribunal de Primera Instancia que dictó la resolución objeto del recurso, funda su decisión en el hecho de que la esposa dió a luz una vez disueltos los vínculos conyugales y la paternidad quedó acreditada durante el año siguiente a la disolución del matrimonio, sin perjuicio en lo establecido en el art. 76 de la *Mudawana* (si persite la duda, el perjudicado podrá someterlo a juez y consultar prueba médica...) Y considerando que el peticionario ha acreditado: 1) que el repudio de la esposa fue fechado el 2 del 2 de 1996; 2) la partida de nacimiento de la niña inscrita en el Registro Francés de 17 de noviembre de 1996, son motivos suficientes para que quede acreditado que la hija nació dentro del año de siguiente a la disolución del matrimonio. Sin embargo, la resolución francesa de 10 de julio de 2000 resolvió que no era el padre de la niña, apoyándose en un análisis de sangre para denegar la paternidad. El alto tribunal marroquí resolvió que el padre quedaba obligado a prestar alimentos a favor de la menor, al acreditarse su nacimiento en el plazo de un año desde la disolución del matrimonio, dejando claro, por otro lado, que la paternidad podía impugnarse por la vía de la imprecación de adulterio (*li'am*), aún cuando residiese en Francia. De haberse aplicado a tal situación el Convenio de 10 de agosto de 1981 suscrito entre el Reino de Marruecos con la

jurisprudencial de priorizar la filiación jurídica establecida en detrimento de la biológica. En la argumentación de esta resolución vuelve a brillar con luz propia el carácter irrefutable de la presunción de la paternidad legítima, obviándose la prueba de ADN realizada en Francia, que establecía la no paternidad del marido de la madre. El Tribunal marroquí sigue manteniendo con todo el rigor la normativa anterior a 2004 y da valor primordial a los plazos establecidos en la ley para seguir apoyando la paternidad legítima establecida, frente a los nuevos resultados de la prueba biológica. La paternidad atribuida al marido de todo hijo nacido de mujer casada, aun en situaciones inverosímiles, y pese a lo expuesto en la legislación vigente, es la tendencia actual seguida por las autoridades judiciales marroquíes.

La Corte Suprema marroquí ha sostenido reiteradamente una posición cuestionable en torno a la utilización de la prueba del ADN en la impugnación de la filiación legítima, valorada de forma indirecta para constatar la fertilidad del progenitor o la concepción del hijo dentro de los plazos legales previstos por el art. 154 CFM⁴⁵⁶. En recientes resoluciones este tribunal evalúa dicha prueba como medio directo de impugnación, incluso en supuesto de hijos nacidos dentro del periodo legal⁴⁵⁷. Como se observa, el Alto tribunal se decanta por el

República Francesa se hubiesen evitado sentencias contradictorias, dado que decisión francesa declara que la menor no es hija del que recurrente, mientras que la marroquí resolvió lo contrario. El comentario a la sentencia se puede consultar en F. P. Blanc, “Le désaveu de paternité en droit marocain –serment d’anathème ou preuve génétique- (À propos de l’arrêt Bellakdim c/Ijourk, rendu par la Cour d’appel d’El Jadida, 29 avril 2003)”, *REMALD*, 2004, núm. 6, pp. 169-183; *id.*, “La présomption *al-walad li-l-firás* et la position du droit marocain (à propos de l’arrêt Bellakhadim contre Ijourk rendu par la Cour d’appel d’El Jadida le 29 avril 2003)”, *Revue franco-maghrébine*, 2004, núm. 12, pp. 243-264, en espec. pp. 257-261; A. Ounnir, “La reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers au Maroc”, *Estudios e informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén, 2005-2006. Observatorio permanente sobre la inmigración en la provincia de Jaén*, Granada, Comares, 2008, pp.451-469, en espec. pp.458 y 459.

⁴⁵⁶ *Vid.* la resolución del TS marroquí de 9 de marzo de 2005, *Revue de la Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 63, p. 372 y *Revue de la Justice de la Famille*, núm. 1, juillet, 2005, pp. 91-94 (en árabe, traducción propia); resolución del TS marroquí núm. 213, de 13 de abril de 2005, *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 64-65, p. 148 (en árabe, traducción propia); resolución del TS marroquí núm. 492, de 26 de octubre de 2005, *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 64 y 67, p. 183 (en árabe, traducción propia).

⁴⁵⁷ *Vid.* la resolución del TS marroquí núm. 37, de 18 de enero de 2006, *Revue de la Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 66, p. 11 (en árabe, traducción propia); resolución del TS marroquí núm.586, de 21 de enero de 2007, publicada en B. Bahmani, *Jurisprudence relative aux affaires de la famille*, Rabat, Dar-essalam, 2008, p. 529 (en árabe, traducción propia).

respeto a los medios tradicionales de prueba, sin comprometerse con el resultado científico que el DN *per se* ofrece.

Una vez más se pone de relieve la aguda restricción, incluso prohibición, a la que queda sujeta en el Derecho marroquí la investigación de la filiación no legítima, al preferirse la estabilidad de los estados civiles frente a la realidad biológica, ya que ésta última puede poner en entredicho la paz familiar. La consecuencia es clara: el nacido de relaciones ilícitas no accederá nunca a la paternidad en Marruecos⁴⁵⁸, ni siquiera aportando la prueba de ADN confirmatoria de la nueva realidad biológica realizada en cualquier país extranjero⁴⁵⁹.

Al estar prohibida la constatación de la paternidad ilegítima (*cf.* art. 148 CFM⁴⁶⁰) y ante el obstáculo legal de recurrir a la aplicación de las normas generales de determinación de la filiación, cabe destacar la explicación del art. 148 de la guía práctica del CFM (que en ningún caso constituye Derecho positivo)⁴⁶¹ y la línea jurisprudencial minoritaria que permite indemnizar por daños y perjuicios al nacido de relaciones sexuales ilícitas que demande a su padre biológico por responsabilidad extracontractual⁴⁶². Así, se sancionaría al varón que actuó fuera del marco legal y que no asumió ninguna de responsabilidad derivada de la relación de parentesco. Esta vía no supone, en

⁴⁵⁸ De hecho, en Derecho marroquí se desconoce cualquier tipo de acción de reclamación de la paternidad. *Vid.* A. Manaf, *Problèmes du couple mixte face au droit et a la société (cas franco-marocain)*, Casablanca, Imprimerie Najah et Jadida, 1990, pp. 90-91.

⁴⁵⁹ *Vid. supra* el comentario de la sentencia del TS marroquí núm. 658, de 30 del 12 de 2004.

⁴⁶⁰ En este precepto se proclama que “la filiación ilegítima en relación al padre no producirá ninguno de los efectos de la filiación legítima”. Sobre la filiación ilegítima en Derecho musulmán *vid.* N. Ait-Zai, “L’enfant illegitime dans la société musulmane”, *Droit de l’enfance et de la famille*, 1990-1, núm. 29, pp. 287-303.

⁴⁶¹ *Cfr.* el comentario del precepto en guide pratique du code de la famille, <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/console/Uploads/Doc/guidedefamille.pdf>.

⁴⁶² *Cfr.* la resolución del TS marroquí núm. 9447, de 13 de noviembre de 1962, *RMD*, 1963, p. 267. En esta resolución se admite la compensación cuando la filiación es ilegítima, aunque posteriormente no se ha seguido esta línea jurisprudencial. Sobre el tema, F. Sarehane y N. Lahlou-Rachdi, “Maroc. Conflits de lois. Conflits de juridictions”, fasc. 4, núm. 67, *Juris-Classeurs*, 1994, pp. 1-23, en espec. p. 19.

ningún caso, establecer jurídicamente la paternidad⁴⁶³. Una parte de la doctrina marroquí⁴⁶⁴ opina este mecanismo judicial, introducido por la guía práctica del CFM, intenta reavivar esta línea jurisprudencial.

En el Derecho marroquí se impone definitivamente el triunfo de la verdad formal frente a la biológica. La protección de la legitimidad en interés del hijo y la defensa de la paz familiar acaban sacrificando la verdad real en materia de filiación. La situación de los hijos ilegítimos, que carecen de cualquier derecho respecto de su progenitor, se sigue perpetuando en el CFM al prohibir o no contemplarse la investigación de la paternidad y, en consecuencia, la no admisión de pruebas biológicas para la determinación de la misma. Parece claro que el legislador marroquí ha querido matizar, con visos aperturistas, la búsqueda de la paternidad biológica materializada en los escasos supuestos consagrados en el nueva *Mudawana*.

⁴⁶³ Al parecer, la guía toma una resolución del TS marroquí núm. 9447, de 13 de noviembre de 1962, *RMD*, 1963, p. 267, para plantear la posibilidad de indemnizar económicamente al hijo nacido fuera de matrimonio.

⁴⁶⁴ Opinión formulada por M. Loukili, profesor de DIPr. de Facultad de Derecho de Aggdal, Universidad Mohammed V (Rabat).

III. CLAVES EN LA NORMATIVA CONFLICTUAL

1. Reglamentación de la filiación en DIPr. Español

A) El carácter general del art. 9.4 C.c.

a) Análisis crítico de la nacionalidad del hijo como conexión tradicional

La norma central del DIPr. español en materia de filiación queda constituida en el art. 9.4 del C.c. y dispone lo siguiente: “el carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la ley personal del hijo, y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la residencia habitual del hijo”⁴⁶⁵.

⁴⁶⁵ Sobre el precepto, con carácter general, puede verse S. Álvarez González, *Filiación hispano-suíza*, *op. cit.*; *id.*, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código civil...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 205-242; N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4 C.c.”, *Comentarios a las reformas...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 15-33; M. Guzmán Zapater, “Filiación por naturaleza y adopción”, *Derecho internacional privado*, t. II, 2ª edic., Madrid, UNED, 2000, pp. 159-193; A. Ortiz Arce, “Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código civil, I, título preliminar*, Barcelona, Jose María Bosch editor, pp. 263-358, en espec. pp. 286-288; J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 321-380; J. D. González Campos, “Filiación y alimentos”, *Derecho internacional...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 355-377; *id.*, “Comentarios al artículo 9.4º del C.c.”, en *Comentarios del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 84-87; A. Marín López, “La filiación”, *Derecho internacional privado español*, t. II., 8ª edic., Granada, Copias

La opción del legislador español por la conexión tradicional de la nacionalidad del hijo en detrimento de otras alternativas del pasado legislativo español, como la nacionalidad del padre⁴⁶⁶, resulta consecuente con los valores de igualdad entre los hijos y los cónyuges, así como con el principio de no discriminación por razón de sexo o nacimiento, albergado en los arts. 14, 32 y 39 C. E.⁴⁶⁷. El hijo es el núcleo central de la relación paterno/materno-filial⁴⁶⁸, si bien la neutralidad del art. 9.4. C.c. no permite llegar a calificar al precepto como una norma de conflicto materialmente orientada⁴⁶⁹, con lo que el *favor filii* en materia de determinación de la filiación queda en entredicho. El fundamento de la aplicación de la ley personal del hijo con vistas a garantizar su interés trata de salvaguardar al sujeto de las “sorpresas” que se pueden derivar de la puesta en

Coca, 1994, pp. 189-233; A. Rodríguez Benot, “La filiación y los alimentos”, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 165-208; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, 4ª edic, 2007, *loc. cit.*, pp. 390 y 395; J. Carrascosa González, “Normas de Derecho internacional privado. Art. 9.4 del C.c.”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil omentada. Código civil, arts.1-1087*, t. I, Granada, Comares, 2000, pags. 144-149; *id.*, “Filiación natural...”, *Derecho de familia internacional...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 204-205; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Filiación natural”, *Derecho internacional privado*, vol II, 9ª edic., Granada, Comares, 2008, pp. 205-225; C. Espulgues Mota, *Manual de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pp. 345-351.

⁴⁶⁶ El art. 9.4 C.c. utiliza la ley personal del hijo (su ley nacional) como conexión unitaria para el establecimiento de la filiación natural y para los efectos de todo tipo de vínculo de filiación. Su tenor cuenta con una justificación histórica innegable que se recoge de forma expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 21/1987. Se señala que en el ámbito del DIPr. se trató de eliminar “...discriminaciones hirientes contra la mujer”, ya que se utilizaba la ley del padre para establecer la relación paterno-filial. *Vid.* S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 215. Sobre las conexiones utilizadas y las reformas efectuadas *vid.* J. D. González Campos, *Derecho internacional privado...*, 1995, *op. cit.*, pp. 359-363.

⁴⁶⁷ *Vid.* J. D. González Campos, “Comentarios al artículo 9.4º del C.c.”, en *Comentarios del Código civil...*, 1991, *loc. cit. op. cit.*, p. 85.

⁴⁶⁸ Así, la doctrina que fundamenta la conexión única de la ley del hijo se basa en la consecución de su propio interés, ya sea a través de su ley nacional o mediante la de su residencia habitual. *Vid.* J. D. González Campos, *Derecho internacional privado...*, 1995, *op. cit.* p. 360.

⁴⁶⁹ *Vid.* N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4 C.c.”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit.*, p. 27; S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 220.

funcionamiento de un sistema conflictual⁴⁷⁰. A ello hay que unir la naturaleza estable de las relaciones paterno/materno-filiares aconseja la adopción de un criterio de conexión menos mutable que la residencia habitual, como es precisamente la nacionalidad⁴⁷¹. Por ejemplo, las normas de DIPr. francés utilizan solamente la conexión nacionalidad en materia de filiación⁴⁷². También la Ley de reforma de DIPr. italiano, de 31 de mayo de 1995⁴⁷³ opta principalmente por esta misma conexión.

Sin duda, la rigidez de la conexión principal elegida en la norma de conflicto sobre en la materia (nacionalidad del hijo) ha sido denunciada como uno de los caracteres negativos del precepto que se comenta⁴⁷⁴, porque se trata de una regla ciega a resultados materiales⁴⁷⁵, lo que obliga a las autoridades españolas a tener que buscar *escape devices* (orden público internacional, aplicación imperativa de la ley española...), cuando comprueban que el efecto al que se llega con la aplicación de la ley nacional del hijo no es satisfactorio para la acreditación de la filiación.

La preponderancia del criterio de la nacionalidad para determinar el ordenamiento aplicable al establecimiento de la filiación pone de manifiesto una

⁴⁷⁰ *Vid.* A. E. Von Overbeck, “Les question générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours générales du droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1982-III, t. 176, pp 9-258, concretamente pp 75-76.

⁴⁷¹ *Vid.* M.^a P. Diago Diago, “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijo...”, *Mundialización y familia...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 161.

⁴⁷² *Vid.* F. Monéger, *Droit international privé*, 2^a edic., Paris, Litec (GroupeLexis Nexis), 2003, pp. 116-123; Y. Loussouarn y P. Bourel, *Droit international privé*, 7 edic., Paris, Dalloz, 2001, pp. 408-423; P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international privé*, 8^a édition, Paris, Montchretien, 2004, pp. 439-450.

⁴⁷³ (*Gaceta Oficial de la República Italiana*, de 3 de junio de 1995). En español, *vid.* N. Marchal Escalona, “La Ley de reforma de Derecho internacional privado italiano de 31 de mayo de 1995”, *REDI*, 1996-1, vol. XLVIII, pp. 474-500. *Vid.* comentario de la Ley en esta revista de P. Picone, “La riforma italiana del Diritto internazionale privato”, pp. 9-38.

⁴⁷⁴ *Vid.* N. Bouza Vidal, “Artículo 9. 4 C.c.”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, pp. 19-20.

⁴⁷⁵ En el actual art. 9.4 del C.c. se acoge una solución “ciega” a resultados materiales, desprovista de una orientación material expresa, explicitada en la propia norma a través de la inclusión de conexiones múltiples orientadas *favor recognitionis*, *favor legitimationis* o, simplemente, *favor filiationis*. *Vid.* J. Carrascosa González, “Filiación natural”, *Derecho internacional privado...*, 2005, *loc cit. op. cit.*, p. 114.

paradoja: y es que en tanto que, en teoría, responde de la manera más adecuada al respeto de la identidad cultural del individuo, al permitir la aplicación de su ordenamiento personal a la referida institución, en la práctica provoca situaciones inadmisibles desde la perspectiva del sistema del foro cuando el ordenamiento extranjero reclamado se opone a los valores constitucionales esenciales de tal Derecho, en especial a la interdicción de discriminación de los hijos. Y ello porque el art. 9.4 del C.c. sigue siendo en el fondo una norma de DIPr. propia del liberalismo del siglo XIX, heredada de construcciones medievales y que refleja la unión de la persona con su nación⁴⁷⁶. Sin embargo, en pleno siglo XXI, la utilización de la conexión “nacionalidad”, que obedece claramente a la voluntad de reforzar la soberanía del Estado sobre sus nacionales, se vuelve a considerar⁴⁷⁷. Parece que la autoridad de los Estados ya no está en peligro en los pleitos de filiación de sus nacionales en otros países, ni juega ningún papel relevante. Piénsese que la ley nacional, meramente localizadora, puede no resultar la más vinculada ni la más conveniente para el hijo y no responder al principio de proximidad que proporciona una ley previsible para los interesados⁴⁷⁸. Tal sería el caso de una persona de nacionalidad marroquí residente en España que vaya a ser reconocido por un declarante español o extranjero domiciliado en territorio patrio, ya que, en tal supuesto, la ley aplicable al fondo de este acto del reconocimiento (art. 9.4 C.c.) habría de ser la vigente en Marruecos. Y, de conformidad con este ordenamiento, no quedaría acreditada su filiación por no existir la determinación de la paternidad fuera de matrimonio o de relaciones sexuales lícitas. Evidentemente, en este caso, la ley nacional del hijo, no sería la ley de mayor vinculación, por lo que se podría preferir la aplicación de cualquier otra ley, como la de la residencia habitual del hijo o la del lugar donde se desarrolla la vida familiar. La conclusión, por tanto, parece clara: la conexión nacionalidad constituye una medida ineficiente, al tiempo que se presenta como una solución que eleva los costes para los particulares quienes se ven obligados constantemente a alegar y probar el Derecho extranjero. El recurso a la conexión

⁴⁷⁶ Vid. A. Bucher, “La famille en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 2000, t. 283, pp. 9-186, en especial, p. 26.

⁴⁷⁷ Vid. J. Carrascosa González, *Globalización y el Derecho internacional privado*, Murcia, Liberlibro.com, 2003, p. 210.

⁴⁷⁸ Sobre el principio de proximidad vid. P. Lagarde, “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueil de Cours*, 1986, t. 196, pp. 9-238.

nacionalidad del hijo en la determinación de la filiación permite construir puentes o vías de comunicación entre los sistemas islámicos y los occidentales, en general, y entre el marroquí y el español, en particular, garantizándose el respeto a la identidad cultural del individuo⁴⁷⁹.

Es posible decantarse por otras posibilidades más eficaces que reflejen una mayor relación entre la situación privada internacional y la ley llamada a regirla, recurriendo a un índice de conexión común a las dos o más personas implicadas en la relación paterno-filial (progenitores e hijo). Aún así, esta alternativa no agotaría las oportunidades que se ofrecen para una protección más eficaz del hijo en el ámbito del Derecho internacional privado, amparo que se conseguiría a través de un sistema de conexiones alternativas o sucesivas⁴⁸⁰, que dieran entrada

⁴⁷⁹ La conexión nacionalidad ha adquirido una nueva dimensión en relación al multiculturalismo, ya que al proteger la identidad cultural de los inmigrantes, ha sido defendida por la doctrina como una conexión capaz de dar respuesta a este problema. *Vid.* E. Jayme, “Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi...”, pp. 295-304; *id.*, “Identité culturelle et intégration. Le droit international privé...”, *loc. cit.*, en espec. pp. 167-173; S. A. Sánchez Lorenzo, “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1994-2, vol. XLVI, pp. 557-585; *id.*, “Postmodernismo integracional en el Derecho internacional privado de fin de siglo”, *Curso de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz de 1996*, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1997, pp. 149-174, en espec. p. 168. En cuanto a la identidad religiosa, J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, pp. 9-372.

⁴⁸⁰ En Derecho comparado, los puntos de conexión empleados en la materia por los distintos sistemas de DIPr. son muy diferentes. Por ejemplo, los arts. 33-36 de la ley italiana de DIPr. de 1995 siguen soluciones especializadas en el sector de la determinación de la filiación que se apoyan en puntos de conexión alternativos, con la distinción de ciertos perfiles. Por ejemplo, en el art. 33.2 de esta ley dispone: “se considera legítimo el hijo reputado como tal por la ley del Estado del que es nacional uno de sus progenitores en el momento de su nacimiento”. Y en su art. 34 indica que: “la legitimación por subsiguiente matrimonio será regulada por la ley nacional del hijo en el momento en el que éste acontece o por la ley nacional de uno de los progenitores en el mismo momento. En otros supuestos, la legitimación será regulada por la ley del Estado del cual es nacional, en el momento de la demanda, el progenitor en relación al cual es legitimado el hijo. Para la legitimación destinada a tener efecto después de la muerte del padre legitimante, se tendrá en cuenta su nacionalidad en el momento de la muerte”. Sin embargo, el art. 68 de la ley de DIPr. de Suiza de 1987 opta por dos puntos de conexión, la residencia habitual del hijo o la ley nacional común de los miembros de la familia, aunque también conviven con soluciones especiales para casos de legitimación y reconocimiento del hijo que pivotan sobre los puntos de conexión alternativos. Muy distintas son las alternativas del DIPr. alemán (art. 19-21 EGBGB), que recogen en ciertos aspectos el criterio francés de la ley nacional de la madre, así como la remisión a la ley que regula los efectos del matrimonio, y el punto de conexión “residencia habitual del hijo”. Además, se utilizan otras conexiones alternativas para favorecer la determinación de la filiación y la legitimación. *Vid.* J. Carrascosa González “Filiación natural”, *Derecho de familia...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 204-205.

a las otras personas implicadas en la relación de filiación; con ello se respetarían los imperativos constitucionales y, de este modo, se ofrecería una solución dirigida a elegir la ley más favorable al *favor filii*⁴⁸¹.

En la actualidad, dentro de la sociedad española globalizada, se reclaman soluciones conflictuales distintas a las existentes⁴⁸². De ahí la necesidad de un DIPr. multicultural⁴⁸³, que implica, además, un DIPr intercultural⁴⁸⁴, en el que las situaciones sociales se fusionan con las diversas concepciones culturales y jurídicas, resultado de la interconexión de culturas de países de recepción de inmigrantes y de países de emigración. El ordenamiento jurídico español no es ajeno a esta situación, y el DIPr. evoluciona en este sentido⁴⁸⁵. Aunque no es

Sobre las ventajas e inconvenientes de las conexiones jerárquicas o alternativas *vid.* A. L. Calvo Caravaca, “La norma de conflicto del siglo XXI”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, t. II, edic. UAM/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1335-1374, en espec. p. 1369.

⁴⁸¹ *Vid.* S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código civil...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 214.

⁴⁸² E. Jayme afirma que el Estado ha dejado de ser el centro del poder y de la protección del ser humano al cederlo al actual mercado (“Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours*, 2000-V, t. 282, pp. 9-40, en espec. p. 20). P. A. De Miguel Asensio expone que la globalización puede ser en principio caracterizada como un proceso objetivo que implica un desplazamiento de alcance espacial de los sistemas de relaciones sociales hacia modelos mundiales de organización y actividad, vinculados a la cada vez mayor interdependencia de la economía mundial y a la creciente naturaleza transterritorial de la vida social y política, que menoscaba la posición del Estado-nación, en particular su significado como unidad económica... La interconexión mundial implica en su conjunto con independencia de las fronteras estatales, lo que determina que cada Estado por separado no se encuentre en una posición idónea para proceder a su regulación (“El Derecho internacional privado ante la globalización...”, *loc. cit.*, p. 39).

⁴⁸³ *Vid.* P. Mercier, *Conflits de civilisations et Droit international privé. Polygamie et répudiation*, Droz, Ginebra, 1972; E. Jayme, “Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovo sviluppi...”, *loc. cit.*, pp. 295-304.

⁴⁸⁴ *Vid.* P. Juárez Pérez, “Hacia un DIPr. intercultural”, *Globalización y Derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 331-349, en espec. p. 348. E. Jayme considera que el DIPr. está destinado a ser una de las materias clave para la protección de la persona humana, porque siendo este el fin del Derecho privado, lo es con mayor razón el DIPr. en tanto que las soluciones a los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural que respeta la diversidad de los individuos (“Le droit international privé du nouveau millénaire...”, *loc. cit.*, p. 21).

⁴⁸⁵ El ordenamiento jurídico español ha motivado la reforma del art. 107 C.c. para la adecuación de las instituciones civiles a las nuevas culturas que conviven en nuestro país y garantizar, así, la protección de ciertas ciudadanas extranjeras, fundamentalmente de origen

fácil indetificar los distintos valores jurídicos en presencia, ya que son variados y contradictorios entre sí: derecho a la identidad cultural frente a la integración de inmigrante, principio de libertad personal frente a protección de la parte débil. Además, dentro de los valores propios del DIPr., hay que recordar la opción de seguridad y la justicia del resultado. De ahí que la elaboración de una reglamentación conflictual adecuada a tales valores no se presente sencilla.

La corriente imperante en estos momentos en Europa alterna la conexión nacionalidad con la de residencia habitual, la cual corresponde a una política de integración de los extranjeros en la sociedad de acogida⁴⁸⁶. Esta solución permite atender a un Derecho geográficamente más próximo, al tiempo que contempla la significación cultural de las leyes de origen de los inmigrantes. Desde una perspectiva comparada, la combinación que algunos ordenamientos europeos efectúan de los criterios de la nacionalidad y residencia habitual resulta interesante⁴⁸⁷. Tal es el caso, por ejemplo, de Suiza, donde la Ley Federal de DIPr. de 18 de diciembre de 1987⁴⁸⁸, en materia de filiación alterna tanto la residencia habitual como la nacionalidad del hijo (*cfr.* art. 68.2 de la Ley suiza) con el objetivo de conseguir el *favor filii*⁴⁸⁹. Con ello se exceptúa la solución

musulmán, que solicitan la separación y el divorcio. *Vid.* A. P. Abarca Junco, “Un ejemplo de materialización en el DIPr. español la reforma del art. 107 C.c.”, *Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, t. II, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1095-1116, en espec. pp. 1099-1100.

⁴⁸⁶ *Vid.* J. Déprez, “Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France: aspects de droit international privé”, *Familles-Islam-Europa. Le droit confronté au Changement*, Paris, L’Harmattan, 1996, pp. 57-124, en espec. 104 y 113; *id.*, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, p. 180.

⁴⁸⁷ Para consultar las normas de conflicto en materia de filiación de Alemania, Francia, España, Italia y Suiza *vid.* S. Aldeeb et A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des ordres juridiques occidentaux...*, *op. cit.*, pp. 234-243.

⁴⁸⁸ La Ley Federal suiza de DIPr. de 18 de diciembre de 1987 (*Feuille fédérale*, 12 de enero de 1988 [1988.I.5]) que entró en vigor el 1 de enero de 1989 por decisión del Consejo Federal de 27 de octubre de 1988, después de que la Ley fuera sometida a referéndum (art. 200 de la Ley de DIPr.) y puede consultarse en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1988-2, pp. 409-449. Los comentarios de esta reglamentación se pueden consultar en A. Bucher y A. Bonomi, *Droit international privé*, Helbing & Lichtenhahn, Genève, 2001, p. 188; B. Dutoit, *Droit international privé suisse. Commentaire de la Loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4 edic., Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2005, pp. 239-24; S. Aldeeb et A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des ordres juridiques occidentaux...*, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁸⁹ *Vid.* S. Aldeeb et A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l’épreuve des ordres juridiques occidentaux...*, *op. cit.*, p. 341.

general consistente en aplicar la ley de la residencia habitual o del domicilio del sujeto para la determinación de las relaciones personales o familiares constituidas ante la autoridad suiza. Y es que, al ser Suiza un país de recepción de inmigrantes, el legislador nacional trata de homogeneizar las relaciones en las que están implicadas las personas extranjeras que residen en su territorio mediante la utilización de la conexión domiciliar⁴⁹⁰.

En los Países Bajos, la ley reguladora de los conflictos de leyes en materia de filiación de 14 de marzo de 2002⁴⁹¹ no abandona la conexión tradicional de la nacionalidad, hecho influenciado tanto por el asentamiento en dicho país de numerosas personas de nacionalidad extranjera como por el respeto al estatuto personal de estos ciudadanos. Esta es quizás la razón por la que en los Países Bajos se ha optado por desarrollar una norma de conflicto “neutra” para la filiación legítima⁴⁹². No obstante, la aplicación de la conexión nacionalidad es modulada según las categorías. Así, se prevé que cuando aquélla no pueda ser

⁴⁹⁰ No obstante, la transición desde la ley nacional a la ley del domicilio o residencia habitual no es específica de los países receptores de inmigrantes, sino que se trata de una evolución más amplia que experimenta el sistema de DIPr. de muchos países europeos, entre ellos España. En este sentido ha evolucionado la Conferencia de La Haya. Dicho cambio está determinado por la falta de vinculación de la persona con el ordenamiento de su Estado nacional. Sobre las reformas introducidas en el DIPr. español en 1974 y tras la entrada en vigor de la C.E. de 1978 *vid.* J. A. Carrillo Salcedo, “L’*évolution du Droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974*”, *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1991-1992 y 1992-1993, Paris, Pédone, 1994, pp. 121-138; *id.*, “Le nouveau droit international privé espagnol”, *Annuaire suisse de droit international*, 1976, vol. XXXII, pp. 9-35.

⁴⁹¹ Publicada en versión francesa, Loi du 14 mars 2002, portant règlement des conflits de lois en matière de lignes de filiations (*J. O.* núm. 153), que se puede consultar en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002-2, pp. 389-393. *Vid.* el comentario de la misma en D. Van Iterson, “La nouvelle loi néerlandaise règle les conflits de lois en matière de filiation”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004-I, pp. 46-51; *id.*, “La nueva Ley holandesa reguladora de los conflictos de leyes en materia de filiación”, *REDI*, 2002-II, vol. LVV, pp. 1069- 1073.

⁴⁹² La ley nacional común de los esposos rige el vínculo de filiación existente entre los esposos y el hijo nacido durante su matrimonio (art. 1 de la Ley de 14 de marzo de 2002 reguladora de los conflictos de leyes en materia de filiación). La norma respeta la igualdad de los esposos. La ley nacional común se aplica cuando los cónyuges no tienen más que una única nacionalidad común. Si tienen varias nacionalidades comunes, se considera que no tienen ninguna en común y se aplica la ley de su residencia habitual común. Se evita acudir al principio de nacionalidad efectiva, adoptando la solución del art. 15, párrafo 2, del Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales y recogida en la Ley holandesa que regula los conflictos de leyes en materia de efectos personales del matrimonio. *Vid.* D. Van Iterson, “La nueva ley holandesa reguladora de los conflictos de leyes...”, *loc. cit.*, pp. 1069-1073.

aplicada o no ofrezca resultados satisfactorios, habrá que atender subsidiariamente al criterio de la residencia habitual de las partes interesadas o de alguna de ellas. Además, para el reconocimiento de la paternidad se prevé un sistema distributivo de conexiones.

En el ámbito de la filiación, la opción por la conexión de la residencia habitual del hijo se muestra como un factor de vinculación para aplicar una ley que goza de la suficiente proximidad, que puede proporcionarle mayor protección al coincidir la aplicación del Derecho del foro con el lugar donde éste se integra y desarrolla su vida⁴⁹³. El legislador del DIPr., a la hora de regular el estatuto personal del extranjero ha de optar por un criterio o por otro⁴⁹⁴. La elección por la residencia habitual induce, de manera consciente o inconsciente, a la sedentarización de la población inmigrante y a su adaptación al medio social en el que vive⁴⁹⁵. Pero en el caso de los extranjeros musulmanes, no es posible concebir su plena integración en el territorio de acogida, por entender que su vida jurídica continúa bajo el prisma de los criterios confesionales⁴⁹⁶.

Sin embargo, esta conexión tiene el inconveniente de no favorecer la fluidez del tráfico internacional, porque lo probable es que la decisión del foro sea rechazada por otras autoridades extranjeras. A la hora de localizar el Derecho aplicable, se debe intentar buscar el equilibrio constante con el principio de la

⁴⁹³ Vid. J. Y. Carlier, “Le code belge de droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005-I, pp. 11-39, en espec. pp. 23-24, sobre la justificación de la conexión de la residencia habitual en materia de estatuto personal. No obstante, una parte de la doctrina sigue apostando por los dos criterios conexión clásico en la materia. Así se propone que el conflicto que suscita la concurrencia de leyes estatales se puede solucionar mediante criterios de conexión objetivos y neutrales, tales como la nacionalidad o el domicilio, entre otros. Cfr. B. Audit., “Le droit international privé en quête d’universalité”, *Recueil des Cours*, 2003-V, t. 305, pp. 9- 488, en espec. p. 111.

⁴⁹⁴ Vid. A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico...*, *op. cit.*, pp. 173-174.

⁴⁹⁵ Vid. L. J. de Winter, “Nationality or Domicile. The Present State of Affairs”, *Recueils de Cours*, 1969-III, t. 128, pp. 349-504.

⁴⁹⁶ Vid. M. Charfi, “L’influence de la religion dans le droit international privé...”, *loc. cit.* pp. 321-454; J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, p. 27-31; P. Gannagé, “La coexistence des droits confessionnels et de droits laïques dans les relations privées internationales”, *Recueils des Cours*, 1979-III, t. 164, pp. 339-423; A. Moulay Rchid, “Le droit familial à travers les relations Maroc-Europe”, *L’Annuaire de l’Émigration*, 1994, pp. 602-605, en espec. p. 602.

efectividad de la sentencia⁴⁹⁷, es decir, lograr la continuidad transfronteriza de la situación privada internacional. La opción por una conexión u otra se ha de efectuar en atención al grado de adecuación de la misma a las exigencias de la sociedad multicultural⁴⁹⁸, manifestadas tanto en el respeto a la identidad, como en el derecho a la integración voluntaria en la sociedad de acogida⁴⁹⁹.

b) Hacia la especialización de la norma de conflicto

La actual norma de conflicto opta por una regulación unitaria del carácter y del contenido de la filiación, incluida la adoptiva, así como las relaciones paterno-filiales. Este precepto, por un lado, integra todos los aspectos relativos a la filiación, al tiempo que incluye las relaciones paterno-filiales al elenco de cuestiones que merecen esa misma regulación. Por otro lado, logra la unidad del régimen que regula los efectos de la filiación por naturaleza y adoptiva, ya que las consecuencias de ambas serán las mismas.

⁴⁹⁷ Vid. M. Guzmán Zapater, "Sobre la función del DIPr. y técnicas de reglamentación", *Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, t. II, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1619-1643, en espec. pp. 1626-1632.

⁴⁹⁸ Acerca del papel de la multiculturalidad y su incidencia en la configuración de respuestas jurídicas en el Derecho de familia *vid.* A. Borrás Rodríguez, "La sociedad multicultural: la integración del mundo islámico", *El islam jurídico...*, *op. cit.*, pp. 163-198; J. M. Espinar Vicente, "Sociedad multicultural y Derecho internacional privado", *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999)*, Madrid, Universidad de Alcalá, 1999, pp. 181-204; A. Rodríguez Benot, "Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español", *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 15-84, en espec. pp. 65-80; L. Esteve González, A. López-Tarruella Martínez y M. E. Morán García, "La familia multicultural: entre el conflicto de civilizaciones...", *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 843-861. En el Derecho comparado, J-Y. Carlier y M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans...*, *op. cit.*; J. Y. Carlier, "Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38; M. C. Foblets, *Familles-Islam-Europe: le droit confronté au changement*, Paris, L'Harmattan, 1996; C. Campiglio, "La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano", *Riv.dir. int. priv. e proc.*, 1999, núm. 1, pp. 21-42; A. Quiñones Escámez, "El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas", *Derecho internacional y relaciones internacionales en el Mundo Mediterráneo. XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (1997)*, Madrid, BOE, 1999, pp. 181-194; M^a. P. Diago Diago, "La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español", *AequAlitas*, 2001, núm. 6, pp. 6-13.

⁴⁹⁹ *Cfr.* E. Zabalo Escudero, "Efectos del matrimonio y sociedad multicultural", *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 9-26, en espec. p. 20.

Es cierto que en la norma no se hace referencia expresa al establecimiento de la filiación, esto es, a la cuestión de saber quién ostenta la cualidad de hijo o hija y la de padre o madre⁵⁰⁰. Pese al silencio de la norma respecto de tal extremo, la doctrina, en su momento, incorporó este aspecto en la regulación contenida en el art. 9.4 C.c., interpretación apoyada por la práctica reiterada de la DGRN⁵⁰¹. En consecuencia, aunque el artículo 9.4 C.c. se refiera lacónicamente al contenido y al carácter de la filiación, se extiende también al establecimiento del vínculo.

Se opta así por una ley global llamada a regir todas las posibles variantes de establecimiento de la filiación (acciones judiciales de investigación de la paternidad-maternidad, reconocimiento voluntario, presunciones de paternidad marital...), a la vez que los efectos en general de la filiación (guarda de los hijos, representación, alimentos, régimen de los apellidos...)⁵⁰². Ciertamente, hay que admitir que la unidad entre la determinación y los efectos de la relación paterno-

⁵⁰⁰ La reforma del Título Preliminar del C.c. operada en 1974 por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, introdujo una norma *ad hoc* para las relaciones paterno-filiales, lo que propició la aparición de opiniones distintas entorno a las interpretaciones de los párrafos 1 y 4 del art. 9 C.c. Según una parte de la distinta doctrina, si sólo se ha regulado expresamente el “carácter y el contenido” de la filiación, podrá pensarse que la atribución o determinación legal de ésta ha sido excluida del ámbito del artículo 9.4 del C.c. (*inclusio unius exclusio alterius*). Y, en tal caso, la conclusión es que el establecimiento de la filiación por naturaleza estaría regido por el art. 9.1 del C.c. No obstante, la posición doctrinal seguida por la mayoría apoya que la determinación de la filiación quede bajo el ámbito del art. 9.4 del C.c. Esta interpretación se justifica, en primer lugar, por ser conforme con el antecedente inmediato de la reforma; esto es, el texto elaborado en 1981-1983 por la Sección 1ª de la C.G.C., se aludía genéricamente a la “filiación”. Ello se reiteró en el Proyecto de Ley presentado a las Cortes Generales (B.O.C.G., Congreso de los Diputados. III Leg., serie A, núm. 221, de 4 de febrero de 1987). En segundo lugar, es artificial la separación entre el carácter y contenido de la filiación y su establecimiento o atribución, produciendo un resultado negativo si la materia se fraccionara, al someter ciertas cuestiones al art. 9.4 C.c. y otras al art. 9.1 C.c. Sobre el tema *vid.* la bibliografía mencionada *supra*.

⁵⁰¹ Sobre la práctica de este órgano *vid.* J. Carrascosa González, “Normas de Derecho internacional privado. Art. 9.4 C.c.”, *Jurisprudencia Comentada...*, *loc. cit. op. cit.*, 2000, pp. 146-147.

⁵⁰² *Vid.* J. D. González Campos, “Filiación por naturaleza”, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, 1ª edic., Oviedo, Apel, 1984, pp. 200-214, en concreto p. 213, que se recoge: “...y esta solución, de otra parte, debe consagrar la unidad entre el derecho aplicable a la determinación de la filiación y el que rige las relaciones parteno-filiares, sometiendo a una misma ley ambos núcleos de problemas”.

filial resulta más aparente que real⁵⁰³. Es evidente que se trata de figuras distintas e independientes, aunque relacionadas. Sin embargo, lo incuestionable es que la unión entre el establecimiento de la filiación y la consecuencia inmediata de ésta ofrece ventajas prácticas, como es la simplificación de la regulación al aplicar una única ley o eliminar posibles resultados inadecuados a los que puede conducir la escisión en la regulación del carácter y del contenido por la sumisión a leyes distintas⁵⁰⁴. Piénsese en lo paradójico que resultaría que la ley nacional del hijo estuviera llamada a ser aplicada al contenido de la filiación cuando ésta no permita el establecimiento de dicha filiación, que vendría determinada por la ley nacional del padre o madre. De ahí que la doctrina haya estimado que el contenido de la filiación y los derechos derivados del *status filii* sólo pueden venir fijados por la ley que ha establecido la relación de filiación.

Lo que sí debe ser motivo de preocupación es el hecho de justificar si las cuestiones que se acaban de apuntar merecen ser reguladas unitariamente o de forma separada, al margen de la conveniencia de que se sometan o no a una misma ley⁵⁰⁵. Si la unión de tales aspectos sólo obedece al deseo de simplificar su regulación legal, puede suceder que ésta no sea la más satisfactoria. De ahí que se estime necesario buscar la regulación más adecuada a los intereses que se tratan de proteger, que no van a ser los mismos entre las distintas esferas que

⁵⁰³ Para la mera declaración de intenciones entre la unidad entre la determinación y los efectos de la filiación *vid.* S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 236-237; M^a. P. Diago Diago, “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos”, en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 143-176, en espec. p. 156. La decisión de reglamentar de forma específica esta institución no resulta extraña al Derecho material español, ya que el título V del C.c. regula el establecimiento de la filiación de forma independiente a otras materias. *Vid.* M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 112 a 114”, en M. Albaladejo y S. Díaz de Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1, 2^a edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 101-175, en espec. p. 109.

⁵⁰⁴ *Vid.* N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4 C.c.”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, p. 21, en espec. nota 26. La autora plantea que los problemas de adaptación también se pueden ocasionar en el marco de los conflictos internos si se tiene en cuenta que el art. 21 de la Ley Catalana de filiación, de 7 de abril de 1991, atribuye efectos limitados a la determinación de la relación paterno-filial en supuestos no contemplados en el art. 111 del C.c., como el reconocimiento de mala fe o con abuso de derecho notorio.

⁵⁰⁵ *Vid.* S. Álvarez González, “Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109-1151.

conforman la cuestión de la filiación⁵⁰⁶. De hecho, como ha admitido la doctrina⁵⁰⁷, aplicar una misma ley a todas las variantes de la filiación puede llevar, en ocasiones, a un resultado insatisfactorio. Parece plausible, por tanto, que para los diversos institutos en materia de filiación se arbitren soluciones distintas.

La norma de conflicto actual se caracteriza por presentar un alto grado de generalidad y abstracción, ya que hace referencia a categorías tan amplias como el carácter y el contenido de la filiación. Tal generalidad aleja a la norma de conflicto de las particularidades del caso litigioso, y la convierte más en un principio que en una regla. En contrapartida, presenta la ventaja de facilitar la admisión de institutos jurídicos creados a tenor del Derecho extranjero y de difícil cabida en el Derecho o en las concepciones del foro. Así, por ejemplo, al utilizar un supuesto tan amplio como “el carácter la filiación...” (art. 9.4 C.c.), se facilita la inclusión de instituciones sobre la determinación de la filiación de un sistema extranjero sin equivalente directo en España, como puede ser el establecimiento de las dobles maternidades naturales del ordenamiento de Quebec⁵⁰⁸. Ahora bien, la generalidad no constituye una condición consustancial de la norma de conflicto. De hecho, en los últimos años viene advirtiéndose una clara tendencia, tanto del legislador como de la jurisprudencia, hacia el establecimiento de las normas de conflicto especiales, llamadas a regular supuestos más concretos o típicos⁵⁰⁹. Es lícito pensar que la generalidad puede llegar a proporcionar un mayor ámbito de libertad judicial, mientras que la especialización dota al sistema de un alto grado de previsibilidad jurídica y de rigidez⁵¹⁰. Pero ello no es del todo exacto. Téngase presente que la especialización normativa⁵¹¹ que, además, es absolutamente posible y

⁵⁰⁶ Vid. J. Foyer, “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation”, *Recueil des Cours*, 1985-IV, t. 193, pp. 9-118.

⁵⁰⁷ Vid. S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código Civil...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 211. Este autor manifiesta con claridad que “esta solución única no sólo se aparta de la actual tendencia de la especialización de la normativa, absolutamente posible y altamente conveniente en materia de filiación, sino que plantea la necesidad de forzar la interpretación del precepto para paliar su rigidez...”.

⁵⁰⁸ Institución tratada *supra*.

⁵⁰⁹ Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, “Persona”, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 288-289.

⁵¹⁰ Vid. S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, p. 164.

⁵¹¹ Vid. A. L. Calvo Caravaca, “La norma de conflicto del siglo...”, *Obra homenaje al Profesor J. D. González...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 1335-1374; J. D. González Campos, “Diversification,

conveniente en materia de filiación⁵¹², evitaría el tener que recurrir, como viene sucediendo en la actualidad, a forzar la interpretación del precepto generalista para paliar la rigidez que lo caracteriza. Es verdad que la conveniencia o no de una ley única para la determinación de la filiación por naturaleza no es tan clara y suscita consideraciones de diversa índole⁵¹³.

Cabe señalar que los sistemas más modernos de DIPr. optan por diseñar normas de conflicto diferentes para fijar la ley aplicable a la determinación de la filiación y a sus efectos⁵¹⁴. Si los intereses implicados difieren, también deben hacerlo las soluciones para uno u otro extremo⁵¹⁵. Así, el DIPr. italiano⁵¹⁶, suizo y belga⁵¹⁷ se caracterizan por crear normas de conflicto específicas para el

spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, 2000, t. 287, pp. 9-426; H. Gaudemet-Tallon, “De quelques souhaits pour une meilleure coherence des règles...”, *Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 1593-1618.

⁵¹² Vid. S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 211.

⁵¹³ Vid. S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código y Compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 211; M.^a P. Diago Diago, “La mundialización y las relaciones jurídicas...”, *Mundialización y familia*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 154-157.

⁵¹⁴ Vid. J. D. González Campos califica la especialización que sufre la reglamentación conflictual de una determinada materia como “subsistemas normativos” (“Diversification, spécialisation...”, *loc. cit.*, p. 164).

⁵¹⁵ Vid. J. Foyer, “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation...”, *loc. cit.*, pp. 9-18; Y. Lequette, “Le droit international privé de la famille à l’épreuve des conventions internationales”, *Recueil des Cours*, 1994-II, t. 246, pp. 9-234; P. Picone, “Le norme di conflitto alternative italiana in materia di filiazione”, *Riv. dir. int.*, 1997, vol. LXXX, fasc. 2, pp. 277-350.

⁵¹⁶ Ley núm. 218 de 31 de mayo de 1995, sobre la reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado (*Gaceta Oficial de la República Italiana*, de 3 de junio de 1995). En español *vid.* N. Marchal Escalona, “La Ley de reforma de Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, pp. 474-500. *Vid.* comentario de la Ley en esta revista de P. Picone, “La riforma italiana del Diritto...”, *loc. cit.*, pp. 9-38.

⁵¹⁷ Código belga de DIPr. de 16 julio de 2004, publicado en *Le Moniteur belge* de 27 julio de 2004 y que entró en vigor el 1 de octubre de 2004. *Vid.* la Circular explicativa de 23 de septiembre de 2004, en http://www.notaire.be/info/actes/101_code_dip_circulaire.htm#B. También se ha publicado en francés en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005-1, pp. 154-188. *Vid.* J. Y. Carlier, “Le code belge de droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 11-39; M. Fallon, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho Internacional privado”, *REDI*, 2004-2, vol. LVI, pp. 821-835; *id.*, “La matérialisation du nouveau droit

establecimiento de la filiación, distintas de las previstas para las relaciones entre padres e hijos⁵¹⁸.

En esta misma línea, la adopción de la Ley de los Países Bajos de 12 de marzo de 2002 relativa a los conflictos de leyes en materia de filiación⁵¹⁹ surge con el objetivo primordial de aumentar la seguridad jurídica en este ámbito. De esta normativa se subrayan varios aspectos: en primer lugar, su propia existencia debido a los problemas que se suscitan en el establecimiento de la filiación para supuestos de tráfico externo y, en segundo lugar, se construyen soluciones distintas según se trate de determinación de la filiación matrimonial o extramatrimonial, de reconocimiento voluntario o impugnación o reclamación de la paternidad.

Lo fundamental es que la ley holandesa viene a reconocer la problemática de la determinación de la filiación respecto del resto de las cuestiones del Derecho de familia, ya que se trata de un conjunto de relaciones tan complejas que requiere una especial atención del legislador, por lo que se opta por una regulación autónoma que aporte las soluciones más adaptadas a la misma. En principio, nada impediría que el DIPr. español pudiera inclinarse hacia este mismo camino. Ello, además, no sería extraño ni a la tradición jurídica española ni a la misma realidad del art. 9.4 del C.c., donde la unidad pretendida es sólo figurada. Piénsese que, hoy por hoy, del supuesto de hecho de este precepto se está extrayendo todo lo eferente a la capacidad y a la forma para reconocer la filiación, el régimen de nombre y apellidos de los hijos, las medidas de protección del hijo menor o incapaz, los alimentos derivados del vínculo de filiación, los derechos sucesorios de los hijos e incluso, los derechos de guarda y

international privé belge”, en AA.VV., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1493-1511; M. Fallon y J. Erauw, *La nouvelle loi sur le Droit International Privé, la loi du 16 juillet 2004*, Bruxelles, Kluwer, 2004; S. Sarolea, “Le code de droit international privé et le droit familial: le grand nettoyage de printemps”, <http://www.ajn.be/textes/dipe/sarole.pdf>.

⁵¹⁸ *Vid.* M.^a P. Diago Diago, “La mundialización y las relaciones jurídicas...”, *Mundialización y familia, loc. cit. op. cit.*, pp.156-157.

⁵¹⁹ *Vid.* el comentario de D. Van Iterson, “La nouvelle loi néerlandaise règle les conflits de lois...”, *loc. cit.*, pp. 46-51; *id.*, “La nueva Ley holandesa reguladora de los conflictos...”, *loc. cit.*, pp. 1069- 1073.

visita que se ventilan en los procesos de nulidad, separación y divorcio⁵²⁰. De ahí que una especialización de la normativa conflictual española resulta conveniente, siempre que respete la individualidad de cada categoría desde el punto de vista de su configuración estructural. De cualquier modo, es posible que este traspaso de límites conduzca más a un *dépeçage* peligroso que a una especialización⁵²¹. En consecuencia, la especialización debería ampararse en un juicio de razonabilidad positivo⁵²². En los próximos capítulos se estudiarán las diversas variantes del establecimiento del vínculo paterno/materno-filial en las situaciones hispano-marroquí, tales como la filiación extrajudicial y la judicial a fin mejorar la vigente respuesta conflictual⁵²³.

Otro punto objeto de debate sería precisar si la norma de conflicto en materia de filiación debe ser neutra⁵²⁴ o favorecer el interés del hijo⁵²⁵.

⁵²⁰ Vid. M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 114.

⁵²¹ No se obvian los problemas accesorios que esta especialización lleva aparejados, como la dificultad en la calificación o conflictos de calificaciones que la solución única puede evitar. Vid. S. Álvarez González, “Art. 12.1º C.c.”, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I, vol. II, Arts. 8 al 16 C.c, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 842-880; N. Bouza Vidal, “Art. 9.4”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, p. 27. Además, se suman los posibles desajustes o inadaptaciones, cuando concurren diversas leyes estatales para regular aspectos singulares de una misma relación global. Vid. H. Batiffol y P. Lagarde, “L’improvisation de nouvelles règles de conflits de lois en matière de filiation”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, pp. 1-26, en espec. p. 2.

⁵²² Cfr. S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 162-163.

⁵²³ La actual línea doctrinal plantea el abandono del supuesto único presente en el art. 9.4 C.c. tal y como expone S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código y Compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 225.

⁵²⁴ Los Países Bajos han desarrollado una norma de conflicto “neutra” para la filiación legítima. La ley nacional común de los esposos rige el vínculo de filiación existente entre los esposos y el hijo nacido durante su matrimonio (art. 1 de la Ley de 14 de marzo de 2002 reguladora de los conflictos de leyes en materia de filiación). La norma respeta la igualdad de los esposos. La ley nacional común se aplica cuando los cónyuges no tienen más que una única nacionalidad común. Si tienen varias nacionalidades comunes, se considera que no tienen ninguna en común y se aplica la ley de su residencia habitual común. Así se evita acudir al principio de nacionalidad efectiva, adoptando la solución del art. 15, párrafo 2, del Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales y recogida en la Ley holandesa que regula los conflictos de leyes en materia de efectos personales del matrimonio. Vid. D. Van Iterson, “La nueva ley holandesa reguladora de los conflictos de leyes...”, *loc. cit.*, pp. 1069-1073.

Determinar la modificación del artículo 9.4 C.c hacia una norma de conflicto materialmente orientada⁵²⁶ será objeto de análisis en los sucesivos capítulos.

B) Problemática suscitada por la aplicación de la norma de conflicto

El art. 9.4 C.c genera numerosos problemas de aplicación debido a su particular estructura. Entre ellos, la cuestión previa, el reenvío, el orden público internacional, la doble nacionalidad y la remisión a un ordenamiento plurilegislativo, aunque en este epígrafe únicamente se hará referencia a los dos últimos. La razón del análisis particularizado de estas cuestiones es su profunda imbricación con el objeto de la tesis doctoral. En efecto, para el establecimiento de la filiación de un nacido en España de progenitor marroquí, las dificultades suscitadas resultan de la posible doble nacionalidad del hijo y del carácter plurilegislativo del ordenamiento marroquí.

a) Doble nacionalidad

La utilización en el art. 9.4 C.c del punto de conexión “nacionalidad del hijo” plantea ciertos problemas en supuestos de múltiple nacionalidad. Piénsese que un nacido en España de progenitor marroquí puede ostentar además de la nacionalidad marroquí (Marruecos atribuye, en principio, *iure sanguinis* su nacionalidad de origen) la de otro país, como sucede en aquellos casos en que el otro progenitor provenga de un Estado que atribuye asimismo su nacionalidad de origen por *ius sanguinis*.

El Código de la nacionalidad marroquí, de 6 de septiembre de 1958⁵²⁷, modificado por el *Dahir* núm. 1-07-80, de 23 de marzo de 2007⁵²⁸ (en adelante

⁵²⁵ En general, la solución de la norma es favorecer la determinación de la filiación, como puso de manifiesto el prof. J. D. González Campos, “Filiación y alimentos”, *Derecho internacional privado...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 356. Para la mejor localización del interés del hijo se ha propuesto *supra* la “teoría del vértice”, porque es posible que en determinadas ocasiones el interés del hijo no sea el establecimiento del vínculo de parentesco con su progenitor.

⁵²⁶ Sobre la tendencia a las normas de conflicto materialmente orientadas *vid.* A. L. Calvo Caravaca, “La norma de conflicto del siglo XXI”, *Obra homenaje al Profesor J. D. González...*, *op. cit.*, p. 1368.

⁵²⁷ *Dahir* núm. 1-58-250, de 6 de septiembre de 1958, conteniendo el Código de la nacionalidad marroquí, (B.O. núm. 2394, de 12 de septiembre de 1958).

CNM) contempla el sistema de atribución por *ius sanguinis*⁵²⁹. En concreto, el art. 6 de esta normativa regula el derecho a ser marroquí de origen, con independencia de que el nacimiento de la persona de progenitores marroquíes se produzca en el extranjero. Ahora bien, hay que tener presente que este sistema de atribución *iure sanguinis* resulta aplicable a los hijos legítimos de padre marroquí, es decir, a los que nacen dentro de matrimonio válido o de relaciones sexuales lícitas. Así pues, a un menor que nazca en España de padre marroquí, se le atribuirá o no la misma nacionalidad en función de que la filiación haya quedado establecida de conformidad con lo dispuesto en este ordenamiento jurídico. De hecho, el art. 8 del CNM establece que: “la filiación se constituye conforme a las prescripciones que regulan el estatuto personal del ascendiente, fuente del Derecho a la nacionalidad”⁵³⁰. Por el contrario, al nacido de mujer marroquí le corresponderá la nacionalidad de su madre, independientemente de que el hijo sea o no matrimonial, posibilidad incorporada en la reforma mencionada del CNM. En concreto, el nuevo art. 6 CNM señala que es marroquí el nacido de madre marroquí, eliminando el término “padre

⁵²⁸ Este *Dahir* contiene la Ley núm. 62-06 que modifica y completa el *Dahir* núm. 1-58-250, de 6 de septiembre de 1958 sobre el Código de la nacionalidad marroquí (B.O. núm. 5514, de 5 de abril de 2007). El grupo socialista marroquí, en la legislatura 1997-2002, presentó una Proposición de Ley para la modificación del art. 6 del CNM. Los motivos de esta propuesta son: permitir a la madre otorgar su nacionalidad a los hijos que se han concebido con un extranjero, incluso cuando hayan nacido en Marruecos de un padre desconocido. En este último caso, si se conociera posteriormente el origen foráneo del padre se perdería la nacionalidad marroquí de la madre. La reforma consiste en que todos los nacidos de madre marroquí, independientemente de si ésta ha contraído matrimonio, atribuye la nacionalidad a su hijo. *Vid.* Y. Al Bouhir, “Reflexiones sobre la situación de los derechos humanos en la ley de nacionalidad marroquí”, *Trabajos de Jornadas sobre la Ley de la nacionalidad. Estudios y comentarios*, 1ª edic., Asociación Marroquí de Derechos Humanos, Rabat, 2004, pp. 29-58 (en árabe, traducción propia). Para una lectura amplia sobre la condición de la mujer en Marruecos *vid.* L. Messaoudi, “La discrimination a l’égard de la femme en droit international privé marocain”, *RDE*, 1991, núm. 7, pp. 43-54, en espec. pp. 44-46; *id.*, “La discrimination a l’égard de la femme en droit international privé marocain”, *Rev. int. dr. comp.*, 1992-4, pp. 947-957, en espec. pp. 948-951; A. Moulay Rchid, *La condition de la femme au Maroc*, Publication de la Faculté de Droit, Rabat, La Porte, 1985.

⁵²⁹ Sobre el Código de la nacionalidad marroquí y la atribución de la nacionalidad *vid.* P. Decroux, *Droit privé. Droit international privé*, t. II, Rabat y Paris, La Porte et Librairie de Médecis, 1963, pp. 11-52.

⁵³⁰ *Vid.* P. Decroux aclara que a un hijo ilegítimo de un padre judío marroquí se le atribuye la nacionalidad de su progenitor. Sin embargo, no ocurre igual en el supuesto de un nacido de relaciones extramatrimoniales de padre musulmán marroquí, ya que el vínculo de parentesco no puede ser establecido jurídicamente conforme a Derecho coránico (*Droit privé...*, *op. cit.*, pp. 26).

desconocido⁵³¹, que producía tanta incertidumbre en la interpretación de la DGRN⁵³².

Por otra parte, hay que hacer alusión a las normas que regulan la pérdida de la nacionalidad marroquí de origen, porque en los Estados islámicos tienen una especial importancia dada su repercusión legal. Según los preceptos que regulan este tema, el ciudadano mayor de edad que adquiera voluntariamente en el extranjero otra nacionalidad, deberá solicitar la renuncia de la nacionalidad marroquí, que, en todo caso, habrá de autorizarse por decreto (art. 19.1 CNM)⁵³³. Sin embargo, en la práctica, esta petición no suele formularse, quizás por el deseo de los súbditos marroquíes de seguir manteniendo la nacionalidad de su país que además implica la pertenencia a la comunidad islámica universal⁵³⁴. De ahí que se venga afirmando que quien nace marroquí, muere marroquí⁵³⁵. Se desprende así que el nacido de padres marroquíes, cuya filiación

⁵³¹ Para entender la figura de padre desconocido y la interpretación de la misma por la DGRN *vid.* C. Ruiz Sutil, “Globalización y adquisición de la nacionalidad: el caso de los nacidos en España de progenitores marroquíes”, *RFD Univ. Gr.*, núm. 7, 2004, pp. 447-472, en espec. pp. 457-461.

⁵³² *Vid.* las resoluciones de la DGRN de 10 de febrero de 2006 (*BOE* núm. 101, de 28 de abril de 2006); la de 31 de octubre de 2005 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 2005); resolución (4ª), de 14 de junio de 2005 (RJ 2005/7535); resolución (1ª) de 16 de enero de 2002 (JUR 2002/119608); resolución (4ª) de 23 de abril de 2002 (JUR 2002/195632); resolución (7ª) de 10 de septiembre de 2002 (JUR 2003/215); resolución (1ª) de 13 de diciembre de 2002 (RJ 2003/2173).

⁵³³ Todos los supuestos y requisitos de la pérdida vienen recogidos en P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, pp. 45-46.

⁵³⁴ En Marruecos, antes de la época del protectorado, se sostenía la tesis de la única nacionalidad musulmana. Esta teoría deriva del origen de la sociedad islámica, en que todo fiel se sometía a la Ley del Corán como norma civil y religiosa. En esta época, no se conocía el sentido moderno de la nacionalidad. Por lo tanto, este concepto de nacionalidad única constituía una realidad efectiva, pero no una nacionalidad de Derecho. *Vid.* A. Moulay Rchid, “Droit des personnes. La nationalité marocaine”, *Droit international privé*, Cours polycopiés, 4é. année, Faculté des Sciences, Juridiques Economiques et Sociales, Université Mohammed-V Souissi, Rabat, 1992-1993 (fotocopiado); R. Chambour, *Les institutions sociales, politiques et juridiques de l'Islam*, Lausanne, Méditerranéennes, 1978, pp. 167-171, en espec. pp. 155-159.

⁵³⁵ *Vid.* A. Benjelloun, “Le code de la nationalité marocaine”, *RMD*, 1959, pp. 241-262, en espec. p. 241; A. Zougarhi, *Mudawanat al Osra*, Rabat, edic. Dar Assalam, 2008, pp. 33-58, en espec. pp. 33 y 34 (en árabe y traducción propia); A. Moulay Rchid, “Droit des personnes. La nationalité marocaine”, *Droit international...*, Cours polycopiés, *loc. cit. op. cit.*

quede establecida conforme al Derecho marroquí, ostentará la nacionalidad marroquí (salvo que ocasionara un atentado grave contra el Soberano).

El DIPr. español ofrece una respuesta directa a los supuestos de doble nacionalidad surgidos como consecuencia de la reglamentación dispar de la nacionalidad por parte de los Estados. No obstante, se dejan al margen de este estudio las soluciones instituidas para los supuestos de doble nacionalidad previstos por las leyes españolas (art. 9.9, I C.c.)⁵³⁶, ya que ni existe Tratado internacional de doble nacionalidad con Marruecos, ni este país se considera que haya tenido especial vinculación con España⁵³⁷.

⁵³⁶ El Derecho español contempla dos supuestos de doble nacionalidad prevista, en los que se permite una doble vinculación de la persona con países diferentes con el propósito de fortalecer los lazos con los países que hayan tenido o tengan especial relación con España (art. 11.3 C.E.) o en los que exista Tratado internacional para tal efecto. Así, la nacionalidad extranjera se considera compatible con la española, puesto que la adquisición de una nueva no provoca la pérdida de la primera. Sobre el tema *vid.* M. Virgós Soriano, “Art. 9.9 C.c.”, *Comentarios del Código Civil*, t. I, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 98-101; J. C. Fernández Rozas y P. Rodríguez Mateos, “Artículo 9, apartado 9”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, arts. 8 a 16 C.c., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1995, pp. 392-428; J. Aznar Sánchez, *La doble nacionalidad. Doctrina, convenios, legislación y jurisprudencia*, Madrid, edic. Montecorvo, 1977. Sobre el inicio de los Convenios de doble nacionalidad *vid.* J. M.^a Espinar Vicente, *Derecho internacional privado. La nacionalidad*, vol. II, Granada, edic. Tas, 1986, pp. 167-185; F. Prieto-Castro y Roumier, *La nacionalidad múltiple*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Instituto “Francisco de Vitoria”, 1962, pp. 147-165. Y para ver la influencia de los Convenios de doble nacionalidad y los nacionales de Estados con vinculación histórica en los cambios legislativos sobre nacionalidad española *vid.* N. Díaz García, *La reforma de la nacionalidad. Comentario a la Ley 18/1990 de 17 de diciembre*, Madrid, *Cuadernos Civitas*, 1991, pp. 13-25; A. Lara Aguado, “Nacionalidad e integración social (a propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre”, *La Ley*, núm. 5694, enero 2003, pp. 1-11, en espec. p. 7.

⁵³⁷ En el último periodo colonial de España en Marruecos, la situación legal y de hecho se hizo muy confusa tanto para los territorios españoles o posesiones españolas como para la distinción existente entre españoles con plenos derechos y los súbditos de España. Parece ser que el gobierno español mantuvo un estatuto político y jurídico singular para dichos territorios. La legislación del Registro civil distinguía entre españoles y naturales de las provincias africanas o indígenas (*cf.* art. 66 y disp. final 2^a del RRC y en este sentido también la Resol. DGRN de 18 de septiembre de 1971). Terminada la etapa colonial de España en África, concretamente en Marruecos, se clarificó el estatuto de las personas que nunca fueron españolas en sentido propio. Estos sujetos no pueden invocar el inicial carácter de haber sido españoles para recuperar esta nacionalidad, ni tampoco sus hijos mediante el argumento de que los orígenes de sus antecesores fueron españoles o que han estado sujetos a la patria potestad de un español. *Vid.* M. Peña Bernaldo de Quirós, “La nacionalidad española: introducción”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 3^o, arts. 17 a 41 del Código civil, 2^a edic., Madrid, Edersa, 1993, pp. 1-136, en espec. pp. 33-35.

Los supuestos objeto de análisis serán fundamentalmente dos: el primero, aquél en el que una de las nacionalidades ostentadas por el individuo sea la española y, el segundo, en el que en la persona concurren dos nacionalidades extranjeras. En ambos casos se produce lo que se conoce como doble nacionalidad patológica. Para el primer supuesto, el art. 9.9, II C.c. se inclina por la prevalencia de la nacionalidad española⁵³⁸. No obstante, como sugiere la doctrina, la nacionalidad española debe expresar en el caso concreto un “vínculo real” entre España y el individuo⁵³⁹. Así pues, un individuo hispano-marroquí, con residencia habitual en Marruecos y cuya vinculación con España sea de mera apariencia, habría que excluir la toma de consideración de la aplicación de la nacionalidad española. Y ello por cuanto en DIPr., para decidir el Derecho aplicable a una relación privada internacional, sólo han de tener cabida las conexiones que expresen una realidad social del individuo⁵⁴⁰.

Cuando todas las nacionalidades del hijo sean extranjeras, el art. 9.10 C.c., por remisión del art. 9.9 in fine C.c., opta por acudir directamente a la conexión “residencia habitual”⁵⁴¹, sin entrar a valorar cuál de las nacionalidades ostentadas por el individuo expresa una relación más significativa con uno u otro Estado. Téngase presente que en el art. 9.9 in fine C.c., el criterio de la residencia habitual no constituye una solución oportuna al problema de la determinación de la ley personal del doble nacional, cuando éste reside en un tercer Estado distinto al de cualquiera de sus nacionalidades. De ahí que, la doctrina se incline por atender

⁵³⁸ Sobre la superioridad de la nacionalidad del foro respecto a una nacionalidad extranjera y la consolidación de esta solución en Derecho comparado *vid.* J. C. Fernández Rozas y P. Rodríguez Mateos, “Artículo 9, apartado 9”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 414-416; P. Rodríguez Mateos, “La doble nacionalidad en la sistemática del DIPr.”, *REDI*, 1990-2, vol. XLII, pp. 463-493, en espec. pp. 470-472.

⁵³⁹ Sobre el criterio de la vinculación efectiva y el análisis de éste en Derecho comparado *vid.* J. C. Fernández Rozas y P. Rodríguez Mateos, “Artículo 9, apartado 9”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 418.

⁵⁴⁰ *Vid.* M. Virgós Soriano, “Art. 9.9 C.c.”, *Comentarios del Código Civil...*, 1991, *loc. cit.*, 1991, p. 100.

⁵⁴¹ Esta solución es conforme con el art. 12. 1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas, realizada en Nueva York de 28 de septiembre de 1954, en vigor en España desde 1997, que establece lo siguiente: “el estatuto personal de todo apátrida se regirá por la ley del país de su domicilio o, falta de domicilio, por la ley de su residencia”. Con carácter general, el art. 40 del C.c. español provoca una identificación entre el domicilio y residencia habitual. *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 290-293.

en tales casos a la nacionalidad más vinculada, limitando la operatividad de la residencia habitual para los supuestos residuales en los que no exista una conexión suficiente con ninguna de las nacionalidades, por lo que actúa como un índice más de vinculación entre otros posibles⁵⁴². Como solución de los supuestos de doble nacionalidad, una parte de la doctrina propone optar por un criterio de determinación objetivo, común para todos los supuestos: nacionalidad efectiva, la coincidente con la residencia habitual, o la última adquirida, o, en definitiva, sustituir con carácter general la ley nacional por la de la residencia habitual⁵⁴³.

Con carácter general, cabe afirmar que la nacionalidad a tener en cuenta ante cualquier supuesto de nacionalidad patológica deberá ser siempre aquella con la que exista una mayor vinculación. El problema, obviamente, se producirá al determinar cuál es la nacionalidad de entre las varias que se ostenten, con la que exista la máxima vinculación, ya que pueden concurrir indicios contrapuestos de vinculación que será preciso remediar⁵⁴⁴. Tipificar una solución rígida de la doble nacionalidad, como la que se recoge en el art. 9. 9 II C.c., que opta por la nacionalidad del foro y excluye a cualquier otra extranjera que con aquella pueda concurrir, parece solventar un problema cuando éste todavía no se ha producido. Si se desconoce el contenido de la ley extranjera, también se desconoce la supuesta contradicción con los principios del foro, por lo que nada impide apreciar la nacionalidad extranjera del doble nacional cuando la ley a la que conduzca ampare un resultado que coincida con la finalidad de la norma de DIPr.⁵⁴⁵.

⁵⁴² Vid. J. C. Fernández Rozas y P. Rodríguez Mateos, “Artículo 9, apartado 9”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 416-417.

⁵⁴³ Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 292.

⁵⁴⁴ Cfr. P. Rodríguez Mateos, “La doble nacionalidad en la sistemática...”, *loc. cit.*, p. 466. Sobre las distintas concepciones de vinculación efectiva de la nacionalidad en la normativa tanto de ámbito internacional como interna *vid.* A. Marques dos Santos, “Nacionalidade e efectividade”, *Estudos em memoria do Professor Doutor Joao de Castro Mendes*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, pp. 429-453.

⁵⁴⁵ Vid. P. Rodríguez Mateos, “La doble nacionalidad en la sistemática...”, *loc. cit.*, p. 480 y 486.

Habría que desarrollar, por tanto, un análisis de la cuestión presidido por la flexibilidad de la solución que evite criterios rígidos y atienda, en todo caso, a las orientaciones legislativas de la norma reguladora de DIPr. en materia del establecimiento de la filiación (art. 9.4 C.c.)⁵⁴⁶. Además, esta respuesta adaptada a las necesidades no tendría por qué entrar en conflicto con los criterios señalados en el art. 9.9 C.c., ya que, como señala la doctrina⁵⁴⁷, este último precepto constituye una regla auxiliar que opera siempre junto a la normativa conflictual que utiliza la conexión nacionalidad.

Llama la atención la solución específica prevista por el legislador holandés para los supuestos de doble nacionalidad del autor del reconocimiento de la filiación⁵⁴⁸. La normativa de los Países Bajos permite acudir a cualquiera de las leyes nacionales, sea o no la nacionalidad efectiva. Y ello, como es obvio, con la finalidad de facilitar la voluntad del reconocedor de establecer los vínculos paterno-filiales en interés del hijo, y evitar que ninguna ley la obstaculice.

Tras esta exposición, se debe cuestionar la compatibilidad de la regla especial recogida en el segundo párrafo del art. 9.4 C.c. para el caso en que la nacionalidad del hijo sea indeterminada con las soluciones previstas en los art. 9.9 y 9.10 C.c. Ciertamente, la peculiaridad del art. 9.4 C.c. exigiría, en principio, descartar la aplicación de los preceptos 9.9 y 9.10 C.c., de forma que se atendería a la ley de la residencia habitual del hijo siempre que no pudiera determinarse la nacionalidad de éste, con independencia de la concreta situación de doble nacionalidad que se suscitara. Sin embargo, para solucionar los eventuales problemas en la determinación de la ley nacional del hijo existe la opción de recurrir al interés del menor⁵⁴⁹. Así, en materia de determinación de la filiación y los supuestos de doble nacionalidad, tanto el principio rector del *favor filii* como

⁵⁴⁶ Vid. P. Rodríguez Mateos, “La doble nacionalidad en la sistemática...”, *loc. cit.*, p. 493; J. C. Fernández Rozas y P. Rodríguez Mateos, “Artículo 9, apartado 9”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 419-420.

⁵⁴⁷ Vid. M. Virgós Soriano, “Art. 9.9 C.c.”, *Comentarios del Código Civil...*, 1991, *loc. cit.*, p. 101.

⁵⁴⁸ Ley holandesa reguladora de los conflictos de leyes en materia de filiación, de 12 de marzo de 2002. Vid. D. Van Iterson, “La nueva Ley holandesa reguladora de los conflictos de leyes en materia de filiación...”, *loc. cit.*, pp. 1069-1073.

⁵⁴⁹ Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 3ª edic., 2004, *op. cit.*, p. 396.

el *favor minoris*⁵⁵⁰, permiten elegir la ley que resulte más favorable a la constitución del vínculo paterno-filial. Igualmente, y sobre la base de los referidos principios, en los casos de conflicto móvil por cambio de nacionalidad, se toma en consideración la nacionalidad que conduzca a un Derecho que permita el establecimiento de la filiación⁵⁵¹. De esta forma, la conexión residual del art. 9.4 C.c. (residencia habitual) quedaría reservada para los supuestos de absoluta indeterminación de la nacionalidad o apatridia⁵⁵². Y todo ello para lograr la aplicación de una ley que mejor favorezca el *favor filii* en los sectores del Derecho de la nacionalidad y de la determinación de la normativa aplicable a los supuestos internacionales⁵⁵³.

Para concluir, convendría apuntar la nueva solución que se está abriendo paso en la práctica por parte de las autoridades españolas respecto de la posible doble nacionalidad en el marco de la determinación de la filiación⁵⁵⁴. Se trata de la utilización de la técnica denominada “conexión anticipada a la futura ley nacional del hijo” o “de anticipación de su nueva nacionalidad”, que se remonta a la jurisprudencia suiza de hace más de un par de décadas⁵⁵⁵. Con este recurso

⁵⁵⁰ *Vid. supra* la interpretación conjunta del interés del menor y del *favor filii* en el epígrafe específico sobre el tema en este mismo capítulo del trabajo de investigación.

⁵⁵¹ *Vid.* P. Diago Diago, “La mundialización y las relaciones jurídicas...”, *Mundialización y familia, loc. cit. op. cit.*, pp. 160-161. Esta solución es compartida por P. Rodríguez Mateos, “La doble nacionalidad en la sistemática...”, *loc. cit.*, pp. 480 y 491.

⁵⁵² *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 3ª edic., 2004, *op. cit.*, p. 396.

⁵⁵³ Para otras alternativas *vid.* V. Fuentes Camacho, “Atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis* y ley aplicable al establecimiento de la filiación por naturaleza”, *Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 403-417, en espec. p. 416; S. Álvarez González, “Filiación, orden público y conexión anticipada a la nacionalidad del hijo”, *ADIPr.*, 2002, pp. 876-882, en espec. pp. 880-881.

⁵⁵⁴ *Vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Filiación natural”, *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 197- 216, en espec. pp. 205 y 206; S. Álvarez González, “Comentario a la STS de 22 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2485)”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, núm 53, pp. 863-878; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Filiación natural”, *Derecho internacional...*, 2008, *loc. cit. op. cit.*, pp. 208-210; B. Gómez Bengoechea, *Derecho a la intimidad y filiación...*, *op. cit.*, pp. 275 y 276.

⁵⁵⁵ *Vid.* A. E. Von Overbeck, “L’intérêt de l’enfant et l’évolution du Droit international privé de la filiation”, *Liber amicorum A. F. Schnitzer (offert à l’occasion de son 90e. anniversaire le 30 juillet 1979 par la Faculté de Droit de l’Université de Genève)*, Ginebra, Georg, 1979, pp. 361-380, en espec. p. 367.

quizás se esté procurando una solución que resulte lo suficientemente flexible como para permitir su adecuación a los intereses que deriven del supuesto litigioso. Concretamente, para determinar la filiación de un hijo extranjero y de presunto progenitor español, la DGRN viene aplicando la ley española, a título de “presunta ley nacional del hijo”, para constituir la filiación⁵⁵⁶. También el TS e instancias inferiores⁵⁵⁷ han resuelto la alternativa más sencilla: la aplicación del Derecho del foro a un supuesto que debería regirse por la ley nacional del hijo. Así, la STS de 22 de marzo de 2000⁵⁵⁸ sigue un criterio de solución erróneo para acabar remitiéndose a la ley española en el establecimiento de la paternidad de una hija francesa⁵⁵⁹. Y, como afirma un sector de la doctrina⁵⁶⁰, el art. 9.4 C.c. se refiere a la nacionalidad “acreditada” del hijo y no a la presunta (la que podría

⁵⁵⁶ La práctica de la DGRN muestra la tendencia hacia la aplicación de la ley española cuando el problema de filiación está conectado al de la atribución de la nacionalidad española o a la aparición de un Derecho de opción a la misma. *Vid.* resoluciones de la DGRN (2ª), 14 de enero de 1998, *Anuario de la DGRN*, 1998, vol. II, pp. 2101-2104; 18 de marzo de 1998, *Anuario de la DGRN*, 1998, vol. II, pp. 2385-2387.

⁵⁵⁷ En STS núm 289/2000, de 22 de marzo. La misma solución se adopta en SAP Guipúzcoa núm. 206/2004, de 28 de septiembre (AC 2004/1974) o en la Sent. Juzgado de Primera Instancia de Navarra, de Pamplona núm. 182/2001., de 26 de octubre (AC 2001/2126), comentada por S. Álvarez González, “Nota 2002-14-Pr-Pr”, *REDI*, 2002-1, vol. LIV, pp. 447-449.

⁵⁵⁸ (RJ 2000/2485) y también en la *Ley*, 2000, núm. 7604, pp. 11-13. La resolución recurrida al TS es la de la SAP de Ávila de 4 de mayo de 1995 (AC/Audiencias núm. 1, 1-15 enero de 1996, núm. 27) comentada por M. Guzmán Zapater, “Nota a la SAP de Ávila de 4 de mayo de 1995”, *REDI*, 1996-1, vol. XLVIII, pp. 359-362. Por otra parte, la STS de 22 de marzo de 2000 ha sido comentada por R. Arroyo Montero, “La nacionalidad en la acción de filiación. Comentario a la STS de 22 de marzo de 2000”, *RDP*, 2000, pp. 987-992; S. Álvarez González, “Comentario a la STS de 22 de marzo de 2000...”, *loc. cit.*, pp. 863-878; *id.*, “Filiación, orden público y conexión anticipada a la nacionalidad del hijo...”, *loc. cit.*, pp. 876-882; M. Guzmán Zapater, “Nota a la STS de 22 de marzo de 2000...”, *loc. cit.*, pp.541-547; V. Fuentes Camacho, “Atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis* y ley aplicable al establecimiento de la filiación por naturaleza...”, *loc. cit.*, pp. 403-417; *Vid.* M. Moya Escudero, “El derecho del extranjero a conocer su origen biológico...”, *loc. cit.*, pp. 439-453.

⁵⁵⁹ La demandante posee la nacionalidad francesa y dependiendo de si prospera la acción de filiación se le atribuirá española. Pero se plantea un problema circular, como bien señala la sentencia (“...si se atiende exclusivamente a la nacionalidad en el momento del inicio del pleito y se margina el precepto que queda citado (9.4 C.c.) se entraría en un laberinto sin salida legal satisfactoria...”). El TS asume decididamente que la interesada francesa ostenta, además, la nacionalidad española.

⁵⁶⁰ *Vid.* M. Moya Escudero, “El derecho del extranjero a conocer su origen biológico...”, *loc. cit.*, pp. 444.

tener). No obstante, la conexión anticipada a la ley personal del hijo tiene un trasfondo de efectividad importante cuando se trata de la ley del foro. En cualquier caso, la anticipación de la nacionalidad española puede entrañar un riesgo, y es que si finalmente no se establece la relación de parentesco con el progenitor no determinado a la luz del Derecho español, la autoridad habría empleado una ley que para el caso no resultaba procedente⁵⁶¹. Por otra parte, cabe destacar que esta solución jurisprudencial únicamente beneficiaría a los “posibles binacionales”, que podrían ir de *forum-shopping*, comparando el contenido de los Derecho materiales en presencia y las posibilidades de éxito en la acción interpuesta sobre investigación de la filiación de las autoridades de uno u otro Estado nacional⁵⁶². La anticipación de la nacionalidad, en consecuencia, no parece ser el método más adecuado para la relación de reciprocidad entre la determinación de la filiación y la atribución de la nacionalidad del hijo.

b) La remisión al Derecho marroquí como sistema plurilegislativo de base personal: art. 12.5 C.c.

La determinación de la legislación material aplicable al establecimiento de la filiación se vuelve más compleja en aquellos casos en que la norma de conflicto sobre la materia remite a un Estado en el que conviven distintos sistemas normativos, ya sean de base territorial o personal⁵⁶³. Precisamente es lo

⁵⁶¹ *Vid.* R. Arroyo Montero, “La nacionalidad en la acción de filiación...”, *loc. cit.*, p. 990.

⁵⁶² Conclusión expuesta por M. Guzmán Zapater, “Nota a la STS de 22 de marzo de 2000...”, *loc. cit.*, p. 547.

⁵⁶³ Sobre la remisión a un sistema plurilegislativo *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 3ª edic., Thomson-Cívitas, Madrid, 2004, pp. 142-145; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 5ª edic., Granada, Comares, 2004; J. M.ª Espinar Vicente, *Teoría general del Derecho internacional privado. Monografías de DIPr.*, vol. I, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2000, pp. 142-144; S. Sánchez Lorenzo, “Artículo 12.5º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 943-973; P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international privé...*, 2004, *op. cit.*, pp. 67-69 y pp. 169-171; P. Arminjon, “Les systèmes juridiques complexes et le conflits de lois et de juridictions auxquelles ils donnent lieu”, *Recueil des Cours*, 1949-I, t. 74, pp. 73-190, en espec. pp. 158-172; A. Borrás Rodríguez, “Art. 12.5º”, *Comentarios del Código civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 145-147; *id.* “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel”, *Recueil des Cours*, 1994-V, t. 249, pp. 145-368; *id.*, “Nota a la STJCE de 28 marzo 1995, As. C-346/93, Kleinworth Benson Ltd. C. City of Glasgow”, *RJC*, 1995-4, pp. 271-275; R. De Nova, “Diritto interlocale e diritto internazionale privato: ancora un raffronto”, *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 1976, pp. 5-15; M. P. Andrés Sáenz de Santa María, “El artículo 12.5 del Código civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, 1978, vol. LXXVII, pp. 61-80.

que sucede cuando el Derecho cuya aplicación viene reclamada sea el ordenamiento marroquí, pues éste último se caracteriza por ser un sistema plurilegislativo de base personal, donde coexisten distintas legislaciones aplicables en razón de la cualidad religiosa del sujeto. En este supuesto se plantea la cuestión de saber cuál es, dentro del ordenamiento marroquí, la norma material concreta que habrá de aplicarse al establecimiento de la filiación.

El legislador español, para resolver los problemas de remisión a un sistema plurilegislativo, opta en el art. 12.5 C.c.⁵⁶⁴ por el método de remisión indirecta. La técnica consiste en que cuando el art. 9.4 C.c. remita a la ley marroquí, éste ordenamiento será el encargado de proporcionar los criterios para decidir el sistema normativo preciso que ha de recibir aplicación. De esta manera, la solución acogida por la legislación española encaja con el principio de la “aplicación integral del Derecho extranjero”⁵⁶⁵. En contrapartida, presenta un inconveniente manifiesto: la posibilidad de que en el Estado plurilegislativo no existan normas expresas sobre la solución de conflictos de leyes internas.

En Marruecos, no existe una solución consolidada destinada a resolver los conflictos internos de carácter interpersonal⁵⁶⁶, por lo que obliga al intérprete

⁵⁶⁴ El art. 12.5 C.c. se introdujo en la reforma del Título Preliminar operada en virtud del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo (BOE núm. 163, de 9 de julio de 1974). La cuestión de la remisión a un sistema plurilegislativo, al que hace referencia el art. 12. 5 C.c. se refiere únicamente al problema suscitado en caso de conflicto de leyes internacionales. Dicho asunto, por tanto, así como su solución, no deben confundirse con los problemas y soluciones particulares de los conflictos de leyes internas, a los que hace referencia el art. 16 C.c., y que operan al margen del problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, por más que su solución pueda ser idéntica. *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Artículo 12, apartado 5...”, *loc. cit.*, p. 945.

⁵⁶⁵ A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, 2004, *op. cit.*, p. 272.

⁵⁶⁶ *Vid.* J. Depréz, “Maroc. Pluralisme des statuts personnels...”, *Juris- Classeur*, 2002, *loc. cit.*, p. 9. El autor aclara que en Marruecos no existe ningún texto ni regla de conflicto interpersonal. Es cierto que el art. 3 del Código de la nacionalidad marroquí expone: “en caso de conflicto, la ley del marido o la del padre será la que prevalezca”, pero esta regla sólo sirve para localizar la ley aplicable a los marroquíes no musulmanes, a los musulmanes o a los judíos. La dificultad surge ante el hecho de que en el ordenamiento marroquí no existe una regla general para solucionar los conflictos interpersonales, pues el artículo 3 del Código de la nacionalidad (según el cual en caso de conflicto la Ley del marido o del padre prevalecerá) resulta insuficiente, pues ni siquiera resuelve el conflicto leyes entre musulmanes y judíos. En teoría, este último dilema no debe producirse ya que el Derecho hebreo prohíbe el matrimonio entre musulmanes y judíos. Otra parte de la doctrina

jurídico español a cubrir la laguna a partir de los criterios subsidiarios propuestos por la doctrina⁵⁶⁷. Entre estas soluciones se encuentra la llamada remisión directa, o lo que es lo mismo, la utilización de las conexiones de la norma de conflicto para identificar directamente la legislación local aplicable al supuesto litigioso⁵⁶⁸. Así, se presume que la conexión designa, no la ley de un Estado, sino la concreta normativa de ese país que ha de ser aplicada. Pero hay que tener presente que la técnica de remisión directa sólo resulta operativa cuando el sistema plurilegislativo, cuya aplicación viene reclamada por nuestra norma de conflicto, es de base territorial, incluso cuando la conexión utilizada por la referida normativa conflictual presenta, asimismo, carácter territorial⁵⁶⁹. De ahí que la utilización de la remisión directa para resolver el problema deba descartarse cuando el art. 9.4 C.c. envíe al Derecho marroquí, aunque venga reclamada su aplicación en atención a la nacionalidad o residencia habitual del hijo. En tales cuestiones, el mandato que conduce a la ley interna marroquí no resulta apropiado ni suficiente para resolver el conflicto de leyes interpersonales que se suscita, cuyo origen no se encuentra en la necesidad de aplicar una ley distinta por razones de territorio, sino en la pluralidad de normativas motivada por la distinta cualidad del sujeto⁵⁷⁰.

indica que, en caso de conflicto de leyes internacionales, se adopta como solución general acudir al criterio de la nacionalidad de una o de las dos partes. *Vid.* P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, p. 346. En este mismo sentido *vid.* A. Rodríguez Benot, “Informe sobre Estatuto personal común. Seminario hispano-marroquí”, *Encuentro entre la Corte Suprema de Marruecos y el Consejo General del Poder Judicial (España)*, 27 a 29 de junio de 2001, Rabat, Centre de publication et de documentation judiciaire, pp. 43-105.

⁵⁶⁷ *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Cursos de Derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 1991, p. 498; S. Sánchez Lorenzo, “Artículo 12, apartado 5...”, *loc. cit.*, p. 945, en espec. nota 2; J. Carrascosa González, “Normas de Derecho internacional privado. Art. 12.5 del C.c.”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil, arts. 1-1087*, t. I, Granada, Comares, 2000, pp. 373-376.

⁵⁶⁸ Este sistema, denominado asimismo de “remisión en sentido amplio” o “sistema de fragmentación”. *Vid.* M. P. Andrés Sáenz de Santa María, “El artículo 12. 5 del Código civil y el problema de la remisión...”, *loc. cit.*, p. 60-61. Sobre la remisión directa y el sistema de remisión indirecta *vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Artículo 12, apartado 5...”, *loc. cit.*, p. 945-947.

⁵⁶⁹ *Vid.* S. Sánchez Lorenzo, “Artículo 12, apartado 5...”, *loc. cit.*, p. 946.

⁵⁷⁰ *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 3ª edic., 2004, *op. cit.*, pp. 142-145.

La doctrina española propone que, independientemente de que se trate de la conexión nacionalidad o de cualquier otra, la remisión a un sistema plurilegislativo de base personal en el que se genere la laguna señalada, sea resuelta a través de los criterios de integración particulares. A tal efecto, la integración de la laguna sólo ofrece una vía posible: la aplicación de la ley interna más vinculada al sujeto por las razones de proximidad personal, como es la profesión de una u otra religión⁵⁷¹.

⁵⁷¹ Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 3ª edic., 2004, *op. cit.*, pp. 144; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, 2004, *op. cit.*, p. 273; S. Sánchez Lorenzo, “Artículo 12, apartado 5...”, *loc. cit.* p. 947. Esta misma solución al problema es planteada por la doctrina marroquí. Vid. P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, p. 355.

2. Normativa conflictual marroquí: influencia del *ius religionis*

A) La nacionalidad del foro y el privilegio de religión

En el ordenamiento jurídico marroquí, la norma de conflicto relativa al estatuto personal se basa en la nacionalidad⁵⁷², con la particularidad de que, al tratarse de un ordenamiento confesional, la conexión nacionalidad⁵⁷³ se configura también como un medio para dar un alcance extraterritorial al *ius religionis*⁵⁷⁴.

En materia de familia existe un pluralismo jurídico basado en la condición religiosa de la persona⁵⁷⁵. En ausencia de una comunidad autóctona cristiana reconocida y organizada, como es el caso de ciertos países de Oriente medio⁵⁷⁶,

⁵⁷² Tanto el ordenamiento jurídico español (art. 9.1 C.c.), como el marroquí (art. art. 2 CFM), la norma de conflicto relativo al estatuto al estatuto personal se basa en la nacionalidad. Pero los ordenamientos confesionales no entienden esta conexión de la misma manera, porque la consideran como medio para dar alcance extraterritorial al *ius religionis* y otorgar cobertura a todos los aspectos de la vida personal y familiar. Sobre el tema *vid.* A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración...*, *op. cit.*, p. 23; *id.*, “Aplicación del nuevo Código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio”, *AEDIPr*, 2006, t. VI, pp. 977-979, en espec. p. 978.

⁵⁷³ *Vid.* M. Charfi relaciona el privilegio de la nacionalidad con el privilegio de religión (“L’influence de la religion dans le droit international...”, *loc. cit.*, p. 416-439). En este mismo sentido, *vid.* S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, “Dispositions relatives au droit international privé dans le projet de code arabe unifié des transactions préparé par la Ligue des Etats arabes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984-II, pp. 383-400, en espec. pp. 396-397; J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, p. 27-31; P. Gannagé, “La coexistence des droits confessionnels et de droits laicisés dans...”, *loc. cit.*, pp. 339-423; A. Moulay Rchid, “Les droits de l’enfant...”, *loc. cit.*, pp. 187-189.

⁵⁷⁴ *Vid.* K. Berjaoui aclara que el privilegio de la religión, en las relaciones privadas internacionales, no otorga mayor beneficio la parte musulmana sobre la no musulmana, sino que se privilegian las normas de un derecho de origen islámico. En particular, se afirma que “es una guerra entre Derechos y no entre las partes, ya que el Islam es muy igualitario entre religiones. No obstante, la doctrina clásica islámica (jurisconsultos) no admite que una parte musulmana se someta a otra ley no musulmana entre las relaciones mixtas” [*El Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 58-59, 65, 72, 75-78 (en árabe, traducción propia)].

⁵⁷⁵ *Vid.* J. Déprez, “Maroc. Pluralisme des statuts personnels...”, *Juris-Classeur*, 2002, *loc. cit.*, pp. 1-20, en espec. pp. 2-3.

⁵⁷⁶ *Vid.* A. Nantel, “Las minorías en el DIPr.; algunos aspectos específicos de la situación en Israel”, en I. García Rodríguez (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*,

sólo dos estatutos están oficialmente reconocidos: el CFM aplicable a los musulmanes, independientemente de la nacionalidad⁵⁷⁷, y el estatuto hebraico local, que rige para los judíos⁵⁷⁸. La normativa que se aplica al sector de población de marroquíes que no pertenecen a ninguna de estas dos religiones se contenía en art. 3 del CNM de 6 septiembre de 1958⁵⁷⁹. Este precepto disponía que la ley que regía para los nacionales que no profesaban la religión musulmana o judía fuese el CFM, aunque con las limitaciones sobre la aplicación de la poligamia, el repudio o el impedimento matrimonial de lactancia⁵⁸⁰. Actualmente, el marroquí que no es ni musulmán ni judío queda bajo el ámbito de aplicación subjetivo del CFM (*cf.* art. 2)⁵⁸¹ y las prohibiciones recogidas en el

Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315-334; M. C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflict de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 19 y 195 y 196, donde se menciona el caso especial del Líbano, que a pesar de la neutralidad religiosa del Estado, la ley que rige el estatuto personal de sus nacionales se determina en función de la pertenencia a una de las múltiples comunidades cristianas, musulmanas o israelitas que coexisten en su territorio. También en Israel, a pesar de que el Derecho civil ha sustituido al Derecho religioso, el matrimonio y el divorcio continúan sujetos a la competencia exclusiva de los tribunales rabínicos y a la ley hebraica (*Torah*).

⁵⁷⁷ La concepción que domina en toda legislación de DIPr. inspirada en Derecho islámico se fundamenta en la doctrina que reserva para todo musulmán la aplicación de las leyes coránicas, independientemente de su domicilio. El criterio de reciprocidad es aplicable para los extranjeros no musulmanes en tierra del Islam, por lo que éstos serán juzgados por sus autoridades nacionales, salvo que se sometan voluntariamente a la jurisdicción religiosa. *Vid.* R. Chambour, *Les institutions sociales, politiques et juridiques de l'Islam...*, *op. cit.*, p. 168.

⁵⁷⁸ Sobre el Derecho de familia hebraico *vid.* A. Zagouri, *Du mariage en droit hebraïque...*, *op. cit.* Sobre el conflicto de leyes entre musulmanes y judíos *vid.* J. Déprez, “Maroc. Pluralisme des statuts personnels...”, *Juris-Classeurs*, 2002, *loc. cit.*, p. 9-10.

⁵⁷⁹ *Dahir* núm.1-58-250 (21 *safar* 1378), que contenía el anterior Código de la nacionalidad marroquí (B.O. núm. 2394 de 12 de septiembre de 1958) y que, tal y como se ha expuesto *supra*, ha sido modificado por Ley núm. 62-06 (B.O. núm. 5514, de 5 de abril de 2007).

⁵⁸⁰ La regla prohibitiva del art. 3.2 del CNM contenía las disposiciones que no eran susceptibles de aplicación para los sujetos no musulmanes ni judíos, como son: la poligamia, el repudio, el impedimento de lactancia para el matrimonio. *Vid.* J. Déprez, “Maroc: Droit pluralisme des status personnels...”, *Juris-Classeurs*, 2002, *loc. cit.*, pp. 5-9. Para una lectura sobre la evolución histórica de esta norma *vid. id.*, “Droit international privé et conflits entre les status personnels”, *Juris-Classeurs*, fasc. IV, Cahier-1, 1981-8, pp. 1-16.

⁵⁸¹ A propósito de la expresión “todos los marroquíes” contenida en el art. 2 CFM, la guía práctica, que no es Derecho positivo, precisa que se ha adoptado exactamente igual que lo dispuesto en el primer párrafo del art. 3 del CNM. *Vid. supra* el epígrafe sobre la doble nacionalidad del hijo, donde se aclara la atribución de la nacionalidad marroquí.

segundo párrafo del art. 3 del CNM de 1958 quedan anuladas. Y ello se ha ratificado por la modificación efectuada en abril de 2007 del CNM. La vigencia de tales limitaciones es cuestionada por la doctrina marroquí⁵⁸², pero sus límites alcanzan el planteamiento del que ha venido imbuído el ordenamiento marroquí en torno a la poligamia, el repudio y al impedimento de lactancia. En la práctica, la solución queda condicionada a la interpretación de las normas del CFM en función de la confesionalidad de la persona.

El pluralismo legislativo se advierte también en el régimen conflictual existente en materia de estatuto personal⁵⁸³, que se supedita a la condición de extranjero del sujeto, aunque siempre teniendo presente la religión profesada por la persona⁵⁸⁴. Las normas de conflicto se dividen en dos grandes

⁵⁸² *Vid.* M. C. Foblets y J-Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, p. 7, nota 16, que aclaran que las reservas concernientes a los marroquíes no musulmanes y no judíos quedan anuladas por el vigente art. 2 CFM. Por contra, F. Sarehane afirma que se mantienen estas excepciones [“Le nouveau code de la famille”, *Gazette du Palais (Chronique Judiciaire)*, núm. 247-248, 3-4 de septembre de 2004, pp. 2792-2805, en espec. p. 2792 (nota 8)].

⁵⁸³ Sobre las características del sistema de DIPr. marroquí *vid.* A. Moulay Rchid, “Les grandes lignes du droit international privé marocain en matière de statut personnel”, *RDE*, 1991, núm. 7, pp. 7-54, en espec. p. 10. La evolución del sistema de DIPr. en Marruecos ha sufrido diversas etapas vinculadas a la historia política sufrida en este país. Después de la islamización de Marruecos, la condición de extranjero en tierra del Islam se funda en Derecho musulmán. Y es que en el Islám clásico se distinguía entre la jurisdicción de los musulmanes y la de los no musulmanes. Esta última categoría, a su vez se dividía entre personas de confesión judía-cristiana que habitaban en territorio conquistado por el Islam y la comunidad no musulmana que se encontraban ocasionalmente en estas tierras de confesión musulmana. Sobre este tema *vid.* C. Cardahi, “La conception et la pratique du DIPr. dans l’Islam”, *Recueil des Cours*, 1937-II, pp. 507-550, en espec. pp. 516-530. El DIPr. regulado en el Marruecos anterior y posterior a la Independencia se puede consultar M. Bourey, “Le DIPr. du Maroc indépendant”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, pp. 15-246; B. Alaoui, *La loi personnelle dans les relations franco-marocaines en droit international privé français et marocain*, Thèse de doctorat, Université de Droit d’Économie et de Sciences Sociales de Paris II, pp. 9-11 (inérita).

⁵⁸⁴ En el ordenamiento marroquí, la conexión de la nacionalidad es la regla tradicional y así se consagra en la actualidad en el *Dahir* de 12 de agosto de 1913 sobre condición civil de los franceses y de los extranjeros en el Protectorado francés de Marruecos, que contiene el sistema marroquí de normas de conflicto. Mediante aquella se determina el ordenamiento aplicable a las distintas instituciones que conforman el estatuto personal en dicho ordenamiento: estado y capacidad de las personas (artículo 3), matrimonio (artículos 8 y 11), divorcio (artículo 9), regímenes matrimoniales (artículos 14 y 15), sucesiones y testamentos (artículo 18). En el supuesto de concurrencia de dos ordenamientos reclamados por sendas nacionalidades de las personas afectadas en una misma institución habrá de recurrirse a un análisis casuístico de la jurisprudencia a los fines de hallar una solución unitaria. *Vid.* A. Rodríguez Benot, “Informe sobre Estatuto personal común. Seminario hispano-marroquí”, *Encuentro entre la Corte Suprema de Marruecos y el Consejo General del Poder Judicial (España)*, Rabat, 27 a 29 de junio de 2001 (sin publicar), pp. 43-105.

categorías⁵⁸⁵: la primera, implícita en el *Dahir* de 12 de agosto de 1913 sobre condición civil del extranjero⁵⁸⁶, que impone la aplicación de la ley nacional a los extranjeros no musulmanes. A falta de nacionalidad resulta de aplicación el ordenamiento marroquí como *lex fori*, solución expresamente prevista en el *Dahir* de 1913 para los refugiados y apátridas (art. 5 del texto) y que se ha integrado en el actual art. 2 CFM. La segunda, por su parte, es de construcción jurisprudencial y conduce a la implantación del CFM para regular las relaciones de extranjeros musulmanes⁵⁸⁷.

La pertenencia de Marruecos a la *Umma*⁵⁸⁸ determina que, en las reglas de conflicto, el legislador nacional no tenga en cuenta ni el criterio geográfico (*ius loci*), ni el de consanguinidad (*ius sanguinis*), sino los vínculos religiosos (*ius religionis*) que constituyen el “cordón umbilical” de cualquier país musulmán⁵⁸⁹.

⁵⁸⁵ Se hace referencia sólo a las cuestiones de estatuto personal. Las diversas leyes sobre otras materias se incluyen en una compilación específica para extranjeros en Marruecos, tal y como se comprueba en M. Benyahya, *La conditions juridique des étrangers au Maroc...*, *op. cit.*

⁵⁸⁶ (B.O. de 12 de septiembre de 1993). Para un sector de la doctrina, el *Dahir* de 1913 se considera como el Código de DIPr. marroquí. *Vid.* F. Sarehane y N. Lahlou-Rachdi, “Maroc. Conflits de lois...”, *loc. cit.*, pp. 1-23, en espec. pp. 3-4.

⁵⁸⁷ El ordenamiento aplicable al estatuto personal de los extranjeros musulmanes será el Derecho marroquí musulmán (*Mudawwana*), y ello con independencia de cuál sea su nacionalidad. Según explican F. Sarehane y N. Lahlou-Rachdi se trata de una solución de naturaleza jurisprudencial, que más tarde tiene acogida en el *Dahir* de 24 de abril de 1959, que modificó a su vez el *Dahir* de 4 de abril de 1956 relativo a la organización judicial y al funcionamiento de los Tribunales musulmanes (“Maroc. Conflits de lois...”, *loc. cit.*, p. 12). En este sentido *vid.* F. Sarehane y N. Lahlou-Rchidi, “Réflexions sur quelques règles de conflit de lois à l’épreuve de la pratique”, *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflits de lois: le statut personnel*, Casablanca, Cahiers des Droits Maghrebins, 1995, núm. 1, vol. 1, pp. 81-108, en espec. p. 81.

⁵⁸⁸ Significa la comunidad de musulmanes. La voz *Umma*, a través de la noción de “madre” (*umm*), trasmite todos los valores religiosos, que anticipan el reinado de Dios sobre la tierra. Para el tema de la *Umma* *vid.* F. Maíllo Salgado, *Diccionario de Derecho islámico...*, *op. cit.*, pp. 428-430. Sobre la pertenencia de Marruecos esta unión *vid.* A. Moulay Rchid, “Quelles solutions pour le statut personnel des émigrés marocain en Europe?”, *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflits de lois: le statut personnel*, Casablanca, Cahiers des Droits Maghrebins, 1995, núm. 1, vol. 1, pp. 109-135, en espec. p. 115; J. Déprez, “Le droit international privé marocain entre la fidelité et l’*Umma*...”, *loc. cit.*, pp. 282-330.

⁵⁸⁹ Expresión “cordón umbilical” es utilizada por O. Elwan, “L’Islam et les systèmes de conflits de lois”, *Le statut personnes des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 313-342, en espec. p. 315. La autora se refiere a la importancia del vínculo religioso en las normas de conflicto de los países musulmanes.

La vocación de la ley nacional del extranjero se sacrifica a favor de la ley musulmana porque el Islam reúne a todos sus confesos en el seno de la *Umma*. Como consecuencia de ello, el musulmán extranjero se somete al Derecho islámico local⁵⁹⁰. El *Dahir* de 24 de abril de 1959 ya sometía a todos los musulmanes, incluidos los extranjeros, a la competencia de los tribunales religiosos y a la jurisprudencia creada por estas autoridades⁵⁹¹. La influencia de la expansión del Derecho islámico se reflejaba en la competencia del *cadi*⁵⁹² marroquí, que ignoraba cualquier conflicto de leyes y aplicaba la ley musulmana local basada en la Escuela *malikí*, independientemente de la nacionalidad y la religión del individuo, incluso si el ciudadano es extranjero musulmán de otros ritos⁵⁹³. Aunque hay que aclarar que, tras la reforma de la organización judicial en los años setenta, los tribunales religiosos desaparecen y se implantan los juzgados ordinarios de primera instancia⁵⁹⁴, estos últimos heredados del esquema

⁵⁹⁰ *Vid.* O. Elwan, “L’Islam et les systèmes de conflits de lois”, *loc. cit.*, p. 319.

⁵⁹¹ Sobre el *Dahir* de 24 de abril de 1959 *vid.* P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, p. 135; A. Moulay Rchid, “Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel”, en J-Y. Calier y M. Verwilghen (dirs.), *Le statut personnel des musulman. Droit comparé et droit international privé*, Bruselas, Bruylant, 1992, pp. 143-180, en espec. pp. 161-163.

⁵⁹² El término designa al juez de familia para los musulmanes. En otra época, el *cadi* actuaba como delegado de la suprema autoridad, o sea, del califa o gobernante representante de Dios. La jurisdicción de esta autoridad es confesional y sólo intervendrá en asuntos para los cristianos y los judíos cuando estén involucrados con un musulmán. Las competencias de este juez trataban sobre contenciosos civiles y penales, aunque su dimensión religiosa lo acreditaba para otras funciones administrativas. En concreto, las materias sobre las que resolvía y que aquí interesan son: el matrimonio, todas las formas de repudio, la tutela de los menores o incapaces, la filiación, etc. *Vid.* F. Maíllo Salgado, *Diccionario de Derecho islámico...*, *op. cit.*, pp. 290- 292. Este vocablo se define también en francés en M. C. Foblets y J-Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, p. 136. Llama la atención la Sent. núm 69 de la Corte Suprema de 24 de noviembre de 1964 sobre la cuestión de competencia entre las distintas jurisdicciones marroquíes. Esta resolución contiene la disolución del matrimonio de dos cónyuges franceses, donde se atribuía la jurisdicción a los tribunales modernos, que eran los encargados de resolver los asuntos de los extranjeros. Sin embargo, no contemplaron la conversión de hombre a la religión musulmana, por lo que resultaba exclusivamente competente el Tribunal del *Cadi*. Sobre la cuestión *vid.* M. Morere, “Statut personnel étranger”, *RMD*, 1965, pp. 43 y 44.

⁵⁹³ *Vid.* P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, p. 135-137.

⁵⁹⁴ Estos jueces son competentes en los asuntos de estatuto personal, familia y de sucesiones de todos los marroquíes, musulmanes o judíos, así como para los extranjeros. *Vid.* M. J. Essaid, *Introduction a l’étude du droit...*, 3 edic., *op. cit.*, pp. 365-366.

judicial implantado por los franceses y españoles en la época colonial⁵⁹⁵. En todo caso, hay que señalar que en la mayoría de las ocasiones el CFM constituye la normativa aplicable en materia de familia, tanto para nacionales como extranjeros de confesión islámica, dado que la población de culto musulmán es mayoritaria⁵⁹⁶. Esta regla, basada en el orden público marroquí⁵⁹⁷, crea un obstáculo importante en las relaciones internacionales.

El legislador marroquí se esfuerza en armonizar parte de la normativa conflictual en el CFM⁵⁹⁸. El art. 2 CFM, que regula el ámbito personal de aplicación de la *Mudawana*, contiene una regla de conflicto de carácter unilateral⁵⁹⁹. El precepto regula cuatro situaciones en las que el CFM resulta

⁵⁹⁵ Vid. J. Déprez, Maroc: “Droit international privé et conflits...”, *Juris-Classeurs*, 1981, *loc. cit.*, p. 2; *id.*, “La réforme de l’organisation judiciaire et de la procédure au Maroc (*Dahir* du 15 juillet et 28 septembre 1974) et le droit international privé”, *RJPEM*, 1977, núm. 3, pp. 1-45; *id.*, “La réforme de l’organisation judiciaire et de la procédure au Maroc (*Dahir* du 15 juillet et 28 septembre 1974) et le droit international privé”, *RJPEM*, 1978, núm. 4, pp. 49-93, en espec. pp. 45-74 y 49-93. Para un completo estudio de la evolución de la organización judicial en las distintas etapas en Marruecos *vid.* M. C. Feria García, *La traducción fehaciente del árabe...*, *op. cit.*, pp. 568-595; M. J. Essaid, *Introduction a l’étude du droit...*, *op. cit.*, pp. 353-412.

⁵⁹⁶ Vid. J. Déprez, “Maroc: Droit international privé...”, *Juris-Classeurs*, 1981, *loc. cit.*, p. 13.

⁵⁹⁷ Las decisiones de los tribunales marroquíes exponen los límites al orden público interno marroquí, que se encuentran ligados a los valores fuertemente impregnados por el Islam. Por ejemplo, dentro del concepto de orden público se sitúa la cuestión de las relaciones extraconyugales, que al estar prohibidas por el Derecho islámico no pueden crear ningún efecto respecto del padre. Más ampliamente *Vid.* O. Elwan, “L’Islam et les systèmes de conflits de lois”, *loc. cit.*, pp. 318-319; P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, pp. 121-134. Para la cuestión del orden público interno marroquí y el establecimiento de la filiación no matrimonial *vid.* A. Moulay Rchid, “Quelles solutions pour le statut personnel...”, *loc. cit.*, en espec. p. 112; J. Déprez, “La réforme de l’organisation judiciaire et de la procédure au Maroc...”, *loc. cit.*, pp. 77-82.

⁵⁹⁸ Para el DIPr. marroquí *vid.* A. Moulay Rchid, “Les grandes lignes du droit international privé marocain...”, *loc. cit.*, pp. 7-54; *id.*, “Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel...”, *loc. cit.*, pp. 143-177; *id.*, “Les relations internationales entre personnes privées”, *Droit international privé*, Cours photocopiés..., *op. cit.*; J. Déprez, “Bilan de vingt cinq années de droit international privé au Maroc”, *RJPEM*, 1981, núm. 10, pp. 125-151; *id.*, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, pp. 19-372; *id.*, “Le droit international privé marocain à travers les livres”, *RJPEM*, 1977, núm. 2, pp. 265-275; P. Decroux, “Le droit international privé marocain son évolution de 1956 a 1981”, *RJPEM*, 1981, núm. 10, pp. 153-170.

⁵⁹⁹ Vid. M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, p. 7. Sobre las normas de conflicto unilaterales *vid.* J. M.^a Espinar Vicente, *Teoría general del Derecho...*, *op.*

aplicable: 1) a todos los marroquíes⁶⁰⁰, aunque tengan otra nacionalidad; 2) a los refugiados y los apátridas, según lo establecido en el Convenio de Ginebra de 28 de julio de 1951, relativo a la situación de los refugiados⁶⁰¹; 3) a las relaciones entre dos personas de distinta nacionalidad en las que una de las partes sea marroquí y, por último, 4) a las relaciones entre dos marroquíes en las que uno de ellos sea musulmán.

La utilización en el CFM del criterio de la nacionalidad marroquí de una de las partes en conflicto conduce a aplicar esta normativa cuando alguna sea nacional de Marruecos⁶⁰². Todo ello con la intención de solucionar ciertos problemas de reconocimiento de matrimonios o divorcios de los ciudadanos marroquíes llevados a cabo ante autoridades extranjeras.

El art. 2.4 CFM mantiene la conexión religiosa del individuo como criterio para la aplicación de esta normativa⁶⁰³. Téngase presente que, en los ordenamientos jurídicos musulmanes, el vínculo religioso se convierte en un valor a tener en cuenta tanto para atribuir competencia judicial al órgano jurisdiccional correspondiente como para la determinación del Derecho aplicable. Y la situación no ha cambiado con el presente CFM. El objetivo principal del legislador marroquí de 2004 fue regular las relaciones de familia

cit., pp. 163-165; A. L Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I, 6ª edic., Granada, Comares, 2005.

⁶⁰⁰ La expresión “todos los marroquíes” mencionada en el art. 2 CFM se interpretar conjuntamente con el art. 3.1 del Código de la nacionalidad marroquí. *Vid.* el comentario del art. 2 CFM en <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/>.

⁶⁰¹ La guía práctica del CFM precisa que, aunque Marruecos no haya ratificado la Convención de N. York de 28 de septiembre de 1954 relativa a los apartidas, nada impide que se utilicen sus principios para la salvaguarda del interés de esta población. *Vid.* <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/>

⁶⁰² *Vid.* M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, p. 7. Sobre el privilegio de la nacionalidad *vid.* A. Moulay Rchid, “Le droit international privé du Maroc indépendant”, *Le statut personnel des musulmans...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 159.

⁶⁰³ El art. 2 CFM regula el ámbito de aplicación personal en función de la religión del nacional marroquí. El Derecho de familia resulta fuertemente influenciado por las concepciones religiosas. *Vid.* J. Déprez, “Droit international privé et conflit de civilisations...”, *loc. cit.*, pp. 11-372. Sobre los conflictos interpersonales *vid.* J. Déprez, “Maroc. Pluralisme des statuts personnels. Conflit interpersonnels...”, *Juris-Classes*, 2002, *loc. cit.*, p. 9; M. Charfi, “L’influence de la religion dans le droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 410-412.

entre musulmanes y en aquellos casos en que una de las partes en litigio es de religión musulmana, independientemente de su nacionalidad, de su domicilio o de su residencia habitual.

Tal y como se ha afirmado, lo realmente importante en el DIPr. marroquí es la consideración de la conexión nacionalidad⁶⁰⁴ como un medio para dar un alcance extraterritorial al *ius religionis*⁶⁰⁵. Es cierto que el CFM tiene vocación de aplicarse a los nacionales marroquíes que se hallen en España, con independencia de la residencia y de sus otras posibles nacionalidades. No obstante, sus disposiciones no se verán siempre aplicadas fuera de Marruecos, ya que el derecho internacional privado de la familia de los sistemas confesionales y aconfesionales se sostiene sobre lógicas jurídicas distintas. En un sistema confesional, la nacionalidad permite otorgar un alcance extraterritorial al *ius religionis*⁶⁰⁶. Pero en un sistema secularizado, como el español, la competencia

⁶⁰⁴ Vid. M. Charfi, “L’influence de la religion dans le droit international...”, *loc. cit.*, pp. 416-439, relaciona el privilegio de la nacionalidad con el privilegio de religión. También vid. S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, “Dispositions relatives au droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 396-397; *id.* “Conflits entre droit religieux...”, *loc. cit.*, pp. 813-834; A. Moulay Rchid, “Les droits de l’enfant...”, *loc. cit.*, pp. 187-189; S. Jahel, “Droit maghrébin de la famille...”, *loc. cit.*, pp. 31-58, en espec. p. 38; S. Belmir, “La conflictividad de las Leyes en el Derecho internacional especial marroquí y el el Derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad”, *Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos*, Rabat, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, 2002, pp. 9-28.

⁶⁰⁵ Existe un sector de la doctrina que critica el privilegio de la religión en las relaciones internacionales. El Islam es muy igualitario entre religiones, pero la doctrina clásica islámica (jurisconsultos) no admite que una parte musulmana se someta a otra ley no musulmana entre las relaciones mixtas. Es cierto que esta norma del *fiqh* islámico surge en una época de guerra entre religiones, donde no tenía sentido el logro de la armonización de soluciones. Pero este privilegio de religión es contrario a los principios y objetivos del DIPr. comparado, además de ser injusto para la parte no musulmana. En el DIPr. de países occidentales, las normas de conexión se buscan sobre criterios objetivos (como el domicilio común, residencia común...) o sobre el principio del “interés del niño”. Incluso el privilegio de religión es contrario a los principios y el espíritu santo de la religión islámica que defiende la igualdad y la justicia. En este nuevo contexto, se sugiere obviar la conexión basada en la religión, que responde a una etapa histórica, porque resulta peligrosa para las relaciones con otros Estados e impide la armonización entre los ordenamientos jurídicos, resultando contrario los principios y objetivos del DIPr. Vid. K. Berjaoui, *El Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 58-59, 65, 72, 75-78 (en árabe, traducción propia); M. Charfi, “L’influence de la religion dans le droit international...”, *loc. cit.*, pp. 320-454, en espec. pp. 410 y 440.

⁶⁰⁶ Vid. A. Quiñones Escámez, “El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia...”, *loc. cit.*, p. 184.

internacional de los tribunales y el derecho aplicable al litigio dependen de conexiones jurídicas que pueden estar basadas en la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual y la autonomía de la voluntad. En el derecho internacional privado español, como sistema aconfesional, las normas de conflicto son la puerta de entrada del derecho extranjero y, por ende, la de las normas religiosas que lo impregnan. Aunque lo cierto es que el ser musulmán no entraña automáticamente la aplicación del estatuto personal y familiar vigente en Marruecos⁶⁰⁷.

La nueva *Mudawana* básicamente conjuga las conexiones “religión” y “nacionalidad del foro”, convirtiéndose en un híbrido de Código de DIPr. y de Derecho material. Como se vera en el apartado siguiente, la dispersión del DIPr. marroquí y la influencia del privilegio de la religión también se advierte en la ordenación específica de la filiación en supuestos internacionales⁶⁰⁸.

B) Prevalencia de la paternidad legítima en la localización de la ley aplicable a la filiación

El Derecho marroquí no otorga respuesta jurídica directa a los problemas suscitados por las situaciones privadas internacionales en materia de filiación. La normativa marroquí específica para extranjeros establecida en el DCC ni siquiera amparaba los supuestos internacionales sobre el establecimiento de la relación paterno-filial para los extranjeros no musulmanes⁶⁰⁹. Es cierto que existía una solución jurisprudencial que proponía utilizar la conexión de la nacionalidad

⁶⁰⁷ A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración...*, *op. cit.*, pp. 23-65, en espec. pp. 28-29 y pp. 173-175.

⁶⁰⁸ A modo de ejemplo, la resolución del TS marroquí de 5 de junio de 1974, en el asunto Eugène Girel autorizó al Estado marroquí a tomar posesión de una importante sucesión dejada por un ciudadano francés convertido al Islam en perjuicio de sus herederos legítimos, sobre la base de que ninguno de ellos era musulmán, evitando la aplicación del derecho nacional francés del causante. Esta decisión puede consultarse en M. C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflict de civilisations...*, *op. cit.*, p. 191. Con el actual CFM, este tipo de decisión sería más problemática, aunque lo cierto es que se sigue manteniendo la prohibición de transmisión de derechos hereditarios entre musulmanes y no musulmanes.

⁶⁰⁹ *Vid.* P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, pp. 305, 311 y 312; F. Sarehane y N. Lahhou-Rachidi, “Réflexions sur quelques règles de conflit de lois...”, *loc. cit.*, pp. 82, 88 y 89; A. Moulay Rchid, “Les grandes lignes du Droit international privé marocain...”, *loc. cit.*, p. 20, en espec. la jurisprudencia de notas 37, 38 y 39 y p. 27.

extranjera del hijo para determinar el Derecho aplicable a la filiación, conforme lo dispuesto en el art. 3 DCC⁶¹⁰. Pero la aplicación de esta alternativa fue polémica para las cuestiones de determinación de la paternidad ilegítima. La localización de una ley extranjera aplicable a este supuesto, que fundara el vínculo de filiación fuera del matrimonio, contradecía al orden público interno marroquí⁶¹¹. Sin embargo, se considera que el problema realmente reside en la ausencia de regla de conflicto marroquí que dirija dicha cuestión.

Para la constitución de los vínculos paterno/materno-filiales en supuestos internacionales resulta necesario interpretar conjuntamente lo dispuesto en el art. 3 DCC⁶¹² y en el nuevo art. 2 CFM⁶¹³, además de lo establecido en el art. 8 del CNM. Esta última norma indica que la determinación de la filiación se lleva a cabo conforme a las prescripciones que regulan el estatuto personal del ascendiente⁶¹⁴. De los preceptos señalados se puede llegar a una conclusión: la normativa aplicable va a depender de la conexión de la nacionalidad y del privilegio de religión del padre, o mejor, del marido de la madre. De no estar constituida jurídicamente la paternidad del hijo⁶¹⁵, la nacionalidad marroquí de la madre y la religión de ésta resultan fundamentales para determinar el Derecho aplicable, soslayándose la ley nacional de extranjeros no musulmanes. Pero una apertura internacionalista exige reglas más apropiadas que el mero sometimiento a la ley de foro, pues ello resulta contrario a la coordinación de sistemas.

⁶¹⁰ Vid. P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, p. 311; F. Sarehane y N. Lahhou-Rachidi, “Réflexions sur quelques règles de conflit de lois...”, *loc. cit.*, p. 88; J. Depréz, “Droit international privé et conflits entre les status...”, *loc. cit.*, p. 9; R. Benattar, “Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel”, *Recueil des Cours*, 1967-II, t. 121, pp. 5-198, en espec. p. 94.

⁶¹¹ P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, p. 313; F. Sarehane y N. Lahhou-Rachidi, “Réflexions sur quelques règles de conflit de lois...”, *loc. cit.*, p. 88.

⁶¹² En este precepto se dispone que el estatuto personal se rige por la ley nacional del sujeto.

⁶¹³ Sobre este precepto *vid.* M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, p. 7.

⁶¹⁴ *Vid.* P. Decroux, *Droit Privé...*, *op. cit.* p. 26.

⁶¹⁵ No obstante, el Derecho hebraico no tiene en cuenta que el hijo haya nacido de relaciones extramatrimoniales para atribuir la nacionalidad marroquí de su padre. *Ibid.*, p. 26.

En definitiva, el sistema de DIPr. marroquí resulta enrarecido por la tradición personalista de las leyes en materia de estatuto personal, lo que hace más dificultosa la coexistencia de los Derechos confesionales, como el marroquí, y los laicos, como el español, en las relaciones privadas internacionales⁶¹⁶. Aunque la fuerte emigración marroquí hacia Estados europeos y el aumento de matrimonios mixtos, incluidos los prohibidos por el Derecho musulmán (cuando el marido no sea de confesión islámica), hacen pensar que, en un futuro próximo, será necesario crear una normativa conflictual marroquí sobre filiación alejada de toda connotación religiosa para adaptarse a la nueva realidad migratoria del país. En este sentido, le puede ser útil al legislador marroquí una mirada a la Ley núm. 98-97, de 27 de noviembre de 1998, que contiene el Código de Derecho internacional privado de Túnez⁶¹⁷, en cuyo art. 52 se contiene una norma específica en materia de filiación. En ella se ofrece al juez la posibilidad de elegir entre la ley nacional o del domicilio del demandado y la ley nacional o del domicilio del hijo, buscando siempre la que resulte ser la ley más favorable para su establecimiento y en la que la impugnación de la filiación quedará sometida a la misma ley que le sea aplicable al establecimiento⁶¹⁸. Mientras tanto, es obligatorio el conocimiento tanto de la legislación como de la práctica jurisprudencial y doctrinal marroquí para que las autoridades españolas eviten situaciones claudicantes⁶¹⁹.

⁶¹⁶ Vid. P. Gannagé, “La coexistence de droits confessionnels...”, *loc. cit.*, p. 343.

⁶¹⁷ (*Journal Officiel Tunissien* núm. 96, 2332). Sobre el Código tunecino de DIPr. *vid.* A. Mezghani, “Les innovations du code tunisien de droit international privé”, *RabelsZ*, 2001, núm. 65, pp.78-125; M. El Arbi Hachem, “Le code tunisien de droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999-II, pp. 227-244, en espec. pp. 242; M. S. Rezgui, *Droit international privé*, Tunes, Imprimerie officielle de la République Tunisienne, 2001, pp. 53 y 54.

⁶¹⁸ Sobre la normativa específica en materia de filiación *vid.* A. Mezghani, “Les innovations du code tunisien...”, *loc. cit.*, pags. 87 y 88. En general, G. Salem, *Problèmes de la filiation en droit musulman et solutions de la jurisprudence tunisienne*, núm. 3, Hamburg, Mitteilungen des Deutschen Orient-Instituts Imverdung Deutsches, 1973.

⁶¹⁹ Para un estudio sobre Derecho comparado francés y marroquí y problemática de armonización de soluciones en materia de filiación *vid.* B. Alaoui, *La loi personnelle dans les relations franco marocaines en droit international privé...*, *op. cit.*, pp. 62-81.

CAPÍTULO SEGUNDO
DETERMINACIÓN EXTRAJUDICIAL
DE LA FILIACIÓN

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La determinación de la filiación puede efectuarse judicial o extrajudicialmente. Ésta última se determinará por los medios y en la forma establecida por la Ley. Únicamente será preciso acudir a los tribunales cuando la filiación no se constate por esta vía o se pretenda que la filiación fundada por mandato legal no se corresponda con la real. Así, se habla de determinación provisional o impugnabile de la filiación en el caso de la determinación extrajudicial, y se reserva el calificativo de definitiva a la filiación resultante de la utilización del ejercicio de una acción judicial⁶²⁰.

Planteada esta diferenciación, resta delinear la problemática derivada en la filiación extrajudicial en las relaciones hispano-marroquíes. En concreto, se estudiará la constatación extrajudicial de la filiación del nacido en España de progenitor marroquí en el Registro Civil español y en el Consular marroquí y las dificultades de una adecuada ordenación de la materia en situaciones privadas internacionales en conjunción con los aspectos registrales. Esta problemática se complica en cuanto surge la necesidad de coordinar las exigencias del Registro Civil español con lo dispuesto en el Derecho aplicable, más aún si la *lex causae* remite a la normativa marroquí. Presenta especialmente dificultades las

⁶²⁰ La dicotomía entre la filiación extrajudicial y la judicial puede deducirse de la lectura del C.c. y que parte de la doctrina civil española apoya esta división. *Vid.* F. Rivero Hernández, “Título V. De la paternidad y filiación...”, *Comentarios al Código civil...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, pp. 1073-1110, en espec. p. 1116.

interferencias ocasionadas por el Derecho material de la filiación y el registral, en conjunción con lo dispuesto para las situaciones privadas internacionales en materia de filiación. Resulta conveniente esbozar el camino a recorrer para llegar a soluciones armonizadas que conforme a los sectores implicados.

Finalmente, se estudiará el reconocimiento voluntario como título de determinación legal de la filiación en los dos ordenamientos objeto de comparación. Cuando la declaración voluntaria de la filiación por parte de un ciudadano marroquí se efectúa ante una autoridad española, debe responder a la noción socio-jurídica que de la misma existe en España, ya que, de lo contrario, no se dará validez a tal manifestación. Ahora bien, nada impide que el reconocimiento del hijo por parte del referido sujeto se efectúe ante autoridades marroquíes, sea en España o en Marruecos, conforme a su Derecho, que acoge una concepción diferente. Posteriormente, la declaración de paternidad o maternidad puede producir efectos ante las autoridades españolas. En tales casos, el papel de la autoridad del foro se ceñirá a dar validez o no al acto, es decir, a integrar en España el reconocimiento del hijo realizado en Marruecos conforme a su Derecho, integración que sólo podrá ser rechazada por causas muy tasadas, como pudiera ser el que el reconocimiento resulte contrario a los principios fundamentales españoles.

II. INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN DEL NACIDO EN ESPAÑA EN EL REGISTRO CIVIL ESPAÑOL Y EN EL REGISTRO CONSULAR MARROQUÍ

1. Acceso al Registro Civil español

A) Aplicación de la normativa conflictual sobre filiación

El Registro Civil español, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15.1 LRC, es competente para la práctica de la inscripción del nacimiento acaecido en España de hijo de progenitor marroquí. Por lo general, la inscripción de nacimiento comprende la mención de filiación⁶²¹, de la que se deduce el carácter que ésta presenta. En relación con este último punto, y en orden a la determinación del carácter y de los medios de establecimiento de la filiación, la autoridad registral española atenderá necesariamente a lo dispuesto en la ley nacional del hijo de conformidad con la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 del C.c.⁶²². La observancia de lo establecido en la *lex causae* constituye requisito esencial para la inscripción de la filiación en el Registro Civil español.

⁶²¹ Vid. F. Lucas Gil, *Derecho del Registro Civil*, 5ª. edic., Barcelona, Bosch, 2002, p. 141; J. Pere Raluy, *Derecho del Registro Civil*, t. I, Aguilar, Madrid, 1962, pp. 416-417.

⁶²² Desde la perspectiva del DIPr. español, se observa que el art. 9.4 del Código civil adolece de una laguna legal por referirse sólo al carácter y contenido de la filiación pero no a su determinación. Para resolver esta cuestión y una vez descartada la tesis de la *lex fori* por falta de soporte legal, la DGRN ha abogado por una aplicación analógica del propio

En cuanto al carácter de la filiación, el DIPr. español no se atiene de manera estricta a las categorías existentes en el Derecho material español. Y ello por cuanto la transposición formal de la estructura del Derecho material interno al Derecho conflictual no es imperativa, además de carecer de ventajas apreciables. Así, por ejemplo, en la ley material española sobre determinación de la filiación existen unos medios para constatar la matrimonial y otros para la no matrimonial. Pero esta distinción, no encuentra reflejo en la normativa conflictual que acoge un supuesto de hecho general: la filiación, entendiendo que los medios de establecer la filiación y sus medios de prueba⁶²³ quedan englobados bajo una misma categoría⁶²⁴. Es una solución adecuada para evitar el

art. 9.4 C.c., lo que supone acudir a la ley nacional del hijo y someter a la misma los títulos de determinación y acreditación de la filiación, la regulación de los medios de prueba y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación. La mayoría de la doctrina científica aboga por esta solución. *Cfr.* J. D. González Campos, “Filiación y alimentos”, *Derecho internacional privado...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 361-363; N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, pp. 17 y 18; S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...” , *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 210-211; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 390 y 391; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Filiación natural”, *Derecho internacional privado...*, 2008, *loc. cit. op. cit.*, pp. 212. A esta tesis se ha sumado la jurisprudencia del TS, en su Sent. núm. 289, de 22 de marzo de 2000 (RJ 2000/2485) y también la de otros tribunales, como la SAP Guipúzcoa, de 28 de septiembre de 2004 (AC 2004/1974); Sent. del Juzgado de Primera Instancia de Pamplona, de 26 de octubre de 2001 (AC 2001/2126). La DGRN también opta por esta solución, en sus Resoluciones de 29 de abril de 1992 (RJ 1992/3369); de 18 de septiembre de 1993 (RJ 1993/6680).

⁶²³ Hay que aclarar que en Derecho material español se fija los medios de prueba de la filiación diferenciándolos entre la prueba a efectos de su determinación, que es una mera cuestión de la demostración de un hecho, y la prueba de la ya establecida. La doctrina civil española ha planteado dos planos y problemas de distinto calibre. El primero es la acreditación y prueba de la de filiación determinada, conocida y constatada jurídicamente, por lo que se refiere a los títulos de legitimación que proclama una persona, a todos los efectos legales y frente a todos, como titular del estado civil de filiación y le habilita para el ejercicio de los derechos derivados de él. El segundo de los problemas es la demostración de la existencia de la filiación antes de determinarse, lo cual supone un grave problema probatorio y plantea sus dificultades en los medios utilizables y las presunciones. Sobre el tema en general, *vid.* J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Derecho de familia...*, 1997, *op. cit.*, p. 431; *id.*, *Elementos de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.* p. 314; M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 112 a 114...” , *Comentarios al Código civil...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 107-108 y 172-175; J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.*, pp. 314-315; F. Alberdi Vecino, “Registro Civil y elemento extranjero. Problemática en cuanto a la ley aplicable”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 39-81, en espec. p. 66.

⁶²⁴ *Cfr.* S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...” , *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 208.

temido conflicto de calificaciones⁶²⁵, garantizándose en DIPr. español la plena equiparación de los hijos para el establecimiento de la filiación.

En los casos en que ley reguladora de la filiación remita al Derecho español para determinar el carácter de la filiación, su distinción no tiene más función que el encauzamiento de las vías para facilitar los medios de establecimiento de las relaciones paterno/materno-filiales⁶²⁶ o las condiciones de admisibilidad y de legitimación para interponer las diversas acciones en la materia⁶²⁷. Concretamente, la determinación de la filiación matrimonial se lleva a cabo mediante el juego de las presunciones, como es el caso de la presunción de paternidad del marido regulada en el art. 116 C.c.⁶²⁸, con las excepciones contenidas en el precepto 117 del mismo texto legal⁶²⁹. Mientras que la filiación

⁶²⁵ El proyecto de reforma del Título preliminar del C.c. elaborado por la Comisión general de codificación en 1982-1983 (*BIMJ*, 1985, núm. 1405, pp. 1-93, en espec. p. 81) mostraba un art. 9.4 C.c. concebido en los siguientes términos: “la filiación y las relaciones paterno-filiales se regirán por la ley personal del hijo. La filiación se reputará matrimonial cuando lo establezca dicha ley o cualquiera de la personal de los progenitores”. La alternativa que recogía el segundo inciso del precepto se consideró que podría atentar contra el principio de igualdad de los hijos ante la ley. Y los principios y valores constitucionales imperantes en esa época, marcada por la superación de la discriminación entre hombre y mujer y también entre la filiación matrimonial o extramatrimonial, provocó que se adecuara al contenido del vigente art. 9.4 C.c. *Vid.* P. Diago Diago, “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijos...”, *Mundialización y familia, loc. cit. op. cit.*, p. 159.

⁶²⁶ *Vid.* la interpretación del supuesto de hecho del art. 9.4 C.c. en N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, pp. 20 y 21; J. D. González Campos, “Comentarios al artículo 9.4º del C.c...”, en *Comentarios del Código civil...*, 1991, *loc. cit. op. cit.*, pp. 85 y 86.

⁶²⁷ En el Derecho español, el legislador reformista de 1981 fue en este punto conservador y estableció una distinción entre la filiación matrimonial y extramatrimonial, quizás por considerar que un sistema de fijación de las filiaciones sin realizar ninguna alusión al estado civil de los padres era enormemente difícil. *Vid.* L. Díez Picazo, *Sistemas de Derecho civil...*, 2005, *op. cit.*, p. 232. Pero en aquellos momentos, en la cultura española, existía una proporción muy alta de hijos procreados en el matrimonio. En la actualidad, hay que valorar la posibilidad de tener hijos fuera de matrimonio sin tantos prejuicios sociales.

⁶²⁸ Sobre la presunción de la paternidad en Derecho español y Derecho comparado *vid.* J. Pozo Vilchez, *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, Madrid, Trivium, 1993, pp. 17-26.

⁶²⁹ El art. 117 C.c. está previsto para destruir la presunción de la paternidad del marido. No obstante, el precepto expone que “se exceptúan los casos en que se hubiere reconocido la paternidad expresa o tácitamente o hubiere conocido el embarazo de la mujer con anterioridad a la celebración del matrimonio...”.

no matrimonial queda determinada por el reconocimiento voluntario, por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la LRC y por sentencia firme (art. 120 C.c.).

En cambio, se impone distinguir el carácter de la filiación, entre legítima o ilegítima, si la normativa conflictual sobre filiación conduce al Derecho marroquí. La presunción de paternidad del marido dentro de las relaciones conyugales (*al firach*) establecida en el art. 153 CFM funciona como pilar sobre el que descansa la filiación legítima, aunque también la declaración voluntaria del padre regulada en el art. 160 CFM se erige en medio para establecer la filiación legítima, a diferencia de lo que sucede en Derecho español, donde el reconocimiento del padre constituye un medio de determinación extrajudicial de la filiación no matrimonial establecido en el art. 120 C.c. En cuanto a la materna, el alumbramiento es determinante para establecerla en ambos ordenamientos, independientemente del estado civil de la madre⁶³⁰; aunque el reconocimiento materno es otra de las vías preceptuadas en el art 120.1 C.c. y el art. 147 CFM.

En lo concerniente al carácter de filiación legítima del Derecho marroquí, no existe inconveniente en equipararlo al de filiación matrimonial del Derecho español, siempre que exista o hubiese existido matrimonio entre los progenitores. Igual suerte correrán los supuestos extraordinarios en que la ley marroquí determine la filiación como legítima por reconocimiento voluntario o, incluso, mediante sentencia judicial, aún cuando no se haya constatado el matrimonio de los progenitores por resultar intrascendente a efectos de inscripción en el Registro Civil español.

El carácter de la filiación ilegítima contenida en la normativa marroquí podría asimilarse al concepto español de filiación no matrimonial, a pesar de la intervención del orden público internacional español en los supuestos de aplicación del art. 148 CFM que prohíbe la determinación de la paternidad fuera del marco legal.

La falta de atención que el Encargado del Registro Civil español presta a la aplicación de la normativa conflictual produce un tratamiento no diferenciado

⁶³⁰ Sobre el establecimiento de la maternidad en el ordenamiento español *vid.* F. Rivero Hernández, “¿*Mater semper certa...*?”, *loc. cit.*, pp. 5-96. Para la determinación de la maternidad en el sistema marroquí *vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación...*, *op. cit.*, pp. 9-15 (en árabe).

de la situación privada internacional frente a la puramente interna. En tales casos, cuando el art. 9.4 C.c. remita al Derecho marroquí, la autoridad registral española deberá respetarlo, en la medida de lo posible, evitando así situaciones claudicantes.

B) Desajuste entre la ley reguladora de la filiación y la *lex loci registrationis*

Para proceder a la inscripción del nacimiento en España del hijo de progenitor marroquí, el Encargado del Registro Civil español debe constatar la filiación aplicando lo dispuesto en el art. 9.4 C.c., que rige para el carácter y los medios de determinación y la filiación. Sin embargo, hay que tener presente que los títulos para practicar la inscripción registral de la filiación escapan al ámbito del art. 9.4 C.c. y quedan sometidos a la ley española en tanto *lex loci registrationis*. De ahí que puedan producirse algunas divergencias entre los medios de determinación de la filiación fijados por la *lex causae* y sus vías de acceso al Registro previstas por la *lex loci registrationis*⁶³¹. Cuando así suceda, corresponderá a la autoridad registral conciliar lo dispuesto en la ley del Registro español sobre la suficiencia o no del título para inscribir la filiación y lo previsto en la *lex causae*, como normativa aplicable a los medios de establecimiento de tal filiación. En caso de incompatibilidad entre ambas, deberá prevalecer lo dispuesto en la ley nacional del hijo, teniendo en cuenta que la *lex loci registrationis* sólo recoge aspectos técnicos y formales y no de fondo. Y ello, tal y como se realiza, por ejemplo, en materia de nombre y apellidos cuando la *lex causae* extranjera admite la imposición de más de dos nombres propios simples, no pudiendo la ley del Registro española impedir el acceso registral de estos nombres, en atención a la forma peculiar de organización del Registro Civil español⁶³².

Un sector de la doctrina internacionalista española, ante la posibilidad de tal incompatibilidad, llega a proponer la aplicación a la cuestión de los medios de

⁶³¹ Se utiliza esta expresión al considerar que la ley del foro no tiene por qué ser sólo la referida a un litigio, sino que puede referirse al lugar de realización autorizado por el Derecho. Por tanto, la ley del foro puede tener diversas designaciones según la materia que se trate, como la *lex loci registrationis*, *lex loci celebrationis*, *lex constitutiones*. Vid. G. P. Romano, “La bilatéralité éclipse par l’autorité. Développement récents en matière d’état des personnes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006-III, pp. 457-519, en espec. p. 463.

⁶³² Vid. A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 320 y 323

determinación, no de la *lex causae*, sino de la *lex loci registrationis*⁶³³. Sin embargo, esta solución desprecia claramente la norma de conflicto. Además, hay que tener presente que, en contra de lo que en principio pudiera parecer, la conciliación entre *lex causae* y *lex loci registrationis* no se presenta tan difícil. El legislador español contempla un amplio abanico de vías de acceso de la filiación al Registro Civil, que facilita claramente la armonía entre lo previsto en la ley española (*lex loci registrationis*) y lo dispuesto en la ley reguladora de la filiación para sus medios de determinación (art. 9.4 C.c.).

En Derecho español, el acceso de la filiación al Registro Civil se puede producir por distintas vías⁶³⁴. La filiación matrimonial se deduce directamente de la inscripción de nacimiento cuando exista una mención expresa del nombre de los padres y una referencia también al enlace conyugal de los mismos, de acuerdo con las presunciones de filiación matrimonial recogidas en los arts. 116 a 119 del C.c.⁶³⁵. Sólo si se demuestra que no entra en juego la presunción de

⁶³³ *Vid.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 166.

⁶³⁴ La vigente LRC supuso, en su momento, una notable mejora del sistema español al facilitar nuevos medios para conseguir la determinación oficial de la filiación. Desde su entrada en vigor, para inscribir la maternidad ya no fue necesario que precediera un reconocimiento expreso de la madre o una sentencia judicial sobre esta filiación. También se propició la determinación oficial de la filiación paterna y materna por simple expediente, sin oposición de parte, aún en ausencia de un reconocimiento formal precedente. *Vid.* M. Amorós Guardiola, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 21-23.

⁶³⁵ El régimen registral aclara en el art. 183 RRC que “...por lo que resulta de la declaración o título de la inscripción del nacimiento, se presume que el hijo lo es del marido conforme a lo dispuesto en los arts. 116 a 119 C.c. y, en su defecto, por nota al margen se hará referencia a la inscripción del matrimonio de los padres. Si no fueran conocidos todos los datos de la referencia se hará constar la fecha del matrimonio y cuando menos, que éste tuvo lugar. En este supuesto constará en la inscripción como padre el marido de la madre”. También, conforme a lo previsto en el art. 184 RRC “el hijo nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio se inscribirá la paternidad del marido, salvo que conste la declaración auténtica de éste en contrario, a la que se refiere el art. 117 C.c.”. No obstante, tal constatación registral de la paternidad podrá ser cancelada por expediente gubernativo, si la declaración auténtica del marido desvirtúa la presunción y se hubiera formulado en el tiempo y condiciones exigidos por el C.c. El hijo nacido pasados trescientos días desde la separación legal o de hecho de los cónyuges se le aplica lo dispuesto en el art. 118 C.c. [*vid.* la Resolución de la DGRN de 15 de marzo de 1999 (RJ 1999/10159)]. Así, la Circular de la DGRN de 2 de junio de 1981 recuerda que “cuando de la declaración o de las pruebas complementarias resulte que falta la presunción de paternidad del marido por haber nacido el hijo después de los trescientos días siguientes a la disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges, sólo podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos, tal y como establece el art. 118 C.c.”.

paternidad del marido será posible la inscripción de la filiación no matrimonial⁶³⁶. Respecto de ésta última, resultará de especial importancia el que la inscripción se promueva y se practique dentro o fuera del plazo legal (*cf.* arts. 120.1 y 4 C.c.)⁶³⁷. Concretamente, la relación materno-filial no matrimonial se desprenderá de la propia inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo legal, sin necesidad de un expreso reconocimiento por parte de la madre. El padre, en cambio, deberá efectuar una declaración expresa o reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil español para que conste la filiación paterna no matrimonial (art. 120.1 C.c.). Pero si se pretende la constatación de la filiación con posterioridad a la inscripción de nacimiento (fuera de plazo), tal constatación precisará de cualquiera de los títulos siguientes para su determinación: a) reconocimiento voluntario; b) resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación registral (arts. 120.2 C.c., 49 LRC y 189 RRC); ó c) sentencia firme en la que se constate la filiación (art. 120.3 C.c.), título éste último que será objeto de estudio en el siguiente capítulo.

En el Derecho marroquí, los medios de determinación de la filiación son los previstos en los arts. 147 y 158 CFM, donde se recoge, en primer lugar, las relaciones conyugales de los progenitores (medio éste que exige la aportación de copia del acta de matrimonio de los progenitores, así como la constatación de la legalidad de la unión, según lo dispuesto en el art. 17 del Decreto núm. 2/99/665 de 9 de octubre de 2002, para la aplicación de la Ley núm. 37/99 relativa al estado civil⁶³⁸). También se admite la posibilidad de establecer la filiación mediante reconocimiento voluntario, testimonio de dos adules o doce

⁶³⁶ Para la constancia registral de la paternidad no matrimonial, si la madre fuera casada, el Encargado del Registro Civil debe comprobar que no concurren las presunciones de paternidad del marido de los arts. 116 y 117 del C.c., haciendo uso de las facultades que le confiere el art 28 LRC. *Vid.* la Resolución de 18 de junio de 2002 (*Anuario de la DGRN de 2002*, vol. II, pp. 3545-3547); Resolución de la DGRN de 10 de febrero de 1996 (*Anuario de la DGRN de 1996*, vol. I, pp. 1523-1525); Resolución de 19 de enero de 1995 (*Anuario de la DGRN*, vol. I, pp. 1218-1220); Resolución de 3 de abril de 1990 (*Anuario de la DGRN*, pp. 814-819); Resolución de 1 de febrero de 1993 (*Anuario de la DGRN*, vol. I, pp. 1202-1205); Resolución de 10 de junio de 1994 (*Anuario de la DGRN*, vol.I, pp. 1507-1510).

⁶³⁷ Sobre la inscripción dentro y fuera de plazo del nacimiento y su acceso al Registro Civil español *vid.* J. Díez del Corral Rivas, *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Madrid, Colegios Notariales de España, 1993, pp. 65-81.

⁶³⁸ (B.O. núm. 5054, de 7 de noviembre de 2002). *Vid.* M. Lafrouji, *Droit de la famille, série « textes législatifs et réglementaires »*, 2 edic., núm. 50, Casablanca, *Revue marocaine de droits des affaires et des entreprises*, 2004, pp. 27-44.

testigos (*acta lafif*)⁶³⁹ y la sentencia judicial en la que se constate la relación paterno/materno-filial. En cuanto a la filiación materna, el alumbramiento es determinante para establecerla, según dispone el art. 147 CFM, independientemente del estado civil de la madre.

Ciertamente, cabe hablar de una correspondencia entre los medios de determinación de la filiación en Derecho marroquí y los exigidos por el Derecho español para practicar la inscripción, lo que va a hacer posible la coordinación entre la *lex causae* (cuando venga constituida por el Derecho marroquí) y la *lex loci registrationis*. El inconveniente se plantea en los casos en que, no existiendo forma documental pública de demostrar la paternidad en Derecho marroquí, ésta se constate mediante testimonio de dos adules o doce testigos (*acta lafif*). Lo cierto es que la posesión de estado regulada en la ley española, que alude a una situación fáctica de apariencia en la que se exterioriza de forma estable y continua un determinado estado civil o una determinada filiación⁶⁴⁰, se podría asimilar por analogía a la declaración de paternidad a través de testigos regulada

⁶³⁹ La prueba mediante el testimonio de terceros puede hacerse por el testimonio de dos testigos adules o bien mediante doce testigos. En la práctica, se suele presentar doce testigos ante los adules que recogen sus testimonios en un acto *lafif*, el cual se suele usar ante el juez. Este acto no se origina ni el Coran ni en la *Sunna* (tradición o costumbres del Profeta que ha sido transmitida a través de los *hadith*), aunque tampoco la *Ijtihad* (esfuerzo interpretativo de los eruditos) le otorga mismo valor que al de un testimonio directo ante el juez. Según la Circular del Ministerio de Justicia núm. 893 de 27 de agosto de 1980, se trata de un medio de prueba excepcional que ni siquiera se admitía para probar las transacciones, debido a la facilidad de fraude. En general, sobre el *acta lafif* en materia de filiación *vid.* O. Naféi, “El sistema del estado civil en Marruecos”, *Publicaciones de la asociación de desarrollo de la investigación y de los estudios jurídicos*, Rabat, *Al Maârif al jadida*, 1997, pp. 90-174, en espec. p. 169 (en árabe, traducción propia); A. Khamlichi, *Comentario sobre el Código de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 176-177. La prâctica jurisprudencia del TS marroquí, en concreto es su núm. 354, de 1 de marzo de 1987 (en árabe, traducción propia), en CDrom del Ministerio de Justicia de Marruecos facilitada por S. Aldeeb Abu-Sahlieh, encargado de la sección de árabe del Instituto de Derecho comparado de Lausanne (Suiza), califica al acto *lafif* como una simple lista de testigos que pueden testificar ante el juez, aunque dicha autoridad puede aceptarla o rechazarla.

⁶⁴⁰ Aunque el concepto de posesión de estado sea difícil de precisar, se puede llegar a concluir que para apreciar la condición pública y familiar de la persona bastará con justificar que el hijo fue considerado como tal por el padre o por sus familiares (convivencia, uso apellidos, etc...). Sobre el tema *vid.* la Resolución de la DGRN de 5 de noviembre de 1991 (RJ 1991/9670); Resolución (1ª) de 15 de enero de 2002 (*Anuario de la DGRN de 2002*, vol. II, pp. 2756-2758); Resolución (2ª) de 21 de febrero de 2002 (*Anuario de la DGRN de 2002*, vol. II, pp. 2963-2965); Resolución de 25 de febrero de 2002 (*Anuario de la DGRN de 2002*, vol. II, pp. 2984-2986); Resolución de 30 de septiembre de 2002 (*Anuario de la DGRN de 2002*, vol. II, pp. 3984-3986); Resolución (5ª) de 14 de noviembre de 2002 (*Anuario de la DGRN de 2002*, vol. II, pp. 4232-4236); Resolución de 5 de marzo de 2003 (*BIMJ* de 1 de junio de 2003, núm. 1942, pp. 131-133).

en Derecho marroquí (acta *lafij*). Tal declaración o posesión de estado servirá de base para solicitar el expediente gubernativo regulado en la legislación registral española (arts. 120.2 C.c., 49 LRC y 189 RRC)⁶⁴¹ a fin de poder practicar la correspondiente inscripción.

En la práctica registral española, los hechos inscribibles derivados de la filiación se someten de manera exclusiva a la ley del foro, quizás debido al carácter público de las normas registrales y a la dificultad que supone la asimilación del mecanismo conflictual⁶⁴². Es necesario, por tanto, que los operadores jurídicos realicen un esfuerzo por respetar lo dispuesto en la ley reguladora de la filiación e intenten coordinarlo con la *lex loci registrationis*, tal y como se evidencia en este trabajo de investigación para los supuestos hispano-marroquíes.

Finalmente, y en relación con la inscripción de la filiación, no es posible eludir los obstáculos registrales derivados de lo dispuesto en los arts. 113.2 C.c. y 50 LRC: "...no será eficaz ni podrá extenderse asiento alguno de la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria en el Registro", a menos que se constate cosa distinta mediante sentencia firme⁶⁴³.

⁶⁴¹ Este articulado se completa con la Instrucción de 7 de octubre de 1988 sobre reglas generales sobre tramitación de expedientes de inscripción fuera de plazo de nacimiento y sobre expedición de certificación a los solos efectos de la obtención del documento nacional de identidad. El expediente que se instruye por el Encargado del Registro Civil y cuya resolución se atribuye a los jueces de Primera Instancia sustituye al juicio declarativo, lo que produce considerables ventajas como: a) es de carácter gratuito y conlleva una sencilla tramitación (aunque si hay elementos internacionales se puede complicar); b) puede promoverse en cualquier tiempo, incluso cuando hayan muerto el padre y el hijo, por cualquiera que tenga interés legítimo en la constatación de la filiación; c) aunque no exista un escrito indubitado de reconocimiento, puede prosperar el expediente acreditando simplemente que el hijo estuvo en la posesión del estado de hijo extramatrimonial. La única dificultad que ofrece este expediente es que su aprobación se ha condicionado al requerimiento de la inexistencia de oposición del Ministerio Fiscal o de parte interesada, formulada en tiempo oportuno y fundada en la expresa alegación de razones de fondo que impidan el reconocimiento voluntario. Si existe tal oposición, la inscripción de la filiación sólo puede obtenerse por el procedimiento judicial. *Vid.* J. Pere Raluy, *Derecho del Registro Civil...*, *op. cit.*, pp. 419-424.

⁶⁴² *Vid.* E. Vassilakakis, *Orientations méthodologique dans les codifications récents du droit international privé en Europe*, Paris, LDGJ, 1987, p. 47; S. Álvarez González, "Artículo 9, apartado 4...", *Comentarios del Código civil...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 217-218.

⁶⁴³ En este sentido *vid.* las resoluciones de la DGRN de 6 de agosto de 1982 (RJ 1982/4679); la de 23 de julio de 1984 (RJ 1984/4326); la de 12 de julio de 1985 (RJ

La imperatividad de tales preceptos se traslada a situaciones privadas internacionales⁶⁴⁴. La razón es obvia: la rectificación de la filiación implica un cambio profundo en el estatuto personal, con afectación directa a la presunción de los principios de veracidad y exactitud de hechos y actos inscritos en el Registro Civil.

- C) Matrimonio de los progenitores como cuestión previa para el reflejo registral de la filiación matrimonial
 - a) El carácter de la filiación vinculado a la cuestión previa del matrimonio de los progenitores

Dada la trascendencia que en ambos sistemas jurídicos cobra el matrimonio de los padres como presupuesto básico para regir la presunción de paternidad del marido y determinar su carácter, debe plantearse la validez del matrimonio como cuestión preliminar, aunque algún sector de la doctrina española del DIPr. ha mantenido que dicha validez en la determinación de la filiación matrimonial no es una cuestión previa, sino un problema vinculado con los modos de acreditarla⁶⁴⁵.

1985/4501); la de 10 de julio de 1996 (RJ 1996/9704) y la STS núm 898/2005, de 22 de noviembre (RJ 2006/114). Sobre el tema *vid.* J. Pere Raluy, *Derecho del Registro Civil...*, *op. cit.* pp. 472-473.

⁶⁴⁴ Se trata de una norma material del foro cuya imperatividad no puede venir exceptuada por un Derecho extranjero. En general, sobre las normas imperativas *vid.* J. C. Fernández Rozas, “Art. 12.6º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I., vol. 2, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 973-1082; F. J. Garcimartín Alférez, *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal*, Madrid, Tecnos, 1994; Ph. Francescakis, “Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1-18; P. Kinsch, “L’autolimitation implicite des normes de Droit privé material”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003-III, pp. 403-435.

⁶⁴⁵ *Vid.* J. D. González Campos, “Filiación por naturaleza”, *Derecho internacional...*, 1984, *loc. cit. op. cit.*, p. 203, “...para el establecimiento de la filiación matrimonial la validez del matrimonio no es una cuestión previa de la filiación, de manera que afirmada la validez del matrimonio ésta se considera matrimonial, sino un problema vinculado con los modos de acreditarla y, en particular, con la inscripción registral del matrimonio de los padres y su eficacia jurídica”. Hay que señalar que no es suficiente la validez del matrimonio para que la filiación sea matrimonial, sino que es necesario que se den los requisitos para que surta efectos la presunción de paternidad matrimonial. Aunque dándose esos requisitos, el presupuesto básico es la existencia de matrimonio válido.

El establecimiento del carácter de la filiación en el Registro Civil español se desprende de la integración de diversos datos⁶⁴⁶, en el que la mención del matrimonio de los progenitores constituye una referencia que consta en el folio registral del nacimiento de la persona⁶⁴⁷, reflejándose junto al nombre de los progenitores y al de la filiación⁶⁴⁸.

El acceso del matrimonio de los progenitores al Registro Civil español para determinar filiación matrimonial del nacido de progenitor marroquí tendrá lugar como inscripción principal o bien constar como mención a través de la referencia que al mismo se hace en la inscripción de nacimiento del hijo. El acceso al Registro Civil español del matrimonio como inscripción principal se producirá dependiendo del lugar de celebración del mismo y de la nacionalidad de la persona que contraiga el enlace. En primer lugar, si la nacionalidad de alguno de los contrayentes es la española, el matrimonio accederá al Registro Civil español, tanto si se ha celebrado el enlace en España como en Marruecos y, dentro de este último supuesto, ante autoridad civil extranjera o ante autoridad

⁶⁴⁶ Vid. J. Pere Raluy, *Derecho del Registro Civil...*, *op. cit.*, p. 426.

⁶⁴⁷ Tal y como se ha expuesto *supra*, las presunciones de filiación matrimonial se establecen en el art. 183 RRC, que dispone "...por lo que resulta de la declaración o título de la inscripción, se presume que el hijo lo es del marido, conforme a lo dispuesto en el C.c., en la inscripción de nacimiento y, en su defecto, por nota al margen, se hará referencia a la inscripción del matrimonio de los padres.

⁶⁴⁸ Así se desprende del art. 48 LRC modificado en virtud de la Ley 13/2005 en materia de derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo, que adapta la terminología del Registro Civil a las exigencias impuestas por la sociedad española. Tal precepto queda redactado en los siguientes términos: "la filiación paterna o materna constará en la inscripción de nacimiento a su margen, por referencia a la inscripción de matrimonio de los padres o por inscripción del reconocimiento". La Orden JUS/568/2006, de 8 de febrero, sobre modificación de los modelos de asientos y certificaciones del Registro civil y del Libro de familia (BOE núm 53, de 3 de marzo de 2006) tiene como objeto la adecuación a la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el C.c. en materia de derecho a contraer matrimonio y cambia el modelo oficial de certificación en extracto de la inscripción de matrimonio y de los modelos de las inscripciones principales de nacimiento y matrimonio. Así, la expresión padre se podrá sustituir por la de progenitor-A y la de madre por la de progenitor-B. La referencia al matrimonio de los padres se puede sustituir por la de matrimonio de los progenitores. Por Orden JUS/644/2006, de 6 de marzo (BOE núm. 58, de 9 de marzo de 2006) sobre aclaración de la anterior Orden mencionada, se permite conservar los términos del marido y mujer o los de padre o madre para los supuestos de matrimonios de progenitores de sexo diferente o, alternativamente, emplear las menciones de A-cónyuge y B-cónyuge o las de A-progenitor/ y B-progenitor/ para los casos de matrimonios o progenitores del mismo sexo.

consular española (*vid.* art. 16 LRC)⁶⁴⁹. En segundo lugar, también se procede a su inscripción si se procuran los presupuestos del art. 15 LRC, es decir, cuando tenga lugar un enlace matrimonial de marroquíes en España ante autoridad civil local o en las formas religiosas permitidas (entre éstas, la forma islámica⁶⁵⁰). De esta forma, cuando se inscriba la filiación del hijo, su carácter matrimonial resultará indubitado, al acreeditarse el enlace conyugal de los progenitores mediante certificación registral. El tercer supuesto en que resulta obligatoria la inscripción es el que se refiere al matrimonio celebrado en Marruecos por progenitores marroquíes cuando uno de ellos adquiere posteriormente la nacionalidad española, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 15 LRC y 66 RRC, donde se establece que “son inscribibles los hechos acaecidos en el extranjero y que afecten a españoles... aunque hayan acaecido antes de adquirir la nacionalidad española”⁶⁵¹. La inscripción de este matrimonio se efectúa por la vía del art. 256.3 RRC, siendo necesario presentar la certificación extranjera

⁶⁴⁹ *Vid.* la Resolución (4ª) de 5 de noviembre de 2001 (RJ 2002/3081); la Resolución (2ª) de 17 de septiembre de 2001 (RJ 2001/10200) sobre la celebración del matrimonio de contrayente español y marroquí en Marruecos conforme la *lex loci* y el acceso al Registro Consular español situado en tal país. El Centro Directivo deja claro que el Encargado del Registro Consular español no puede volver a enjuiciar el fondo del asunto y ha de limitarse a calificar los aspectos formales de la certificación extranjera, siempre que al contrayente español se le haya entregado previamente el certificado de capacidad matrimonial para casarse en el extranjero.

⁶⁵⁰ Según el Acuerdo de Cooperación del Estado español con la Comisión Islámica española, aprobado por Ley 26/1992 de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992). El art. 7 del Acuerdo contempla que: “las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial mediante certificación expedida por el Registro Civil correspondiente”. Se deduce que los musulmanes pueden contraer matrimonio sin necesidad de expediente previo. Junto a este acuerdo con la Comisión Islámica de España (CIE), se aprobaron mediante la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (Ferede), y a través de la Ley 25/1992 de 10 de noviembre el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE). Todos ellos se publicaron en el mismo BOE antes señalado. Sobre el tema *vid.* N. Marchal Escalona, “Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la DGRN”, *La Ley*, 1996, núm. 4175, pp. 1-7. En particular, sobre matrimonio islámico *vid.* S. Adroher Biosca, “Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español”, *Hominum causa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J. M. Díaz Moreno*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Comillas, 2000, pp. 879-900; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional Privado Español*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2002, pp. 32-33.

⁶⁵¹ *Vid.* la Resolución de la DGRN (2ª) de 26 de junio de 1996 (RJ 1996/6735).

donde conste el enlace. La calificación registral del matrimonio no se circunscribe a la comprobación de los hechos referidos a la validez formal, mediante la interpretación analógica de lo dispuesto en el art. 50 C.c.⁶⁵², sino que se extiende a cualquier circunstancia de validez objetiva⁶⁵³, como el consentimiento matrimonial y la capacidad nupcial, exigiéndose por la DGRN la tramitación del expediente previsto en el art. 257 RRC a efectos de determinar la certeza en la capacidad de los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio⁶⁵⁴. En todo caso, la validez de la unión matrimonial se convierte en cuestión principal como título de legitimación para acceder al Registro Civil, y su control deberá ser acorde a la normativa de DIPr. del ordenamiento español⁶⁵⁵.

Cuando el matrimonio de los progenitores accede a título principal al Registro Civil español⁶⁵⁶, la referencia a este enlace en la inscripción de nacimiento del hijo no plantea especiales dificultades. Al Encargado del Registro Civil español le basta la simple exhibición del libro de familia, ya que el control exhaustivo del matrimonio se efectuó en el momento de acceso al Registro Civil.

⁶⁵² *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 362.

⁶⁵³ En general, sobre el control de la capacidad nupcial y el consentimiento matrimonial en la inscripción de los enlaces de extranjeros celebrados fuera de España *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 360-364.

⁶⁵⁴ *Vid.* el Fundamento de Derecho II de la Resolución (2ª) de la DGRN de 4 de octubre de 1996 (*Anuario de la DGRN*, vol. I, 1996, pp. 2211-2214); Resolución (1ª) de la DGRN de 14 de junio de 2005 (RJ 2005/7534).

⁶⁵⁵ La postura de la DGRN en la citada Resolución 1ª de la DGRN de 21 de enero de 1998 resulta rígida al dudar sobre el contenido de la certificación de matrimonio emitida por la autoridad marroquí (opinión de P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y reconocimiento de la validez del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 224, en especial nota 959). Los hechos surgen con motivo de la inscripción ante el Registro Civil español del matrimonio celebrado en Marruecos por un marroquí que adquirió la nacionalidad española. El Centro Directivo menciona que sólo se aportan las certificaciones de compromiso matrimonial debidamente traducidas, no siendo válida la unión matrimonial conforme a la ley española al no acompañar la certificación literal del matrimonio expresamente traducida y, en su caso, legalizada.

⁶⁵⁶ En general, sobre el matrimonio de la mujer en España y su acceso al Registro Civil español *vid.* C. Ruiz Sutil y R. Rueda Valdivia, “Matrimonio de la marroquí”, en C. Ruiz Sutil y R. Rueda Valdivia (coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 2008, pp. 155-179, en espec. pp. 156-163.

La disyuntiva se plantea cuando el matrimonio de marroquíes celebrado en Marruecos no haya accedido al Registro Civil español como inscripción principal, por no reunir los presupuestos del art. 15.1 LRC⁶⁵⁷, y de cuya unión nazca un hijo en España⁶⁵⁸, se plantea la cuestión previa de validez de éste enlace. Téngase presente que la certificación registral de nacimiento del hijo, en la que consta el matrimonio de los progenitores, no sirve de medio acreditativo de la validez de tal enlace para conseguir su efecto sustancial derivado del establecimiento del vínculo conyugal. Ahora bien, aunque este matrimonio no acceda al Registro Civil español no podrá concluirse que es inexistente⁶⁵⁹. Las dificultades se derivan de la mención registral de este enlace, ya que no va avalado por un control de la validez, aunque su contacto con el Registro Civil español se produce en la medida en que se haga referencia al mismo como dato exigido en la inscripción de nacimiento del hijo. La práctica registral suele limitarse a controlar el hecho de la celebración de la unión conyugal, sin entrar a valorar los requisitos de fondo del acto⁶⁶⁰. Tales uniones matrimoniales se presumen válidas siempre que se acredite su celebración mediante certificado del Registro Civil extranjero o cualquier otro medio de prueba admitido por la *lex loci*

⁶⁵⁷ Sobre el matrimonio de extranjeros celebrado fuera de España y su posible acceso al Registro Civil español, *vid.* A. P. Abarca Junco y otros, *Derecho internacional privado*, vol. II, UNED, Madrid, Colex, 2006, pp. 112-115. *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *loc. cit.*, pp. 360-364; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, vol. II, 2008, *op. cit.*, pp. 123-125.

⁶⁵⁸ No influye en la posible inscripción del enlace conyugal de los progenitores marroquíes el hecho de que al nacido se le atribuya la nacionalidad española por reunir las condiciones del art. 17.1.c. C.c. Sobre la nacionalidad española de los nacidos en España de progenitor marroquí *vid.* A. Álvarez Rodríguez y Observatorio Permanente de la Inmigración, *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España. Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el periodo 1996-2002*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, http://www.tt.mtas.es/periodico/inmigracion/200611/NACIONALIDAD_HIJOS_EX_T.pdf, en espec. pp. 49-51 y 67-69; C. Ruiz Sutil, “Globalización y adquisición de la nacionalidad: el caso de los nacidos en España de progenitores marroquíes...”, *loc. cit.*, pp. 447-472.

⁶⁵⁹ Sobre los posibles efectos del matrimonio de extranjeros celebrado en el extranjero y no inscrito en el Registro Civil español *vid.* J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español...*, *op. cit.*, pp. 152-155.

⁶⁶⁰ *Vid.* A. P. Abarca Junco, “La celebración de matrimonio y su nulidad...”, *Derecho internacional privado...*, 2006, *loc. cit. op. cit.*, p. 118.

celebrationis o la ley nacional común⁶⁶¹, con independencia de que su validez pueda o no ser impugnada en virtud de sentencia judicial⁶⁶². En la inscripción de nacimiento del hijo únicamente se hace una mención al enlace de los padres, y si no fueran conocidos todos los datos del matrimonio, constará la fecha del mismo y, cuando menos, que éste tuvo lugar, conforme a lo dispuesto por el art. 183 RRC. A tal efecto, incluso se considera que no es necesario exhibir el documento acreditativo donde conste el enlace, ya que es suficiente la mera declaración de los progenitores. De hecho, posteriormente se les entrega un libro de familia español⁶⁶³ expedido con motivo del nacimiento del hijo en España, acceda o no el matrimonio de los padres extranjeros al Registro Civil español⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Aunque nada expresa el C.c. respecto del matrimonio de extranjeros en el extranjero, debe entenderse de aplicación a la forma el art. 11C.c., o sea, la regla *locus regit actum*. Como apunta la doctrina, para cubrir esta laguna cabe acudir a la analogía de lo dispuesto en el art. 50 C.c. En consecuencia, el matrimonio será válido si el consentimiento se ha prestado bien según la ley del lugar de celebración o bien de acuerdo a la ley personal de cualquier de ellos. *Vid.* J. D. González Campos, *Derecho internacional privado...*, 1995, *op. cit.*, p. 305. Esta misma idea del *favor matrimonii* preside el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios (no en vigor) que sienta el principio de la validez del matrimonio según la ley del Estado de la celebración, si bien establece ciertas reservas que dan una entrada a la ley reguladora del fondo para recoger los impedimentos bilaterales más graves, como ocurre en la falta de libertad matrimonial. Sea como fuere, el matrimonio será válido conforme a la *lex loci* o a la ley nacional común, que son rectoras de los requisitos de forma y fondo en el momento de su celebración y coincidentes en una misma ley marroquí.

⁶⁶² *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 363 y 364.

⁶⁶³ *Cfr.* J. Peré Raluy, *Derecho del Registro civil...*, t. I, *op. cit.*, p. 410; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 242-243, en espec. nota 1083.

⁶⁶⁴ La inscripción de los hijos de extranjeros no matrimoniales en el Registro Civil español da derecho a recibir el libro de familia y con la finalidad de evitar la discriminación contra los hijos matrimoniales de extranjeros y colmar la laguna legal, la DGRN se ha planteado la entrega del libro de familia a los padres extranjeros de un hijo nacido en España y cuyo matrimonio no es inscribible en el Registro Civil. La DGRN argumenta en sus Resoluciones de 18 de junio de 1992 (JUR 1992/5421); de 13 de noviembre de 1996 (RJ 1997/6284) y de 2 de abril de 2003 (RJ 2003/4341) que hay que expedir también un libro de familia a los hijos matrimoniales de extranjeros que hayan celebrado su matrimonio fuera de España. Lo cierto es que esta documentación correspondería otorgarla al Consulado del país de la nacionalidad de los progenitores, siempre que esté suficientemente comprobado el matrimonio de éstos en el extranjero que no accede al Registro español, tal y como se expone en la Resolución de la DGRN (1ª) de 19 de octubre de 2001 (JUR 2002/47687) y comentada en C. Esplugues Mota, "Todos somos

En esta misma línea, la DGRN, en su Resolución (2ª) de 24 de noviembre de 2005⁶⁶⁵, obvia la cuestión previa de la validez del matrimonio de los progenitores marroquíes celebrado en Marruecos con motivo del establecimiento de la paternidad de la hija nacida en España. En el supuesto se otorga efecto al reconocimiento voluntario que realiza el padre de conformidad con la ley española que exige el consentimiento de la madre y aportación de documento público donde conste el acto de la declaración voluntaria, inscribiéndose la filiación no matrimonial paterna sin considerar la aplicación de la ley marroquí que rige la filiación. Ello conlleva que el Registro Civil español no proclame la verdad oficial, al no coincidir con la real, que se presume que debe ser congruente con la legalidad vigente en España. Y para ello, hay que plantearse la cuestión previa de la validez del matrimonio de los marroquíes celebrado en Marruecos. Si este enlace desplegara los efectos pretendidos, la presunción de la paternidad del marido regiría para que registralmente se estableciera la filiación matrimonial del hijo.

El órgano directivo no se plantea en ningún momento la validez del matrimonio de los progenitores y se centra en verificar el reconocimiento voluntario del padre conforme al Derecho español, ya que la declaración de paternidad no tiene eficacia conforme a la legislación personal del hijo aplicable al asunto. La DGRN ordena que se registre la filiación como no matrimonial al otorgar validez al reconocimiento voluntario, lo que perjudica los intereses del hijo desde el punto de vista de la legalidad española, al no aplicarse las correspondientes normas de DIPr. Asimismo, se quebranta la legalidad marroquí por ignorar la presunción de la paternidad del marido para determinar la filiación como legítima. En definitiva, no se entiende cómo se llega al resultado de inadmisión del carácter matrimonial de una filiación que es legítima según la *lex causae* ordenada por el 9.4 C.c., además de no entrar a valorar la validez del enlace de los padres.

extranjeros en algún lugar del mundo: incidencia de la extranjería en el Registro Civil español”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Monterio*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 43-65, en espec. pp. 56 y 57.

⁶⁶⁵ (JUR 2006/291822).

Por tanto, aunque en la práctica registral ni siquiera se plantea tal dificultad, lo cierto es que se suscita una cuestión previa⁶⁶⁶, un *prius* en la determinación del carácter de la filiación cuando el matrimonio de los progenitores no ha tenido acceso al Registro Civil español. El matrimonio de marroquíes celebrado de acuerdo con el ordenamiento jurídico marroquí sin cumplir los presupuestos necesarios para acceder al Registro Civil español no es un título de legitimación con eficacia *erga omnes*, aunque debe plantearse su validez como acto jurídico ya constituido, del que derivan los efectos jurídicos correspondientes para el establecimiento matrimonial de la filiación. La imposibilidad de inscribir en el Registro Civil español un matrimonio de marroquíes celebrado en Marruecos no impide que tal acto despliegue sus efectos en el ordenamiento del foro, siempre que supere los debidos controles⁶⁶⁷. Si lo que se pretende es el efecto probatorio para determinar la filiación matrimonial, bastará demostrar la existencia del acto en el ordenamiento competente de acuerdo con el sistema de DIPr. español⁶⁶⁸. Pero el problema que

⁶⁶⁶ En la doctrina extranjera *vid.* T. S. Schmidt, “The Incidental Question in Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1992-II, t. 233, pp. 309-415; W. Wengler, “Nouvelles réflexions sur les questions préalables”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 165-215; P. Lagarde, “La règle de conflit applicable aux questions préalables”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 461-484; Ph. Francescakis, “Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité”, *RebelsZ*, 1958, vol. 23, pp. 148-251; P. Lalive, “Tendances et méthodes en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1977-II, t. 155, pp. 1-424, en espec. p. 299.

⁶⁶⁷ *Vid.* R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Univesidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 239 y 237; P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 242-243.

⁶⁶⁸ Algún sector de la doctrina española expone que cuando el matrimonio no reúne los requisitos para que se inscriba en el Registro Civil español es suficiente que cumpla con las ondiciones del art. 323 LEC para tener fuerza probatoria, es decir, que estos matrimonios se presumen válidos si se acredita el documento extranjero donde se materializa el matrimonio, aportando la certificación del Registro Civil extranjero u otro medio de prueba admitido por la ley que rige su forma, sin necesidad de control de fondo del acto al considerar que la forma del matrimonio es un requisito integrativo, y no constitutivo del matrimonio. Por tanto, la prueba queda sujeta a la *lex loci celebrationis*, tal y como indican A. Quiñones Escámez “Comentario a la STSJA, de 10 de julio de 1998”, *REDI*, 1999-2, vol. LI, pp. 744-747; G. Esteban de la Rosa, “La forma del matrimonio como requisito integrativo de su válida celebración y sus consecuencias con respecto al reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero: los artículos 49 y 50 del Código Civil español”, *Temas actuales de Derecho civil*, , Trujillo, Normas Legales SAC, 2005, pp. 769-796, en espec. pp. 777-780, 784 y 788; E. Gómez Valenzuela, “Reconocimiento en España de los matrimonios celebrados por los/as inmigrantes en el país de origen (situación en la provincia de Jaén)”, *Estudios e informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén 2005-*

aquí ocupa no es una manifestación propiamente dicha del efecto probatorio del acto jurídico realizado en el extranjero, sino que se trata de un efecto más allá del meramente probatorio: la constitución de un estado de filiación derivado del matrimonio de los progenitores. Hay que aclarar que el efecto constitutivo que produce el matrimonio para determinar el carácter de la filiación requiere un control menos exhaustivo que cuando se persigue el efecto sustancial derivado de la constitución del matrimonio. El principio de igualdad entre los hijos que rige en el ordenamiento jurídico español permite relajar la fiscalización de la validez del matrimonio con el fin de establecer el carácter de la filiación.

A falta de norma específica que regule la cuestión previa para determinar el carácter de la filiación⁶⁶⁹, se han propuesto varias soluciones⁶⁷⁰. Por una parte, se viene afirmando la sujeción de la cuestión previa a la norma de conflicto del DIPr. del foro o tesis de la conexión independiente (*selbständige Anknüpfung*)⁶⁷¹.

2006. *Observatorio permanente sobre la inmigración en la provincia de Jaén*, Granada, Comares, 2008, pp. 269-283, en espec. pp. 281 y 282.

⁶⁶⁹ A diferencia de la filiación, en materia de nombre y apellidos existe una regulación específica para las cuestiones preliminares y el art. 1.1º *in fine* del Convenio sobre ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5 de septiembre de 1980 (BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989) prevé la aplicación de la misma ley que regula la cuestión principal, es decir, la ley nacional del interesado. Sobre el tema *vid.* A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 242-244. También en el Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios, no firmado por España, se ha previsto en su art. 12 una regla específica para cuando el matrimonio aparezca como incidental a la cuestión principal, de tal manera que la validez del mismo se regirá por su propia norma de conflicto y no por la norma de conflicto de la cuestión principal.

⁶⁷⁰ La doctrina mayoritariamente se plantea la cuestión previa como un problema de opción entre las normas de conflicto del foro y las del Derecho extranjero designado por otra norma de conflicto del foro para la cuestión principal, tal y como ha expuesto E. Vitta, *Diritto Internazionale Privato*, vol. I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972, p. 475 y que vuelve a repetir en *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, 5ª edic., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1995, pp. 175-175. No obstante, existe otra perspectiva como problema de reconocimiento o validez planteada por A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 251-252.

⁶⁷¹ En general, *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 3ª edic., 2004, *op. cit.*, pp. 223 y 224; A. P. Abarca Junco y otros, *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, Madrid, Colex, 2006, pp. 179-182, en espec. p. 182; A. Marín López, *Derecho internacional privado español*, t. I., 8ª edic., Granada, Copias Coca, 1994, pp. 296-297; *id.*, “La cuestión incidental en el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1956, vol. IX, pp. 125-146; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, vol. II, 2008, *op. cit.*, p. 340. Esta teoría es compartida por la SAP de

Esta teoría lleva a analizar el matrimonio de los progenitores a través de la reglamentación fragmentaria del DIPr. español en la materia (arts. 9.1. 49 y 50 C.c.), desvinculando la cuestión de la *lex causae* que rige la filiación. Su fundamento se halla en el carácter imperativo de las normas de conflicto del Derecho español, lo que supone la imposibilidad de ignorar la aplicación de la reglamentación conflictual prevista para la cuestión previa y abandonar la regulación de la cuestión principal. Además, la sujeción de la cuestión previa a la norma de conflicto del DIPr. extranjero carece de fundamento en el sistema español, ya que la aplicación de tal reglamentación conflictual es rigurosamente excepcional, como sucede en el caso del reenvío o la remisión a sistemas plurilegislativos, sin que el problema de la cuestión previa se encuentre entre dichas excepciones⁶⁷². Otorgar primacía a la aplicación de la teoría de la *lex formalis fori* conlleva el respeto a la seguridad jurídica⁶⁷³, ya que cada cuestión previa se regirá por su propia normativa conflictual, perjudicando a la armonía internacional de soluciones. De esta manera, es posible plantear la cuestión previa de validez del matrimonio del varón extranjero no musulmán y mujer marroquí celebrado en el extranjero, considerándolo válido a la luz de la normativa de DIPr. español, frente a la ley aplicable que rige la filiación, la marroquí, que lo considera inexistente. La discordancia será notable, pues en el foro se establecerá el carácter matrimonial del hijo nacido de aquel matrimonio, mientras que la ley nacional del hijo lo considerará ilegítimo por no existir el matrimonio de sus progenitores.

Málaga de 5 de junio de 1993 (AC 1993/1882), donde se decide que en torno a ciertos derechos sucesorios de un supuesto hijo canadiense hay que acudir al art. 9.4 C.c. para acreditar la cualidad de hijo. Esta resolución es comentada en “Nota” por E. Zabalo Escudero, *REDI*, 1994-1, vol. XLVI, pp. 363-365. Ahora bien, esta tesis ha de ser excepcionada en los supuestos en los que la validez del matrimonio resulte relevante respecto de una cuestión relativa al nombre, puesto que el Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y los apellidos, hecho en Munich de 5 de septiembre de 1980 (BOE núm. 303, de 19 de diciembre de 1989) establece el carácter vinculado. En este caso, el Derecho de la nacionalidad de la persona afectada determinará la validez o nulidad del matrimonio, de acuerdo con lo establecido en el art. 1.1 del Convenio de Munich, tal y como exponen A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 248-252 y P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 260-261.

⁶⁷² *Cfr.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 3ª edic., 2004, *op. cit.*, pp. 224.

⁶⁷³ *Vid.* A. Marín López, *Derecho internacional privado...*, vol. I, 1994, *op. cit.* pp. 295-297, en espec. p. 297.

Existe otra línea doctrinal que contempla la cuestión previa desde la aplicación de la norma de conflicto que rige la cuestión principal, llamada tesis de la conexión dependiente (*unselbständige Anknüpfung*)⁶⁷⁴, que favorece la armonía internacional de soluciones⁶⁷⁵. El carácter matrimonial o extramatrimonial de la filiación se rige por la ley rectora de la filiación y no por las normas del foro sobre validez matrimonial. Así, para establecer la filiación del nacido en España de padres marroquíes que celebraron su matrimonio en Marruecos será la ley nacional del hijo (como *lex causae*) la encargada de decidir su carácter, independientemente de la producción del efecto constitutivo de dicho enlace. Ciertamente es que en DIPr. español el matrimonio es una institución autónoma respecto de la filiación, sin embargo, cuando la ley reguladora de la filiación remite a Derecho marroquí, el establecimiento de la filiación matrimonial dependerá de la validez del matrimonio de los progenitores, según lo configura la *lex causae*. Por ello, el operador jurídico deberá integrar la institución del

⁶⁷⁴ Vid. W. Wengler, “Die Vorfrage im Kollisionsrecht”, *RebelsZ*, 1934, pp. 148-251; *id.*, “Nouvelles réflexions sur les questions...”, *loc. cit.*, pp. 165-215; P. Lagarde, “La règle de conflit applicable aux questions...”, *loc. cit.*, pp. 464-478.

⁶⁷⁵ La armonía internacional de soluciones ha sido uno de los principios generales de DIPr. para intentar conseguir el mínimo de conflictos internacionales. El principio de uniformidad internacional de decisiones o cualquier otra denominación se pretende aludir a la conformación de situaciones jurídicas internacionalmente válidas. Este planteamiento no es novedoso, pues H. Lewald ya lo caracterizó como “la aspiración de que una relación jurídica que contiene un elemento extranjero sea sometida a la misma legislación cualquiera que sea el país donde se desarrolla el proceso” (“La théorie du renvoi”, *Recueil des Cours*, 1929-IV, t. 29, pp. 515-620, en espec. p. 521). Tradicionalmente, la armonía internacional de soluciones ha sido un extremo considerado como uno de los principios orientadores del DIPr. y, más aún, como principio preponderante en la clasificación realizada por W. Wengler, “The General Principles of Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1961-III, t. 104, pp. 273-465, en espec. pp. 354-374; *id.*, “Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1952, pp. 595-622 y 1953, pp. 37-60; G. Van Hecke, “Principes et méthodes de solution des conflits de lois”, *Recueil des Cours*, 1969-I, t. 126, pp. 399-563, en espec. p. 445; A. Miaja de la Muela, “Sobre los principios rectores de las reglas de competencia territorial de los tribunales internos con elemento extranjero”, *REDI*, 1968, vol. XXI, pp. 733-762, en espec. pp. 760 y 762. De este modo, K. Kreuzer considera que la verdadera finalidad del DIPr. estriba en “la coordinación de los sistemas de Derecho interno materialmente divergentes para las relaciones transnacionales entre personas individuales y jurídicas” (“La propriété mobilière en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1996, t. 259, pp. 27-317, en espec. p. 297). Y J. Basedow asegura que “con la armonía de decisiones se garantiza seguridad jurídica en DIPr” (“Souveraineté territoriale et globalisation des marchés...”, *loc. cit.*, p. 171). Contrariamente, F. Moscón mantiene que la uniformidad internacional no puede hacerse un valor absoluto para que el legislador sacrifique otros objetivos (“Qualche interrogativo in tema di uniformità internazionale delle soluzioni e di criterio della cittadinanza”, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, núm. 3, pp. 421-436, en espec. pp. 426 y 427).

matrimonio prevista en la *lex causae* para que produzca la consecuencia jurídica atribuida por el Derecho marroquí: la filiación legítima. Debido a las peculiaridades del sistema marroquí, la vinculación de la cuestión previa a la *lex causae* es satisfactoria cuando existe un matrimonio válido en Marruecos. Por contra, cuando el matrimonio de la mujer marroquí con extranjero no musulmán sea inexistente por afectar al orden público internacional marroquí⁶⁷⁶ o en supuestos donde no se le haya otorgado validez a los matrimonios celebrados por marroquíes fuera de su país, esta teoría deja de ser favorable a la cuestión principal de determinación de la filiación del hijo.

En cualquier caso, vincular la cuestión previa a la principal beneficia a la producción del mismo resultado en el Estado nacional del hijo marroquí y en el foro, por lo que sería suficiente respetar el Derecho designado por la ley nacional del hijo a la cuestión previa de validez del matrimonio de los progenitores para proporcionar una respuesta global al conjunto de las materias planteadas. Pese a ello, se corre el riesgo de originar una falta de coherencia interna en el ordenamiento español cuando se plantee la validez del matrimonio para otro tipo de efectos (alimentos, sucesiones...), ya que el resultado puede ser diferente, al poder aplicar las normas de otra índole previstas en la ley española⁶⁷⁷.

Esencialmente, el problema estriba en la trascendencia que la cuestión previa del matrimonio de los progenitores otorga al ordenamiento de la nacionalidad del hijo para conseguir la armonía internacional de soluciones o si, por contra, sería más idóneo facilitar la validez a dicho enlace según la *lex loci celebrationis* o conforme a las normas de conflicto españolas reguladoras de tal institución. Con esta última opción se consigue establecer la filiación matrimonial en España, pero quizás no en el Estado de origen del hijo, debilitando así la continuidad de la filiación. Incluso, desde el punto de vista del Derecho marroquí resulta intrascendente determinar la filiación matrimonial tal y como es concebida para el ordenamiento español, al no regir la regla *locus regit actum* para otorgar validez a las filiaciones establecidas fuera de Marruecos.

⁶⁷⁶ En el art. 39.5 CFM se expone que “el matrimonio de una musulmana con un no musulmán...” conlleva un impedimento temporal para su validez.

⁶⁷⁷ Sobre la polémica de la dependencia o autonomía de la institución del nombre desde la *lex causae*, vid. A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado...*, op. cit., pp. 160-165.

Como se observa, la solución tradicional de acudir a las normas de conflicto de la ley del foro o de la *lex causae* no es satisfactoria. Es cierto que la elección de una u otra para dar alcance a la validez al matrimonio de los progenitores para establecer la filiación no tiene una especial trascendencia en Derecho español, pues rige la no discriminación entre hijos, independientemente del enlace conyugal o no de los padres. Sin embargo, en ordenamientos jurídicos de base musulmana, como el marroquí, la validez del matrimonio musulmán entraña una necesidad en la determinación de la filiación para la consecución del *favor legitimatis*. Lo más acertado sería subordinar la cuestión previa tanto a los valores que gobiernan la cuestión principal en la ley material del foro como en la ley material extranjera⁶⁷⁸. En la búsqueda de respuestas satisfactorias que proporcionen la validez del matrimonio celebrado en el extranjero por marroquíes para determinar el carácter de la filiación habrá que localizar una solución orientada al *favor filii*⁶⁷⁹, junto a la concordancia del Registro Civil español con la realidad conforme a la legalidad vigente en España. La imperatividad que gobierna la validez del matrimonio no debe contaminar el carácter de la filiación, ya que se decide sobre la existencia o no de un vínculo de filiación. Así, se estima adecuada la respuesta de que la validez del matrimonio de marroquíes celebrado en el extranjero para determinar el carácter de la filiación debe resolverse con normas de reconocimiento⁶⁸⁰. Con el fin de conseguir el efecto constitutivo que el matrimonio produce en materia de determinación de la filiación se requiere un control menos rígido que cuando se reconoce dicho enlace a los efectos de constitución del vínculo conyugal. La flexibilidad en el control de este enlace consiste en verificar solamente los requisitos formales del documento extranjero donde consta el acto. En todo caso, bastará con verificar si el documento emitido por la correspondiente autoridad marroquí donde conste el enlace se halla traducido y legalizado conforme a lo dispuesto en los arts. 86 y 88 RRC⁶⁸¹, además de verificarse la regularidad del Registro Civil

⁶⁷⁸ Vid. S. Álvarez González, *Filiación hispano-suíza...*, *op. cit.*, p. 240.

⁶⁷⁹ Sobre una solución orientada, *vid.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suíza...*, *op. cit.*, p. 242.

⁶⁸⁰ Solución planteada para las cuestiones previas en materia de nombre por A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 251-252.

⁶⁸¹ No se debe olvidar que el requisito de legalización quedará exceptuado en aquellos casos en que la certificación del acta del Registro marroquí donde consta el matrimonio, se halle provista de su sello oficial, tal y como expone el art. 39 del C. H-M. Ahora bien,

marroquí o extranjero de donde proceda (arts. 23.2 LRC y 85 RRC), que, por otro lado, es lo que los Encargados de los Registros Civiles españoles efectúan en la práctica.

En definitiva, mantener la mención al matrimonio de los progenitores en el Registro Civil español conlleva tener que analizar el matrimonio con todas sus consecuencias, sin que sean suficientes las declaraciones de los particulares. La opción admitida en el Derecho español de instar una acción declarativa ante los órganos jurisdiccionales para que se pronuncien sobre la validez del matrimonio⁶⁸² podría ser una solución y, en un momento posterior, esta resolución judicial se inscribirá en el Registro Civil español, si bien hay que reconocer que esta opción quizás resulte excesivamente onerosa. La mención registral del matrimonio de los progenitores en la inscripción de nacimiento del hijo podría quedar eliminada, al igual que ha ocurrido con el dato del padre a efectos identificadores del nacido de madre soltera⁶⁸³, lo que implicaría acreditar la filiación matrimonial del hijo ante cualquier autoridad mediante la exhibición de la certificación registral española o extranjera relativa al matrimonio de los progenitores.

b) Atenuación del orden público internacional para el reflejo registral de la filiación de los hijos de matrimonio polígamo

La poligamia constituye uno de los principales focos de conflicto suscitados en la sociedad española a consecuencia de la inmigración procedente

conforme a lo dispuesto en el art. 86.2 y 89 RRC no será necesaria la traducción ni la legalización del documento extranjero si al Encargado del Registro Civil español le consta el contenido de éste.

⁶⁸² Sobre la acción declarativa de validez de matrimonio véase P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y reconocimiento de validez del matrimonio celebrado...*, *op. cit.*, pp. 246-250.

⁶⁸³ Se modifica el art. 191 RRC para suprimir la obligación de la madre o del padre del menor de inventarse un progenitor falso a los solos efectos identificadores. Esta reforma se ha producido por R.D. 820/2005, de 8 de julio, por el que se modifica el Reglamento de Registro Civil, aprobado por el Decreto de 14 de noviembre de 1958 (BOE núm. 175/2005, de 23 de julio de 2005) con el objetivo de permitir la inscripción registral del nacimiento cuando exista una sola filiación. Ello corresponde a la finalidad de proteger la intimidad de las personas en el ámbito del Registro Civil para obtener una mayor coordinación y armonía con otros principios jurídicos, como el de veracidad y exactitud del contenido de los asientos de dicho Registro.

de países islámicos⁶⁸⁴. El problema que se le presenta al Encargado del Registro Civil español es determinar el carácter de la filiación de los nacidos de matrimonios poligámicos, ya que el único enlace conyugal que tiene acceso a su inscripción es el primero de ellos. La monogamia del matrimonio (art. 32 de la C.E.) y la plena igualdad de los cónyuges (art. 14 de la C.E.) imposibilitan la inscripción del resto por contravenir el orden público internacional⁶⁸⁵.

En época preconstitucional se planteaba si debían tener carácter matrimonial los hijos nacidos en segundas nupcias de cónyuge divorciado fuera de España, cuando esta institución era inexistente. Para el orden jurídico español de entonces tal supuesto se calificaba de poligamia. Aún así, quedaban a salvo los efectos producidos respecto de los hijos considerados como matrimoniales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 79 C.c. Al existir un *minimum* de forma exigible⁶⁸⁶, el segundo matrimonio, por analogía, se estimaba como putativo. En la actualidad, se suscita el problema de los devenidos españoles bínubos en el momento de la adquisición de la nacionalidad

⁶⁸⁴ En una época anterior, los distintos países europeos, con los que se comparten bases culturales, se negaron a extender a los matrimonios polígamos los beneficios que se concedían a las familias monógamas, como la pensión de viudedad, beneficios sanitarios o los asistenciales. Esta evolución se ha producido en países como Inglaterra, Italia y Francia, y han aportado así, cierto grado de trascendencia a los matrimonios polígamos celebrados conforme a la ley personal de sus integrantes. *Vid.* M.^a L. Labaca Zabala, “El matrimonio polígamo y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *Noticias Jurídicas*, 2005, en <http://noticias.juridicas.com>; *id.* “La familia poligámica y pensión de viudedad” (*BIB* 2005/721), en <http://westlaw.es/>; Z. Combalía Solís, “Estatuto de la mujer en Derecho matrimonial islámico”, *AequiAlitas*, núm. 6, 2001, pp. 14-20; A. L. Val Tena, “Matrimonio polígamo y pensión de viudedad”, *AequiAlitas*, 2002, núm. 10-11, pp. 68-70; A. P. Abarca Junco, “La regulación de la sociedad multicultural”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 163-179, en espec. pp. 172-173.

⁶⁸⁵ La DGRN, en el FD 3º de la Resolución de 14 de mayo de 2002 (RJ 2002/1728), afirma que “no se puede permitir la inscripción de un matrimonio polígamico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”. Del mismo tenor *cf.* las Resoluciones de 14 de septiembre de 1994 (RJ 1994/8876); la de 8 de marzo de 1995 (RJ 1995/2601) y la de 3 de diciembre de 1996 (RJ 1997/7371). Todas estas resoluciones se refieren al matrimonio celebrado en el extranjero por marroquí que adquiere posteriormente la nacionalidad española y que pretende inscribir en el Registro Civil español un segundo enlace. En general, *vid.* A. P. Abarca Junco, “La regulación de la sociedad multicultural...”, *Estatuto personal y multiculturalidad...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 172-173.

⁶⁸⁶ *Vid.* la Resolución de la DGRN de 26 de agosto de 1982 (RJ 1982/5362); J. D. González Campos, *Derecho internacional privado...*, 1984, *op. cit.*, pp. 205-206.

española⁶⁸⁷. En este punto, la DGRN se manifiesta en diversas ocasiones sobre la posibilidad de inscripción del matrimonio poligámico celebrado por un extranjero, que posteriormente adquiere la nacionalidad española, cuando este enlace resulta legítimamente contraído según su anterior ley personal⁶⁸⁸. En tales casos, se invoca el orden público internacional español al afectar a los principios de igualdad entre cónyuges y la monogamia imperantes en la C.E.⁶⁸⁹, por lo cual accede al Registro Civil sólo el primer enlace del varón polígamo⁶⁹⁰.

⁶⁸⁷ Vid. I. García Rodríguez, “La celebración de matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia), *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 143-220, en espec. pp. 201-203; *id.*, *Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Madrid, Colex, 2008, pp. 42-44; J. J. Forner Delaygua, “La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería...”, *loc. cit.*, p. 239.

⁶⁸⁸ Vid. las Resoluciones de la DGRN (4^a) de 10 de diciembre de 2004 (JUR 2005/79607); (1^a) de 22 de octubre de 2004 (JUR 2005/53767); 3^a de 20 de febrero de 1997 (*Anuario de la DGRN*, vol. I, pp.1363-1365); de 3 de diciembre de 1996 (RJ 1997/7371); de 14 de septiembre de 1994 (RJ 1994/8876). El tenor de las resoluciones es el rechazo de la inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio coránico contraído en el extranjero por marroquí naturalizado español, pues al verificarse el estado civil del varón antes de adquirir la nacionalidad española, se comprueba que había contraído segundas nupcias válidas conforme a su ley personal. El órgano directivo alega que “no se puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico, que atentaría contra la dignidad constitucional de la persona y contra la concepción española del matrimonio”.

⁶⁸⁹ Salvo por la contrariedad con el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo reconocido en la Declaración Universal de Derechos del Hombre y en la C.E. entre otros textos, un sector de la doctrina aprecia que no existen diferencias entre los matrimonios polígamos y los monógamos simultáneos o las uniones de hecho. Vid. I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 306.

⁶⁹⁰ Si es la primera mujer, y no se ha contraído un segundo enlace, el matrimonio con varón musulmán, que resulta “potencialmente polígamo”, puede ser reconocido a todos los efectos, hasta tanto que no se modifique la situación de monogamia. En el caso de que contraiga segundas nupcias y la primera esposa no supiera que el marido realizó un posterior matrimonio, se podría solicitar la nulidad de su matrimonio por error. En todo caso, el segundo matrimonio no se reconoce y no despliega el efecto constitutivo. Vid. M.^a L. Labaca Zabala, “El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia...”, *loc. cit.* Sin embargo, existen Resoluciones de la DGRN que revelan la actitud de algunos Encargados del Registro civil. Éstos prefieren denegar la autorización para la celebración de las nupcias ante la sospecha de que alguno de los solicitantes estuviese casado. En definitiva, las numerosas peticiones para celebrar un matrimonio de los ciudadanos musulmanes de Ceuta y Melilla y la existencia de un latente “peligro” de poligamia provoca inseguridad a las autoridades españolas al conceder las autorizaciones para la celebración de los enlaces conyugales. Vid. M. Alenda Salinas, “Derecho de familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la normalidad del instituto matrimonial islámico en España”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y Derecho comparado. Actas del IX Congreso internacional de Derecho eclesiástico del Estado*, S. Sebastián, 2000, pp. 299-315, en espec. pp. 304-305 y las resoluciones de la DGRN de nota 17.

En ciertos órdenes, existe la posibilidad de que los enlaces matrimonial sucesivos desplieguen efectos en España con el objeto de preservar la “seguridad jurídica internacional”⁶⁹¹, conocido doctrinalmente como “efecto atenuado del orden público”⁶⁹². En concreto, se admite en supuestos de reagrupación familiar de la segunda, tercera o cuarta mujer⁶⁹³, en derechos sucesorios de cualquiera de

⁶⁹¹ Vid. A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, “Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005”, *BIMJ*, núm. 2006, t. LX, de 15 de febrero de 2006, pp. 5-51, en espec. p. 11.

⁶⁹² Sobre el matrimonio y los efectos atenuados del orden público internacional *vid.* M. Aguilar Benítez de Lugo, “El estatuto personal y orden público en un contexto creciente de multiculturalidad”, *Las minorías en una sociedad democrática pluricultural*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2001, pp. 315-333, en espec. pp. 322-327. En este sentido, véase también I. Fadlallah, *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, París, 1977, p. 185; E. Jayme, “Identité culturelle et intégration...”, *loc. cit.*, en espec. pp. 235-237. La jurisprudencia de distintos países europeos admite los efectos de la institución extranjera incompatible con el orden público, siempre que no contradigan en el caso concreto los valores fundamentales de dicho Estado. Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia en países como Francia, Bélgica, Alemania, Reino Unido *vid.* C. Campligio, “Matrimonio polígamo e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Riv.dir.int.priv.pr.e proc.*, 1990, núm. 4, pp. 853-908; *id.*, “La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano...”, *loc. cit.*, pp. 21-42.

⁶⁹³ Vid. art. 17 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre y por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. También el art. 39 a) del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. El art. 17 de la Ley de extranjería reconoce el derecho de un extranjero (eventualmente un marroquí) a reagrupar con él en España a su cónyuge, y si tuviese más de uno por así permitirlo su ley personal (el ordenamiento marroquí), sólo podrá reagrupar a uno de ellos, obviándose en la Ley el criterio para decidir la esposa que se agrupa. Se produce una situación paradójica al rechazar la institución de la poligamia porque se viola la igualdad entre sexos y, a la misma vez, se consolidan situaciones discriminatorias frente a la mujer al otorgar al varón la potestad de elegir entre las esposas. Un detallado estudio sobre las particularidades de la legislación española de extranjería en materia de entrada y salida de ciudadanos magrebíes en España puede verse en J. J. Forner Delaygua, “La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería”, *El Islam jurídico...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 199-243, en espec. pp. 208-226. Desde el punto de vista del Derecho comunitario, en concreto en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOCE L 251/12, de 3 de Octubre de 2003) se obliga a los Estados miembros a permitir la reagrupación familiar de los miembros de la familia que recoge el art. 4 de la Directiva. En particular, “los Estados miembros autorizan la entrada y residencia del cónyuge del reagrupante. En caso de matrimonio polígamo, si el que reagrupa ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de

las esposas⁶⁹⁴, en derechos de alimentos y pensión compensatoria, pensión de viudedad por fallecimiento del marido⁶⁹⁵ e, incluso, en el régimen económico del matrimonio polígamico⁶⁹⁶.

otro cónyuge”. En este sentido, también *vid.* la Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 sobre el estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración (DOCE L 16, de 23 de enero de 2004).

⁶⁹⁴ Las distintas esposas disponen de derechos sucesorios con arreglo a la última ley nacional del causante (varón polígamo). Los derechos hereditarios se repartirán a partes iguales entre las esposas. En este caso, entender que sólo existe la primera esposa vulnera la seguridad jurídica internacional y supone una proyección excesiva y radical del orden público internacional. *Vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 7ª edic., Comares, Granada, 2006, p. 50. También véase la jurisprudencia española que abre paso sobre la cuestión de las pensiones de viudedad y matrimonios polígamos en las sentencias de los distintos Tribunales Superiores de Justicia (en adelante TSJ); STSJ de Madrid, de 29 de julio de 2002 (AS 2002/3324); STSJ de Galicia de 22 de noviembre de 2002 (AS 2002/899); STSJ de Andalucía, de 30 de enero de 2003 (JUR 2003/96144); STJS Cataluña, de 30 de julio de 2003 (AS 2003/3049); STSJ de Madrid, de 26 de diciembre de 2003 (AS 2004/995); STSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2005 (AS 2005/1525). Para un comentario de algunas de estas resoluciones *vid.* M.ª L. Labaca Zabala, “La familia polígamica y pensión...” (BIB 2005/721), *loc. cit.* No obstante, existe un criterio por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social en los supuestos de prestaciones por muerte y supervivencia en el que se hace referencia a la pensión de viudedad de los trabajadores marroquíes fallecidos. En concreto, se afirma que “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a lo dispuesto en el art. 9 C.c., esposas legítimas”, siempre que el marroquí esté o haya estado sujeto a la Legislación de la Seguridad Social española. Todo ello se deduce de los arts 3 y 23 del Convenio sobre Seguridad Social suscrito entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979, ratificado por Instrumento de 5 de julio de 1982, BOE núm. 245, de 13 de julio de 1982 (RCL 1982/2695).

⁶⁹⁵ La jurisprudencia española, sin embargo, no es unánime y sostiene en este punto dos tesis enfrentadas: a) la pensión de viudedad sólo corresponde, y por entero, a la primera esposa del varón polígamo (STSJ Cataluña de 30 de julio de 2003, AS 2003/3049), b) la pensión de viudedad debe repartirse a partes iguales entre las esposas del varón cónyuge polígamo fallecido (STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002, AS 2002/3324, Sent. Juzgado de lo Social A Coruña, de 13 de julio de 1998, AS 2001/1493). Parte de la doctrina española se inclina por esta segunda tesis porque preserva la seguridad jurídica internacional y la igualdad ante la ley, adaptándose a las circunstancias del caso concreto. Además, no perjudica a las arcas públicas del Estado español, por lo que no puede operar ningún orden público presupuestario. *Vid.* R. López Mosteiro, “La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social”, *Sentencias del TSJ y AP y otros tribunales*, núm. 19/2001, 2002 (BIB 2002/24), en <http://westlaw.es/>.

⁶⁹⁶ Las leyes extranjeras que admiten el matrimonio polígamo establecen un riguroso sistema de separación de bienes. Así se evitan los dificultosos problemas de una posible sociedad de gananciales entre el varón polígamo y sus esposas. *Vid.* S. Aldeeb y A. Bonomi, *Le droit musulman...*, *op. cit.*, pp. 346-349.

La cuestión estriba en saber si los nacidos de matrimonio poligámico acceden al Registro Civil español como hijos matrimoniales, en virtud de una atenuación del orden público internacional⁶⁹⁷, o si este correctivo interviene con todo su rigor de forma tal que sólo se reconozcan como matrimoniales a los hijos del primer enlace. Y es que en el Registro Civil español se inscribe sólo el primer matrimonio del polígamo y, en consecuencia, serán hijos matrimoniales los nacidos de este enlace, considerando al resto de los hijos como no matrimoniales, aunque la ley nacional de aquéllos reconozca como legítimos a toda su prole⁶⁹⁸. De calificarse en España la filiación de los hijos de matrimonio poligámico como no matrimoniales, no supondría ningún perjuicio en el ordenamiento español, dado que rige el principio de igualdad de todos los hijos (art. 14 C.E.). Situación distinta se plantea en Marruecos, donde se discriminan a los hijos según sea el carácter de la filiación.

Un recurso posible para beneficiar al hijo nacido de uniones poligámicas es atenuar el orden público español y establecer el carácter matrimonial de aquél.

⁶⁹⁷ La jurisprudencia de distintos países europeos viene admitiendo determinados efectos de las instituciones extranjeras incompatibles con el orden público del Estado. Los casos más paradigmáticos son los de poligamia, repudio y relaciones paterno-filiales. Respecto de la poligamia, los efectos que se han presentado con frecuencia se refieren a las obligaciones alimenticias, los derechos sucesorios, el derecho a la prestación de la seguridad social y al derecho a la reagrupación familiar. Para un análisis de la evolución de la jurisprudencia en estas materias en Francia, Bélgica, Alemania y Reino Unido *vid.* C. Campliglio, “Matrimonio poligámico e repudio...”, *loc. cit.*, pp. 853-908. En cuanto a la experiencia italiana, en general, *vid.* C. Campliglio, “La famiglia islamica nel diritto internazionale privato...”, *loc. cit.* pp. 21-42. Para los efectos aceptados del repudio *vid.* P. Mercier, *Conflicts de civilisations et droit international privé...*, *op. cit.*; R. El-Husseini, “Le droit international privé française et la répudiation islamique”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999-III, pp. 427-468; *id.*, *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, Paris, LGDJ, 2002; M. C. Foblets, “Conflicts conjugaux et immigration. Libérer la femme marocaine musulmane malgré elle?”, *Annales de droit de Louvain*, 1999, pp. 45-68; P. Lagarde, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, *Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 263-282; A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración...*, *op. cit.*; F. Sarehane, “La répudiation, quels obstacles pour les marocains résident en France ? (exercice au Maroc et reconnaissance en France)”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-1, pp. 47-59; A. Mezghani, “Quelle tolérance pour les répudiations?”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-1, pp. 61-100; H. Fulchiron, “«Ne répudiez point...»: pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-1, pp. 7-26; M. L. Niboyet “Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-1, pp. 27-46.

⁶⁹⁸ Sobre la cuestión de calificar a los hijos de matrimonio poligámico en Italia *vid.* C. Campiglio, “La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano...”, *loc. cit.*, pp. 26-28.

De esta manera, cuando el art. 9.4 C.c. reclame la ley marroquí para determinar el carácter de la filiación de los hijos de matrimonio poligámico, la intervención del orden público internacional español debe ser menos intensa en beneficio del *favor filii*⁶⁹⁹.

Por otra parte, y a la vista de lo dispuesto en los arts. 61 y 79 C.c., nada parece impedir que el matrimonio simultáneo del progenitor marroquí surta los efectos del putativo. En ambos concurre una apariencia objetiva de celebración del enlace y los requisitos mínimos exigidos para la existencia del llamado matrimonio putativo⁷⁰⁰, lo cual reforzaría el carácter matrimonial de la filiación de hijos habidos en el seno de uniones poligámicas. En tal sentido, la DGRN ya se ha pronunciado⁷⁰¹, con resultado plausible al proteger al hijo como la parte más débil de la relación y dar vigencia a la presunción matrimonial del hijo conforme a Derecho español como en el marroquí. Pero en ningún caso significaría dar validez a las segundas o posteriores nupcias del progenitor marroquí.

⁶⁹⁹ Vid. J. D. González Campos, *Derecho internacional privado...*, 1984, *op. cit.*, pp. 205-206, que sugirió aplicar el *favor filii* a los hijos de matrimonio putativo.

⁷⁰⁰ Vid. A. Motilla De la Calle, “Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica”, *El matrimonio islámico y su eficacia en el sistema español*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 156-162, en espec. p. 161.

⁷⁰¹ Vid. la Resolución de la DGRN, de 10 de julio de 1996 (RJ 1996/9703) sobre rectificación de la filiación matrimonial de la hija. Al no haber obtenido la promotora el divorcio del primer matrimonio y subsistir el impedimento de ligamen (art. 46 C.c.), el enlace de los padres celebrado en España conforme al rito islámico no podía acceder al Registro Civil. El órgano directivo afirmó que, aunque el segundo enlace de la promotora no podía ser inscrito por las razones apuntadas, nada impedía que éste pudiera surtir, al menos, los efectos del matrimonio putativo (art. 61.3 y 79 C.c.). Se afirma el carácter matrimonial de la filiación cuya inscripción se pretendía rectificar. Aclarar que, el supuesto al que se refiere la Resolución a la que se alude, el Centro Directivo no tuvo en cuenta que el segundo matrimonio islámico de la promotora no era válido según el rito musulmán, ya que para el Derecho coránico la posibilidad de contraer segundas o posteriores nupcias sólo es privilegio del varón musulmán.

2. Inscripción del nacido en España en el Registro Civil Consular marroquí y su utilización como título de acceso al Registro Civil español

- A) La validez del matrimonio como cuestión previa a la inscripción de la filiación

En la inscripción del nacimiento acaecido en España del hijo de progenitor marroquí, así como de su filiación, será competente el Encargado del Registro Civil Consular de la demarcación correspondiente al lugar donde aquél haya nacido y siempre sea nacional marroquí⁷⁰². El progenitor marroquí residente en España está obligado a comunicar tal nacimiento al correspondiente Registro Consular, disponiendo de un año desde la fecha del alumbramiento⁷⁰³. De no efectuarse la declaración del nacimiento dentro del plazo fijado, sólo podrá registrarse sobre la base de una decisión judicial⁷⁰⁴ (art. 30 del *Dahir* núm

⁷⁰² Las funciones consulares ejercidas por las misiones diplomáticas y los puestos consulares marroquíes en el extranjero son definidas por las disposiciones previstas en la Convención de Viena de Relaciones Consulares, firmada el 24 de abril de 1963 y ratificada por Marruecos el 21 de marzo de 1977 en *Dahir* núm. 1/77/196, de 8 de mayo de 1978 (B.O. núm. 3501 de 5 de diciembre de 1979). En general, la normativa sobre las competencias de las autoridades consulares se recogen en el *Dahir* núm. 421-66, de 20 de octubre de 1969 que regula la atribución de competencias a los agentes diplomáticos y los cónsules en el extranjero y que es desarrollado en el Decreto núm. 2-66-646, de 29 de enero de 1970 (B. O. 1970, p. 258), otorgando a los agentes consulares marroquíes en el extranjero las funciones de *adel* o *adul*. *Vid.* F. Sarehane y N. Lahlou-Rachdi, “Maroc. Conflits de lois...”, *loc. cit.*, p. 14. Las funciones del oficial del estado civil para los marroquíes residentes en el extranjero se regulan en el art. 6 de la Ley núm. 37/99 relativa al estado civil (B. O. núm. 5054, 7 de noviembre de 2002, p. 1193) y para su aplicación en el Decreto núm. 2/99/665 (B. O. núm. 5054, de 7 de noviembre de 2002, p. 1198), que han modificados y completados por el Decreto núm. 2/04/331, de 7 de junio de 2004. Los textos legislativos se pueden consultar en http://www.maec.gov.ma/fr/guide_consulaire/ y en M. Lafrouji, *Droit de famille. Textes législatifs...*, *op. cit.*,

⁷⁰³ *Cfr.* art. 15 del Decreto núm. 2/99/665 (B.O. núm. 5054, de 7 de noviembre de 2002, p. 1198). Sobre la declaración y la inscripción de los nacimientos en el Registro Civil Consular *vid.* http://www.maec.gov.ma/fr/guide_consulaire/

⁷⁰⁴ Según el art. 218 CPCM, el tribunal competente será el del lugar de nacimiento de la persona y si éste no fuera conocido, se atribuye la competencia al juez de lugar del domicilio del requeriente. Sin embargo, si el nacimiento se ha producido fuera de Marruecos, el tribunal competente será el de Primera Instancia del lugar de residencia del requeriente de la inscripción de nacimiento, que será toda persona que tenga un interés legítimo o por el Ministerio Público (art. 30 del *Dahir* núm. 1/02/239).

1/02/239, de 25 de octubre de 2002 por el que se promulga la Ley núm. 37/99 relativa al estado civil)⁷⁰⁵.

Para las autoridades consulares marroquíes, la determinación de la validez del matrimonio de los progenitores conforme a la normativa del CFM se erige en cuestión previa⁷⁰⁶ a la inscripción de la filiación paterna en el Registro Civil Consular del nacido en España de progenitor marroquí⁷⁰⁷. De hecho, se requiere como documento fundamental el acta de matrimonio, pues, como se ha visto, la unión legal de los padres constituye en Derecho marroquí el presupuesto previo para el establecimiento de dicha filiación. Obviamente, la validez del matrimonio se habrá de decidir a la luz del ordenamiento marroquí⁷⁰⁸. Dicha validez resulta incuestionable en los casos en que los progenitores hubieran celebrado su matrimonio ante la autoridad consular marroquí, ya que el acto del matrimonio habrá accedido al Registro consular correspondiente⁷⁰⁹. En este supuesto, no

⁷⁰⁵ (B.O. núm. 5054, de 7 de noviembre de 2002).

⁷⁰⁶ Sobre las distintas soluciones relativas a la cuestión previa en DIPr. *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 3ª edic., 1996, pp. 497-412; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. I., 2008, pp. 271-275; A. P. Abarca Junco, *Derecho internacional...*, vol. I, 5ª edic. 2006, *op. cit.*, pp. 179-183. En la doctrina extranjera *vid.* Ch. Von Bar, *Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehre*, t. I, Munich, Verlag C. H. Beck, 1987, p. 520; P. Winkler von Mohrenfels, “Kollisionsrechtliche Vorfrage und materielle Recht”, *RabelsZ*, 1987, vol. 51, pp. 20-32, en espec p. 22.

⁷⁰⁷ Para determinar el contenido y alcance de la legislación marroquí en orden a la atribución de la nacionalidad a los nacidos en el extranjero de padres marroquíes, supone la tarea de valorar la determinación de la filiación conforme el CFM. En este marco, es trascendental la validez del matrimonio del padre marroquí en Marruecos para establecer su paternidad. Si no se reconoce el enlace, conlleva la no transmisión de la nacionalidad marroquí al hijo por *ius sanguinis* paterno. Ello se puede comprobar en las distintas Resoluciones de la DGRN sobre expedientes sobre declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española de nacidos en España de progenitor marroquí. En concreto, las Resolución de la DGRN núm. 3, de 7 de noviembre de 2005 (JUR 2006/267020); núm. 3, de 10 de febrero de 2006 (JUR 2007/112157); núm. 3, de 8 de marzo de 2006 (JUR 2007/112151); de 25 de marzo de 2006 (JUR 2007/112141); núm. 1, de 27 de marzo de 2006 (JUR 2007/112102); núm. 5, de 22 de mayo de 2006 (JUR 2007/111893), en <http://westlaw.es/>.

⁷⁰⁸ Sobre la validez del matrimonio *vid. infra* el epígrafe sobre el tema.

⁷⁰⁹ Este matrimonio consular accederá al Registro Civil español con sólo verificar la certificación emitida por el funcionario competente del marroquí que acredita la celebración del enlace (art. 256.4 RRC), siempre que haya sido debidamente traducida y legalizada Este último requisito, no obstante, quedará exceptuado si la certificación del acta

existe duda de la paternidad legítima del nacido en España cuando se inscriba su nacimiento en el Registro Civil consular marroquí. Tampoco existe dificultad para el establecimiento de la paternidad si la autoridad consular da validez al enlace conyugal de los progenitores realizado en España ante autoridad civil o religiosa. Téngase presente que la vigente *Mudawana* consagra en sus arts. 14 y 15 CFM la regla *locus regit actum*⁷¹⁰ para dar eficacia en Marruecos al matrimonio

del Registro Civil Consular se ha provisto del correspondiente sello oficial, tal y como se dispone en el art. 39 del C.H-M. No hay que olvidar que art. 86 RRC que permite que el Encargado del Registro español prescinda de la traducción si al mismo le consta el contenido del Derecho marroquí. También quedan eximidos de legalización los documentos cuya autenticidad le consta directamente al Encargado del Registro Civil español, según el art. 89 RRC. En general, sobre el tema *vid.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional...*, *op. cit.*, p. 156, en especial notas con referencias bibliográficas; P. Orejudo Prieto de los Mozos, “La Doctrina de la DGRN en materia de reconocimiento registral de los matrimonios extranjeros, con especial referencia al matrimonio consular”, en AA.VV., *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor R. Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 276-283; M. Aguilar Benítez de Lugo, “El matrimonio consular”, *BIMJ*, 2003, núm. 1937, pp. 5-30, en espec. p. 10; *id.*, *Intervención consular en Derecho...*, *op. cit.*, pp. 51-85.

⁷¹⁰ El art. 14 CFM dispone que “los marroquíes residentes en el extranjero pueden concluir su matrimonio según los procedimientos administrativos del país de la residencia, siempre y cuando se reúnan las condiciones de oferta y aceptación, capacidad, presencia del *wali* si es necesario, ausencia de impedimentos al matrimonio, no supresión de la dote, presencia de dos testigos musulmanes y todo sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 21 CFM”. Estas son las condiciones de fondo que hay que respetar. En virtud de los arts. 56 a 61 CFM, el acto es nulo o viciado si no se respeta uno de los siguientes requisitos: oferta, aceptación, ausencia de impedimentos legales, supresión de la dote. En cuanto al art. 15 CFM se expone que “los marroquíes que contraigan matrimonio conforme a la legislación local del país de residencia tendrán que entregar copia del acta de matrimonio al servicio consular marroquí de la localidad en la que se haya celebrado dicho matrimonio, en un plazo de tres meses a contar desde la fecha de celebración. En su defecto, se remitirá copia del acta de matrimonio al Ministerio de Asuntos Exteriores en el mismo plazo. Dicho Ministerio se encargará de transmitir la copia al encargado del Registro Civil y a la sección de Justicia Familiar Juzgado de Familia del lugar de nacimiento de cada uno de los cónyuges. Si alguno o ambos cónyuges no hubieran nacido en Marruecos, se remitirá la copia a la sección de Justicia Familiar Juzgado de Familia de Rabat y al Fiscal del Rey del Juzgado de Primera Instancia de Rabat”. Sobre el procedimiento de remisión de documentos a autoridades marroquíes, *vid.* M.^a P. Diago Diago, “Repercusiones de la nueva *Mudawana* en la inmigración marroquí...”, *loc. cit.*, pp. 1-18; *id.*, “La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, pp. 1082-1083; M. C. Foblets y M. Loukili, “Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2006-III, pp. 521-555, en espec. pp. 536-539. *Ad exemplum*, si los cónyuges han nacido en Tánger y se casan en Granada, según la forma local española, deben depositar una copia del acta matrimonial en los tres meses siguientes a la conclusión del acto en el Consulado marroquí de Almería, ya que resulta competente por la demarcación consular del lugar donde se han casado. Los servicios consulares envían la documentación al Encargado del Registro Civil de Tánger para que

celebrado en extranjero por sus nacionales, que podrán ser validados en el correspondiente Consulado marroquí, siempre que reúnan una serie de condiciones. En concreto, el consentimiento válido, la capacidad de las partes conforme a su Derecho nacional, la presencia en caso necesario del tutor matrimonial (*wali*)⁷¹¹, la ausencia de impedimentos legales⁷¹², la dote⁷¹³ y la mención expresa de la presencia de dos testigos musulmanes en el acto de conclusión del matrimonio. Ciertamente, es toda una revolución el que en el Derecho de familia marroquí se introduzcan normas de DIPr. que faciliten el reconocimiento de los matrimonios de ciudadanos de Marruecos llevados a cabo en el extranjero según la ley del lugar de celebración del acto, sobre todo teniendo en cuenta que en la antigua *Mudawana*⁷¹⁴ no se incluía la regla *locus regit actum*, lo que producía situaciones claudicantes.

inscriba la unión conyugal en el registro del lugar de nacimiento de los cónyuges. Si no existe consulado en la zona donde viven los esposos deben remitir la copia del acta del enlace durante los tres meses siguientes al Ministerio de Asuntos Exteriores marroquí, que lo despacha al encargado del Registro civil y al Juzgado de familia de Tánger. Si la pareja o uno de ellos no nacieron en Marruecos, la copia del acta del matrimonio se manda por el Ministerio de Asuntos Exteriores al Juzgado de familia de Rabat y al Fiscal del Rey del Juzgado de Primera Instancia de Rabat.

⁷¹¹ La obligación de que el tutor matrimonial (*wali*) consienta la boda sólo se refiere a las contrayentes menores de edad (art. 19-22 CFM). Toda mujer mayor de edad que lo desee podrá obtener esta tutela específica (*wilaya*) para concluir su contrato matrimonial, pero ya no es un requisito indispensable (art. 24 y 25 CFM).

⁷¹² Es imprescindible que no exista ninguno de los impedimentos legales que establece la regulación. El CFM, pese a su nueva formulación, continúa recogiendo el impedimento temporal clásico al matrimonio sobre la disparidad de cultos, desconocido por el ordenamiento jurídico español, y que va a impedir la producción de efectos en Marruecos de un tipo de matrimonios mixtos. En concreto, una musulmana no puede casarse con un hombre no musulmán, salvo que este se convierta al Islam (*cf.* art. 39. 4 CFM). La realidad es que este tipo de matrimonios se celebran en los países de residencia, pero no son reconocido ni por el Derecho marroquí, ni por otros ordenamientos islámicos. Por ejemplo, en el art. 30 del Código de Argelino de 2005 (*JORA* núm. 15, de 27 de febrero de 2005, pp. 18-20) se recoge el impedimento temporal del matrimonio de una musulmana con un esposo no musulmán. Parte de la legislación argelina se puede consultar en A. Quiñones Escámez, *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones. África del norte y América latina*, t. I, Atelier, Barcelona, 2006, pp. 99-126, en espec. pp. 104-105.

⁷¹³ Sobre el tema *vid.* M^a. P. Diago Diago, “La dot islamique à l’épreuve du conflit des civilisations sous l’angle du droit international privé espagnol”, *Annales de Droit de Louvain*, 2001, núm. 4, pp. 407-442.

⁷¹⁴ La anterior legislación de familia marroquí no recogía ninguna previsión en este tema. La regla *locus regit actum* no era utilizada para reconocer los matrimonios civiles o religiosos de los marroquíes residentes en el extranjero, dando como resultado la invalidez de los

La inscripción de la filiación del nacido en España se presenta más problemática cuando los progenitores no están casados. En tales supuestos, en principio, sólo se registra la maternidad del hijo, presumiéndose que éste es de padre desconocido⁷¹⁵. De optar la pareja por regularizar su situación, a través de la celebración del enlace conyugal, terminará por inscribirse la paternidad legítima⁷¹⁶. Sin embargo, si no hay voluntad de contraer matrimonio por parte de alguno de los progenitores, al hijo no se le establecerá jurídicamente su paternidad.

No hay que olvidar que el CFM contempla el *istilhak* o reconocimiento voluntario de la paternidad o maternidad como otra de las vías de determinación de la filiación legítima, por lo que posibilita la declaración voluntaria de la paternidad/maternidad ante un adul consular marroquí⁷¹⁷ y abriría las puertas a la inscripción de la paternidad del nacido en España⁷¹⁸. Ahora bien, no hay que

enlaces realizados fuera de Marruecos. *Vid.* A. Moulay Rchid, “Le droit international privé du Maroc indépendant...”, *loc. cit.*, pp. 143-177. Debe indicarse, sin embargo, que el actual CFM acoge un ámbito personal de aplicación más amplio (*cf.* art. 2), tal y como se expuso en el epígrafe específico en la primera parte de este trabajo. Esta situación se reflejaba tanto en la anterior jurisprudencia marroquí, como en la resolución del Tribunal de Primera Instancia de Casablanca, de 10 de junio de 1976 que anulaba un matrimonio civil entre un marroquí y francesa con más de treinta años de antigüedad celebrado en Francia por no haberse contemplado la forma islámica. La decisión se puede consultar en D. Lefort, “Tribunal de Grande Instance de Paris (1^{re}. Ch.), 7 avril 1981”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1981-II, pp. 510-523.

⁷¹⁵ En estos casos, se suscitan problemas para hacer constar el apellido del hijo de padre desconocido. Si la madre desea que su hijo lleve el apellido de su estirpe, necesita la autorización de varón representante de la familia materna. Pero, si se deniega esta posibilidad, tendrá que elegir uno de los recogidos como apellidos cheferianos. Sobre el tema *vid.* C. Ruiz Sutil, “Globalización y adquisición de la nacionalidad: el caso de los nacidos en España de progenitores marroquíes...”, *loc. cit.*, pp. 464-465.

⁷¹⁶ Para consultar los trámites y requisitos de la prueba del matrimonio *vid.* <http://www.justice.gov.ma/MOUDAWANA/Frame.htm>.

⁷¹⁷ Los adules consulares, en materia de filiación, podrán llevar a cabo los actos sobre establecimiento de la filiación y también el reconocimiento de la paternidad del hijo (*istilhak*). Sobre ello *vid.* http://www.maec.gov.ma/fr./guide_consulaire/. Para la función del *adel* o adul *vid.* F. Sarehane, “Maroc. Le statut personnel. Droit commun. Capacité, mariage et filiation”, *Juris-Classeur*, 2002, vol. 2, pp. 1-28, en espec. p. 12. También véase el comentario *supra* de la Resolución de la DGRN de 7 de noviembre de 2005 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2005).

⁷¹⁸ Una vez inscrito el nacimiento del hijo en el libro de Registro correspondiente del Consulado donde consta el dato de la filiación, el Encargado del Registro Consular envía dos copias al Ministerio de Relaciones Exteriores de Marruecos, que, a su vez, los remite al

perder de vista que en Derecho marroquí, el *istilbak* en ningún caso se configura como un medio de establecimiento de la filiación no matrimonial⁷¹⁹. Y que en caso de reconocimiento de la filiación paterna no matrimonial realizado fuera de Marruecos, a diferencia de lo que sucede con matrimonios de marroquíes celebrados en el extranjero, no opera la regla *locus regit actum*. Así, cuando un padre marroquí residente en España reconozca a un hijo ilegítimo marroquí de conformidad con el Derecho español, tal declaración voluntaria de la paternidad, que no esta prevista abiertamente en el CFM, nunca podrá ser considerada válida por las autoridades marroquíes al resultar contraria al orden público marroquí⁷²⁰.

- B) La certificación consular marroquí como título de acceso al Registro Civil español: la descoordinación entre el art. 323 LEC y el art. 23 LRC

Cabe la posibilidad de que la inscripción de nacimiento del hijo de progenitor marroquí nacido en territorio español se efectúe primeramente en el

Ministerio de Justicia y éste al juez de Primera Instancia de estado civil en Rabat, autoridad esta última encargada de verificar todo el proceso y de proceder a la inscripción del nacimiento y de la filiación del hijo del nacido en España. Finalmente, la filiación queda reflejada en el libro de familia marroquí, que será expedido por el Ayuntamiento correspondiente al lugar donde nació el padre o, en su caso, la madre. Los datos sobre la inscripción de la filiación en el Consulado de Marruecos en España han sido confirmados tras consulta realizada a D. Tarik Louajri, Cónsul General del Reino de Marruecos en Sevilla.

⁷¹⁹ *Vid.* las ya citadas Resoluciones de la DGRN de 10 de febrero de 2006 (*BOE* núm.101, de 28 e abril de 2006); la de 31 de octubre de 2005 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 2005). En concreto, en los respectivos puntos XI de las Resoluciones, el Centro Directivo considera que cuando quede acreditada la filiación paterna no matrimonial mediante el reconocimiento voluntario conforme al Derecho español es posible que también en Marruecos se admita la existencia del vínculo entre el padre y el hijo por esta vía, ya que este ordenamiento extranjero sienta la presunción de que “la filiación es legítima respecto del padre y la madre, salvo prueba en contrario” (*vid.* art. 143 CFM). Sin embargo, no es correcta la interpretación de la legislación marroquí realizada por la DGRN. Cuando el legislador marroquí redacta una norma que parte de los conceptos propios de su sistema jurídico y, por tanto, la presunción recogida en el precepto citado se refiere a la paternidad y la maternidad legal producida por relaciones sexuales lícitas. Como ya se ha expuesto a lo largo de este trabajo, las normas del CFM no ofrecen la posibilidad de establecer una paternidad ilegítima o fuera de matrimonio.

⁷²⁰ La jurisprudencia marroquí viene confirmando en una resolución del tribunal de apelación de 18 de mayo de 1962, *Revue de droit et de jurisprudence*, núms. 59-60-61, mayo-julio de 1963, p. 550, que “toda vulneración de las normas del estatuto personal se considera que afecta al orden público marroquí”.

Registro Civil Consular marroquí en España. Aunque lo cierto es que los Encargados del los Registro Civiles españoles consideran un hecho fraudulento el que los progenitores vayan a inscribirlo previamente al Registro Consular marroquí en vez de acudir a las autoridades registrales españolas, porque para tal fin es suficiente la aportación del parte médico donde conste el alumbramiento del hijo, conforme al art. 167 y 168 RRC. Independientemente de tal práctica, podrá inscribirse el nacimiento y la filiación en el Registro Civil español sobre la base de la certificación expedida por el Registro Consular marroquí⁷²¹, sin necesidad de expediente previsto para las inscripciones fuera de plazo (arts. 23.2 LRC y 85.1 RRC). Aunque para ello es imprescindible que no exista ninguna filiación contradictoria o que ésta ya haya sido modificada en el Registro Civil español⁷²².

El art. 27 LRC impone a la autoridad registral española la obligación de calificar los hechos cuya inscripción se solicita, tomando como base la documentación que se presenta para poder efectuar la inscripción la certificación de nacimiento expedida por el Registro Consular marroquí. Se plantea un problema de reconocimiento del documento extranjero. La transcripción de dicha certificación se efectuará siempre que ofrezca garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española (art. 85.1 RRC). Estas garantías se refieren a la regularidad extrínseca o autenticidad de la certificación marroquí, como son la legalización o apostilla y traducción (art. 323.2.2º LEC) y a las condiciones de eficacia intrínseca del documento (art. 323.2.1º). En este punto,

⁷²¹ Al igual ocurre en los casos en que el nacimiento del hijo se haya producido en Marruecos y éste haya adquirido la nacionalidad española, que puede ser transcrito mediante certificación del Registro marroquí en la que conste el hecho, cuando éste sea regular y auténtico, mientras que no hay duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española (arts. 23 LRC y 85 RRC).

⁷²² Es posible que la rectificación efectuada en el extranjero que contradiga una inscripción de filiación existente en España no se hubiera efectuado por sentencia judicial, sino por otros cauces que concedieran la misma veracidad y legitimidad que la vía jurisdiccional. Para hacer valer el nuevo estado de filiación, y según los arts. 50 LRC y 92 RRC, la rectificación válidamente realizada el extranjero sólo podrá registrarse mediante resolución firme recaída en juicio ordinario, siempre que haya obtenido el correspondiente *exequatur*. Sobre esta problemática, *vid.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiiza...*, *op. cit.*, pp. 278-279; M. Virgós Soriano, “Nota a la Resolución DGRN de 10 de enero de 1984”, *REDI*, 1984-2, vol. XLVI, pp. 670-674; B. Vilà Costa, “Comentario a la Resolución DGRN de 10 de enero de 1984, Resolución DGRN de 25 de marzo de 1985 y Resolución DGRN de 11 marzo de 1985”, *REDI*, 1986-1, vol. XXXVIII, pp. 302- 308.

hay que tener presente el C. H-M⁷²³, que aligera las exigencias a las que se acaba de aludir. El art. 39 del citado instrumento dispone que las certificaciones de las actas del Registro Civil expedidas por una autoridad competente en el territorio de una de las partes contratantes y que estén provistas de su sello oficial, no necesitarán ser legalizadas para ser válidas en el territorio de la otra parte. De ahí que, en aplicación del citado instrumento, los certificados del Registro Civil marroquí donde conste la filiación no precisen legalización para que surtan efecto ante las autoridades españolas. Por lo que concierne a la traducción, si bien el art. 41 C. H-M contiene una disposición al respecto, ésta no es aplicable al reconocimiento de certificaciones registrales marroquíes, dado que la referida disposición solamente está llamada a ser aplicada a las comunicaciones entre las Autoridades Centrales de ambos países que en el citado instrumento convencional se contemplan. Definitivamente, acerca de las certificaciones de las actas registrales marroquíes se atenderá a la norma general del art. 86 RRC, según la cual la certificación emitida por la autoridad marroquí debe acompañarse de traducción oficial, a menos que el Encargado del Registro Civil español conozca el idioma en el que se halla redactada.

Asimismo, se requiere que el Registro Civil extranjero “sea regular y auténtico, de modo que el asiento que se certifica, en cuanto a los hechos de los que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española” (arts. 23.2 LRC y 85 RRC)⁷²⁴. Téngase en cuenta que el acceso al Registro Civil español de las inscripciones contenidas en las certificaciones

⁷²³ En general, sobre el este convenio *vid.* E. J. Fontán Silva, “El *exequatur* de las decisiones dictadas por los Tribunales de Marruecos”, *AC*, 1998, núm. 4, núm. 36 a 48, p. 11-21; F. Garau Sobrino, “La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales, documentos públicos con fuerza ejecutiva y laudos arbitrales en materia civil, mercantil y administrativa”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el mundo mediterráneo. Actas de las XVIII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, 1997*, Madrid, BOE, 1999, pp. 167-179; J. A. Pérez Beví, “El convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos de 30 de mayo de 1997”, *Justicia* 98, núms. 1-2, 1998, pp. 73-102; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 7ª edic., Granada, Comares, 2006, p. 346.

⁷²⁴ Sobre criterios de la DGRN para la validez de certificaciones y la consideración de regular o no de los Registros Civiles extranjeros *vid.* E. Rodríguez Gayán, “La simulación en España de nacimientos acaecidos en el extranjero: una cuestión de prueba”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 188-194.

extranjerías desencadena efectos jurídicos verdaderamente importantes⁷²⁵, lo que justifica el control previo del órgano extranjero en los términos en los que se acaba de aludir⁷²⁶. De ahí que para evitar los fraudes en esta materia, el Encargado debe realizar una calificación sobre la equivalencia de los requisitos y de las garantías a las que se sometió la inscripción del Registro extranjero, con el fin de cerciorarse de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la ley española⁷²⁷. En todo caso, es imprescindible la búsqueda del equilibrio entre el principio general de presunción de validez de los documentos extranjeros de estado civil, el interés general que representa la fiabilidad de los datos del estado civil y los derechos fundamentales del interesado⁷²⁸.

Por otra parte, si la certificación consular marroquí de filiación matrimonial no contiene ninguna declaración de voluntad se puede interpretar

⁷²⁵ La exigencia del control de la regularidad y autenticidad del órgano extranjero se explica por los fuertes vínculos que la inscripción en el Registro civil español tiene reconocidos en ordenamiento jurídico. Al respecto, *vid.* la Exposición de Motivos de la Ley del Registro civil, de 8 de julio de 1957 (*BOE* núm. 151, de 10 de junio de 1957).

⁷²⁶ En algunas certificaciones de actas emitidas por Registros extranjeros (como nacimientos, matrimonio, divorcios...) se detectan falsificaciones. Dicha incidencia provoca el rechazo como títulos de inscripción, sobre todo cuando aquéllas contengan contradicciones, errores aritméticos, enmiendas o tachaduras, máxime cuando procede del algún Estado en el que existan precedentes de falsificaciones. Para detectar tales fraudes circulan notas oficiales en las que se advierte dicho peligro en certificaciones emmitidas por las autoridades de Guinea Ecuatorial y República dominicana. En este sentido, *vid.* la Resolución de la DGRN (4ª) de 25 de noviembre de 1998, *BLMJ*, núms. 1851-1852, pp. 2579-2581 y la Resolución de la DGRN de 6 de julio de 1999 (RJ 1999/10129), en <http://westlaw.es/>. Por este motivo, la Instrucción de 20 de marzo de 2006, de la DGRN sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil recoge criterios y orientaciones prácticas para prevenir estas simulaciones, tal y como dispone la Recomendación núm. 9 de la CIEC.

⁷²⁷ En la Resolución de la DGRN, de 23 de abril de 1993 (RJ 1993/3243), en <http://westlaw.es/> se expone que “el hecho de que los arts. 23 LEC y 85 RRC permitan practicar inscripciones mediante la certificación de los asientos extendidos en Registros extranjero sin necesidad de expediente, ello no implica que el Encargado haya de asumir una actitud pasiva ante la presentación de tales certificaciones y limitar su actuación a la transcripción automática de los datos en ellas consignados”. Sobre la ausencia de garantías de una certificación extranjera para dar fe de la filiación *vid.* la Resolución (2ª) de la DGRN, de 23 de mayo de 2007 (JUR 2008/256348). También en *AEDIPr*, 2007, t. VII, pp. 1182-1184.

⁷²⁸ *Vid.* las recomendaciones de la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil (*BOE* núm. 97, de 24 de abril de 2006).

que no es necesario el control de fondo, a diferencia de lo que sucedería cuando incorpora el reconocimiento voluntario de la filiación⁷²⁹, pues la exigencia del art. 323.2.3º LEC se efectúa cuando en el documento extranjero incorpore declaraciones de voluntad. Ante el vacío normativo producido por el art. 323.2.3º LCE, se genera una descoordinación entre la reglamentación general sobre eficacia extraterritorial de los documentos públicos extranjeros y la normativa registral, porque el art. 23 LRC exige que no haya dudas sobre la legalidad del hecho conforme a la ley española, amparando las observaciones de forma, capacidad y de fondo tanto de las declaraciones de voluntad en materia de filiación como de los actos que no las contengan. De ello se puede interpretar que tal exigencia de verificación de la certificación extranjera, donde conste la inscripción de la filiación, tendrá que ajustarse a lo establecido en las leyes designadas por el art. 9.4 C.c. para el fondo, el art. 11 C.c. para la forma y el art. 9.1 C.c. para las cuestiones de capacidad. Esta incertidumbre en la interpretación del control de la legalidad del acto extranjero sigue manteniéndose, pues en el apartado V de la Instrucción de 20 de marzo de 2006 de la DGRN, sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil, tampoco aclara cómo se debe vigilar. Concretamente, se dispone que tratándose de ciudadanos extranjeros, la ley española se aplicará a los supuestos en que entre en juego la excepción de orden público, pero no se determina cómo se debe proceder a dicho control, si mediante las reglas españolas de DIPr. o simplemente verificándose que lo contenido en el documento o acto extranjero no vaya contra el orden público español. Lo que sí mantiene abiertamente es que la ley española se aplica para valorar la legalidad del acto cuando afecte a españoles.

El mecanismo recogido en los arts. 23 LRC y 81 RRC lleva al control de la normativa aplicable a la filiación contenida en la certificación extranjera que pretende inscribirse en el Registro Civil español, lo que implica rechazar los efectos del acto extranjero si no responde a la concepción conflictual de la ley española o si el resultado alcanzado en el extranjero no es equivalente al que conduciría la aplicación de la ley española. Esta práctica impone la aplicación del Derecho conflictual del foro sobre lo contenido en el documento extranjero, provocando la no admisión de la certificación registral extranjera como título para practicar la inscripción de la filiación en el Registro Civil español cuando no

⁷²⁹ Para el control del fondo en el documento que contiene el reconocimiento de la filiación *vid.* el epígrafe *supra* correspondiente a las vías de integración en España del reconocimiento de la filiación realizado en Marruecos.

coincida con las prescripciones conflictuales del Derecho español, lo que genera situaciones claudicantes. Pero la realidad es que la autoridad registral española no comprueba cuál es la ley aplicada por las autoridades extranjeras, pues en la certificación tan sólo figura la inscripción del hecho sin constar la ley aplicada al acto, limitándose a examinar que la inscripción de la filiación resulte equivalente a la que se hubiera efectuado de aplicarse la ley española.

Una línea doctrinal considera que hay que realizar una interpretación funcional y flexible de los arts. 23 LRC y 81 RRC, entendiendo que la vigilancia de la legalidad conforme a la ley española debe limitarse a la observación del orden público internacional español⁷³⁰, sin entrar a valorar las condiciones de fondo del acto y así evitar el problema de descoordinación apuntado anteriormente⁷³¹. En definitiva, bastaría con confirmar que la inscripción consular marroquí de filiación no sea contraria a los principios de igualdad entre los hijos y el de verdad biológica que rigen en el sistema español para luchar contra el fraude, con independencia de la ley que resulte aplicable a la filiación. Esta solución facilita beneficia al *favor filii* al constatar el establecimiento de la filiación tanto en Marruecos como en España, lo que implica la continuidad en la estabilidad del estado civil en los dos Estados.

Ahora bien, controlar la legalidad del acto incorporado en certificación extranjera mediante la única fiscalización del orden público internacional español significa imponer una sobrecarga sobre este correctivo, provocando que determinadas situaciones fraudulentas originadas en el extranjero escapen de su

⁷³⁰ Solución aportada por A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 339 y 340, en espec. p. 340; *id.*, “El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras”, *La Ley*, 2006, núm. 6560, año XXVII, pp. 1-6, en espec. p. 4. Esta misma autora aclara que el TJCE exige a los Estados miembros que eliminen el requisito del control de la ley aplicada por la autoridad del Estado de origen y sólo controlen la no contrariedad con su orden público internacional (“El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil (a propósito de la Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 2008: Grunkin-Paul y Standesamt Stadt Niebüll)”, *La Ley*, 2009, núm. 7104, pp. 1-7).

⁷³¹ La Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009 (sin publicar) llega a esta misma solución. Con motivo del reconocimiento de una certificación registral extranjera donde consta el nacimiento y la filiación de los nacidos en San Diego (California) del Registro Civil de padres españoles, el control de la legalidad del acto de filiación incorporado en certificación extranjera se reduce al fiscalizar el orden público internacional español. Se puede consultar en http://www.elpais.com/elpaismedia/ultimahora/media/200903/10/sociedad/20090310elpepusoc_1_Pes_PDF.pdf.

vigilancia, como ha ocurrido en la polémica Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009. El órgano directivo revoca la decisión del Registro Civil Consular de Los Ángeles (EEUU) que denegó la inscripción de nacimiento y filiación de los hijos nacidos de un matrimonio contraído entre homosexuales españoles, por haber tenido lugar la gestación de aquéllos en virtud de contrato de vientre de alquiler como institución legal del país referido. La interpretación que se ofrece del art. 81 RRC es que el control de la legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera no se efectúa acudiendo a las normas de conflicto españolas, ya que el establecimiento de la filiación no se origina en España, lo que evita la aplicación del art. 9.4 C.c. Tampoco el Derecho español exige apreciar que la solución jurídica contenida en la certificación del Registro Civil extranjero sea idéntica a la que habría alcanzado una autoridad registral española. Por tanto, la legalidad del acto contenido en la certificación se fundamenta en que dicha situación no produzca efectos contrarios al orden público internacional español, como el asunto en cuestión.

La DGRN argumenta esta respuesta exponiendo que el Derecho español admite la filiación a favor de dos varones en casos de adopción, por lo que no cabe distinguir entre hijos adoptados y naturales (art. 14 C.E.). Además, se permite que la filiación de un hijo conste en el Registro Civil español a favor de dos mujeres que celebraron matrimonio entre ellas (art. 7.3 de la Ley 14/2006). De este precepto se infiere que la filiación natural no se determina necesariamente por el hecho de la vinculación genética entre los sujetos implicados. Por esta razón, no permitir la determinación de filiación de los nacidos de dos varones puede resultar discriminatorio por razón de sexo, lo que está radicalmente prohibido por el art. 14 del Texto constitucional. Asimismo, el interés del menor aconseja proceder a la inscripción en el Registro Civil español de la filiación que figura en el Registro extranjero a favor parejas homosexuales. En caso de rechazar la inscripción, los hijos de nacionalidad española quedarán privados de una filiación en España, aunque ya estuviera inscrita en el extranjero, lo que vulnera el art. 3 del Convenio de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. La DGRN considera que del citado precepto se desprende el derecho del menor a una única identidad, de modo que el establecimiento de la filiación sea válido en cualquier país, lo que evitaría un cambio de situación jurídica del hijo según el ordenamiento de que se trate. Para salvaguardar dicho interés, se admite la inscripción en el Registro Civil español de lo contenido en la

certificación registral californiana como modo de procurar la efectividad del derecho del hijo a una sola identidad, evitando con ello situaciones claudicantes.

La disyuntiva mayor que plantea este caso es la recepción implícita del contrato de gestación por sustitución efectuada en el extranjero, ya que esta figura queda expresamente prohibida por el Derecho español (art. 10.1 de la LTRHA). La DGRN insiste en que dicho precepto no es aplicable a la situación planteada, ya que no se trata de determinar la filiación en España de los nacidos en California mediante la aplicación de la correspondiente norma de conflicto. Por el contrario, se trata de precisar si una filiación ya determinada en virtud de certificación registral extranjera puede acceder al Registro Civil español a efecto de acreditar la identidad de los sujetos españoles nacidos en el extranjero. Sin entrar en la cuestión de fondo respecto de los contratos de gestación por sustitución y la contravención del orden público internacional español, el órgano directivo se apoya en que no consta el origen del nacimiento de los menores en la certificación registral extranjera. Así, se procede a otorgar validez a dicha situación en base al interés superior del menor, de forma tal que se proceda a la inscripción de la filiación en el Registro Civil español.

En sintonía con los valores y fines perseguidos por la DGRN para reconocer en España determinadas situaciones válidas en el extranjero sin un control demasiado rígido, como impone el reconocimiento conflictual del Derecho español, no desdeña la existencia, por otro lado, de un grave riesgo de resultado, toda vez que la autoridad extranjera interviniente no resulta próxima a la situación, al tratarse de dos españoles que presumiblemente han buscado un resquicio legal para fijar el vínculo biológico y determinar jurídicamente la filiación de los nacidos bajo la forma contractual de gestación por sustitución. En esta Resolución se insiste en que no cabe afirmar un supuesto de fraude de ley a fin de eludir la prohibición de esta figura e, incluso, obviar todo el complejo procedimiento existente en el sistema estatal y convencional de la adopción internacional por matrimonios del mismo sexo. Es sorprendente la afirmación de la DGRN sobre la no alteración fraudulenta de la conexión del 9.4 C.c. ni la creación de un vínculo ficticio y vacío de contenido con el Estado de California por parte de los interesados.

No parece creíble que el matrimonio haya buscado el vínculo con las autoridades norteamericanas para obtener el beneficio de ser progenitores

biológicos y de establecer la filiación de los nacidos del contrato de gestación por sustitución. La falta de proximidad de la situación con la autoridad extranjera obliga a realizar una reformulación del sistema propuesto para controlar la legalidad del acto contenido en documento extranjero. Sin ir más lejos, la nueva Ley de Adopción internacional establece un método de reconocimiento material para las adopciones simples constituidas en el extranjero mediante la utilización de art. 9.4 C.c. Y es que no se puede prescindir de forma absoluta de un control sin verificar la ley aplicada a la situación jurídica de que se trate. De ahí que la reinterpretación del sistema del art. 9.4 C.c. de conformidad con los postulados del ordenamiento jurídico competente resulte eficaz para el cumplimiento de dos objetivos: 1) permitir cierta flexibilidad en la localización del ordenamiento jurídico competente para facilitar el reconocimiento de la situación de filiación creada en dicho ordenamiento; 2) evitar un uso abusivo de la búsqueda de un foro conveniente para eludir la aplicación de una ley imperativa española. De esta manera, las conexiones vigentes en la norma de conflicto sobre filiación podrían servir para la búsqueda del ordenamiento jurídico competente y dar validez a lo que provenga de dicho ordenamiento, con la siempre salvaguarda del orden público. Así, se confirmará que la autoridad interviniente extranjera esté conectada a la situación de filiación, como puede ser la coincidente con la nacionalidad o la residencia habitual del hijo, lo que reduce la creación de situaciones en otros países eludiendo la ley española.

III. RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO DE LA FILIACIÓN

1. La viabilidad en la especialización de la normativa conflictual española para el reconocimiento voluntario

En la sociedad española y occidental en general, el supuesto de los hijos nacidos fuera del matrimonio alcanza porcentajes cada vez más elevados, por lo que el reconocimiento voluntario de la filiación constituye la pieza angular para determinar la paternidad de estos hijos. Bajo la denominación de reconocimiento pueden comprenderse los actos por los que se establece formalmente la relación de paternidad o maternidad entre una persona en la que concurren los presupuestos de hijo natural con sus progenitores⁷³². Frente a esta concepción, la regulación del reconocimiento voluntario existente en el ordenamiento marroquí supone una alternativa extraordinaria que permite al padre establecer la filiación legítima del hijo dentro del cerrado marco regulador en materia de filiación. Si bien en la sociedad marroquí el reconocimiento voluntario es menos frecuente, en esta investigación se plantea el estudio de este modo de determinación de la filiación para dar respuesta a la problemática que se presenta en las relaciones hispano-marroquíes.

Cabe plantearse si resulta oportuno establecer unas pautas que regulen de forma especial el reconocimiento en supuestos internacionales. No es pacífica la

⁷³² Cfr. J. Pere Raluy, *Derecho del Registro Civil...*, *op. cit.*, p. 436.

conveniencia o no de una ley única para la determinación de la filiación, lo que suscita consideraciones de diversa índole⁷³³. Un eventual fraccionamiento de la norma de conflicto en materia de filiación no queda exento de problemas y desajustes, al concurrir diversas leyes estatales para regular aspectos singulares de una misma relación global. Por ello, un sector de la doctrina internacionalista española insiste en que no es necesario modificar la norma de conflicto, sino que las soluciones adaptadas a la nueva sociedad multicultural española se consiguen por vía interpretativa, convirtiéndose ésta en la clave del Derecho internacional privado⁷³⁴.

Un estudio de las diferentes reglamentaciones del DIPr. europeas y de otras partes del mundo⁷³⁵ permite apreciar una preferencia de los legisladores nacionales por normas de conflicto tendentes a ofrecer una solución adaptada a las distintas cuestiones que se suscitan en materia de filiación y entre ellas el reconocimiento voluntario⁷³⁶, tal y como se comprueba asimismo en la iniciativa de reforma del sistema español de DIPr.⁷³⁷

Lo que parece claro es la tendencia hacia la especialización de la norma de conflicto, mediante la adopción de supuestos de hecho determinados que se

⁷³³ Vid. S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código y Compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 211; M.^a P. Diago Diago, “La mundialización y las relaciones jurídicas...”, *Mundialización y familia, loc. cit.*, pp. 154-157.

⁷³⁴ Vid. S. Sánchez Lorenzo, “Postmodernismo y Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, pp. 557-585, en espec. p. 582.

⁷³⁵ Vid. al respecto K. A. Sfeir, *Droit international privé comparé*, t. I, Beirut, Sader éditeurs, 2005, pp. 629-660; S. Aldeeb et A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux...*, *op. cit.*, pp. 231-252 y <http://www.reei.org/DIPr.htm>

⁷³⁶ Cfr. J. Foyer, “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation...”, *loc. cit.*, pp. 9-117, en espec. p. 57; G. A. L. Droz, “Regards sur le droit international privé comparé”, *Recueil des Cours*, 1991-IV, t. 229, pp. 27-421, en espec. pp. 166-175.

⁷³⁷ En *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 9, 2005. Sobre la reforma del sistema de DIPr. español vid. J. D. González Campos, “La reforma del sistema español de Derecho internacional privado. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, 2000-2, vol. LII, pp. 351-370; G. Palao Moreno, “Jornada sobre la reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, *REDI*, 2002-1, vol. LIV, pp. 520-522.

alejan de las categorías jurídicas abstractas⁷³⁸. La complejidad de la vida internacional de los individuos podría afrontarse de forma eficaz mediante el tratamiento especializado de los problemas a que aquéllos se enfrentan⁷³⁹. Esta opción se ha ido consolidando a medida que la presencia de la población inmigrante ha crecido en aquellos Estados⁷⁴⁰. El sistema español de DIPr. no se ha mantenido al margen de esta tendencia y también ha experimentado un cambio en este sentido. Y ello como consecuencia de la creciente presencia de ciudadanos extranjeros en el país, entre ellos, los nacionales de origen islámico⁷⁴¹. La posible especialización de la norma de conflicto para el reconocimiento

⁷³⁸ La norma de conflicto de finales del siglo XX y principios del siglo XXI experimenta un proceso de adaptación orientado a garantizar la consecución de resultados concretos y justos, en Sp. Vrellis, “La justice matérielle dans une codification du droit international privé”, *Liber amicorum G.A.L.*, Droz, La Haya, Kluwer Law International, 1996, pp. 541-562. Tal proceso ha llegado de la mano de las llamadas normas de conflicto materialmente orientadas (*Content Oriented Choice of Law Rules*), en A. L. Calvo Caravaca, “La norma de conflicto del siglo...”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J. D. González...*, p. 1368; S. Álvarez González, “Objeto del DIPr. y la especialización...”, *loc. cit.*, pp. 1109-1151.

⁷³⁹ *Cfr.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, p. 162, nota 44.

⁷⁴⁰ *Vid.* E. Jayme, “Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi...”, *loc. cit.*, pp. 295-304, en espec. p. 301; *id.*, “Identité culturelle et intégration. Le Droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 33-265, menciona las técnicas de DIPr. que mejor responden a la necesidad de protección de la persona: la materialización de las normas de conflicto; la aplicación de la teoría de los dos niveles o escalones del Derecho internacional privado; el recurso al principio de la autonomía de la voluntad y la creación de normas materiales *ad hoc*. Este último consiste en la utilización del método de reglamentación directo, esto es, las normas materiales especiales constituyen una respuesta distinta a la que podría encontrarse al aplicar el ordenamiento jurídico interno. Esta propuesta se justifica, por un lado, para preservar la identidad cultural de tales personas y evitar que vivan en contradicción con la sociedad en la que han decidido integrarse y, por otro, para soslayar la aplicación de ordenamiento musulmanes más estrictos que resultan incompatibles con el orden público de los Estados en los que residen lo nacionales de origen islámico. Sin embargo, no parece razonable aceptar la aplicación de un Código específico para la población de origen musulmán residente en los países occidentales inspirado en los preceptos más progresistas de la *Shariá*. *Vid.* esta posibilidad en R. Riad, “Pour un code européen de droit musulman”, *Le statut personnel des musulmans...*, *op. cit.*, pp. 379-382.

⁷⁴¹ Como la reforma del art. 107 del C.c por L.O. 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (*BOE* núm. 234, de 30 de septiembre de 2003). En la Exposición de Motivos indica que la dificultad de conseguir el divorcio de ciertas mujeres extranjeras de origen musulmán origina una modificación de la norma de conflicto sobre crisis matrimoniales. El aumento de la población inmigrante de origen islámico en España hace que el legislador tenga presente el elemento extranjero en la situación privada internacional para proporcionar una respuesta adaptada a las necesidades que exige dicho elemento.

voluntario brindaría soluciones adaptadas a una realidad compleja⁷⁴², aunque con el riesgo de generar problemas de delimitación, calificación o conflicto de calificaciones que la norma general puede evitar⁷⁴³. El intento de ofrecer una respuesta individualizada a cada problema constituye la razón última de la orientación de la norma de conflicto⁷⁴⁴, que se sitúa, en principio, dentro del ámbito de la mejor localización.

En las siguientes páginas se abordará la problemática relativa al reconocimiento voluntario en la reglamentación conflictual, dando respuestas enmarcadas en la orientación hacia la especialización de la norma de conflicto, por lo que se abandonan las categorías conceptuales generales propias de la actual unidad de la reglamentación sobre determinación de la filiación⁷⁴⁵. La institución del reconocimiento goza de entidad y autonomía suficiente para plantearse la adopción de una norma de conflicto destinada a regular tal extremo⁷⁴⁶. El carácter independiente de este medio de determinación de la filiación, vislumbrado tanto en su funcionamiento que otorga un papel fundamental a la autonomía de las partes, como en los problemas que suscita y

⁷⁴² Vid. P. Rodríguez Mateos, “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, 1988-1, vol. XL, pp. 79-126; S. A. Sánchez Lorenzo, “Postmodernismo y Derecho internacional...”, *loc. cit.*, pp. 557-585; J. M. Espinar Vicente, *Curso de Derecho internacional privado español. Técnicas de reglamentación y normas*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 1991, pp. 89 y stes.; J. D. González Campos, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; R. Silva Alonso; “La regla de conflicto como regla instrumental”, *REDI*, 1972, vol. XXV, pp. 361-367. S. Álvarez González; “Art.12.1º...”, *Comentarios al Código civil...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 842-894.

⁷⁴³ Vid. N. Bouza Vidal, “Arículo 9.4 “, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, p. 27; H. Batiffol y P. Lagarde, “L’improvisation de nouvelles règles...”, *loc. cit.*, p. 2.

⁷⁴⁴ Vid. S. Álvarez González, “Objeto del DIPr. y especialización...”, *loc. cit.*, pp. 1109-1151 y las referencias específicas de la p. 1134, nota 72.

⁷⁴⁵ Vid. B. Audit, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois”, *Recueil des Cours*, 1984-III, t. 186, pp. 219-398, en espec. pp. 361-363.

⁷⁴⁶ Vid. S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 209. En este sentido, el DIPr. italiano y belga se caracterizan por establecer una norma de conflicto específica para el establecimiento de la filiación al margen de las normas que se dedican a las relaciones entre padre e hijos. Incluso, el legislador de los Países Bajos ha considerado que en materia de filiación existen numerosos problemas y se ha regulado toda una ley completa de DIPr. sobre el filiación.

los intereses que involucra, conduce a proponer una solución autónoma⁷⁴⁷. Piénsese en el fraccionamiento que supone el que del supuesto de hecho del precepto se extraiga lo referente al nombre de las personas físicas, las medidas de protección del menor o incapaz, los alimentos derivados del vínculo de filiación, los derechos sucesorios de los hijos e, incluso, los derechos de guarda y visita que se ventilan en los procesos de nulidad, separación y divorcio⁷⁴⁸.

En la regulación conflictual del reconocimiento de la filiación es preciso tener en cuenta los intereses individuales implicados, tanto los del hijo como los del progenitor que reconoce, por lo que resulta razonable ampliar el número de conexiones de la norma de conflicto relativas a las personas protagonistas. Con el objetivo de favorecer el *favor filii*, principio central en la materia, es primordial introducir en la regla conflictual conexiones alternativas para la búsqueda del mejor derecho aplicable que logre tal fin⁷⁴⁹. Asimismo, hay que tener presente el interés estatal en fijar el estado civil de una persona y que coincida con la realidad biológica, respetando los principios superiores de la C.E. (art. 14 y 39. 2 C.E.). La proyección de ciertos valores y de ciertas personas en aras a la obtención de un resultado concreto tienen que plasmarse en las normas de conflicto, así como la consideración del “interés superior del niño”, lo que ha llevado a modificar en la mayoría de los Estados la regulación conflictual relativa a los hijos⁷⁵⁰. Ahora

⁷⁴⁷ Vid. J. Foyer, “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation...”, *loc. cit.*, pp. 9-118.

⁷⁴⁸ Vid. N. Bouza Vidal dispone que el alcance materia del art. 9.4 C.c. se reduce prácticamente a la patria potestad (“Artículo 9.4”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, pp. 32). En este sentido también *vid.* M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales del derecho de visita...*, *op. cit.*, p. 114.

⁷⁴⁹ En el Derecho comparado europeo en materia de filiación existe un factor común que consiste en favorecer la determinación de la filiación con el establecimiento de conexiones alternativas, subsidiarias o el recurso a la ley más favorable. *Vid.* A. Borrás y J. D. González Campos, “La loi national à l’heure de la réforme du droit international privé espagnol”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp., 137-153, en espec. p. 149.

⁷⁵⁰ En Derecho español, y en lo concerniente a la normativa conflictual de la filiación, se ha pasado de adoptar la ley de los progenitores a optar por la ley nacional del hijo. En general, *vid.* A. Borrás Rodríguez, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos. Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varia*, t. II, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1287-1308, en espec. p. 1289; J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado*, Madrid, Centro de estudios superiores sociales y jurídicos Ramón Carande, 1991, pp. 493-494; J. D. González Campos, “Filiación y alimentos...”, *Derecho internacional privado...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 362.

bien, proporcionar una respuesta especializada para el reconocimiento voluntario de la filiación tiene sus riesgos, y más aún si se conecta con la posible aplicación de ordenamiento jurídico de base musulmana, como el marroquí, donde tal institución goza de los particularismos propios de su sistema y, en ocasiones, pueden rozar con el orden público internacional español. De ahí que haya que facilitar al operador jurídico el recurso al *favor filii* como cláusula especializada de orden público internacional para corregir el resultado al que conduce la regla general⁷⁵¹. Ciertamente, una reglamentación conflictual inspirada en el interés del hijo evitará las normas aplicables de Derecho musulmán que son hostiles a la determinación de la paternidad natural⁷⁵².

Hay que resaltar el papel de la autonomía de la voluntad de las partes presente en el reconocimiento voluntario de la filiación, ya que la libre predisposición del individuo para el establecimiento de la paternidad no matrimonial es condición prioritaria en el Derecho español⁷⁵³ y también en el marroquí. En DIPr. español, la autonomía de la voluntad de los particulares ya se ha introducido en determinados aspectos del Derecho de familia, como sucede con las formas de celebración del matrimonio, el divorcio por mutuo

⁷⁵¹ En este sentido S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pag. 216; C. Chabert, *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Aix-En-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2001, pp. 417-456.

⁷⁵² *Vid.* M. C. Foblets, “El estatuto personal ante los tribunales. Un reconocimiento”, *Aequitas*, enero-junio 2006, núm. 18, pp. 6-19, en espec. p. 16 y nota 39; L. Esteve González, A. López-Tarruella Martínez y M. E. Morán García, “La familia multicultural: entre el conflicto de civilizaciones y el servicio a la paz entre los pueblos...”, *loc. cit.*, pp. 854-855.

⁷⁵³ La autonomía de la voluntad para la afirmación de paternidad o maternidad es semejante al del negocio jurídico, aunque produce efectos *ex lege* y no *ex voluntate*, en particular el efecto de crear un *status filii*, tal y como dispone M. Albaladejo García, *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, Bosch, 1955, pp. 33-53; V. M. Garrido de Palma, “El reconocimiento de hijos...”, *loc. cit.*, p. 16. Por otra parte, F. Rivero Hernández (“Filiación”, *Elementos de Derecho civil*, IV, Derecho de Familia, vol. 2º, edic. 3ª, Barcelona, 1989, p. 108) considera al reconocimiento como un acto jurídico semejante al negocio jurídico, pero basado en una declaración de ciencia que realiza el reconocedor. En igual sentido M.ª B. Fernández González, *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 56; J. A. Ayarza Sancho, “La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento”, *La Ley*, 2008, núm. 6932, pp. 1-6, (LA LEY 16037/2008), en <http://diariolaley.laley.es>.

acuerdo o el régimen económico del matrimonio⁷⁵⁴. Al tratarse de un modo de determinación de la filiación precisamente basado en la voluntad de los protagonistas se podría admitir el principio de la autorregulación reflejándose a la hora de decidir la posición que adoptarán conexiones en la norma de conflicto, siempre que favorezcan la posibilidad de llevar a cabo tal declaración como reflejo del *favor filii*⁷⁵⁵. Pero la elección de los puntos de conexión es, quizás, la cuestión más importante y complicada del sector de Derecho aplicable y conviene analizarla con cautela. Parece casi imposible el recurso a la autonomía de la voluntad de las partes, dada la presencia de importantes intereses públicos en materia de filiación⁷⁵⁶, que impiden el arbitrio de las partes en el establecimiento de la relación paterno/materno-filial. Por tanto, no se considera conveniente dejar en manos de los particulares implicados la opción de seleccionar una u otra conexión y que, según la ley elegida, se establezca o no la filiación: la búsqueda de la verdad biológica y el *favor filii* prevalecen en la determinación de la misma, lo que hace incompatible ofrecer a las partes la posibilidad de elección del Derecho aplicable.

Por último, ha de tenerse presente el riesgo existente cuando se formulan reglas de DIPr., ya que el legislador tiende a emplear la terminología jurídica del sistema nacional. Tales términos, que son bien definidos y limitados por cada sistema jurídico, van a ser conocidos como “nociones sistemáticas”⁷⁵⁷. Así, el recurso a la *lex materialis fori* en la configuración de la norma de conflicto puede mostrarse como un factor perturbador en el logro de soluciones simples para el DIPr. Piénsese que las “nociones sistemáticas” empleadas pueden quedar enmarcadas en una determinada categoría en el Derecho del foro, pero resulta

⁷⁵⁴ En general, sobre la autonomía de la voluntad en DIPr. *vid.* P. Gannagé, “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992-III, pp. 425-454; J-Y. Carlier, *Autonomie de la volonté...*, *op. cit.*; *id.*, “Estatuto personal y sociedad multicultural...”, *Estatuto personal y multiculturalidad...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 27-38.

⁷⁵⁵ Sobre el papel de la voluntad de las partes en el reconocimiento de la filiación *vid.* P. Raynaud, “Le rôle de la volonté individuelle dans l’établissement du lien de filiation: état du droit positif français”, en C. Labrusse y G. Cornu (dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Economica, 1981, pp. 87-99.

⁷⁵⁶ *Vid.* el primer capítulo de la tesis.

⁷⁵⁷ Este término fue propuesto por F. Schwind, “Aspects et sens du droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1984-IV, t. 187, pp. 9-144, en espec. p. 64.

diferente para el ordenamiento cuya aplicación reclame la norma de conflicto. Cabe recordar que el reconocimiento voluntario regulado en Derecho español resulta un título de determinación de la filiación no matrimonial, mientras que para el ordenamiento marroquí produce la filiación legítima. Independientemente que se utilice en el supuesto de hecho de la norma de conflicto la terminología del foro, como declaración o el reconocimiento voluntario de la filiación, lo importante es que exista una figura jurídica prevista en la *lex causae* que otorgue al progenitor la posibilidad de establecer voluntariamente la filiación.

2. La declaración de voluntad ante autoridad española

A) El juego de la regla “*auctor*” en la recepción del reconocimiento

El sistema español de DIPr. en materia de filiación no regula expresamente la competencia internacional de las autoridades españolas para emitir la declaración de voluntad a efectos de filiación cuando concorra algún elemento extranjero. Por el contrario, el art. 65 de la ley de DIPr belga⁷⁵⁸ soluciona tal problema atribuyendo competencia directa a las autoridades del foro si el autor del reconocimiento es nacional o posee domicilio o residencia habitual en Bélgica o, incluso, si el hijo es nacido o tuviera la residencia habitual en este país.

En el ámbito internacional existen convenios elaborados por la CIEC⁷⁵⁹ que amplían la competencia de las autoridades de los Estados miembros para la determinación de la filiación materna y para el reconocimiento de los hijos no matrimoniales⁷⁶⁰. En concreto, el art. 4 del Convenio núm. 5 de la CIEC sobre la

⁷⁵⁸ Sobre tal normativa *vid.* J-Y. Carlier, “Le code belge de droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 11-39; M. Fallon, “La nueva Ley belga conteniendo el Código de Derecho...”, *loc. cit.*, pp. 821-835; *id.*, “La matérialisation du nouvea droit international...”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 1493-1511; M. Fallon et J. Erauw, *La nouvelle loi sur le droit international privé...*, 2004, *op. cit.*

⁷⁵⁹ En concreto, el Convenio núm. 6 de CIEC, de 12 de septiembre de 1962, relativo a la determinación de la filiación materna de los hijos no matrimoniales y el Convenio núm. 5 CIEC, hecho en Roma el 14 de septiembre de 1961, sobre la extensión de la competencia de los funcionarios cualificados para autorizar el reconocimiento de hijos no matrimoniales. Estos instrumentos de cooperación interestatales entre Estados miembros nacen con el deseo de armonizar las reglas referentes tanto a la determinación de la filiación materna como el reconocimiento de hijos no matrimoniales.

⁷⁶⁰ En concreto, en el Convenio núm. 6 de la CIEC relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales (BOE núm. 92, de 17 de abril de 1984) se señala en el art. 3 que “cuando la madre ha sido designada en la inscripción de nacimiento y justifica que, no obstante, es necesaria una declaración de reconocimiento para satisfacer la exigencias de la ley de un Estado no contratante, aquélla tendrá la facultad de hacer tal declaración ante la autoridad competente de cada uno de los Estados contratantes”. Se permite a los interesados efectuar un reconocimiento, a pesar de que no se contemple en un Estado contratante y sí en otro. Al trasladar el supuesto al Derecho español se podrá realizar la declaración ante el Juez Encargado del Registro Civil y según la forma que se contempla en el otro Estado. De aquí surge dos posibilidades. Si los sistemas no difieren en exceso sobre la institución, no se plantean mayores problemas. Ahora bien, todo cambia en el caso de que las formalidades sean muy diferentes. Esta segunda posibilidad supone, por ejemplo, que se utilice las formas de la extranjera en detrimento de la

extensión de la competencia de los funcionarios para autorizar reconocimientos de hijos no matrimoniales⁷⁶¹ dispone que “las declaraciones sobre el reconocimiento de la filiación serán recibidas por el oficial de estado civil, o por cualquier otra autoridad competente, en la forma auténtica determinada por la ley local”. En igual línea, la Convención núm. 18 de la CIEC, celebrada en Munich el 5 de septiembre de 1980 y relativa al reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera de matrimonio, que sólo ha ratificado Francia y Turquía⁷⁶², ofrece a los nacionales de cualquier Estado, parte o no del Convenio, la posibilidad de optar entre la aplicación de la ley local y la del fondo (art. 2)⁷⁶³.

española, y se rompa con ello el carácter territorialista de las regulaciones registrales. Sobre este instrumento *vid.* J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias en el sistema español...*, *op. cit.*, pp. 330-333.

⁷⁶¹ (BOE núm. 192, de 12 de agosto de 1987). Llama la atención que en los arts. 2 y 3 del Convenio aparezcan unas figuras jurídicas que no se contemplan por igual en todos los países miembros. Así, a los nacionales de los Estados parte, cuya legislación prevea solamente el reconocimiento sin filiación, se les permiten y facilitan realizar un reconocimiento sin filiación en un Estado miembro en el que no está previsto esta figura, según las fórmulas del Estado de su nacionalidad. No obstante, estos preceptos deben ser complementados con el art. 4 del mismo Convenio, que se refiere a las declaraciones previstas en los arts. 2 y 3 y que deben ser autorizadas por el Encargado de Registro Civil o por cualquier otro funcionario competente en la forma auténtica determinada por la ley local. Estas declaraciones tienen el mismo valor que si se hubieran efectuado ante un funcionario competente del país de la nacionalidad del declarante. El problema surge al aplicar una forma a una institución que no se conoce. Para resolver las dificultades caben dos interpretaciones: conforme a la primera, el Encargado aplica la forma determinada por su ley; la segunda, se presume el deber de conocimiento de las diferentes legislaciones de los Estados parte y así las autoridades del Estado receptor de la declaración de reconocimiento pueden aplicar la fórmula empleada por la legislación de otro Estado. El art. 4 *in fine* es rotundo al afirmar que esa declaración tiene el mismo valor que si se hubiera elaborado ante un funcionario competente del país del declarante. *Vid.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional...*, *op. cit.*, pp. 81-83.

⁷⁶² *Vid.* <http://www.ciec1.org/>.

⁷⁶³ El art. 4 de la Convención dispone: “las declaraciones previstas en los artículos 2 y 3 serán autorizadas por el Encargado del Registro Civil o por cualquier otro funcionario competente en la forma auténtica determinada por la ley local, y han de mencionar en todo caso la nacionalidad invocada por el declarante. Estas declaraciones tienen el mismo valor que si se hubieran efectuado ante funcionario competente del país del declarante”. Así, este Convenio atribuye una excepción al art. 9.4 del C.c. al señalar que, “...el nacional de un Estado miembro en que se admita un tipo de reconocimiento que no constituya un título de determinación (reconocimiento “sin filiación”) podrá efectuarlo en los demás Estados miembros ante las autoridades locales competentes, rigiéndose sus efectos por la ley nacional del autor del reconocimiento”. Para ello *vid.* N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4 C.c...”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, p. 29. Más dificultad conllevan los reconocimientos sin filiación previstos en ciertos Derechos europeos que se producen con

En el sistema español, ante la inexistencia de una regulación específica sobre la autoridad concreta para constatar el reconocimiento cuando la situación reviste carácter internacional, la respuesta hay que buscarla en las normas diseñadas para supuestos internos⁷⁶⁴. Cualquiera a las que el ordenamiento otorga competencia (Encargado del Registro Civil, notario u otro funcionario público)⁷⁶⁵ podrá intervenir, ya se trate de un reconocimiento entre españoles, entre extranjeros y españoles, o entre extranjeros, siempre que la ley nacional del hijo prevea tal posibilidad. El reconocedor, por tanto, tendrá la opción de elegir una de las distintas formas que el legislador español arbitra para manifestar la declaración de reconocimiento⁷⁶⁶. Y cuando el reconocimiento de españoles se efectúe en el extranjero se tramitará ante el Cónsul español de dicho país⁷⁶⁷.

La declaración voluntaria de la filiación puede formalizarse ante el Encargado del Registro Civil español, por lo que las reglas generales sobre competencia de la autoridad registral están en íntima relación con las normas de competencia respecto a la inscripción del nacimiento (arts. 15 y 16 de la LRC, en relación con el art. 49 de esta misma Ley y los arts. 2 y 68 del RRC)⁷⁶⁸. Según

la finalidad de establecer una obligación alimenticia. Sobre esta institución desconocida para el Derecho español *vid.* “*Livre Blanc sur les principes relatifs a l’établissement et aux conséquences...*”, *loc. cit.*, en <http://www.legal.coe.int/family>

⁷⁶⁴ Si se comprueba que existe una autoridad interna competente se desarrolla de forma automática para los supuestos internacionales. Cuando la competencia territorial es ilimitada, como la que poseen los notarios, será también extensa en supuestos con elemento extranjero. *Vid.* P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international privé...*, 2004, *op. cit.*, pp. 333-334.

⁷⁶⁵ Así, para considerar auténtico el acto voluntario de establecimiento de la filiación, éste se debe constituir ante funcionario público cualificado para transferir la declaración de paternidad o maternidad. *Vid.* M. De la Cámara Álvarez, “Art. 120 a 126...”, *Comentarios al Código civil...*, 2000, *op. cit. loc. cit.*, p. 430.

⁷⁶⁶ *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y reconocimiento de la validez del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 158. No se plantea un conflicto de leyes, porque al tratarse de un acto realizado por la autoridad pública, si ésta tiene competencia para recibir la declaración del reconocimiento de filiación, no tiene más alternativa que acudir a su propio Derecho.

⁷⁶⁷ *Vid.* M. Aguilar Benítez de Lugo, *Intervención consular en Derecho internacional privado*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 87 y 88. Sobre el reconocimiento de la filiación ante el Encargado del Registro Civil Consular *vid.* la Resolución de la DGRN de 18 de diciembre de 2001 (JUR 2002/90088), en <http://westlaw.es/>.

⁷⁶⁸ En el Registro Civil se constatan los hechos inscribibles que afectan a los españoles y los acaecidos en nuestro territorio, aunque afecten a extranjeros (art. 15 LRC).

esta normativa, la inscripción del nacimiento acontecido en España ha de efectuarse en el Registro municipal correspondiente al lugar del nacimiento, que será también competente para la declaración de reconocimiento de la filiación⁷⁶⁹. No obstante, dicha regla se exceptúa para atribuir competencia a la autoridad registral del domicilio del progenitor legalmente conocido y practicar la correspondiente inscripción, siempre que se solicite dentro de plazo⁷⁷⁰.

En el supuesto de que un extranjero reconozca a un hijo residente en España, la inscripción será directa, siempre y cuando el nacimiento del hijo se halle ya inscrito en el Registro por ajustarse a las condiciones del art. 15 LRC. Si es un progenitor español quien reconoce ante autoridades de su país y el hijo reconocido reside en el extranjero, habrá que activar el mecanismo de

Normalmente, el nacimiento se inscribe en el Registro municipal o consular en que acaecen. También se pueden realizar en el Registro Civil municipal correspondiente al domicilio del progenitor o progenitores legalmente conocido, siempre que la inscripción se solicite (art. 16 LRC). Sin embargo, el reconocimiento de la filiación puede hacerse en cualquier tiempo y en las formas establecidas en art. 49 LRC y debe reflejarse en donde conste la inscripción de nacimiento. No obstante, las autoridades, los funcionarios o particulares podrán formular peticiones al Registro Civil de su residencia o domicilio, cuando la oficina competente, a la que se dará inmediato traslado, radique en otro término o demarcación (art. 2 RRC).

⁷⁶⁹ La determinación de la filiación en vía registral incorrectamente realizada acarrea consecuencias graves para los interesados. La variedad de supuestos que se recogen en la regulación sustantiva, estatal y autonómica, conjuntamente con las inscripciones de filiación con algún elemento de extranjería añadan un plus de complejidad a la calificación registral del Encargado del Registro Civil competente. Ello provoca que en la Instrucción de 28 de mayo de 2008, de la DGRN, sobre funcionamiento y organización de los Registros Civiles delegados a cargo de los Juzgados de Paz y su informatización (BOE núm. 146, de 17 de junio de 2008) se disponga que “es evidente que el supuesto concreto de la promoción dentro de plazo de una inscripción de nacimiento de hijo nacido fuera de matrimonio, necesariamente ha de ser calificada por el Juez Encargado principal. Ahora bien, existe la posibilidad de ser promovida bien ante éste, o bien ante el Juez de Paz del lugar de nacimiento. En este caso, lo procedente es que se limite el Juez delegado a recoger la hoja declarativa y documentar el acta, en su caso, el reconocimiento de filiación paterna si se trata de supuesto sencillo y frecuente, como es el de la madre soltera y padre reconecedor mayor de edad...En los demás casos, como en las inscripciones de filiación de hijos no matrimoniales con elemento extranjero, deben instarse o verificarse ante el Encargado del Registro Civil principal, sin perjuicio de las funciones propias del auxilio registral”.

⁷⁷⁰ En este caso es necesaria la solicitud formulada por los progenitores de común acuerdo y la justificación del domicilio común de los padres. Además, se debe reunir las demás condiciones que señala el art. 16.2 LRC y que desarrolla el art. 68 RRC.

cooperación interregistral, siempre que haya interés en que el acontecimiento quede reflejado en una inscripción de nacimiento en España⁷⁷¹.

El progenitor, en el ejercicio de su autonomía, también va a poder emitir la declaración de parentesco ante un notario⁷⁷² o empleado público competente, a través de documento público⁷⁷³. El art. 186 RRC declara aptos para contener el reconocimiento: la escritura pública, el acta civil de celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción del nacimiento fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación⁷⁷⁴. No obstante, el documento más efectivo para la formalización y el destinado exclusivamente a dicha función es la escritura pública.

El legislador español atribuye competencia funcional a determinadas autoridades para que intervengan en las declaraciones de reconocimiento de la filiación que se celebren en territorio español, sin que ello impida el ejercicio de dicha competencia a las autoridades públicas extranjeras que se hallen en

⁷⁷¹ Vid. E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional...*, *op.cit.*, pp 142-143, en cuanto a la relación entre competencia judicial internacional y la competencia registral en materia de filiación. Si el nacimiento se produce en el extranjero, es necesario que la inscripción de este hecho conste ante nuestras autoridades registrales. Sobre los problemas de traslado de las inscripciones de nacimiento de los Registros extranjeros *id.*, “La simulación en España de nacimientos acaecidos en el extranjero...”, *Derecho registral internacional. Homenaje...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 175-195.

⁷⁷² Vid. los art. 3 en relación con el art. 126 del Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y que ha sido modificado por R. D. 45/2007, de 19 de enero (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2007) proclama el derecho a la libre elección de Notario, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico.

⁷⁷³ El art. 1216 C.c expone que los documentos públicos son los autorizados por un notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley.

⁷⁷⁴ Menciona el art. 186 RRC el acto de conciliación, sin especificar a qué acto de conciliación se refiere. Vid. M. De la Cámara Álvarez afirma con rotundidad que “el RRC contempla la hipótesis de que alguien vaya a entablar una acción de reclamación y en el acto de conciliación previo el demandado reconozca su paternidad o maternidad” (“Art. 120 a 126...”, en *Comentarios al Código civil...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, p. 444). El documento público en cuestión será el acta que el Secretario debe levantar una vez celebrado el acto, donde ha de documentarse el reconocimiento y adquirir así la forma adecuada para poder determinar la filiación e inscribirse en el Registro civil, *vid.* J. Pere Raluy, *Derecho del Registro Civil...*, *op. cit.*, pp. 437-439.

España⁷⁷⁵. No obstante, la emisión de esta declaración que efectúa el progenitor ante la autoridad española y que genera el vínculo jurídico de la filiación se supedita a la regla *auctor* y a la *lex loci* de la forma del acto⁷⁷⁶. La *lex loci* somete las cuestiones de competencia y de forma a la ley de la autoridad que interviene, planteándose como única alternativa la aplicación del Derecho propio⁷⁷⁷.

No deja de ser casual que la ley del lugar de otorgamiento sea la opción más demandada en Derecho comparado⁷⁷⁸. En el ordenamiento italiano, conforme al art. 35.3 de la Ley núm. 218 de 31 de mayo de 1995, sobre la reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado⁷⁷⁹, el reconocimiento se regula por la ley del Estado en el que se produce, o por aquella que disciplina el contenido del acto. En cambio, en Bélgica, el Código de DIPr. de 16 julio de 2004 recoge la máxima *locus regit actum* en su art. 64. La Ley Federal suiza de DIPr., por su parte, impone las formalidades suizas a toda declaración de parentesco realizada en este país (art. 72), aunque se admiten los reconocimientos efectuados en el extranjero conforme a la regla *locus regit actum* (art. 73)⁷⁸⁰.

⁷⁷⁵ Sólo habría disociación entre la *lex loci* y la regla *auctor* en el caso de los documentos otorgados por autoridades diplomáticas y consulares de un Estado acreditadas en otro.

⁷⁷⁶ Vid. M. Aguilar Navarro, *Derecho civil internacional*, vol. II, Madrid, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1983, p. 344; M. Requejo Isidro, *Ley local y forma de los actos en DIPr.*, Madrid, Eurolex, 1998, pp 35. La confirmación de la regla *auctor* la encontramos en el sistema español en el art. 11.3 C.c para el caso de los actos jurídicos autorizados por funcionarios diplomáticos o consulares españoles en el extranjero. Vid. J. D. González Campos y A. Ortiz Arce de la Fuente, “Artículo 11”, *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, t. I. Madrid, Edersa, 1978, pp. 386-427, en espec. p. 422; J. D. González Campos y F. Garcimartin Alférez, “Artículo 11...”, *Comentarios al Código civil...*, loc. cit. op. cit., p. 838-842.

⁷⁷⁷ Vid. P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento...*, op. cit., p. 162; J. Niboyet, *Traité de droit international privé français*, t. VI, *Le conflit des autorités, le conflit de juridictions*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949, pp. 1 y 2.

⁷⁷⁸ Cfr. M. Requejo Isidro, *Ley local y forma...*, op. cit., pp. 320-323.

⁷⁷⁹ La traducción española de la ley de DIPr. italiana se puede consultar en N. Marchal Escalona, “La Ley de reforma de Derecho internacional privado...”, loc. cit., pp. 474-500. Vid. comentario de la Ley en esta misma revista de P. Picone, “La riforma italiana del Diritto internazionale...”, loc. cit., pp. 9-38.

⁷⁸⁰ Vid. A. Bucher y A. Bonomi, *Droit international privé...*, op. cit., p. 191; B. Dutoit, *Droit international privé suisse. Commentaire de la Loi fédérale...*, op. cit., pp- 66-74.

Por último, si el reconocimiento de la filiación se declara ante un agente diplomático o funcionario consular de España en el extranjero, su validez deberá determinarse conforme a la ley española, tal como versa en el art. 11.3 C.c.⁷⁸¹. En tales casos, también habrá que reparar en la ley del lugar de celebración, a efectos de decidir si las autoridades consulares españolas van a poder o no desempeñar su función en el país extranjero de que se trate, ya que la legislación de dicho Estado puede limitar las competencias a los funcionarios consulares extranjeros⁷⁸². Así, el apartado f) del art. 5 del Convenio de Viena de 1963 sobre relaciones consulares dispone que las autoridades consulares en el extranjero desempeñaran sus funciones, siempre que las leyes del Estado receptor no se opongan al ejercicio de tales actuaciones consulares.

El problema de la competencia *ratione materiae* de la autoridad consular española para intervenir en actos de reconocimiento del parentesco queda prácticamente solventado con la redacción del art. 11 C.c., el cual incluye, junto a contratos y testamentos, a los “demás actos jurídicos”⁷⁸³, lo que facilita que el reconocimiento de la filiación se realice ante nuestra autoridad consular instaladas en el extranjero.

La competencia territorial de la autoridad española que ejerce funciones consulares en el extranjero viene determinada por la “circunscripción consular”⁷⁸⁴. El problema que suscita el ejercicio de la función notarial por parte de los agentes consulares honorarios queda resuelto en el art. 4º del Anexo III del Reglamento Notarial⁷⁸⁵. Por lo que respecta a la nacionalidad de las partes en

⁷⁸¹ Vid. J. C. Fernández Rozas aclara que es una norma que incorpora técnicas de reglamentación de carácter unilateral o imperativo, cuyo objetivo esencial es fijar el ámbito de aplicación de la ley española en el espacio. La razón de ser de tal precepto no sólo estriba en la dificultad de su formulación bilateral, sino también en la operatividad de la misma (“Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª edic., t. 1, vol. 2, arts. 8 al 16 del C.c., Madrid, Edersa, 1995, pp. 1-95, en espec. pp. 50).

⁷⁸² Cfr. J. Torroba Sacristán, *Derecho Consular*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1993, pp. 298-300.

⁷⁸³ Vid. S. Álvarez González, “Artículo 11”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, arts. 8 al 16 del C.c., 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 841-842.

⁷⁸⁴ Vid. J. Torroba Sacristán, *Derecho consular...*, *op. cit.*, p. 299.

⁷⁸⁵ Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944 y que ha sido modificado por R. D. 45/2007, de 19 de enero (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2007). El art. 4 del Anexo III del Reglamento Notarial dispone que

el reconocimiento de la filiación, el art. 15 del Anexo III del Reglamento Notarial⁷⁸⁶ admite la posibilidad de que los extranjeros que otorguen documentos ante agentes diplomáticos o consulares de España, independientemente que tengan la nacionalidad del Estado receptor o la de un tercer Estado⁷⁸⁷. Y en este contexto, es posible que el que ha nacido en España sea reconocido por su progenitor, domiciliado en Marruecos, ante el Consulado español en este país, debido a las dificultades que le supone acceder a territorio español para declarar la paternidad.

B) Reconocimiento de la filiación en testamento y el DIPr.

El reconocimiento de la filiación contenido en un testamento plantea ciertas particularidades a nivel internacional. La reglamentación aplicable a la forma de los actos de última voluntad se contiene en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, sobre la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias⁷⁸⁸. El amplio abanico de conexiones de forma que ofrece en su

los Agentes consulares honorarios conservarán en todo caso y en todos los países la facultad de legalizar firmas, dar certificados de existencia, de consentimiento para contraer matrimonio, así como extender y autorizar protestas de averías y de naufragios y expedir, en general, toda clase de certificados que, no teniendo carácter notarial, estén comprendidos dentro de las atribuciones ordinarias de los Cónsules, a menos que éstas les sean limitadas por sus jefes inmediatos.

⁷⁸⁶ Que dispone que la capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante los agentes diplomáticos y consulares y que pertenezcan a país distinto de aquél en que dichos agentes se hallen acreditados. Se justificará, para el caso al que se refiere el apartado núm. 5.º del artículo 168 del Reglamento del Notariado, por certificación expedida por el Cónsul y, en su defecto, por el agente diplomático del país al que el extranjero pertenezca.

⁷⁸⁷ Vid. J. González Campos y F. Garcimartín Alférez, “Artículo 11...”, *Comentarios al Código civil...*, loc. cit., op. cit., pp. 838-842. El reconocimiento de los hijos no matrimoniales puede hacerse mediante declaración ante el encargado del Registro Civil, el Cónsul o en testamento u otro documento público. Si la declaración de reconocimiento figura ya en el Registro civil local, o se formula al solicitar la inscripción del nacimiento en el Registro Consular no será preciso que el representante del menor otorgue su aprobación para el reconocimiento o que lo apruebe el Cónsul en funciones judiciales. Otras formas de reconocimiento son la resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil y por sentencia firme, cuando se haya presentado una reclamación judicial de filiación.

⁷⁸⁸ (BOE núm. 197, de 17 de agosto de 1988). Este Convenio, del que no forma parte Marruecos, posee carácter *erga omnes* según señala en su art. 6, aplicándose la ley que resulte designada a través de su art. 1. y sustituyendo al art. 11.1 y 11.2 C.c. Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 3ª edic., 2004, op. cit., pp. 426-428.

art. 1 (en gran medida coincidentes con las del art. 11.1 del C.c.)⁷⁸⁹, son asimilables al testamento que invoca el reconocimiento de la filiación (se exceptúa la manifiesta contrariedad con el orden público recogido en el art. 7 del Convenio)⁷⁹⁰.

En Derecho marroquí no se contempla expresamente la posibilidad de reconocer la filiación a través de un testamento (art. 162 CFM). Sin embargo, las disposiciones testamentarias (arts. 295 y ss. CFM)⁷⁹¹ tienen la consideración de documentos públicos, lo que deja abierta la posibilidad al reconocimiento de la filiación mediante testamento⁷⁹². En consecuencia, ley aplicable a la forma del reconocimiento de la filiación efectuado en testamento ante la autoridad marroquí, se controlará según lo dispuesto en el citado Convenio debido a su carácter *erga omnes*.

⁷⁸⁹ Cfr. art. 1 del Convenio de La Haya de 1961, que se orienta clara e inequívocamente por el principio de *favor negotii*. La validez formal del testamento debe ser admitida si así lo contempla una sola de las ocho leyes siguientes; ley del lugar en que el testador hizo la disposición (*lex loci celebrationis*), ley de la nacionalidad del testador en el momento del otorgamiento, ley de la nacionalidad del testador en el momento de fallecimiento, ley del domicilio del testador en el momento del otorgamiento, ley del domicilio del testador en el momento de fallecimiento, ley de la residencia habitual del testador en el momento de fallecimiento o, tratándose de disposiciones testamentarias referidas a bienes inmuebles, ley del lugar de su situación.

⁷⁹⁰ En España, según el art. 254 del R.N., los notarios expedirán testimonio de los reconocimientos de hijos no matrimoniales efectuados en testamento para su anotación marginal en el Registro Civil. *Vid.* la Resolución (2ª) de la DGRN de 3 de febrero de 2005 (JUR 2005/150265) sobre reconocimiento de la paternidad realizado mediante testamento notarial y tramitado ante el Consulado General de España en Caracas. Esta resolución no plantea ningún problema sobre la forma testamentaria. Sin embargo, es dudoso el consentimiento prestado por el mayor de edad a efectos de reconocer.

⁷⁹¹ El art. 295 CFM afirma que “el testamento se concluye oralmente o por escrito y si el testador es incapaz de ello por signos”. El art. 296 CFM dispone que “se requiere para la validez del testamento que esté certificado por dos adules o por cualquier autoridad oficial apta para legalizarlo, o que el testador lo hubiese redactado de puño y letra y con su firma”. Se refiere a una forma testamentaria en el mismo sentido que la prevista en la legislación española.

⁷⁹² En Derecho marroquí existe una institución sólo para el ámbito de la sucesiones llamada *Tanzil* y traducida por sustitución de herederos o adopción testamentaria. En ella, el testador puede incluir a una persona a efectos de herencia para que obtenga un legado que no exceda 1/3 de lo disponible, y siempre con la autorización del resto de los herederos (art. 315 a 320 del CFM). Pero en ninguna ocasión supone legitimar a esta persona como hijo del testador, ya que el *Tanzil* no es una vía para determinar la filiación.

Como el testamento y el reconocimiento poseen naturaleza jurídica distinta⁷⁹³, si el primero se invalidara por razones de fondo su ineficacia no afectará al reconocimiento⁷⁹⁴. En cuanto a la nulidad formal, la filiación subsistirá siempre y cuando sean respetadas las formas del reconocimiento en virtud de su ley reguladora.

⁷⁹³ Vid. A. Cañizares Laso, *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Madrid, Montecorvo, 1990, p. 21.

⁷⁹⁴ Opinión compartida con M. Requejo Isidro, *Ley local y forma...*, *op. cit.*, pp. 327-328.

3. Condiciones sustanciales de validez en el reconocimiento de la filiación

A) Capacidad activa

a) Conexiones alternativas en la capacidad activa para el *favor filii*

La capacidad activa en el reconocimiento voluntario corresponde a la aptitud del progenitor para efectuar la declaración de filiación. Las legislaciones de ambos países⁷⁹⁵ obligan a quien reconoce a poseer de la capacidad fisiológica para procrear⁷⁹⁶ y de discernimiento suficiente⁷⁹⁷, pues también el ordenamiento marroquí condiciona la capacidad activa a gozar de plenas facultades mentales (art. 160.1 CFM) y poseer capacidad fisiológica para engendrar⁷⁹⁸.

⁷⁹⁵ La legislación española no especifica cómo debe ser el sujeto capacitado para reconocer a un hijo, aunque toda persona que se crea progenitor tendrá dos limitaciones para efectuar tal declaración: que la diferencia de edad entre el reconocedor y el hijo sea suficiente como para demostrar la capacidad fisiológica para procrear y que se posea discernimiento, *vid.* F. Lledó Yagüe, “El contenido básico de la filiación”, *Sistema de Derecho Civil...*, 2002, *loc. cit. op. cit.*, p. 304. Para el CFM, sólo se hace alusión a que el padre que realice el reconocimiento debe reunir plenas facultades mentales (art. 160.1 CFM). A falta de lo expuesto en la ley, hay que acudir a la Escuela maliquí, que considera que el individuo capacitado para reconocer a un hijo es el que por edad biológica pueda ser padre del reconocido, y además deberá tener discernimiento necesario para hacerlo.

⁷⁹⁶ En la Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 1993 (*Anuario de la DGRN*, 1993, vol. I, pp. 1936-1938) un varón que tenía trece años en el momento de la concepción tramita posteriormente un reconocimiento de la paternidad. Se cuestiona esta situación por la poca diferencia de edad entre el reconocedor y el nacido. La DGRN plantea al Ministerio Fiscal que “no puede oponerse a un reconocimiento del art. 120.1 Cc., incluso si el que afirma ahora ser el padre hubiera formalizado el reconocimiento en el momento en que nació la hija, su falta de edad no hubiera cerrado definitivamente la puerta a la inscripción del reconocimiento...Quedaría siempre a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal impugne la paternidad por la vía judicial ordinaria (art. 129, 138 y 140 del C.c.)”. De ello se puede llegar a la conclusión de que no hay una edad determinada para poder reconocer, pero sí se requiere que sea una edad en la que se pueda procrear.

⁷⁹⁷ *Vid.* L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, *Sistemas de Derecho Civil...*, 2005, *op. cit.*, p. 244; M. Albaladejo García, *El reconocimiento de la filiación...*, *op. cit.*, p. 134. Las leyes forales son un poco más explícitas; así la Compilación Navarra, ley del 69, permite el reconocimiento a “toda persona púber”, pero si es menor de edad o incapacitado, se requerirá aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal. En términos semejantes, el art. 6.1 de la Ley catalana de filiación. No obstante, la norma marroquí (art. 160.1 CFM) quizás esté pensada para el reconocedor, que está en su lecho de muerte, y que quiere declarar la filiación de una persona. Esto es así porque el precepto recoge la necesidad de discernimiento suficiente para realizar tal afirmación.

⁷⁹⁸ Así, la persona que reconozca debe ser mayor en edad que el reconocido o, al menos, que exista una diferencia mínima entre ellos como para presumirlo suyo. *Cfr.* L. Milliot y F.

El sistema material español admite como principio general que cualquier persona pueda reconocer, fuera o dentro del matrimonio, originándose una filiación no matrimonial, aunque en ciertos supuestos de minoría de edad o incapacidad del presunto progenitor se exigirá la aprobación judicial para valorar la correcta formación de la voluntad. En Derecho marroquí, la capacidad para declarar la filiación queda limitada por el fondo, cuando dispone que: “la declaración de paternidad no sea desmentida por la razón o la costumbre” (art. 160.3 CFM). Estos condicionantes influyen directamente en la capacidad para ser reconocido en Derecho marroquí, y será en este apartado donde se profundizará sobre este tema. No obstante, hay que adelantar que la interpretación de este precepto por la doctrina actual marroquí es la referida a la aptitud no fraudulenta del declarante de la filiación, por lo que éste no podrá reconocer a un hijo nacido de relaciones ilegítimas⁷⁹⁹. Además, en el Derecho clásico musulmán se insiste en que el progenitor que reconoce debe tener una diferencia de edad mínima respecto del reconocido y no debe residir en país distinto al de la madre para que tal reconocimiento será válido⁸⁰⁰. En definitiva, la capacidad activa regulada por el ordenamiento marroquí queda sometida a estas restricciones interpretadas por el Derecho clásico, lo que restringe las posibilidades del progenitor que voluntariamente pretenda declarar su paternidad.

En el marco de la CIEC se adopta la Convención número 18 relativa al reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera de matrimonio. Según el

P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman...*, 2001, *op. cit.*, p. 411; Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé...*, *op. cit.* p. 52; S. Ben Halima, *La filiation paternelle légitime en droit tunisien...*, *op. cit.*, p. 129.

⁷⁹⁹ Cfr. M. Al Kashbour, *Al bonowa wa nasab fi modawana al osra (bunawa y nasab en la Mudawana de la familia)*, Casablanca, Annajah al Jadida, 2007, p. 111 (en árabe y traducción propia); L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l'étude...*, 2001, *op. cit.*, p. 411; S. Mernissi, “La filiation de l'enfant en droit musulman...”, *loc. cit.*, pp. 132 y 133.

⁸⁰⁰ La Escuela maliquí exige una cierta diferencia de edad entre el reconocedor y el reconocido, aunque no se especifica la cifra exacta. Además, se comprueban que las circunstancias del nacimiento hagan posible la paternidad del autor. Así, un niño encontrado en Occidente (*Magreb*) no podrá ser reconocido por un nacional de un país del Oriente musulmán, si se prueba que el reconocedor jamás ha estado en el *Magreb*. El resto de Escuelas exponen que sólo hará falta una apariencia de veracidad en el reconocimiento para que éste sea aceptado, sin añadir más requisitos, *vid.* Y. Linan de Bellefonds, *Traité de Droit Musulman...*, *op. cit.*, p. 52; L. Milliot, *Introduction a l'étude...*, 2001, *op. cit.*, p. 392.

art. 1 del Convenio núm. 18, la ley que tiene vocación de regir tanto las condiciones de fondo como las de capacidad es la nacional o de la residencia habitual en el momento del acto, bien del autor del reconocimiento, bien del hijo. Este instrumento ofrece hasta cuatro conexiones alternativas⁸⁰¹, aunque no son aplicables ni a España, por no haber ratificado tal Convención⁸⁰², ni a Marruecos, por no ser parte de la CIEC⁸⁰³.

Tanto el Convenio de la CIEC como las normas de DIPr. de ciertos países utilizan conexiones específicas para la determinación de la capacidad activa. La Ley italiana de DIPr., en su art. 35 dispone que la facultad del progenitor que declara voluntariamente la filiación se rige por su ley nacional. Asimismo, el Código de Derecho internacional privado de Bélgica prevé la ley nacional de la persona reconocedora en el momento en que realiza el acto⁸⁰⁴. En

⁸⁰¹ *Vid.* D. Van Iterson, “La nueva Ley holandesa reguladora de los conflictos de leyes...”, *loc. cit.*, pp. 1069-1073. Este autor critica la falta de una excepción de orden público en esta Convención de la CIEC, pues considera que es un medio para combatir los falsos reconocimientos declarados con el único fin de adquirir una residencia legal y para eludir las normas de extranjería.

⁸⁰² Respecto a la Convención núm. 18 sobre reconocimiento voluntario de hijos nacidos fuera de matrimonio, en la actualidad sólo ha sido ratificada por Francia y Turquía, aunque falta de una tercera ratificación para entrar en vigor en estos países.

⁸⁰³ *Vid.* la Circular de 11 de enero de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre países contratantes de los Convenios de la Comisión Internacional.

⁸⁰⁴ El Consejo de Estado belga ha señalado una dificultad práctica por la el criterio propuesto puede derivar en un conflicto positivo de filiación. El profesor M. Fallon cita un ejemplo de la filiación de un hijo al que se presentan dos hombres de distinta nacionalidad como posibles padres de éste. En virtud de la regla general, se aplicará a cada una de los dos presuntos progenitores las reglas de su nacionalidad y es posible que cada uno de ellos sea considerado como el padre según lo dispuesto en su normativa. Aunque sea un caso raro, se deben dar soluciones y éste es el objeto del art. 62.2 Ley de DIPr. belga que expone: “cuando un vínculo de filiación se establece válidamente según el derecho aplicable en virtud de la presente ley respecto a varias personas del mismo sexo, el derecho que rige la filiación –resultado de pleno derecho de la ley determina el efecto que tiene sobre ella un acto de reconocimiento. En caso de conflicto entre varias filiaciones que resultan de pleno derecho de la ley, se aplica entre los derechos señalados, el del Estado con el cual la situación presenta los vínculos más estrechos. Cuando un niño es válidamente reconocido según el derecho aplicable en virtud de la presente ley, por varias personas del mismo sexo, el derecho que rige el primer reconocimiento determina el efecto sobre ella de un reconocimiento ulterior”, *vid.* la exposición de motivos de la ley en M. Fallon et J. Erauw, *La nouvelle loi sur le droit international privé...*, *op. cit.*; M. Fallon, “La matérialisation du nouveau droit international privé belge”, en AA.VV., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1493-1511.

los Países Bajos se soluciona tal cuestión con puntos de conexión jerárquicos, basándose prioritariamente en ley nacional del autor para regular las condiciones del que reconoce. Ahora bien, si las nacionalidades son múltiples, se permite acudir a cualquiera de las leyes nacionales, sea o no la nacionalidad efectiva. Cuando el reconocimiento no es posible en virtud de la ley nacional del autor, se acudirá a la ley de la residencia habitual o a la nacionalidad del hijo. Como alternativa última, se dispone acudir a la ley de la residencia habitual del reconocedor si las leyes anteriores no regulan tal institución⁸⁰⁵. La Ley de DIPr. de Estonia hace referencia en su art. 62.2, último apartado a que un progenitor puede reconocer de conformidad con la ley de su residencia habitual⁸⁰⁶. Por otra parte, el Código de DIPr. japonés, aprobado en Ley núm. 78, de 21 de junio de 2006⁸⁰⁷ no hace alusión específica a la capacidad para reconocer, aunque mantiene en su art. 29 que el establecimiento de la filiación no matrimonial se somete al derecho de la nacionalidad del padre en el momento del nacimiento para la relación del hijo con el padre, mientras que la relación con la madre será conforme a la ley de la nacionalidad de la madre en el momento de nacimiento. Tampoco en la Ley núm. 56/1999 de DIPr. y Procedimiento de Eslovenia⁸⁰⁸ se menciona expresamente la capacidad para reconocer, pero en su art. 45 prevé que para el proceso de reconocimiento del hijo como legítimo se evaluará según la ley de la nacionalidad de los padres. Si éstos son de diferentes nacionalidades se realizará según la ley del país por la cual el hijo fue reconocido como legítimo. Y, por último, llama la atención el Código DIPr. de Bulgaria, núm. 42, de 17 mayo de 2005⁸⁰⁹, al no referirse en el art. 83.4 a la institución propiamente dicha del reconocimiento voluntario sino que dispone una solución específica para legitimar al hijo, introduciendo para tal fin distintas conexiones, como la nacionalidad de la persona que va a legitimar o también mediante la nacionalidad del hijo. En definitiva, cada legislador considera apropiado acudir a una o varias

⁸⁰⁵ Art. 4, apartados 1, 2 y 3, de la Ley de 14 de marzo 2002, que contiene la normativa de conflictos de leyes en materia de filiación (*J. O.* núm. 153), que se puede consultar en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002-II, pp. 389-393; D. Van Iterson, “La nouvelle loi néerlandaise règle les conflits...”, *loc. cit.*, pp. 46-51.

⁸⁰⁶ En <http://www.reci.org/DIPr.htm>

⁸⁰⁷ En <http://www.reci.org/DIPr.htm>

⁸⁰⁸ En <http://www.reci.org/DIPr.htm>

⁸⁰⁹ En <http://www.reci.org/DIPr.htm>

conexiones para determinar la capacidad activa en el reconocimiento voluntario, ofreciendo respuesta directa a tal cuestión.

El DIPr. español parte de la vinculación directa entre la capacidad de reconocer a un hijo y la capacidad general de obrar. De este modo, el art. 9.1 C.c.⁸¹⁰ remite a la ley personal del actor del reconocimiento. Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina⁸¹¹ considera la capacidad en el reconocimiento filiatorio como un acto de naturaleza especial⁸¹² y, por tal razón, ésta se debe regir por lo dispuesto en el art. 9.4 C.c., cuya aplicación deriva de la ley personal del hijo. Esta última consideración no debería resultar extraña al sistema de DIPr. español, pues ya en materia de adopción internacional se viene haciendo en este sentido⁸¹³, acudiendo a su propia regulación contenida en la Ley 54/2007, de 29 de diciembre, de adopción internacional, en lugar de aplicar el 9.1 C.c.

Aún no existiendo solución específica en el sistema de DIPr. español, se considera una respuesta adecuada mantener la conexión nacionalidad, vinculada al estatuto personal para verificar la capacidad activa del autor del reconocimiento, pues tiene la gran ventaja de tratarse de una conexión estable,

⁸¹⁰ El artículo 9.1 del C.c. señala que “la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”. Sobre esta norma *vid.* M. Aguilar Benítez de Lugo, “Artículo 9, apartado 1”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2, art. 8 a 16 del C.c., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1995, pp. 163-180. Para la aplicación de la ley nacional del sujeto que reconoce *vid.* las Resoluciones de la DGRN de 22 de julio de 1988 (*Anuario de la DGRN*, pp. 937-941); de 2 de septiembre de 1976 (*Anuario de la DGRN*, pp. 284-290); de 13 de octubre de 1976 (*Anuario de la DGRN*, pp. 309-312).

⁸¹¹ Este razonamiento se basa en la postura de M. Amores Conradi, “Comentario al art. 9.1 del C.c.”, *Comentario al Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 76-79, en espec. p. 78. *Vid.* también a N. Bouza Vida, “Artículo 9. 4 del C.c...”, *Comentarios a las Reformas...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 29-30.

⁸¹² *Cfr.* L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 214-215, “la capacidad de obrar plena se refiere de una manera indeterminada al conjunto de actos y negocios jurídicos que puede realizar una persona. Ocurre, sin embargo, que la peculiar naturaleza de alguno de los actos o negocios jurídicos pueden exigir determinadas condiciones de aptitud. Se habla, entonces, de una capacidad especial”.

⁸¹³ Opinión compartida también por N. Bouza Vidad, “Artículo 9.4...”, *Comentarios a las reformas...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 29.

dado que suele ser más complicado cambiar de nacionalidad que de residencia⁸¹⁴. La nacionalidad, al ser menos alterable, evita además el fraude y potencia la seguridad en cuanto a la ley aplicable. Asimismo, constituye un vínculo que permite mantener al autor del acto sus lazos jurídicos y sociales con su país de origen, y no lo sujeta a las leyes del país de la residencia habitual⁸¹⁵. En el curso de la Haya de 1995 ya se sostenía que del vínculo de la nacionalidad debe construirse desde la idea originaria de la identidad nacional y cultural del individuo⁸¹⁶.

La revalorización de la nacionalidad como conexión cultural presenta riesgos⁸¹⁷. Su mayor inconveniente es que no garantiza la aplicación de la ley correspondiente al medio social donde el individuo desarrolla su vida. En el caso de un marroquí con larga residencia en territorio español y que pretende reconocer al hijo, la capacidad para el acto queda sometida a su ley nacional, con resultado insatisfactorio, dado que se trata de una ley casi desconocida y que le puede ocasionar un resultado perjudicial. Utilizar el vínculo de la nacionalidad llevaría a aplicar leyes extranjeras que pueden impedir al Estado realizar en su territorio los objetivos que persigue, dada la necesidad de vincular al individuo al

⁸¹⁴ La conexión nacionalidad de la persona que, en otros tiempos, tenía su razón de ser en la manifestación de la expresión del principio de soberanía del Estado sobre sus nacionales. En la actualidad, la soberanía de la nación no está en juego a la hora de precisar la ley aplicable a su población.

⁸¹⁵ Para ver la revalorización que supone hoy en día la conexión nacionalidad como vehículo garante de la identidad y diversidad cultural de los extranjeros residentes en Europa *vid.* A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio islámico...*, *op. cit.*, pp. 24-29 y la bibliografía contenida en esta obra. Sobre las razones de mantener el criterio de la nacionalidad *vid.* A. Borrás Rodríguez y J. D. González Campos, “La loi national à l’heure de la réforme du droit international privé...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 140-142.

⁸¹⁶ *Vid.* E. Jayme, “Identité culturelle et intégration...”, *loc. cit.*, pags. 167 y 170.

⁸¹⁷ En general, sobre los méritos respectivos de la ley nacional y la ley del domicilio o residencia habitual *vid.* P. Mayer, “Évolution du statut de la famille en droit international privé”, *JDI*, 1977-2, pp. 447-469, en espec. pp. 451-457; Y. Loussouarn, “La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé”, *Annuaire IDI*, 1987, vol. 62-I, pp. 295-381; F. Rigaux y M. Fallon, *Droit international privé*, 3ª edic., Bruselas, Lacier, 2005, pp. 491-493; P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, núm. 68, pp. 225-243, en espec. pp. 239-249; Y. Loussouarn, P. Bourel y P. de Vareilles-Sommières, *Droit international privé*, 9ª edic., Paris, Dalloz, 2007, pp. 195-206.

medio social en el que se desenvuelve, mediante el principio de proximidad⁸¹⁸ y la presencia de intereses materiales (*favor filii*)⁸¹⁹.

Un sector de la doctrina ya destacó que la variabilidad de las migraciones influye en la ley aplicable al estatuto personal⁸²⁰, y que por eso el DIPr. español debe adaptarse a los nuevos aires multiculturales, con el fin de solucionar los inconvenientes planteados por la conexión nacionalidad. La pretensión de la conexión que se acoge para regir la cuestión de la capacidad para reconocer tiene que seleccionar el Derecho que beneficie en mayor grado el objetivo material considerado justo por el legislador⁸²¹, que en este caso será pontenciar el *favor filii*. Se estima que los beneficios derivados de la conexión residencia habitual son relevantes como para que se recurra alternativamente a ésta en lo referente a la capacidad para reconocer. Utilizar la residencia habitual de la persona implicada solucionaría los problemas con ordenamientos de base jurídica musulmana, como el marroquí, que limitan a sus nacionales la posibilidad de declarar voluntariamente la filiación.

Lo que parece claro es la presencia de la persona del progenitor en el acto de reconocimiento debe quedar reflejada en la norma conflictual, pues participa voluntariamente en la declaración de filiación, lo que conlleva a que la capacidad del aquél venga determinada por su ley nacional o por la de su residencia

⁸¹⁸ Vid. P. Lagarde, “Le principe de proximité...”, *loc. cit.*, pp. 9-239; T. Ballarino, “Le principe de proximité chez Paul Lagarde. Quelques précisions et développements récents”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur...*, *op. cit.*, pp. 37-54.

⁸¹⁹ En cuanto a la fuerza y significado del *favor filii* como principio de solución en el Derecho internacional privado de la filiación *vid.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiiza...*, *op. cit.*, pp. 191-196.

⁸²⁰ Vid. J-Y. Carlier, “Autonomie de la volonté et statut personnel”, *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflits de lois: le statut personnel*, Casablanca, Cahiers des Droits Maghrébins, 1995, núm. 1, vol. 1, pp. 5-17; *id.*, “Le respect du statut personnel musulman. De quell droit, par quel droit?”, en J-Y. Carlier y M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 385-396; *id.*, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

⁸²¹ Sobre la tendencia a as normas de conflicto materialmente orientadas y los fines pretendidos *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 116-117; A. L. Calvo Caravaca, “La norma de conflicto del siglo...”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 1368.

habitual, siempre que se favorezca el *favor filii*⁸²². Tal es del caso de padre marroquí con residencia habitual en España que pretende reconocer voluntariamente al hijo conforme a su Derecho nacional. La conexión nacionalidad del progenitor remite al ordenamiento marroquí, pudiendo limitar la capacidad activa debido a lo establecido en el art. 160.3 CFM (razón y costumbre). Y es que la ley marroquí no otorga abiertamente la posibilidad de reconocer al hijo nacido fuera del matrimonio, lo cual atentaría al *favor filii*. En cambio, se permitirá al progenitor marroquí que reside en España reconocer a su hijo natural conforme a la ley de su residencia habitual, sin pasar por su ley nacional⁸²³, con el riesgo de crear situaciones claudicantes en las relaciones hispano-marroquíes, ya que no será posible dar validez en Marruecos a la declaración de paternidad natural realizada en España hasta que la jurisprudencia marroquí flexibilice tales límites o que el legislador modifique el CPM, al abolir la pena existente por mantener relaciones sexuales fuera del matrimonio. Hay que reconocer que este mismo resultado se alcanzaría con el correctivo del orden público internacional español, ya que si la norma de conflicto remitiera al Derecho marroquí, donde se limita la posibilidad de reconocer al hijo, terminaría por aplicarse la normativa española.

En una futura reforma del DIPr. español en materia de filiación resultaría conveniente la introducción alternativa de las conexiones nacionalidad o la residencia habitual del progenitor reconocedor, que estarían llamadas a operar para las cuestiones de capacidad activa. Ambos puntos de conexión se situarían en el mismo plano, de modo que cualquiera de ellos podría operar alternativamente para localizar la ley aplicable a la capacidad del reconocedor, siempre que se potencie el *favor filii*. Tal opción protege a la vez los intereses del hijo y los del progenitor que pretende ver satisfecho su deseo de establecimiento de paternidad conforme a la ley que más estrechamente se encuentre vinculado. Ahora bien, no se debe abandonar la conexión tradicional de la nacionalidad para respetar la soberanía de ciertos Estados extranjeros que revalorizan la ley

⁸²² Vid. S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios del Código civil y Compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 229-230. El autor plantea la posibilidad de orientar materialmente la indefinición respecto a la capacidad para reconocer, o bien mediante la ley nacional del autor del reconocimiento a través de la ley nacional del hijo, y así favorecer el reconocimiento.

⁸²³ Esta propuesta también se lleva a cabo en el sistema francés. Vid. P. Lagarde, P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe...”, *loc. cit.*, pp. 239-240.

nacional de sus ciudadanos⁸²⁴. Elegir entre la ley de su nacionalidad o la de su residencia habitual supone superar la tensión entre la asimilación o integración, por un lado, y el respeto por la identidad cultural por otro, además de una solución adaptada a la voluntariedad del reconocimiento⁸²⁵. Piénsese, por ejemplo, en el reconocimiento voluntario de progenitor marroquí y naturalizado español relativo a la filiación menor marroquí, hijo de madre marroquí, nacido en España y residente en Marruecos. Sólo en virtud de la ley española, correspondiente a la actual nacionalidad del progenitor, sería posible que se efectuara tal reconocimiento.

Finalmente, si cualquiera de los implicados cambia de nacionalidad o de residencia habitual con posterioridad al nacimiento del hijo, puede plantearse un problema de conflicto móvil. Esta complicación se evitaría si el criterio de conexión se fijara en el tiempo, pudiendo precisar como momento determinante el de la realización del acto⁸²⁶. Pero también la cláusula del *favor filii* optimizaría el resultado, al permitir invocarla ante un cambio de nacionalidad del hijo para lograr aplicar la ley personal al tiempo del nacimiento o la ley personal posterior, si aquélla o ésta resultan más favorables.

b) Peculiaridades de la capacidad activa de los menores y los incapacitados

Las particularidades que presenta el acto voluntario para declarar la paternidad o maternidad cuando lo realizan menores o incapaces merecen un examen detallado. La intervención de estos sujetos en la realización de un acto

⁸²⁴ Vid. P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe...”, *loc. cit.*, p. 225-243, en espec. pp. 239, que explica que en determinadas materias, como la adopción, se opte por reforzar la ley nacional para respetar ciertos ordenamientos, como el marroquí o argelino donde se prohíbe tal institución respecto de sus nacionales, y así evitar el tráfico de menores.

⁸²⁵ Es de destacar el carácter voluntario y personalísimo del reconocimiento voluntario de la filiación, por lo que no cabe delegación de la facultad de reconocer ni otorgar poder o mandato con tal contenido. Vid. J. A. Ayarza Sancho, “La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación...”, *loc. cit.*, pp. 1-6.

⁸²⁶ En este sentido, *vid.* las conexiones utilizadas para la capacidad de reconocer de la Ley holandesa reguladora de los conflictos de leyes en materia de filiación, de 12 de marzo de 2002, publicada en versión francesa en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2002-II, pp. 389-393. Vid. el artículo en español de D. Van Iterson, “La nueva ley holandesa reguladora de los conflictos...”, *loc. cit.*, pp. 1069-1073.

exige tener en cuenta ciertos añadidos por la Ley, al estar necesitados de protección especial, convirtiéndose en una cuestión previa a la capacidad para reconocer. En el sistema español de DIPr., las causas de incapacidad bien por razón de la edad o mentales, se recogen en la ley personal del sujeto (art. 9.1 C.c.)⁸²⁷.

En el ordenamiento español la regla general permite celebrar el acto de reconocer sin consentimiento judicial, siempre que se refiera a individuos capacitados mayores de edad, a los menores emancipados y a los mayores de catorce años que poseen dispensa para contraer matrimonio⁸²⁸. En el resto de los supuestos se necesita la conformidad de un juez (art. 121 del C.c.)⁸²⁹. Esta intervención judicial pretende proteger al máximo los intereses de los menores o

⁸²⁷ La mayoría de edad no implica la capacidad de obrar si concurre una enfermedad o deficiencia física o psíquica que justifiquen la inhabilitación. En el caso de los mayores de edad, la incapacitación es un requisito previo e imprescindible para adoptar la mayoría de medidas de protección. No ocurre lo mismo en el caso de los menores, pues las medidas se imponen por el mero hecho de tratarse de sujetos especialmente vulnerables, sin que sea necesaria su incapacitación. Para un análisis más riguroso *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Rozas, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 309-312; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 6ª edición, Granada, Comares, 2005, pp. 28-30; C. González Beilfus, “La protección de adultos en DIPr.”, *Estatuto personal y multicultural*, Madrid, Colex, pp. 85-102; P. Lagarde, “La Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000-II, pp. 159-179; M. P. Diago Diago, “Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado”, *geriatrianet.com*, 2001, vol. 3, núm. 1.

⁸²⁸ El menor puede reconocer, en todo caso, siempre que tenga la capacidad que se le exige para contraer matrimonio. Un sector de la doctrina civil considera que las normas restrictivas de la capacidad no deben ser objeto de la interpretación extensiva, tal y como se expone en F. Rivero Hernández, “La filiación no matrimonial”, *Derecho de familia...*, 1997, *loc. cit. op. cit.*, p. 492.

⁸²⁹ Al respecto, el art. 121 C.c. señala dos grupos: 1) Los que pueden hacer el reconocimiento por sí solo sin necesidad de intervención judicial, que serían los plenamente capaces y también los menores que pueden contraer matrimonio; 2) Los incapaces o quienes no pueden casarse por razón de edad. El reconocimiento sigue siendo posible, pero no vale como título de determinación legal si no se cumple con el requisito de la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal. Sin ella, el reconocedor menor o incapaz no queda vinculado por su declaración. *Vid.* S. Díaz Alabart, “La edad mínima para reconocer hijos”, *RDP*, 1983, pp. 531-540; M. Peña Bernaldo de Quirós, “La intervención de la autoridad judicial en los reconocimientos de la filiación”, *Cuadernos de Derecho Judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 57-63; F. Rivero Hernández, “Filiación extramatrimonial”, *Derecho de Familia...*, 1997, *loc. cit., op. cit.*, p. 492.

incapacitados directamente afectados por el reconocimiento⁸³⁰. La aprobación judicial prevista en el art. 121 C.c. se conecta directamente con la capacidad del reconocedor⁸³¹, que únicamente se exige cuando el individuo está incapacitado o es un menor no emancipado. En el futuro, cuando se apruebe el Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil, existirá un tratamiento específico del expediente de aprobación judicial o autorización necesaria para otorgar validez al reconocimiento de la filiación en los casos mencionados⁸³².

El Derecho marroquí, por su parte, no alude a los casos de la capacidad de menores o individuos con disfunciones para el reconocimiento de la filiación, aunque dispone que el reconocedor mayor de edad conserve sus facultades

⁸³⁰ No es el caso de la exigencia de aprobación judicial del art. 124 C.c respecto de la persona reconocida, que regula el régimen jurídico al que quedan sometidos los reconocimientos de hijos menores de edad o incapaces, aunque con la redacción equívoca que podría referirse tanto al reconocimiento otorgado por un menor o incapaz como al reconocimiento de un hijo menor de edad o incapaz. Se advirtió esta duplicidad durante su tramitación parlamentaria de la enmienda 191 presentada en el Congreso de los Diputados y, con el fin de dar una mayor concreción y una fácil interpretación, se propuso que: “para reconocer eficazmente a un menor o incapaz se requerirá...”. *Vid. Código civil (Reformas 1978-1883) Trabajos Parlamentarios...*, *op. cit.*, p. 282. Una parte de la doctrina civilista también incide en lo confuso de la redacción. *Vid. R. Durán Rivacoba, “La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz”, ADC, 1987-1, pp. 139-194, en espec. p. 142; J. Pozo Vilches, El reconocimiento de la filiación...*, *op. cit.*, p. 59. Por tanto, la aprobación judicial del art. 124 del C.c. tiene un sentido diferente: no es un complemento de capacidad, ni trata tampoco de proteger el interés público en cuanto a la legalidad del título, sino que se requiere sólo en interés y conveniencia del reconocido y no condiciona la validez del reconocimiento sino su eficacia. *Vid. M. Peña y Bernardo de Quirós, “De la determinación y prueba de la filiación”, Comentarios a la reforma del Derecho de Familia, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 828-1023, en espec. p. 920-922. De esta manera, la intervención judicial del art. 124 C.c. queda bajo el ámbito de ley nacional del hijo (art. 9.4 C.c.).*

⁸³¹ Con esta intervención se trata de amparar los intereses de los menores o incapacitados directamente afectados por el reconocimiento. La ley española atribuye en estos casos la decisión a la autoridad judicial y no a los representantes legales, ya que la ley tiene en cuenta que la determinación legal de la filiación confronta, a menudo, el interés personal del representante legal con el interés personal del menor o incapaz a quien se quiere tutelar. El ordenamiento jurídico español ha querido que los que sufren limitaciones en su capacidad de obrar puedan reconocer la filiación. *Vid. M. Requejo Isidro, Ley local y forma de los actos...*, *op. cit.*, pp. 328-329; M. Peña y Bernaldo de Quirós, “De la determinación y prueba de la filiación...”, *Comentarios a la Reformas...*, 1984, *op. cit.*, pp. 909-910.

⁸³² *Vid. el art. 39 a 42 del Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria, en BIMJ, 15 de noviembre de 2006, suplemento al núm. 2025, en espec. pp. 47-48*

mentales (art 160 CFM). Aunque la nueva regulación marroquí ha reformado la mayoría de edad a dieciocho años, tanto para el hombre como para la mujer (art. 209 CFM), se sigue manteniendo la capacidad de obrar limitada para el menor de doce años con discernimiento y el débil mental (art. 213 CFM). De hecho, para que un menor formalice un matrimonio necesita la autorización de su tutor, su representante legal o, en su defecto, el permiso de un juez de menores (arts. 13.3, 20 y 21 CFM)⁸³³. El menor que no ha alcanzado el discernimiento, junto con el demente y aquél que ha perdido la razón, no tendrán capacidad de obrar (art. 217 CFM), es necesaria la representación legal ejercida a título de tutela legal, testamentaria o dativa (art. 229 CFM). En definitiva, tanto en un sistema como en el otro se añade un *plus* de protección para que los menores e incapaces puedan reconocer.

El reconocimiento por parte de un menor de edad o incapaz extranjero y su complemento de la capacidad se rige por la ley rectora de la capacidad (art. 9.1 C.c.)⁸³⁴. Pero esta afirmación no es rotunda, porque entraría en juego la ley de foro como cuestión procesal (art. 10.1 C.c.)⁸³⁵ o, por contra, se consideraría como una capacidad especial y quedaría bajo el ámbito de la ley del fondo de la filiación (art. 9.4 C.c.). En cualquier caso, la aprobación judicial, sea como complemento o como control de la capacidad del menor o del incapaz⁸³⁶, se

⁸³³ El tutor puede negarse a autorizar el reconocimiento de paternidad porque repercute económicamente sobre el patrimonio del menor puesto bajo su tutela y, además, le confiere al menor cierta autonomía pecuniaria (art. 226 CFM).

⁸³⁴ Cfr. S. Álvarez Gonzalez, “Artículo 9, apartado 4”, *Comentarios al Código...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 229-230.

⁸³⁵ Otras alternativas, más respetuosas con el mandato de nuestro sistema conflictual, pueden plantear complejos problemas de inadaptación, *vid.* N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4 del C.c...”, *Comentarios a las reformas...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 30.

⁸³⁶ No existe acuerdo en la doctrina civil española en cuanto a si la aprobación judicial constituye un complemento de capacidad del menor o incapaz o si se trata de un requisito esencial de control para que el acto del reconocimiento sea válido. *Vid.* J. L. Lacruz Berdejo y otros exponen que el reconocimiento puede ser nulo por defecto de capacidad del reconocedor sino recae la aprobación judicial (*Elementos de Derecho civil...*, 2002, *op. cit.*, pp. 345 y 352). Esta opinión es compartida por M. Peña y Bernaldo de Quirós, “De la determinación y prueba de la filiación...”, *Comentarios a las reformas...*, 1984, *loc. cit. op. cit.*, p. 936; M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 136 a 141”, en M. Alabaladejo y S. Díaz de Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 796-963, en espec. pp. 943 y 944. Sin embargo, hay otro sector doctrinal que consideran la naturaleza de la aprobación judicial como un requisito legal a modo de control de legalidad por las particularidades condiciones del reconocedor, y que el juez no

enmarca en la ley rectora de la capacidad (art. 9.1 C.c.), que disciplinará tanto la capacidad para reconocer como la necesidad y la forma en que se realizará el complemento de dicha capacidad⁸³⁷.

Para otorgar validez al reconocimiento de un menor o incapaz marroquí, hay que verificar si su legislación le garantiza un “umbral mínimo de protección”⁸³⁸. Si la *lex causae* no prevé la intervención de la autoridad judicial, como ocurre en el ordenamiento marroquí cuando la capacidad del menor o del incapaz es completada por su tutor o por su representante legal, el mínimo de protección queda asegurado con la intervención de estas personas. Tal y como se ha expuesto *supra*, no hay que olvidar la condición de fondo del art. 160.3 CFM que rige en cualquier declaración voluntaria de paternidad, por lo que el reconocimiento del incapaz o menor de edad queda vinculado a que no sea desmentido por la razón o la costumbre, es decir, que no se encubran relaciones sexuales pecaminosas. Pero si la *lex causae* prevé la intervención de una autoridad pública diferente a la judicial, habrá que analizar si la naturaleza o los poderes que se le atribuyen son semejantes a los asignados a esta última. Se ocasiona así un delicado problema de “equivalencia de autoridades”, cuya solución requiere una interpretación flexible de las funciones de las autoridades extranjeras⁸³⁹, cuestión ésta que no se plantea cuando es de aplicación el Derecho marroquí.

- c) Alcance de la *lex loci registrationis* en la prohibición de identificar al progenitor no determinado

La prohibición de identificar al otro progenitor, como requisito del contenido del reconocimiento, se plantea como una de las cuestiones litigiosas a

suple la falta de capacidad, sino de la conformidad o no de reconocer, en L. Díez-Picazo y A. Gullón, *Sistemas de Derecho Civil...*, 2005, *op. cit.*, p. 244. En este mismo sentido, L. Rueda Esteban considera que los reconocimientos realizados por quien no tiene capacidad para reconocer son nulos conforme al art. 121 C.c., aunque, posteriormente, puede completarse mediante la aprobación judicial que perfecciona el acto de reconocimiento (“Filiación”, *Instituciones de Derecho...*, 2001, *loc. cit.*, pp. 608).

⁸³⁷ Cfr. S. Álvarez Gonzalez, “Artículo 9, apartado 4”, *Comentarios al Código...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 230.

⁸³⁸ Vid. F. Rivero Hernández, “Art. 124”, en *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 472-475, en espec. p. 473.

⁸³⁹ Vid. N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4 del C.c”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, p. 30.

la hora de encuadrar la categoría conflictual. Desde un punto de vista lógico, dicha operación de calificación debe ser previa a la aplicación o puesta en funcionamiento de la norma de conflicto o desarrollada al margen de la pretensión litigiosa concreta. La operación de delimitación no presenta dificultad si se haya preordenada por un resultado material. De tal manera que si la autoridad pretende favorecer el reconocimiento elegirá la norma de conflicto que designe el Derecho material más favorable a tal efecto.

Esto no impide, sin embargo, que la prohibición para quien reconoce la filiación y que pretende identificar al otro progenitor (art. 122 C.c.)⁸⁴⁰ pueda considerarse tanto una cuestión de fondo (art. 9.4 C.c.) o como una cuestión de forma (art. 11 C.c.) e, incluso, se pueda calificar como norma material imperativa del foro.

Para ciertos autores, la prohibición de identificar al otro progenitor, cuando el reconocimiento se efectúa por separado, aúna la condición de fondo a la de forma, condiciones que con toda probabilidad no pueden separarse ni siquiera en el reconocimiento que se origina en el extranjero⁸⁴¹. En esencia, esta exclusión viene motivada por el ansia de protección de la intimidad. Sin embargo, esta cuestión afecta al fondo, puesto que se vincula a la propia naturaleza del acto de reconocer, personalísimo y unilateral, y a la voluntad del reconocedor, elemento decisivo y característico del reconocimiento, subrayando que este tipo de actos requieren la observación de determinadas formalidades⁸⁴².

Otra cuestión relacionada con la prohibición de identificar al otro progenitor sería valorar si lo contenido en el art. 122 C.c. es una norma materialmente imperativa o afecta al orden público internacional⁸⁴³. Una

⁸⁴⁰ Esta prohibición se recoge, con igual sentido, pero en distinta redacción, en la Ley 69 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra. También, el contenido de esta disposición ya se establecía, con algunas variaciones, en el derogado art. 132 del C.c. y que J. Peré Raluy la calificaba de prohibición de “pintoresca” (*Derecho del Registro Civil...*, *op. cit.*, p. 437). Asimismo, F. de A. Sancho Rebullida afirmaba que el actual art. 122 es un vestigio del “celoso” del art. 132 derogado (*Elementos de Derecho civil...*, 1989, *op. cit.*, p. 649).

⁸⁴¹ *Cfr.* M. Requejo Isidro, *La ley aplicable a la forma de los actos...*, *op. cit.*, p. 329.

⁸⁴² *Vid.* M.^a S. Quicios Molina, *Determinación de la filiación no matrimonial...*, *op. cit.*, pp. 26-30.

⁸⁴³ Sobre la diferenciación de estos dos conceptos *vid.* A. Lara Aguado, *El nombre en Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 294-295.

intervención pre o post conflictual de aquellas normas concluirá siempre en la aplicación de la *lex fori*, como forma sencilla de alcanzar la justicia material que los derechos fundamentales encarnan⁸⁴⁴.

La doctrina civil española parece no ponerse de acuerdo en cuanto a la función de la fórmula prohibitiva del art. 122 C.c. Existe una línea doctrinal que suscribe que el fundamento de esta restricción reside en el derecho a la intimidad del otro progenitor identificado (art. 18 C.E.)⁸⁴⁵. De ser así, como afecta un derecho fundamental, quebrantaría el orden público internacional español.

Otras voces doctrinales rechazan que el fundamento de la referida prohibición se encuentre en el derecho a la intimidad, y se decantan más por la idea de que la norma restrictiva es consecuencia de la naturaleza individual y personalísima del reconocimiento⁸⁴⁶. La constatación del carácter personalísimo del acto de reconocimiento se deriva del art. 122 C.c., que impide mencionar la identidad del otro progenitor. De manera que, si la identificación del otro progenitor⁸⁴⁷ la tramita el que reconoce, ésta no tendrá ningún efecto aunque

⁸⁴⁴ Vid. C. Labrusse, “Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale: (à propos de la decision du Tribunal Constitutionnel federal du 4 mai 1971)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, pp. 1-46, en espec. p. 20; A. Bucher, “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1993-II, t. 239, pp. 9-116, en espec. p. 43.

⁸⁴⁵ Vid. M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 120 a 126...”, *Comentarios al Código civil...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, pp. 417 y 418.

⁸⁴⁶ Vid. M. Peña Bernaldo de Quirós señala que la intimidad y el honor no quedan más lesionados cuando la revelación de la paternidad o maternidad se hace en el reconocimiento ante un funcionario, quien está obligado al secreto profesional (“De la paternidad y filiación...”, *Comentarios a las Reformas...*, 1984, *loc. cit. op. cit.*, p. 919). Por otra parte, M.^a S. Quicios Molina considera que la prohibición establecida en el art. 122 C.c. parece innecesaria, pues la revelación de un dato tan íntimo como la maternidad o la paternidad, sin consentimiento del afectado, ya sea en un reconocimiento de filiación o en otras circunstancias, puede ser sancionada de acuerdo con las reglas generales sobre protección del derecho a la intimidad (*Determinación de la Filiación no matrimonial...*, *op. cit.*, p. 38, esp. nota 42).

⁸⁴⁷ Los preceptos de los Derechos italiano y francés mantienen la misma función que el art. 122 del C.c. Así, el art. 258 del Código civil italiano contiene una disposición muy similar a la del art. 122 del C.c. referido. La norma incluida en el art. 336 del Código civil francés, aunque no puede equiparse exactamente al art. 122 del C.c., se puede consultar en J. Hauser y D. Huet-Weiller, *Traité de droit civil. La famille*, Paris, LGDJ, 1993; J. Chevalier y L. Bach, *Droit civil*, t. I, Paris, Sirey, 1993, p. 279.

llegue a consumarse⁸⁴⁸. La finalidad prohibitiva de esta norma se extiende a todo tipo de situaciones, no por afectar al derecho a la intimidad, sino por la propia naturaleza personalísima del acto de reconocer. Se trataría de una norma del foro cuya imperatividad en ningún caso quedará desvirtuada por la aplicación de un Derecho extranjero.

Por otra parte, podría pensarse que la función que cumple la prohibición de identificación del otro progenitor en el reconocimiento está vinculada a la imperatividad de la normativa registral. El principio de legalidad que rige en el Registro Civil somete toda su actividad a una cuidadosa reglamentación legal, que se traduce en varias garantías. La primera de ellas sería la exactitud registral conseguida por el único acceso al Registro de los hechos ciertos y debidamente comprobados mediante normas que tratan de asegurar la identificación de las personas que emiten declaraciones de voluntad inscribibles⁸⁴⁹. La segunda garantía consiste en el control de legalidad a través de la potestad calificadora atribuida al Encargado del Registro (art. 27 LRC), lo que supone la consecución de la legalidad *stricto sensu*. Mediante el principio de legalidad se evitaría que la declaración de un progenitor que notifica la identidad del otro pudiera inscribirse en el Registro Civil, aunque la función calificadora del Encargado no alcanza a verificar la verdad biológica en la filiación declarada⁸⁵⁰. Si tal declaración se inscribiera en el Registro, la persona identificada como progenitor tendría que impugnar la paternidad o maternidad declarada por el otro individuo y obtener una resolución judicial, dado que una inscripción registral sólo puede rectificarse mediante sentencia. Por tanto, se podría considerar que la imperatividad del art.

⁸⁴⁸ *Vid.* M. Albaladejo García, “Filiación”, *Curso de Derecho civil...*, 2002, *loc. cit.*, pp. 215-216.

⁸⁴⁹ *Vid.* F. Luces Gil, *Derecho del Registro Civil...*, *op. cit.*, pp. 36-37.

⁸⁵⁰ El Encargado tiene limitadas sus facultades de calificación y no puede enjuiciar el fondo. La calificación del Encargado del Registro civil del nacimiento, a los efectos de extender la oportuna inscripción marginal, está limitada al análisis de la competencia y a la clase de procedimiento seguido, formalidades extrínsecas de los documentos presentados y asientos del propio registro. Sin embargo, aunque las facultades calificadoras del Encargado del Registro civil no alcancen a la comprobación de la veracidad de las declaraciones y no queda, por ello, impedida totalmente la eficacia *prima facie* de los llamados reconocimientos de complacencia, resulta obvio que, en armonía con el principio de verdad biológica, informador de el Derecho español de filiación, se deba rechazar la inscripción del reconocimiento de la filiación cuando el título formal acompañado de las diligencias comprobatorias oportunas (art. 28 LRC) se desprenda que el autor no es el padre biológico del reconocido.

122 C.c. vendría determinada por el alcance de la normativa registral. Esto se deriva de la seguridad de los principios inspiradores del Registro y de la propia función registradora que aconseja, para garantizar la adecuación a la realidad, que el Encargado del Registro no atribuya efectos a tal declaración, dado que su función no es investigar la veracidad de la misma⁸⁵¹.

En definitiva, la prohibición de identificar al otro progenitor impuesta imperativamente por el art. 122 C.c. se sustrae del ámbito de aplicación del art. 9.4 C.c.⁸⁵². De esta manera, en un reconocimiento voluntario de la filiación realizado ante autoridades españolas y regido por el Derecho marroquí al que remite la norma de conflicto, aunque este ordenamiento permita la identificación de la madre por parte del varón reconocedor (art. 160.4 CFM)⁸⁵³, seguirá rigiendo imperativamente la prohibición del art. 122 C.c., por cuanto no es una cuestión regulada por la ley del fondo, sino por la imperatividad de la normativa registral española.

B) Capacidad Pasiva

a) La idoneidad de la ley marroquí y el orden público internacional español

La capacidad pasiva en el reconocimiento es un concepto impropio, ya que se refiere a la delimitación subjetiva del reconocido o, lo que es lo mismo, a la idoneidad de la persona sobre el que recae la declaración voluntaria de la

⁸⁵¹ *Vid.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacionall...*, *op. cit.*, p. 44.

⁸⁵² Solución de la Resolución de la DGRN de 18 de noviembre de 1991 (*Anuario de la DGRN*, 1991, vol. I, pp. 1508-1510) donde la inscripción del nacimiento fuera de plazo de un hijo presuntamente marroquí y reconocido unilateralmente por un español se somete a las exigencias del imperativo legal (art. 122 C.c.). Y todo ello por no poder revelarse la identidad de la madre cuando la respectiva relación materna filial no está determinada legalmente. Por consiguiente, no pueden admitirse las pruebas ofrecidas por el promotor para acreditar directamente quién es la madre y el lugar donde ha dado a luz.

⁸⁵³ El art. 160.4 CFM explica que cuando se está realizando un reconocimiento por varón, el reconocedor puede decir quien es la madre. Si la madre consiente, queda determinada su filiación materna. Por el contrario, si la madre se opone y aporta pruebas, se podrá invalidar el reconocimiento. El padre puede seguir insistiendo y solicitar el peritaje de ADN, *vid.* el comentario de este artículo en la guía práctica del CFM, <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/console/Uploads/Doc/guidecodefamille.pdf>.

filiación. En tal sentido, la ley aplicable será la que rige el fondo (art. 9.4 C.c.)⁸⁵⁴ y no la ley reguladora de la capacidad (art. 9.1 C.c.), ya que en este caso el fondo condiciona la capacidad.

Las conexiones existentes en el art. 9.4 C.c. son satisfactorias para localizar la cuestión de la capacidad pasiva en el reconocimiento de la filiación. Si no es posible aplicar el derecho de la nacionalidad del hijo por no admitirse el reconocimiento de su filiación, se antederá a la ley de su residencia habitual. La necesidad de vincular al individuo al medio social en el que se desenvuelve, el llamado principio de proximidad⁸⁵⁵ y la presencia de intereses materiales, como el del *favor filii*, son factores que han limitado la utilización exclusiva del criterio de conexión nacionalidad. Con tal fin, en el ámbito europeo se ha regulado distintas normativas de DIPr., como la de Bélgica⁸⁵⁶, Bulgaria⁸⁵⁷, Eslovenia⁸⁵⁸, Estonia⁸⁵⁹, Francia⁸⁶⁰, Países Bajos⁸⁶¹, Suiza⁸⁶² o, incluso, el Código de DIPr.

⁸⁵⁴ Vid. J. Carrascosa González, “Normas de Derecho internacional privado. Art. 9.4 del C.c.”, *Jurisprudencia civil comentada...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 148-149.

⁸⁵⁵ En general, *vid.* P. Lagarde, “Le principe de proximité...”, *loc. cit.*, pp. 9-239.

⁸⁵⁶ El art. 62 del Código de DIPr. opta por una solución única vinculada a la conexión de la nacionalidad de los autores vinculados al establecimiento, independientemente de si se realiza mediante acto voluntario, o impugnación de la paternidad o maternidad, aunque para los consentimientos necesarios también se introduce la ley de la residencia habitual del hijo. Sobre la cuestión *vid.* M. Fallon y J. Erauw, *La nouvelle loi sur le droit international privé...*, *op. cit.*, p. 147.

⁸⁵⁷ Vid. el art. 83.4 del Código de DIPr. de Bulgaria, que tal y como se ha expuesto *supra*, no se refiere a la institución propiamente dicha del reconocimiento voluntario, sí dispone una solución específica para legitimar la filiación, introduciendo para tal fin la ley nacional de la persona que realiza la legitimación o la del hijo, en <http://www.reei.org/DIPr.htm>.

⁸⁵⁸ Vid. el comentado *supra* art. 45 de la Ley de DIPr. y procedimiento de Eslovenia, que dispone: “el proceso de reconocimiento del hijo como legítimo será evaluado según la ley nacional de los progenitores. Si éstos poseen distinta nacionalidad, se verificará según la ley del país bajo el cual el hijo fue reconocido como legítimo”, en <http://www.reei.org/DIPr.htm>.

⁸⁵⁹ Vid. el art. 62.2 de la Ley DIPr. de Estonia, de 27 de marzo de 2002, que dispone que “el progenitor puede reconocer al hijo conforme a la ley de su residencia”, en <http://www.reei.org/DIPr.htm>.

⁸⁶⁰ El art. 311.17 del Código civil francés, introducido por la Ley núm. 72, de 3 de enero de 1972 relativa a la filiación (*J.O.*, de 5 de enero de 1972) opta tanto por la ley nacional del autor del reconocimiento como la del hijo para considerar válido el reconocimiento de la filiación. La reglamentación francesa de DIPr. se puede consultar en *Rev. crit. dr. int. pr.*,

japonés⁸⁶³, que han introducido en la institución del reconocimiento de la filiación conexiones específicas referidas a la persona del hijo y a la del progenitor que voluntariamente reconoce. Y esta debe ser la línea a seguir por el legislador español, incorporando alternativamente⁸⁶⁴ las conexiones de nacionalidad o residencia habitual del hijo y las del autor del reconocimiento en una posible regulación del reconocimiento de la filiación en supuestos internacionales con el objetivo de garantizar el *favor filii*.

Una vez propuestas las líneas generales que deben estar presentes en una futura reglamentación conflictual de reconocimiento de la filiación, hay que resolver la problemática que plantea de la capacidad pasiva en las relaciones hispano-marroquí. En Derecho material español, toda persona mayor o menor,

1972, pp. 154 y 155, comentada por H. Batiffol y P. Lagarde, “L’improvisation de nouvelles règles...”, *loc. cit.*, pp. 3-26.

⁸⁶¹ El art. 4 de la Ley de los Países Bajos sobre conflicto de leyes en materia de filiación establece puntos de conexión alternativos conjugando la nacionalidad o residencia habitual del reconocedor o del hijo reconocido. Sobre el tema *vid.* D. Van Iterson, “La nueva ley...”, *loc. cit.*, p. 1071.

⁸⁶² El art. 72 de la Ley suiza dispone que “el reconocimiento en Suiza puede llevarse a cabo de conformidad con el derecho del Estado de la residencia habitual o con el de la nacionalidad del hijo, así como según el derecho del domicilio o del Estado de la nacionalidad de la madre o del padre...”.

⁸⁶³ *Vid.* el art. 29.2 del Código de DIPr. japonés, que sitúa en el mismo plano tanto la conexión de la nacionalidad del reconocedor como la del hijo para regular el reconocimiento de la filiación, en <http://www.recei.org/DIPr.htm>.

⁸⁶⁴ La regla de los vínculos alternativos consiste en designar varias leyes en pie de igualdad relacionadas con la situación jurídica concreta, como el art. 64 del Código belga de DIPr, que favorece los actos de reconocimiento de la filiación. *Vid.* el comentario de N. Barbé y N. Watté, “Le nouveau droit international privé belge. Étude critique des fondements de règles de conflits de lois”, *JDI*, 2006-3, pp. 851-927, pp. 911-915 sobre la utilización de las conexiones alternativa frente a las subsidiarias. A favor de vínculos alternativos entre progenitor e hijo se ha posicionado también el art. 311.17 del Código civil francés. En general sobre el tema P. M. Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel: de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, Georg edic., 1985, p. 251, donde distingue las tres modalidades de vínculos establecidos en las reglas de conflicto: los criterios alternativos usados para favorecer la validez del acto; el establecimiento de la autonomía de la voluntad para que las partes puedan elegir el Derecho aplicable y, por último, los criterios establecidos jerárquicamente, según el valor de localización, como puede ser la seguridad jurídica. En este sentido, J. Foyer, “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation...”, *loc. cit.*, pp. 9-118, en espec. pp. 41 y 42.

capaz o incapaz, concebida dentro o fuera de matrimonio, es susceptible de ser reconocida. Por contra, la capacidad pasiva en Derecho marroquí queda sujeta a ciertos límites. Tal y como establece el art. 160 CFM, la idoneidad del sujeto reconocido se predicará en los casos en que el hijo sea de filiación desconocida, es decir, para el que no rija la presunción de paternidad matrimonial (*al firach*)⁸⁶⁵, que sucede cuando: a) la concepción sea de fecha anterior a los seis meses del acta matrimonial, aun cuando el nacimiento se produzca durante la vigencia del enlace conyugal (art. 152 CFM)⁸⁶⁶ o cuando el reconocimiento de la paternidad se efectúe en el marco de la aplicación del art. 16 CFM, relativo tanto a la regularización de la situación matrimonial de los progenitores por vía judicial, o del art. 156 CFM, sobre el concebido durante el noviazgo; b) el nacimiento sea posterior al año del repudio o de tres repudiaciones sucesivas, si los cónyuges deciden reanudar el matrimonio de buena fe⁸⁶⁷, cuando realmente quedó disuelto

⁸⁶⁵ El Derecho de familia islámico está presidido por el principio básico, sentado desde los tiempos del Profeta, por el que el parentesco se trasmite por línea masculina, pero siempre que el hijo nazca de relaciones matrimoniales o legítimas. No obstante, en la opinión dominante del rito *maliki* no se exige ni que el padre pruebe el matrimonio ni que se demuestre el origen del nacimiento del hijo reconocido. Otra cuestión sería si la ilegalidad del nacimiento de un hijo fuese conocido por la gente o no hubiera transparencia en la declaración del padre. *Vid.* J. Lapanne-Joinville, “Le reconnaissance de paternité légitime...”, *loc. cit.*, p. 7.

⁸⁶⁶ Sin embargo, la jurisprudencia marroquí niega el reconocimiento de la paternidad del concebido antes de la celebración del matrimonio de los progenitores. La resolución del TS marroquí núm. 445, de 28 de julio de 1998 dispone que si se produce el nacimiento del hijo antes de los seis meses del acta matrimonial se deniega el *nasab*, aunque exista reconocimiento de la paternidad por parte del marido, debido a que se descubre las relaciones prematrimoniales entre los progenitores, que se puede consultar en A. Taoufik, *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal...*, *op. cit.*, p. 304-305. En este sentido, la resolución del TS marroquí núm. 446, de 30 de mayo de 1983 (en árabe, traducción propia), en CDrom del Ministerio de Justicia de Marruecos facilitada por S. Aldeeb Abu-Sahlieh, encargado de la sección de árabe del Instituto de Derecho comparado de Lausanne (Suiza), deniega la filiación al hijo nacido antes del matrimonio de sus padres, ya que el reconocimiento de la paternidad no tiene como fin corregir una situación ilícita derivada de los progenitores.

⁸⁶⁷ El divorcio triple está regulado en el art. 39.3 CFM, dentro del Título II cuando se mencionan los impedimentos matrimoniales, y más en concreto en las líneas del Capítulo II que analizan los impedimentos temporales. Sin embargo, esta información debe relacionarse con el art. 124.1 CFM, que profundiza sobre el divorcio revocable y el irrevocable, así como con el art. 129, que regula el cómputo de la *idda* para disolución del matrimonio. No obstante, hay otras referencias a esta institución en varios preceptos de la *Mudawana* (art. 137, art. 167 y art. 196 del CFM). En el antiguo Derecho español también existía un periodo de espera legal para la viuda, en concreto en el art. 475 del Código penal de 1944 donde se penaba a la viuda que casara antes de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio con el fallecido.

definitivamente el vínculo legal (art. 154 CFM)⁸⁶⁸. Sin embargo, resulta chocante que el Derecho marroquí regule abiertamente la validez del reconocimiento voluntario por vía materna, que tendrá lugar incluso cuando haya mantenido relaciones ilícitas (art. 147.2 CFM)⁸⁶⁹.

La dificultad para comprender la capacidad pasiva del sistema marroquí viene marcada por el Derecho clásico musulmán, donde los concebidos de relaciones sexuales con una esclava o en concubinato legal (*attassarri*)⁸⁷⁰ eran sujetos idóneos para ser reconocidos y disfrutar del derecho a herencia, así como llevar el apellido del padre. Hoy, desaparecida la esclavitud y el concubinato legal, el reconocimiento en aquellos términos ha perdido su razón de ser. De hecho, algún autor marroquí afirma que con las modificaciones introducidas en la nueva *Mudawana* cobra sentido la posibilidad de reconocer a los nacidos de situaciones extraordinarias, como la regularización de la situación matrimonial de los padres prevista en el art. 16 CFM o la paternidad derivada del noviazgo regulada art. 156 CFM⁸⁷¹.

Otra de las restricciones impuesta en el art. 160.3 CFM es que la declaración de filiación en ningún caso contravenga la razón o la costumbre⁸⁷².

⁸⁶⁸ Es frecuente que surgan problemas de *nasab* cuando se disuelve la relación matrimonial de los progenitores mediante repudio. Sobre el tema en general *vid.* A. Dahhak, *Los litigios en relación con la filiación de los hijos...*, *op. cit.*, pp. 16-30 (en árabe, traducción propia).

⁸⁶⁹ En el CFM, el reconocimiento materno aparece recogido por primera vez en el art. 147 CFM, aunque en el Derecho musulmán clásico no se había previsto esta figura al regir la presunción *mater semper certa est*. De hecho, en el art 92 de la anterior *Mudawana* se exponía que unas de las condiciones de validez del reconocimiento consistía en que el progenitor que declaraba la filiación sólo podía ser de sexo masculino. *Vid.* F. Sarehane, “Maroc. Le statut personnel...”, *loc. cit.*, p. 25.

⁸⁷⁰ Sobre el tema *vid.* J. Lapanne-Joinville, “La reconnaissance de paternité de l’enfant...”, *loc. cit.*, pp. 153-166; L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l’étude du droit musulman...*, 2001, *op. cit.*, pp. 410 y 414.

⁸⁷¹ Opinión de M. Loukili, profesor de DIPr. de la Facultad de Aggdal, Universidad Mohamed V, Rabat-Aggdal (Marruecos) en consulta expuesta sobre la institución del reconocimiento voluntario de la filiación.

⁸⁷² Tal y como se afirma en la resolución del TS marroquí núm. 439, de 28 de septiembre de 2005, dossier du *châa* núm. 25, del 2 de enero de 2005, *Jurisprudence de la Cour Suprême* núm. 64-65, p. 176 (en árabe y traducción propia). Recuérdese que la declaración de la paternidad de una filiación extramatrimonial está excluida en el Derecho marroquí. Sobre el tema *vid.* S. Mernissi, “Quelques aspects du statut personnel...”, *Le statut personnel des musulmans...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 116-121.

La interpretación de tales conceptos es controvertida, refiriéndose a la suficiente diferencia de edad entre el padre declarante y el hijo⁸⁷³ o, igualmente, comprobándose si la persona que reconoce no ha visitado nunca el país de residencia del hijo e, incluso, si el reconocedor es estéril, con el objetivo de dar validez al reconocimiento voluntario⁸⁷⁴.

En la práctica son frecuentes los reconocimientos *in articulo mortis*, aunque posteriormente suelen ser impugnados en vía judicial por los herederos del reconocedor por entenderse que tales declaraciones voluntarias de paternidad albergan un fraude de ley⁸⁷⁵, tendentes a frustrar la herencia o a cambiar el orden legal de la sucesión⁸⁷⁶. La jurisprudencia marroquí viene afirmando que es imposible demostrar que el hijo reconocido fue engendrado en relación sexual ilícita, ya que el único que podría demostrarlo es el varón que reconoció en el lecho de muerte al hijo⁸⁷⁷. En definitiva, para que surta efecto un reconocimiento

⁸⁷³ La explicación del artículo de la guía práctica del CFM pone como ejemplo que el padre que reconoce no puede tener la misma edad que el reconocido, y este último debe de ser menor. *Vid.* <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/console/Uploads/Doc/guidecodefamille.pdf>. Sobre este requisito en el Derecho islámico, *vid.* la opinión del tratadista musulmán *Sidi Jalil*, en M. Del Nido y Torres, “Del reconocimiento de los hijos y del parentesco...”, *op. cit.*, p. 95.

⁸⁷⁴ *Cfr.* M. Al Karhbour, *Al bonowa wa nasab fi modawanat...*, *op. cit.*, p. 111 (en árabe y traducción propia).

⁸⁷⁵ *Cfr.* M. Aghdid, “El reconocimiento de la paternidad (*istibak*)”, *Jornada especial de estudio del Código de Familia, núm. 5, serie de Conferencia, jornadas de estudio y encuentros*, Rabat, Ministerio de Justicia e Instituto Superior de Justicia marroquí, 2004, pp. 31-54, en espec. pp. 47-52 (en árabe y traducción propia); M. Jauhar, “Prueba y negación de la filiación...”, *loc. cit.*, pp. 157-158; M. Al Karhbour, *Al bonowa wa nasab fi modawanat...*, *op. cit.*, p. 114 (en árabe y traducción propia).

⁸⁷⁶ Téngase en cuenta que el orden legal en la sucesión en la familia marroquí va a estar influenciado por el Derecho clásico musulmán, con el fin de salvaguardar la unidad del grupo familiar, dada la estructura patriarcal de la familia musulmana. Perviven una serie de reglas para suceder como, por ejemplo, que a igualdad de grado y de vínculo en cada clase de orden de sucesión de herederos, a los varones le corresponde el doble que a las mujeres. Para una introducción del complejo Derecho sucesorio en la *Sharia* *vid.* L. Milliot y F. P. Blanc, *Introduction à l'étude...*, 2001, *op. cit.*, p. 411; A. Mottilla y P. Lorenzo, *Derecho de Familia islámico*, *op. cit.*, pp. 110.

⁸⁷⁷ *Vid.* la resolución del TS marroquí de 9 de marzo de 2005, *Revue Jurisprudente de la Cour suprême*, núm. 63, p. 105 (en árabe y traducción propia) sobre el reconocimiento de un hombre en lecho de muerte, aunque posteriormente los herederos del padre impugnan tal acto. El tribunal declara que hay que demostrar que el hijo reconocido fue engendrado de relaciones ilícitas y el único legitimado para llevarlo a cabo es el varón que reconoció su paternidad.

de un hijo concebido de la ilicitud es suficiente con que ésta no sea conocida y no sea declarada por el padre⁸⁷⁸.

En el supuesto en el que la norma de conflicto sobre la capacidad para ser reconocido (art. 9.4 C.c.) remita al Derecho marroquí, y al conocer los límites impuestos para los nacidos fuera de la legalidad vigente, la aplicación de tal normativa rozaría la vulneración del orden público internacional español. Esto será, precisamente, la dificultad que plantea el reconocimiento efectuado ante autoridad española del hijo de nacionalidad marroquí nacido fuera de matrimonio. Al no admitir el CFM el establecimiento de la filiación natural o ilegítima, podría acudir al orden público internacional español y descartar ley marroquí por vulnerar el principio fundamental de no discriminación de los hijos por razón de nacimiento, para terminar aplicando lo dispuesto en el Derecho español⁸⁷⁹. No tener presente el Derecho del Estado de origen al que remite la norma de conflicto en la capacidad pasiva del hijo marroquí puede derivar en consecuencias contrarias al interés del hijo, al generar situaciones claudicantes en las relaciones hispano-marroquíes. En aras de evitarlas, la cuestión estriba en saber si procede o no atenuar la intervención del orden público internacional. Y es que la fórmula “norma de conflicto+excepción de orden público” no resuelve satisfactoriamente la tensión entre identidad cultural e integración⁸⁸⁰. Como propone la doctrina⁸⁸¹, es necesario no soslayar la consulta del derecho extranjero ni la apreciación del resultado con un afinamiento de la excepción del

⁸⁷⁸ Sobre el tema *vid.* S. Mernisi, “La filiation de l’enfant en droit musulman...”, *loc. cit.*, p. 132; J. Lapanne-Joinville, “La reconnaissance de paternité légitime...”, *loc. cit.*, p. 7.

⁸⁷⁹ *Vid.* las Resoluciones (2ª) de 27 de abril de 2005 (JUR 2005/9779); (1ª) de 24 de noviembre de 2005 (JUR 2006/291823) y (2ª) de 24 de noviembre de 2005 (JUR 2006/291822) sobre el reconocimiento de un menor de nacionalidad marroquí, donde el Encargado del Registro Civil no aprueba la declaración voluntaria de la filiación al aplicar la ley nacional del hijo y al verificar que esta institución no es eficaz en el Derecho marroquí. Sin embargo, la DGRN estima el recurso y revoca los autos apelados para que al hijo marroquí le sea reconocida su filiación paterna, conforme a los requisitos del Derecho español y sin aclarar si se acuden a la conexión de residencia habitual del hijo del 9.4 C.c. o cualquier técnica correctiva del DIPr. español.

⁸⁸⁰ A. Borrás Rodríguez, “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international...”, *loc. cit.*, p. 334 afirma que: *la rigidité d’une telle solution devient matériellement «injuste»*. *Vid.* P. Lagarde, “Differences culturelles et ordre public en droit international...”, *Annuaire IDI...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 13-115.

⁸⁸¹ *Vid.* P. Hammje, “Droit fondamentaux et ordre public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997-I, pp. 1-31, en espec. pp. 6-19.

orden público. La aplicación del Derecho marroquí debe abordarse atendiendo a las circunstancias del caso⁸⁸² y si en el supuesto concreto se dan los presupuestos para ser reconocido, tal y como afirma la jurisprudencia marroquí, esta normativa deberá respetarse. Como se ha observado, hay ciertos supuestos en que es posible respetar el Derecho marroquí, sobre todo cuando no existe apariencia o demostración de relaciones sexuales ilícitas por parte de los progenitores. Ello lleva a defender que no se alegue en general el límite de orden público internacional a la capacidad pasiva en el reconocimiento.

La jurisprudencia italiana, en relación con la institución del reconocimiento voluntario de los ordenamientos de base jurídica islámica, se inclina a favor de una intervención del orden público internacional del foro. Así, la Sent. de la Corte di Cassazione núm. 27592, de 28 de diciembre de 2006⁸⁸³, declara la existencia de un derecho del hijo a adquirir el *status filii* mediante la figura del reconocimiento, con independencia de la relación matrimonial o no de los padres. La determinación de la filiación constituye un elemento básico de la identidad personal reconocida en los art. 7 y 8 del Convenio de los Derechos del Niño y del art. 2 de la Constitución italiana. La ley egipcia⁸⁸⁴ aplicable al asunto no admitía que el reconocimiento paterno del hijo natural, lo que chocaba con el orden público internacional, al disentir tal solución con los principios fundamentales del ordenamiento jurídico italiano⁸⁸⁵, como el principio de igualdad de los hijos que aboga por la prohibición de diferencias legislativas basadas en condiciones personales y sociales.

⁸⁸² Vid. A. Lara Aguado, “Adopción internacional: relatividad de equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero”, *REDI* (en prensa).

⁸⁸³ Se puede consultar el comentario de esta resolución en *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 2007, núm. 2, pp. 443-51.

⁸⁸⁴ El Código de familia egipcio se puede consultar en C. Ruiz-Almodóvar y Shel, *El derecho privado en los países árabes: códigos de estatuto personal...*, 2005, *op. cit.*, pp.

⁸⁸⁵ Esta misma solución fue sostenida en la Sent. de la Corte di Cassazione núm. 1951, de 8 de marzo de 1999, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2000, núm. 1, pp. 130-134. El asunto versaba sobre una demanda planteada por mujer marroquí sobre la declaración de paternidad natural. La ley aplicable resultaba ser la marroquí, pero ésta legislación desconoce la relación paterno-filial fuera de matrimoniol. La Corte di Cassazione rechaza cualquier norma que no proteja la filiación natural y considera que la norma marroquí es contraria al orden público internacional, por lo que se aplica a este asunto el Derecho italiano.

La solución de la jurisprudencia italiana se considera demasiado drástica para la trasladarla a supuestos hispano-marroquíes. Una posible modulación a la norma de conflicto aplicable a la capacidad pasiva en el reconocimiento de la filiación es el análisis del DIPr. en dos escalones⁸⁸⁶. Un sector de la doctrina lo expone como vía para adecuar las normas materiales a las circunstancias “internacionales” a fin de alcanzar una solución justa en el método conflictual⁸⁸⁷. Dicha vía combina la técnica indirecta tradicional con una corrección del resultado mediante la apreciación de las circunstancias concretas para resolver los asuntos con elemento extranjero, lo que supone una decisión del caso en dos escalones. En el primer nivel se determina el Derecho aplicable, que eventualmente puede conducir a soluciones injustas, lo cual provoca la intervención de un segundo nivel donde se valorarán las circunstancias conectadas con el supuesto internacional como dato interpretativo de la norma material aplicable. En la determinación de la capacidad pasiva en el reconocimiento voluntario de un hijo marroquí se aplicará su ley nacional, exceptuando los límites impuestos en el CFM sobre los nacidos fuera de la legalidad, en atención a las circunstancias de internacionalización del reconocimiento de la filiación y la existencia de vínculos suficientes con el foro

⁸⁸⁶ La *Zweistufentheorie* o DIPr. en dos escalones es una técnica jurisprudencial desarrollada en Alemania sobre la base de las teorías americanas. Sin embargo, a diferencia de estas últimas, se parte de una concepción privatista de la función del DIPr., materializada pero despolitizada. Se trata, en términos de un sector de la doctrina, de “orientar dicha materialización” de forma preferente a la realización de los intereses privados, no a la consecución de la soberanía estatal ni a la imposición pura y simple de los intereses privados”. En la doctrina extranjera *vid.* H. J. Hessler, *Sachrechtliche Generalklausel und internationale Familienrecht: Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts*, Munich, 1985, p. 4; *id.*, “Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts”, *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrechts. Symposium veranstaltet vom Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht des Universität Heidelberg am 17. Juli 1984*, Heidelberg, 1986, pp. 137-141; E. Jayme, “Diritto di famiglia, società multiculturali...”, *loc. cit.*, pp. 295-304. En la doctrina española *vid.* S. A. Sánchez Lorenzo, “Postmodernismo y Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 571, nota 36; L. Esteve González, A. López-Tarruella Martínez y M. E. Morán García, “La familia multicultural: entre el conflicto de civilizaciones y el servicio a la paz entre los pueblos”, *Estudios en homenaje al profesor Martínez Valls*, vol. II, Alicante, Universidad de Alicante, pp. 843-861, en espec. pp. 857-858; S. Álvarez González, “Objeto del Derecho internacional privado y especialización...”, *loc. cit.*, p. 1142-1149; L. García Gutiérrez, “El doble escalón del Derecho internacional privado: sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del Derecho material aplicable”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J. D. González Campos*, t. II, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1547-1561.

⁸⁸⁷ *Cfr.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 118.

(nacimiento o la residencia habitual en España del reconocido)⁸⁸⁸. En suma, el segundo escalón exige reintroducir en la respuesta el elemento internacional del caso que modularía el resultado. Posiblemente, el respeto parcial del Derecho marroquí pueda llevar a que las autoridades del país vecino otorguen validez al reconocimiento en España de la filiación extramatrimonial del hijo marroquí en base al derecho del niño a tener una filiación declarado en la fundamentación novena del Preámbulo del nuevo CFM.

Un sector de la doctrina internacional privatista española considera que la aplicación de la teoría del doble escalón sólo resuelve parcialmente las situaciones privadas internacionales vinculadas con nacionales de países islámicos. La ley personal ofrece escasas posibilidades de ser aplicada como consecuencia de la actitud recelosa de las autoridades del foro por la posible incompatibilidad con sus principios fundamentales, interviniendo para ello el orden público internacional⁸⁸⁹.

b) Consentimientos necesarios

El elemento de intencionalidad presente en el reconocimiento de la filiación se halla limitado por la exigencia de unos requisitos complementarios, como son los consentimientos necesarios para que no prevalezca la voluntad de los particulares sobre la verdad biológica, ya que en la determinación extrajudicial ésta última tiene un papel muy limitado. Aunque estas exigencias no garantizan la verdadera filiación, se convierten en clave para documentar la medida en que se dosifican los criterios para la ordenación de la filiación en cada sistema jurídico⁸⁹⁰ y, en particular, en supuestos hispano-marroquíes⁸⁹¹. Por tanto, los consentimientos necesarios se integran en el ámbito de la capacidad pasiva para

⁸⁸⁸ Para consultar el funcionamiento de la teoría de los dos escalones en la jurisprudencia de ciertos países europeos *vid.* E. Jayme, “Diritto di famiglia, società multiculturale e nuovi sviluppi...”, *loc. cit.*, pp. 301 y 302.

⁸⁸⁹ *Vid.* A. Quiñones Escámez, “Ressortissant des pays islamiques résidant en Europe: que droit de la famille?”, *Migration et citoyenneté*, Actes du Colloque international organisé pour la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Rabat-Agdal, les 25-26 avril 2003, Rabat, Publications des l'AMERM, 2004, pp. 158-177.

⁸⁹⁰ *Vid.* J. Pozo Vilches, *El reconocimiento de la filiación...*, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁹¹ Los requisitos complementarios cambian de un sistema jurídico a otro. Los requisitos del reconocimiento en Derecho español que no coinciden con los expuestos en el Derecho marroquí. Para ello, confrontar los arts. 120 a 126 del C.c. español con los arts. 160 a 162 del CFM.

el reconocimiento de la filiación, que quedarán regulados por la ley que rige dicha cuestión.

El ordenamiento español forma parte del grupo de sistemas que contemplan el consentimiento del hijo como requisito necesario para que el reconocimiento determine la filiación⁸⁹². El tratamiento legal difiere según se trate de un mayor de edad (art. 123 C.c.)⁸⁹³, de un menor o incapacitado (art. 124 C.c.), de un hijo incestuoso (art. 125 C.c.) o de una persona ya fallecida (art. 126 C.c.)⁸⁹⁴. Todos ellos reclaman el concurso de ciertos consentimientos, como el del propio sujeto sobre el que recae el reconocimiento, de su representante legal o de los descendientes del reconocido ya fallecido o, en su caso, la aprobación judicial.

La doctrina civil española no se pone de acuerdo sobre la naturaleza de la exigencia de estos consentimientos y la falta de ellos⁸⁹⁵. De hecho, el art. 124.2

⁸⁹² Tanto el Derecho italiano (art. 250 del Codice civile), como el alemán (parágrafo 1600.c del BGB) y el portugués (art. 1.857 del Código civil) son exponentes de ordenamientos donde se contempla el consentimiento del hijo como requisito necesario para determinar la filiación. Sin embargo, no es el caso del Derecho francés, donde no se exige el consentimiento del hijo ni de su representante legal para la eficacia del reconocimiento, por lo que el interés del hijo no condicionaba el reconocimiento. Para este ordenamiento, la única manera de contrarrestar los reconocimientos verídicos pero egoístas consiste en aplicar el art. 207 Código civil francés, que permite al juez liberar total o parcialmente al obligado a prestar alimentos en el caso en el que el acreedor de los mismos haya incumplido gravemente sus deberes hacia al deudor. *Vid.* J. Pozo Vilchez, *El reconocimiento de la filiación...*, *op. cit.*, pp. 26-35; *vid.* también M. De la Cámara Álvarez, “Artículos. 120 a 126...”, *Comentarios al Código civil...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, pp. 450-452.

⁸⁹³ El contenido normativo del art. 123 del C.c. no recoge a los sujetos emancipados. Sin embargo, hay que incluirlos dentro de su ámbito, pues la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, exceptuando los casos del carácter patrimonial que el mismo precepto prevé (art. 323 C.c.). *Vid.* M.^a B. Fernández González, *El reconocimiento de los hijos...*, *op. cit.*, p. 187-188. *Vid.* J. Pozo Vilchez, *El reconocimiento de la filiación...*, *op. cit.*, p. 21; M.^a C. Quesada González, “El derecho ¿constitucional? a conocer...”, *loc. cit.*, pp. 258-262, en espec. p. 260.

⁸⁹⁴ Según el art. 126 del C.c., el reconocimiento del ya fallecido sólo surtirá efecto si lo consienten sus descendientes o sus representantes legales. Tanto la validez como la eficacia del reconocimiento depende de que el reconocido haya dejado descendencia.

⁸⁹⁵ *Vid.* M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 120 a 126...”, *Comentarios al Código civil...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, pp. 446-467. Algún autor ha considerado que la razón que justifica el consentimiento es servir de compensación por el carácter unilateral del reconocimiento y, en contrapartida, por la importancia que la ley otorga a la voluntad del reconocedor, para

del C.c. dispone la necesidad del consentimiento o la aprobación judicial si el reconocimiento se ha efectuado en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción del nacimiento⁸⁹⁶, mientras que en ciertos Derechos forales, como el navarro o el catalán, el reconocimiento de un menor por comparecencia del padre ante el Encargado del Registro civil se valida e inscribe sin requisitos complementarios⁸⁹⁷. De ahí que se entienda que la falta de los referidos consentimientos no vulnera ningún derecho fundamental regulado en la C.E.

En algunas de las legislaciones, la cuestión de los consentimientos necesarios en el reconocimiento voluntario de la filiación cuando existan elementos internacionales se ha resuelto aplicando la ley reguladora del fondo.

fundar sobre ella un título de determinación de la filiación (*vid.* M. Peña Bernaldo de Quirós, “Art. 108 a 141”, *Comentarios a la reforma del Derecho...*, 1984, *op. cit.*, p. 922; *id.*, “La intervención de la autoridad judicial...”, *Cuadernos de Derecho, loc. cit. op. cit.*, pp. 45-94). Por su parte, F. Rivero Hernández considera que la exigencia de tal requisito es incongruente y perturbadora por las graves repercusiones que puede producir en la relación de filiación y por ir en contra de un sistema basado en el principio de veracidad (“Art. 124”, *Comentarios del Código civil...*, 1991, *loc. cit. op. cit.*, p. 470).

⁸⁹⁶ La regla general tiene excepciones que no requieren el consentimiento o la aprobación judicial: el reconocimiento hecho en testamento y el realizado dentro del plazo establecido para practicar la inscripción de nacimiento. Ahora bien, el hecho registrado podrá suspenderse a petición de la madre durante el año siguiente al nacimiento. No obstante, si el padre solicitare la confirmación, será necesaria la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 124). Tanto en un supuesto como en el otro, los consentimientos o aprobaciones exigidas son requisitos de eficacia del reconocimiento, aunque no requisito de validez, y con alcance retroactivo. Por ello, aún antes de contar con este requisito complementario, la declaración del reconocedor lo vincula, aunque no produzca en ese momento efectos como título de determinación de la filiación. El reconocimiento, como acto, queda incompleto hasta tanto no se certifique el consentimiento, en unos casos, o la aprobación judicial en otros. Más ampliamente véase M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 120 a 126...”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 467-477.

⁸⁹⁷ La determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento voluntario se regula en la Ley 69 de la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación de Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra. Así, el reconocimiento de la paternidad de un menor de edad efectuado por el padre que declara ante el Encargado del Registro civil no está sujeto al consentimiento del menor. La validez y eficacia del reconocimiento y su consiguiente inscripción en el Registro civil no pueden quedar subordinadas al cumplimiento de las exigencias del art. 124 del C.c., puesto que se trata de reconocimientos regulados por el Derecho común. *Vid.* la resolución de la DGRN de 17 de marzo de 2003, *Anuario de la DGRN*, 2003, vol. II, pp. 2937-2940, espec. p. 2939. También el art. 96 del Código de Familia Catalán hace referencia solamente a la necesidad de los consentimientos de los mayores o menores emancipados para la eficacia en el reconocimiento.

La nueva Ley los Países Bajos reguladora de los conflictos de leyes en materia de filiación⁸⁹⁸ obliga a la madre holandesa a dar su consentimiento conforme a la ley de su país⁸⁹⁹, tanto si posee otra nacionalidad como si no, con la finalidad de evitar actos fraudulentos (reconocimientos de complacencia o adopciones encubiertas). Y la anulación se rige por las mismas normas de conflicto que regulan el reconocimiento. Por esta razón se ordena que en mismo acto de reconocimiento se mencione la ley aplicada. El Código de DIPr. belga, si bien opta por una regla única al disponer la aplicación de la ley nacional del padre o de la madre cuando son necesarios los consentimientos de éstos, sin embargo, introduce el criterio residencia habitual para regir la ley aplicable al consentimiento del reconocido en los casos en que la ley nacional no lo haya previsto (*cf.* art. 62.2 de la Ley DIPr. belga). Pero la referida normativa no ha diseñado ninguna alternativa para los casos de fraude en esta materia. La Ley de DIPr. y Procedimiento de Eslovenia facilita en el art. 45.2 una solución específica a las cuestiones de los consentimientos necesarios, evaluándose según la ley de la nacionalidad del hijo. Esta misma solución se otorga en el art. 29.2 del Código de DIPr. japonés. Y para el DIPr. español, las cuestiones relativas a las personas que pueden ser reconocidas y a los requisitos complementarios para la eficacia del reconocimiento con elemento extranjero se incluyen en el ámbito de aplicación del art. 9.4 C.c.⁹⁰⁰

En la práctica registral española, la línea general de la DGRN conduce a no tener presente la norma de conflicto aplicable a los consentimientos necesarios, que se enmarcaría dentro del ámbito del art. 9.4 C.c., rechazando la declaración voluntaria de la paternidad o maternidad cuando no se prevean los consentimientos exigidos por el Derecho foro⁹⁰¹. Un nítido grupo de

⁸⁹⁸ *Vid.* D. Van Iterson, “La nueva Ley holandesa reguladora de los conflictos...”, *loc. cit.*, pp. 389-393.

⁸⁹⁹ En tal ordenamiento, el consentimiento de la madre y del hijo se ha sometido tradicionalmente a la ley nacional del interesado. Se consideraba inútil imponer el consentimiento de la madre a título de norma de aplicación inmediata, ya que ella puede eludir esta exigencia si se desplaza al extranjero en busca de una legislación que más le convenga.

⁹⁰⁰ *Vid.* N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4...”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, p. 30.

⁹⁰¹ En la práctica de la DGRN se rechaza todo Derecho extranjero que no prevea los consentimientos o aprobaciones necesarias. *Vid.* las Resoluciones de la DGRN (1ª) de 7 de

resoluciones de la DGRN se inclinan por la ley rectora del reconocimiento para regular la exigencia de los consentimientos, opiniones del hijo o aprobaciones judiciales que puedan autorizar el acto del reconocimiento⁹⁰². Por otra parte, en un heterogéneo y nutrido número de resoluciones optan por la ley española en detrimento de la norma de conflicto⁹⁰³. La DGRN recurre a la ley española cuando la *lex causae* no reclama requisitos complementarios en el reconocimiento, como el consentimiento del representante del menor o incapaz⁹⁰⁴. En determinadas ocasiones, se aplica la ley nacional del hijo en paralelo a lo que dispone la ley española⁹⁰⁵. Por último, en ciertas resoluciones, la

mayo de 1998 (*Anuario de la DGRN*, 1998, vol. II, pp. 2584-2485); de 4 de junio de 1999 (*Anuario de la DGRN*, 1999, vol. II, pp. 3350-3353); (2ª) de 17 de junio de 2000 (*Anuario de la DGRN*, 2000, vol. II, pp. 3361-3363); de 17 de marzo de 2003 (*Anuario de la DGRN*, pp. 2937-2940).

⁹⁰² *Vid.* la Resolución (1ª) de la DGRN, de 16 de enero de 2003 (*Anuario de la DGRN*, 2003, vol. II, pp. 2572-2574) sobre la inscripción del reconocimiento de la paternidad no matrimonial de una española nacida en España en 1942, residente habitual en Venezuela; Resolución de la DGRN, de 22 de julio de 1988 (*Anuario de la DGRN*, 1988, pp. 937-941) sobre un reconocimiento bilateral y simultáneo de la filiación no matrimonial de una menor, cuando falta la aprobación judicial necesaria conforme a la ley española aplicable, según la nacionalidad de la menor.

⁹⁰³ Resoluciones de la DGRN de 17 de septiembre de 1990 (*Anuario de la DGRN*, 1990, pp. 1124-1127); de 23 de marzo de 1991 (*Anuario de la DGRN*, vol. I, pp. 1058-1060); de 18 noviembre de 1991 (*Anuario de la DGRN*, 1991, vol. I, pp. 1508-1510); de 25 de marzo de 1992 (*Anuario de la DGRN*, 1992, vol. I, pp. 1239-1242); de 4 de junio de 1992 (*Anuario de la DGRN*, 1992, vol. I, pp. 1381-1382); (6ª) de 18 de septiembre de 1993 (*Anuario de la DGRN*, 1993, vol. I, pp. 1776-1778); (2ª) de 27 de abril de 2005 (JUR 2005/9779). Concretamente, para los casos de reconocimiento del hijo de nacionalidad marroquí y los consentimientos necesarios, véase las Resoluciones de la DGRN comentadas anteriormente, como la (2ª) de 27 de abril de 2005 (JUR 2005/9779); la (1ª) de 24 de noviembre de 2005 (JUR 2006/291823) y la (2ª) de 24 de noviembre de 2005 (JUR 2006/291822), donde se obvia la ley marroquí aplicable a los asuntos y verificando lo expuesto en la ley española.

⁹⁰⁴ *Vid.* Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 230.

⁹⁰⁵ Resolución DGRN de 5 mayo de 1993 (*Anuario de la DGRN*, 1993, vol. I, pp. 1467-1470) en la que el padre español reconoce al hijo dominicano por comparecencia ante el Encargado del Registro civil, es decir, se utiliza la forma solemne exigida por la legislación española (*vid.* art. 120.1 del C.c.), por lo que se ajusta también a la legislación dominicana, que es la aplicable en esta materia (art. 9.4 del C.c.). En este mismo sentido, la Resolución (6ª) de 18 de septiembre de 1993 (*Anuario de la DGRN*, 1993, vol. I, pp. 1776-1779) se considera válido reconocimiento de un hijo de nacionalidad cubana por cumplir los requisitos de la ley española (art. 120.1 y 123 C.c.), sin que se oponga a lo dispuesto por la ley nacional del hijo (art. 9.4 C.c.).

DGRN alternativamente recurre a la utilización de la conexión anticipada de la nacionalidad “presunta o pretendida” del hijo cuando el reconocedor sea español⁹⁰⁶.

Ahora bien, la imperatividad de tales exigencias en el ámbito interno no puede predicarse en el ámbito internacional, ya que el consentimiento o la aprobación judicial en el Derecho material español son requisitos de eficacia y no de validez del reconocimiento, con alcance retroactivo. Por ello, antes de que se emita el consentimiento, la declaración del reconocedor vincula al hijo y como tal es irrevocable, si bien no produce todavía efectos como título de determinación de la filiación. El reconocimiento, como acto, quedará incompleto hasta que llegue el consentimiento o la aprobación judicial. Incluso, se admite que quien denegó antes pueda consentir o aprobar más tarde⁹⁰⁷, dando la posibilidad de que el autor del reconocimiento no consentido pueda ejercitar la acción de reclamación del estado fundada en el art. 131.1 C.c.⁹⁰⁸. En este sentido, hay que poner en entredicho que no se admita la aplicación de las leyes extranjeras que no exijan el consentimiento del menor. Cuando es aplicable el Derecho marroquí, que no especifica ningún consentimiento para el menor reconocido, aunque da posibilidad para impugnar la paternidad cuando alcance la mayoría de edad (art. 160 CFM), deberá operar tal ordenamiento, dado que no se vulneraría el orden público internacional español. Asimismo, se puede afirmar

⁹⁰⁶ Cabe mencionar la Resolución DGRN de 18 de marzo de 1998 (*Anuario de la DGRN*, 1998, vol. II, pp 2385-2387) en la que el sujeto reconocido era nacional dominicano, pero gracias a la utilización de la ley española, la DGRN evitó la normal aplicación de la ley dominicana, que sería la que corresponde a la ley nacional del hijo (art. 9.4 del C.c), al anticipar la atribución de la nacionalidad española por el *ius sanguinis* en supuestos de reconocedor español. En la misma línea, la Resolución (2ª) de 14 de enero de 1998 (*Anuario de la DGRN*, 1998, vol. II, 2101-2104) aplica la ley española, como conexión anticipada a la filiación discutida, para exigir el consentimiento del representante legal o la aprobación judicial necesaria.

⁹⁰⁷ *Vid.* F. Rivero Hernández “Filiación extramatrimonial”, *Derecho de Familia...*, 1997, *op. cit.*, pp. 493-494; J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho...*, 2002, *op. cit.*, p. 352; M. De la Cámara Álvarez, “Arts. 120 a 126”, *Comentarios al Código civil...*, 2000, *loc. cit.*, *op. cit.* pp. 456-457.

⁹⁰⁸ El art. 131.1 C.c. reclama la filiación cuando éste progenitor tiene la posesión de estado. En la actualidad, y falta de este requisito, no se impide al progenitor la reclamación de la filiación para estos casos, porque la STC 273/2005, de 27 de octubre (RTC 2005/273) declara inconstitucional el primer párrafo del art. 133 C.c., en cuanto que impide al progenitor no matrimonial la reclamación de la filiación en los casos de inexistencia de posesión de estado.

que la aplicación de un ordenamiento extranjero que no prevea el consentimiento del mayor de edad reconocido no afecta al orden público español. Cuando rige el Derecho marroquí para el reconocimiento de un hijo mayor de edad tampoco plantea problema alguno, porque al igual que en el C.c. español, el consentimiento es requisito esencial en aquél ordenamiento para otorgar validez a la declaración voluntaria de la filiación de los hijos mayores de edad (art. 160.4 CFM).

Ahora bien, cuando el hijo sea español y el reconocimiento de paternidad o maternidad se efectúe según el Derecho marroquí, donde no es necesario el consentimiento del hijo, la inscripción de tal acto en el Registro Civil español se supeditarán a la prestación de los consentimientos exigidos por los arts. 123 y 124 del C.c., y los del art. 49 LRC y los preceptos 186 y 187 RRC. Se entiende que si no se prestó el consentimiento en el extranjero, la eficacia registral del reconocimiento se subordina a que se presten los consentimientos necesarios por afectar a un español⁹⁰⁹.

La necesidad de aprobación judicial del art. 124 del C.c. no es un complemento de capacidad, ni intenta proteger al interés público en cuanto a legalidad del título, sino que es requerida sólo en interés y conveniencia del reconocido, condicionando la eficacia y no la validez del reconocimiento⁹¹⁰. Su proyección al ámbito internacional quedará condicionada a la ley del contenido, aunque no se descarta su aplicación como normas materiales imperativas de la ley del foro. La Resolución de la DGRN de 7 de mayo de 1980⁹¹¹ pasa a considerar la aprobación judicial como formalidad imperativa y deniega la inscripción de la filiación natural materna por falta de aquélla, alegando que "... es una de aquellas formas o solemnidades que afectan a la validez o licitud del acto, y a la vez exceden de la estricta cuestión de su formalización y que, en este caso, se rigen por la ley española por su relación con la capacidad del español reconocido..., por lo cual ha de ser siempre exigida, incluso en el caso de que el acto haya sido otorgado en el extranjero". Esta manera de presentar el requisito

⁹⁰⁹ *Vid.* M. Virgós Soriano, "Nota a la Resolución...", *loc. cit.*, p. 673.

⁹¹⁰ *Vid.* M. Peña y Bernaldo de Quirós, "Determinación y prueba de la filiación", en *Comentarios a las reformas...*, 1984, pp. 920-922; *id.*, "La intervención de la autoridad judicial...", *Cuadernos de Derecho...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 72-75.

⁹¹¹ *En Anuario de la DGRN*, 1980, pp. 500-505.

lo convierte en formal y solemne, de los que aparecen regulados en el art. 11.2 del C.c., aunque en este último precepto no sea mencionado expresamente⁹¹². Es cierto que el art. 124 del C.c. es una norma de Derecho civil pensada exclusivamente para casos internos y que es posible que se aplique a los casos internacionales cuando el art. 9.4 del C.c. remita al Derecho civil común español. Pero hay que aclarar que el orden público español no interviene en este punto, ya que el reconocimiento sin el consentimiento del menor se admite en el Derecho foral⁹¹³ y origina que un Derecho extranjero, como el marroquí, que no prevé este requisito no se rechace.

C) Especial referencia a los reconocimientos de complacencia

El reconocimiento del hijo supone la admisión de la filiación sin sustento de prueba biológica para los dos sistemas jurídicos enfrentados. Las razones de política legislativa, incluida la exigencia de seguridad jurídica, llevan a facilitar los reconocimientos de la filiación, aun a riesgo de que sean ajenos a la realidad. El éxito de la verdad biológica puede diluirse si el reconocedor no es el auténtico progenitor y consigue burlar dicha verdad⁹¹⁴, como sucede en los reconocimientos de complacencia⁹¹⁵. Ello obliga a reforzar los controles para detectar este tipo de fraudes.

⁹¹² En cambio, *vid.* la Resolución de la DGRN, de 25 de marzo de 1985 (*Anuario de la DGRN*, 1985, pp. 446-456).

⁹¹³ *Vid.* las Resoluciones de la DGRN (2ª) de 27 de septiembre de 2001 (*Anuario de la DGRN* de 2001, vol. II, pp. 3692-3694); la de 17 de marzo de 2003 (*Anuario de la DGRN* de 2003, vol. II, pp. 2937- 2940).

⁹¹⁴ Como ha expresado la Resolución de la DGRN de 8 de septiembre de 1992, *Anuario de la DGRN* de 1992, vol. I, p. 1556, las facultades calificadoras del Encargado del Registro Civil no alcanzan a la comprobación de la veracidad de la declaración (art.27 LRC), porque tiene limitadas sus potestades y no puede enjuiciar sobre el fondo. La capacidad de la autoridad registral no alcanza a comprobar la veracidad de las declaraciones sobre filiación y por esta causa no se invalida los reconocimientos de complacencia. No obstante, se puede rechazar la inscripción del reconocimiento de la filiación cuando el título formal acompañado de las diligencias comprobatorias oportunas (art. 28 LRC) se desprenda que el autor del reconocimiento no es el padre biológico del reconocido, en armonía con el principio de verdad biológica. También el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las acciones de impugnación de la filiación no matrimonial determinadas por razón de un reconocimiento de complacencia en la STS 669/2004, de 12 de julio (RJ 2004/5356), que se puede consultar en *AC*, 2004, núm. 2, pp. 2682-2685.

⁹¹⁵ Sobre este problema en Derecho interno *vid.* J. Pozo Vilchez, *El reconocimiento de la filiación...*, *op. cit.*, pp. 20 y 21.

Hay que admitir que se producen ciertos casos en los que la filiación jurídica no coincide con la biológica por deficiencias o patologías del ordenamiento jurídico, como sucede en los reconocimientos de complacencia⁹¹⁶, donde las filiaciones no son veraces y nadie las contradice o impugna. En cualquier caso, que existan reconocimientos falsos es algo inevitable. La ley no puede impedir que alguien otorgue un reconocimiento, aunque no sea el progenitor. Lo único que hace es ratificar que, en principio, tal declaración responde a la verdad.

La CIEC⁹¹⁷, en su Recomendación núm. 9 de 17 de marzo de 2005, deja patente una clara advertencia a los Estados miembros de la existencia de reconocimientos de complacencia, dado el incremento de trámites de nacionalidad, reagrupación familiar⁹¹⁸ o, incluso, en supuestos de adopción. Los medios propuestos para combatir estos reconocimientos por complacencia han sido múltiples⁹¹⁹ y van desde la denegación de la inscripción por parte del Encargado del Registro hasta el ejercicio de nulidad en la inscripción por el Ministerio Público.

⁹¹⁶ *Vid.* F. Rivero Hernández, “La filiación en el umbral del siglo XXI...”, *loc. cit.*, pp. 135-136. Sobre el tema, véase en este mismo capítulo el epígrafe sobre las condiciones sustanciales de validez en el reconocimiento de la filiación. En concreto, consentimientos y fraude de ley: reconocimientos de complacencia.

⁹¹⁷ *Vid.* I. Guyon-Renard, “El fraude en materia de estado civil...”, *loc. cit.*, pp. 1779-1799. También en página <http://ciec1.org/>.

⁹¹⁸ Sobre el tema de la reagrupación familiar, el Parlamento holandés decreta que en los casos de dudosa declaración o no existieran documentos probatorios, el Encargado del Registro civil reclamará la prueba de ADN. El sistema español podría asumir esta solución, aunque para ello tendría que reestructurar el vigente estatus legal, que reserva la prueba de ADN al ámbito judicial. En esta línea, el Colegio de Abogados de Granada ha firmado un Convenio con la empresa “Laboratorios Lorgen”, pionera en la investigación genética y la biología molecular, para que los letrados ofrezcan a sus clientes los servicios de análisis e identificación genética para pruebas declarativas de paternidad, identificación genética de hijos adoptados o de inmigrantes para facilitar su reagrupación familiar. Esta noticia se puede consultar en <http://www.granadadigital.com/>.

⁹¹⁹ Así, en Bélgica se aprueba el Código de DIPr. En los Países Bajos se crea un nuevo procedimiento de verificación y control de los documentos de estado civil extranjeros. El legislador suizo atribuye mayores poderes a los Encargados de los Registros Civiles para poder denegar las inscripciones de documentos que consideren fraudulentos y, en Reino Unido, se logra la especialización de los Encargados con el fin de combatir el mismo objetivo.

En España, la Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 2006 sobre prevención del fraude documental en materia de estado civil⁹²⁰ dispone los criterios y orientaciones prácticas a valorar por los Encargados de los Registros Civiles españoles (Municipales, Consulares y Central) según lo previsto en los arts. 23 y 27 LRC y 85 RRC. La DGRN ha desvelado el aumento de estos reconocimientos de complacencia especialmente en expedientes de filiación no matrimonial⁹²¹ y en inscripciones de nacimiento fuera de plazo⁹²². Con frecuencia, el órgano resolutorio no tiene datos objetivos suficientes para detectarlo. Sólo dispone de referencias dudosas, como el distinto domicilio de los progenitores o la ausencia de prueba de posesión de estado en las relaciones paterno-filiales. Las simples dudas o sospechas constituyen una cuestión que escapa a la calificación del Encargado, quien sólo puede denegar la inscripción cuando de las manifestaciones solemnes de los interesados se deduce la falta evidente de veracidad del reconocimiento⁹²³.

⁹²⁰ (BOE núm. 97, 24 de abril de 2006). En esta resolución se acuerda hacer público el texto de la Recomendación núm. 9 del CIEC relativa a la lucha contra el fraude documental en materia de estado civil y su memoria explicativa adoptada por la Asamblea General el 17 de marzo de 2005.

⁹²¹ Art. 185 RRC dispone que “sólo se podrá inscribir, en virtud de declaración formulada dentro del plazo, la filiación no matrimonial de hijo de casada, así como el reconocimiento de la filiación paterna de progenitor distinto del marido si se comprueba antes de la inscripción que no rige la presunción legal de paternidad de éste”.

⁹²² Art. 311 y 314 RRC. En un expediente de inscripción fuera de plazo de nacimiento, “en cuanto a la filiación se estará a lo legalmente dispuesto” (art. 314 RRC). De esta manera, para poder inscribir la filiación no matrimonial es necesario que ésta haya quedado determinada legalmente por cualquiera de los procedimientos que establece el art. 120 C.c. *Vid.* A. Osácar Ibarrola, *Registro Civil*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001, pp 452-462.

⁹²³ En este sentido, *vid.* la Resolución (2ª) de 27 de abril de 2005 (JUR 2005/9779) sobre inscripción paterna no matrimonial, del nacido en Melilla de madre marroquí y padre también marroquí con nacionalidad española adquirida por residencia. Hay que señalar que el número de progenitores españoles que han solicitado el reconocimiento del hijo de madre marroquí se ha multiplicado por ver satisfecho el deseo de que el nacido sea español de origen y poder conseguir ventajas en el sector de Derecho de extranjería. Sobre posibles reconocimientos de complacencia en relación con supuestos hispano-marroquíes *vid.* la Resolución (1ª) de la DGRN, de 24 de noviembre de 2005 (JUR 2006/291823). Para otros supuestos de reconocimientos de complacencia, *vid.* las Resoluciones de la DGRN, (1ª) de 24 de enero de 2002 (JUR 2002/120567); 9 de octubre de 2002 (JUR 2003/15553); (2ª) de 11 de noviembre de 2002 (RJ 2003/1100); de 28 de diciembre de 2002 (RJ 2003/2641); (3ª) de enero (JUR 2004/138584); (2ª) de 12 de noviembre de 2004 (JUR 2005/73151); (2ª) de 3 de febrero de 2005 (JUR 2005/150265); (2ª) de 27 de abril de 2005 (JUR 2005/9779); (5ª) de 5 de julio de 2006 (BOE núm. 218, de 12 de septiembre de 2006); (2ª) de 24 de

Para combatir los reconocimientos de complacencia, la DGRN puede suministrar las claves que identifiquen cuándo los consentimientos y la declaración en el reconocimiento son fraudulentos, como sucede con los matrimonios de complacencia⁹²⁴. Estas medidas indirectas dirigidas a evitar que el extranjero obtenga automáticamente beneficios fraudulentos, como facilitar una futura atribución o adquisición de la nacionalidad española por parte del reconocido⁹²⁵, quizás obstaculicen derechos fundamentales como el derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad del hijo (art. 10 C.E.)⁹²⁶ y el derecho a la intimidad personal y familiar del reconocedor (art. 18 C.E.). De modo que un control eventual de la veracidad en el consentimiento y en la declaración de reconocimiento en la filiación por del Encargado del Registro coartaría los derechos en presencia, que no deben abandonarse al criterio de interpretación de un órgano administrativo. Con este tipo de prácticas, la autoridad registral, que actúa en ejercicio de una función no jurisdiccional,

noviembre (JUR 2006/291822; (2ª) de la DGRN, de 30 de noviembre de 2005 (JUR 2006/291806).

⁹²⁴ La Instrucción de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de complacencia (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2006, p. 6330) sirve para controlar consentimiento matrimonial por los Encargados del Registro Civil español y evitar el fraude de ley. La doctrina ha criticado a este tipo de técnica normativa, ya que supone una alteración de los principios de la calificación registral en materia matrimonial. El Encargado del Registro sólo debe atender a cuestiones realmente objetivables y no puede ser un control sustancial de la legalidad basada en intenciones. Sobre el tema *vid.* la bibliografía mencionada en este trabajo de investigación en nota específica en el epígrafe “matrimonio celebrado conforme a Derecho español”. *Vid.* más detenidamente los matrimonios de conveniencia, J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 350-352; S. Sánchez Lorenzo, “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Prof. Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 247-275; *id.*, “La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia”, *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí...*, *op. cit.*, 2008, pp. 181-191.

⁹²⁵ La práctica de la DGRN se observa con especial intensidad y con ánimo fraudulento que en los supuestos de expedientes de inscripción de nacimiento y opción a la nacionalidad española iniciados por sujetos que recientemente adquirieron la nacionalidad española surgen dudas sobre la veracidad del vínculo de filiación alegado entre el aparente progenitor y su presunto hijo. C. Esplugues Mota, “Todos somos extranjeros en algún lugar del mundo: incidencia de la extranjería...”, *Derecho registral internacional...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, en espec. pp. 57 y 58.

⁹²⁶ Cabe destacar que el conocimiento del origen biológico de la persona es de suma importancia dentro de los aspectos de la identidad personal, considerando al dato biológico como identidad de aquélla y que, posteriormente, ayuda a desarrollar su vida social.

usurparía competencias a la autoridad judicial, que es la única idónea funcionalmente para declarar su nulidad⁹²⁷.

⁹²⁷ Para la nulidad del reconocimiento de la filiación se ejercita la acción del art. 140 del C.c. *Vid.* STS núm. 498/2004, de 4 de junio (RJ 2004/4418). Esta sentencia ha sido comentada por E. Rubio Torrano, “Reconocimiento de Complacencia”, *AC*, núm. 4, 2005 (BIB 2005/401), en <http://westlaw.es/>; STS núm. 669/2004, de 12 de julio (RJ 2004/5356), comentada por J. R. García Vicente, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril 2005 (BIB 2004/1903); STS núm. 793/2004, de 14 de julio de 2004 (RJ 2004/4676); STS núm. 1131/2001, de 26 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9527); SAP de Barcelona núm. 657/2005, de 26 de octubre (JUR 2006/29150); SAP de Murcia núm. 236/2005, de 15 de julio (JUR 2006/81679); SAP Teruel núm. 71/2003, de 3 de abril de 2003 (AC 2003/831). Sobre el tema, E. Artuch Iriberry, “La exigencia de consentimiento...”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, *loc. cit.* p. 206. Además, este tipo de prácticas pueden ser legalmente constitutivos de delito de alteración de la paternidad previsto en art. 221.2 del Código Penal español, en particular, la creación a sabiendas de una relación falsa de filiación mediando compensación económica, tal y como confirma en la sentencia del Juzgado Central de lo Penal, de 23 de octubre de 2008 (LA LEY 147989/2008, en <http://Laleydigital.es>).

4. Integración en España del reconocimiento voluntario de la filiación efectuado en el extranjero

A) Requisitos extrínsecos e intrínsecos del documento extranjero

El reconocimiento voluntario de la filiación, independientemente de que el nacimiento del hijo haya ocurrido en territorio español, puede efectuarse por el progenitor ante autoridad extranjera, sea ésta marroquí o de otro país.

El documento extranjero que contenga un reconocimiento de la filiación puede ser objeto de inscripción registral en España. Ello dependerá de lo dispuesto en la legislación registral española, que marcará los requisitos que deben satisfacerse y sus consecuencias. El acceso registral también va a depender tanto del título aportado, como de la inexistencia de asiento de filiación contradictorio en el Registro Civil español⁹²⁸. El núcleo del problema reside en saber si el documento extranjero, en particular el marroquí, en el que conste el reconocimiento de la filiación es susceptible o no de acceder al Registro Civil español. Para ello, dicho documento deberá superar los requisitos extrínsecos e intrínsecos exigidos para desplegar efectos en España (arts. 323 LEC y 23 LRC).

La intervención de la autoridad pública extranjera es el elemento característico que aconseja el siguiente enfoque, ya que es necesario que el documento extranjero que contiene un reconocimiento de la filiación sea público para el acceso al Registro Civil español (art. 81 RRC), que lo será sólo cuando en su otorgamiento haya intervenido una autoridad en el ejercicio de sus funciones⁹²⁹.

Al explicar cómo acontece la integración en España del documento que contiene un reconocimiento de la filiación procedente de la autoridad marroquí es preciso aclarar que en el ordenamiento del país vecino rige un sistema de forma documental dual para declarar dicho acto. En este sentido, el art. 162 del CFM dispone que “el reconocimiento de la filiación se prueba por documento

⁹²⁸ Cfr. S. Álvarez González, *Filiación hispano-suíza...*, *op. cit.*, pp. 278-279.

⁹²⁹ Vid. J. Maseda Rodríguez, “El concepto de documento público: jurisdicción territorialmente competente para la ejecución en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *La Ley: Unión Europea*, 1999, núm. 4829, pp. 1-6, en espec. p. 2.

público o por documento ológrafo del reconocedor sobre el que no exista duda”. Por tanto, ante la falta de solemnidad de tal declaración también se admite la efectuada en documento privado.

Hay que comprobar que la autoridad pública marroquí interviniente en el documento que contiene el reconocimiento de la filiación ejerce funciones jurisdiccionales o se dedica de forma estricta a verificar la voluntad emitida en el documento, limitándose a un papel secundario frente a los verdaderos protagonistas: los particulares⁹³⁰. Una vez verificada el tipo de intervención, se recurre al criterio de equivalencia funcional⁹³¹ para localizar funciones similares a las existentes en la normativa del foro.

En Derecho marroquí, cuando se utilice la expresión “documento público” (*išhad rasmi*)⁹³² en los casos en que tenga lugar un reconocimiento de paternidad (art. 95 de la anterior *Mudawana* y art. 162 del CFM), se refiere únicamente al acta adular. Y es que la doctrina marroquí desprecia el criterio de

⁹³⁰ Así lo constata C. Pamboukis, “L’acte quasi public en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993-II, pp. 565-590, en espec. pp. 570-571 y 579. La doctrina española también se ha planteado la función que desarrolla el juez extranjero en las resoluciones de jurisdicción voluntaria. Así, cuando la actividad del juez o autoridad extranjera competente consiste en actuaciones de documentación, homologación o registro y, a falta de régimen especial, este acto de jurisdicción voluntaria se equipara al documento público extranjero. *Vid.* P. A. De Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997, pp. 48-49, 89-93; *id.* “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, *AEDIPr.*, 2000, t. 0, pp. 337-366; M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª edic., Madrid, Cívita-Thomson, 2007, p. 711.

⁹³¹ Desarrollado doctrinalmente en P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international...*, 2004, *op. cit.*, pp. 337-338 y 339-340; P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur...*, *op. cit.*, pp. 547-574, en espec p. 554.

⁹³² En Marruecos, el documento público es utilizado a partir de la influencia del Derecho colonial. Esta expresión, por tanto, ha de ser entendida de conformidad con el artículo 418 del Código de obligaciones y contratos del Reino de Marruecos, aprobado por *Dahir* de 12 de septiembre de 1913 (*B.O.* núm. 46, de 12 de septiembre de 1913) y que dispone: “el documento o acta auténticos son realizados por funcionarios públicos capacitados en el lugar designado para ello y en la forma prevista por la ley”. Además, las actas autenticadas por los jueces de Derecho islámico en sus tribunales son también auténticas, al igual que las sentencias emanadas de los tribunales marroquíes o extranjeros, puesto que pueden dar fe de los hechos que en ellas se considere constatados. La referida normativa se puede consultar en <http://www.maroc-management.com/Juridique/Sommaire.htm> y F. P. Blanc y R. Zedgui, *Code des obligations et des contrats*, Casablanca, Najah al-jadida, 1994.

un sector minoritario que pugna por la validez del documento extendido por el Encargado de Registro Civil o por el notario latino-germánico, en concordancia con el Código de obligaciones y contratos⁹³³. En consecuencia, el documento público marroquí donde conste el reconocimiento de la filiación declarado ante adul deberá homologarse posteriormente por el juez de asuntos notariales para poder inscribirlo en el Registro Civil marroquí. Un sector de la doctrina marroquí afirma que las funciones del juez de asuntos notariales son diferentes a las atribuidas a los demás jueces, porque tienen carácter administrativo y no judicial⁹³⁴, mientras que otra parte de esta doctrina califica a la función del juez de asuntos notariales como “extraña”, ya que ni es judicial ni administrativa en sentido jurídico del término⁹³⁵. Tampoco la legislación marroquí es precisa en cuanto al carácter de la intervención del juez de asuntos notariales en los documentos adulares relacionados con el Derecho de familia marroquí, ya que los arts. 33, 34 y 35 la Ley 16-03 de la Función adular, vigente por *Dahir* de 14 de febrero de 2006⁹³⁶, sólo exigen dicha intervención, pero no aclaran si ésta se produce en calidad de mero fedatario o para homologar el acta adular. En la sociedad marroquí y en la sociedad islámica este tipo de autoridad ejerce generalmente las competencias atribuidas antiguamente al *Cadi*, aunque varían según las circunstancias históricas y políticas⁹³⁷. Es cierto que los traductores jurados oficiales utilizan la expresión “homologación” para referirse a la intervención del juez de asuntos notariales en los documentos adulares, pero parece más acertado reservar este término a los supuestos que implican un control de legalidad del acto contenido en el documento extranjero homologable

⁹³³ *Vid.* A. Khamlichi, *Comentario sobre el Código de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁹³⁴ Opinión de M. El Kozbori y I. Alaoui Abdellaoui, *Explicación de la Mudawana a la luz del nuevo Derecho marroquí*, t. III, 2ª edic., Beirut, Dar al Kalam, 1975, p. 23 (en árabe, traducción propia).

⁹³⁵ Tal y como dispone A. Khamlichi y A. Moulay Rchid, “La *Moudawana* 25 años después de su promulgación”, *RJPEM*, 1981, núm 10, pp 31-86, en espec p. 52 (en árabe, traducción propia).

⁹³⁶ (B.O. núm. 5400, de 2 de marzo de 2006). En general, sobre la intervención del juez de asuntos notariales en el acta adular en temas de Derecho de familia *vid.* M. Al Kashbour, *Al bonowa wa nasab fi modawanat...*, *op. cit.*, pp. 114-115 (en árabe, traducción propia); A. El Harraq, *La Mudawana y la autentificación adular. Estudios y comentarios*, Rabat, edic. Dar Essalama, 2005, pp. 80-96, en espec. pp. 81-87 (en árabe, traducción propia).

⁹³⁷ Sobre esta figura en las distintas épocas *vid.* O. Nafei, “El sistema del estado civil en Marruecos...”, *loc. cit.*, pp. 90-92.

en el foro⁹³⁸. A efectos de esta investigación, lo verdaderamente significativo es precisar que al documento intervenido por el juez de asuntos notariales se le dota de carácter público, si bien la actuación de dicha autoridad presenta carácter meramente formal, considerando más apropiado identificar su función con la expresión autenticar⁹³⁹, según el tenor literal del art. 418 del Código de Obligaciones y Contratos⁹⁴⁰. Lo que no ofrece duda es que al referido documento marroquí que contiene un reconocimiento de filiación y es intervenido por el juez marroquí de asuntos notariales se le otorga solemnidad y se convierte en público.

Una vez constatado el carácter público del documento extranjero, el control pasa por verificar su autenticidad⁹⁴¹ y, según el art. 81 RRC, es título para inscribir el hecho del que da fe, aunque deben cumplirse varias exigencias: la traducción y la legalización. La traducción del documento adular marroquí contentivo del reconocimiento de la filiación deberá aportarse a menos que el Encargado del Registro Civil español conozca el idioma en el que esté redactado (art. 86 RRC)⁹⁴². Por su parte, la legalización del documento aludido tendrá lugar conforme al art. 88 RRC, siempre que el Encargado del Registro español así lo

⁹³⁸ En el ordenamiento español, la homologación implica un control de las condiciones a superar por la resolución extranjera que pretende ser reconocida. Sobre la utilización de este término *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 186, 193 y 205; R. Arrom Loscos, “El sistema de homologación de sentencias extranjeras en la LEC”, *RGD*, 1999, pp. 14173-14206.

⁹³⁹ De hecho, se usa también el término “juez de autenticación”, según la traducción del diccionario árabe al español ofrecida por Z. El-Tollab, *Dar el-Rateb*, Beirut, 2007. Por su parte, la doctrina española aclara que el tribunal extranjero interviniente en actos de simple poder de autenticación sólo juega un rol de testigo solemne. *Vid.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil internacional...*, *op. cit.*, p. 30; J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 192-194. Por tanto, la intervención del juez marroquí de asuntos notariales en el reconocimiento de un hijo otorga solemnidad al acto.

⁹⁴⁰ En dicho precepto se clasifica a los actos recibidos oficialmente por el *Cadi* (ahora llamado juez de asuntos notariales) como títulos auténticos.

⁹⁴¹ Sobre este requisito en general *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2ª edic., 2001, *op. cit.*, p. 337.

⁹⁴² Este precepto permite al Encargado del Registro prescindir de la traducción si al mismo le consta el contenido del documento extranjero. *A sensu contrario*, el desconocimiento del Encargado del idioma en que está redactado, le obligaría a exigir la traducción oficial del documento que puede realizarse por el notario, cónsul, traductor u otro órgano o funcionario competente.

considere, en virtud de lo contenido en el art. 89 RRC⁹⁴³, no quedando dispensada por la aplicación del art. 40 C. H-M⁹⁴⁴, ya que el precepto convencional se aplica solamente a los documentos públicos ejecutivos⁹⁴⁵

Determinada la autenticidad del documento marroquí, se debe comprobar su fuerza probatoria intrínseca, esto es, su aptitud como medio probatorio del acto que contiene. Para ello se requiere que “en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en la ley del lugar de su otorgamiento” (art. 323.2.1º LEC)⁹⁴⁶. No obstante, en el art. 91 RRC se establece que no es obligatorio acreditar la adecuación del hecho o del documento al Derecho extranjero si le consta al Encargado del Registro. Si se parte de la vinculación entre la autoridad pública y la forma del documento otorgado⁹⁴⁷, se presupone la adecuación del documento público a la ley del país cuyas autoridades hayan procedido a su otorgamiento⁹⁴⁸.

⁹⁴³ La eficacia de los documentos públicos extranjeros en el ámbito del Registro Civil tiene un especial tratamiento. El art. 89 RRC exige de legalización y de toda formalidad análoga a los documentos que llegan por vía oficial, o si al instructor del expediente le consta su autenticidad directamente, o por diligencia bastante. Es el caso de los Encargados del Registro Civil de Ceuta y Melilla, que, por proximidad territorial y cultural con Marruecos, puedan llegar a conocer la autenticidad y el contenido de las certificaciones marroquíes.

⁹⁴⁴ El precepto dispone que “los documentos que provengan de las autoridades judiciales o de otras autoridades de uno de ambos Estados, así como los documentos cuya fidelidad y fecha, veracidad de la firma o conformidad con el original certifiquen dichas autoridades, estarán dispensados de legalización o de cualquiera otra formalidad equivalente cuando deban presentarse en territorio del otro Estado”.

⁹⁴⁵ El Título III del C. H-M es el que abarca el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, sentencias arbitrales y documentos auténticos. Sobre estos últimos, el art. 30 del C. H-M aclara que deben de ser ejecutivos, por lo que sólo es aplicable a documentos que produzcan este efecto.

⁹⁴⁶ En realidad, tratándose de documentos públicos, no es la ley del lugar de otorgamiento la que se aplica, sino la de la autoridad que interviene en dicho otorgamiento, puesto que al ser un documento público rige la regla “*auctor regit actum*”. Sobre el tema, *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento...op. cit.*, p. 101.

⁹⁴⁷ En la doctrina española se defiende la posibilidad de realizar una aplicación conjunta de la conexión prevista en el art. 323.2.1º LEC con el art. 11.1 C.c, interpretando ambas disposiciones como rectoras de los requisitos de forma *ad probationem* que ha de cumplimentar un documento público para desplegar eficacia en España. Pero si un acto requiere un documento público como requisito de forma *ad solemnitatem*, la mera formalización de ese acto en el documento determinaría ya la existencia de un medio de prueba cualificado del mismo. La tradicional interpretación de la aplicación “cumulativa” de los arts. 11.1 C.c. y del antiguo art. 600.3 LEC de 1881, podría deberse a la redacción

Tal y como se ha indicado, el juez de asuntos notariales marroquí interviene en el reconocimiento de la filiación como mero fedatario, supervisando la forma y contenido de actos redactados por los adules⁹⁴⁹, al igual que lo haría la autoridad del foro encargada de velar de la fe pública extrajudicial. Por tanto, al cumplirse la exigencia del art. 323.2.1º LEC, se comprueba la virtualidad del documento extranjero como medio probatorio del acto que contiene. Según esto, el documento adular no conformado por el juez de asuntos notariales marroquí no podrá, en ningún caso, servir como título para la inscripción del reconocimiento de la filiación en el Registro Civil español, al carecer del efecto registral en Derecho marroquí por la no intervención de dicha autoridad.

En defecto de documento público, se plantea la cuestión del acceso al Registro Civil español de la declaración de la relación paterno-filial efectuada en documento privado ológrafo, de conformidad con el art. 162 CFM⁹⁵⁰. Y es que si por razones extremas la persona no puede desplazarse al despacho de los adules, es posible que escriba a mano su declaración inequívoca de paternidad, a la que incorporará fecha y firma. Al dar efecto registral al acto contenido en documento privado marroquí es necesario que previamente se legalice la firma del reconocedor⁹⁵¹. Para ello, se comprobará la autenticidad de su firma, que será averada por la autoridad judicial marroquí competente⁹⁵².

originaria y confusa del primero. *Vid.* M. Requejo Isidro, *Ley local y forma...*, *op. cit.*, pp. 145-146. Para la función ambivalente que cumplen los documentos públicos en el sistema español, estos es, como requisito de forma de determinados actos o negocios jurídicos y como medio de prueba cualificado en el ámbito procesal, *vid.* J. D. González Campos y otros, *Derecho internacional privado*, Parte especial, 2ª edic., vol. II, Oviedo, 1990, pp. 345-362, en espec. pp. 360; P. Jiménez Blanco, “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, *AEDIPr*, 2001, t. 1, pp. 365-404, en espec. pp. 371-373.

⁹⁴⁸ *Vid.*, P. Jiménez Blanco, “La eficacia probatoria de los documentos públicos...”, *op. cit.*, en espec. p. 368. En este mismo sentido, *vid.* P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international...*, 2004, *op. cit.* pp. 333-344.

⁹⁴⁹ Tal y como dispone O. Naféi, “El sistema del estado civil en Marruecos...”, *loc. cit.*, p. 93.

⁹⁵⁰ Sobre el tema H. El Bakri, *La firma en los documentos privados*, tesis en Derecho privado, Facultad de Derecho de Casablanca, 2006, pp. 55-60 (en árabe e inédita, traducción propia).

⁹⁵¹ En Derecho marroquí, los arts. 424 a 432 del Código de Obligaciones y Contratos prevén las reglas de fondo aplicables a la prueba de los actos privados. Para autenticar la firma ante juez, lo frecuente es recurrir a un peritaje ológrafo y dependiendo del resultado

La falta de adveración del documento privado marroquí que contiene el reconocimiento de la filiación o, incluso, el documento adular no autenticado por el juez de asuntos notariales y que no accede al Registro Civil español, no obsta a su validez en España a efectos de prueba en juicio ordinario⁹⁵³. Asimismo, al no observarse la forma solemne exigida por el ordenamiento jurídico español para el acceso al registro⁹⁵⁴, dicho documento marroquí tampoco servirá como título para la inscripción de la filiación en el Registro. No obstante, los reconocimientos informales marroquíes pueden fundar una acción de reclamación de filiación no matrimonial (art. 767.3 LEC)⁹⁵⁵ u otras acciones de filiación, ya que, según la *lex fori regit processum*, se exige un principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda (art. 767.1 LEC). Tales documentos marroquíes también pueden servir como soporte a la resolución recaída en el expediente gubernativo tramitado conforme a los arts. 47 a 49 y 97 LRC⁹⁵⁶.

se determinará la filiación. Sobre este tema *vid.* M. Aghdid, “El reconocimiento de la paternidad...”, *Jornada especial...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 47-54 (en árabe y traducción propia).

⁹⁵² Cuando es objeto de litigio el reconocimiento de la filiación contenido en un documento privado, como en el caso de la negación de la firma auténtica del sujeto reconocedor, la competencia se atribuye a la sección sobre asuntos de familia del tribunal de Primera Instancia, compuesto por tres magistrados según el art. 2 de la Ley de 15 de julio de 1975 que fija la organización judicial del Reino de Marruecos, y que ha sido modificada por la Ley núm. 7 promulgada en paralelo con el nuevo Código de familia (B.O. núm. 5358, de 6 de octubre de 2005, edic. francesa). En general, sobre la especialización de los órganos judiciales, en concreto, las nuevas secciones de familia en los Tribunales de Primera Instancia del Reino de Marruecos véase M. C. Feria. “Algunas reflexiones en torno a las reformas del Derecho de Familia...”, *loc. cit.*, pp. 21-35.

⁹⁵³ En general, sobre el efecto probatorio *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 512.

⁹⁵⁴ *Vid.* M. Requejo Isidro, *Ley local y forma de los actos...*, *op. cit.*, p. 328; M. De la Cámara Álvarez, “Artículos 120 a 126...”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 2000, *loc. cit. op. cit.*, pp. 313 y 337.

⁹⁵⁵ En Derecho español, los reconocimientos informales de la filiación se reconducían hacia un proceso judicial sobre filiación para cumplir los fines del art. 135 C.c. y posibilitar el ejercicio de una acción de filiación. Sobre el tema *vid.* M^a. S. Quicio Molina, *Determinación de la filiación no matrimonial...*, *op. cit.*, p. 27; M. De la Cámara Álvarez, “Artículo 120 a 126...”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 2000, *loc. cit. op. cit.* pp 344, 345 y 346. En la actualidad, este precepto quedó derogado por el art. 767.3 LEC, donde se incardina tal posibilidad.

⁹⁵⁶ La circunstancia que permite acudir a este procedimiento es la prevista en el art. 49.1 LRC, ya que lo aportado es un escrito indubitado del reconocimiento de la filiación y al que falta el requisito de la publicidad del documento.

Ahora bien, los documentos privados marroquíes se deberán aportar debidamente traducidos, según lo dispuesto en el art. 144 LEC.

En definitiva, los documentos privados marroquíes donde conste el reconocimiento de la filiación plantean un problema de calificación como documentos auténticos, según dispone el art. 23 LRC. Aunque tales documentos se admitan como válidos y eficaces según lo dispuesto en la ley extranjera a la que remite la norma de conflicto, no accederán al Registro Civil español por no ser considerados títulos suficientes⁹⁵⁷. Ahora bien, si una declaración de paternidad es título ordinario para acceder al Registro Civil español, como dispone el art. 49 LRC, surge la duda de por qué dicha declaración no se considera título cuando se hace por escrito sin intervención pública. Al igual que en el ámbito judicial sirve un documento privado para tener valor en juicio, rodeándolo de los controles necesarios, cabría plantearse la posibilidad de relajar la normativa que regula el acceso de los documentos sobre filiación al Registro Civil español (art. 186 RRC) y acoger una concepción amplia para que los documentos privados válidamente constituidos según la ley extranjera a la que remite la norma de conflicto accedan al Registro Civil, aunque pasando por los correspondientes controles, como el relativo a la autenticidad de la firma contenida en dichos documentos.

B) Reconocimiento conflictual como método para dar validez al acto de la declaración voluntaria de la filiación

Verificar la autenticidad y la fuerza probatoria intrínseca del documento extranjero, en particular el marroquí, no significa reconocer la eficacia del acto incorporado⁹⁵⁸. A efectos registrales o probatorios, la autoridad española ante la que se haga valer dicho documento deberá comprobar el acto jurídico del

⁹⁵⁷ Ni la LRC ni el RRC tratan a los documentos privados como títulos de inscripción, por lo que se infiere que tal clase de documentos queda excluida de la titulación registral.

⁹⁵⁸ Sin embargo, en la jurisprudencia francesa se sostiene que no es necesario prejuzgar la validez del reconocimiento de la filiación llevado a cabo ante autoridad pública extranjera, salvo que exista una acción judicial basada en la nulidad del tal acto, para lo que se acudirá a la ley aplicable al establecimiento de la filiación. *Vid.* P. Pamboukis, “Nota a la sentencia de la Cour de casación (1er. Ch. civ.), 12 janvier 1994”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994-III, pp. 557-568, en espec. p. 558. En general sobre el tema *vid.* D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé/ 1. Partie générale*, Paris, Presse Universitaires de France, 2007, pp. 605-615, en espec. p. 607.

reconocimiento de la filiación efectuado en el extranjero⁹⁵⁹, surgiendo la cuestión del método más apropiado para llevarlo a cabo. Según lo dispuesto en el art. 323.2.3º LEC, la legalidad del acto incorporado al documento se sujeta a las normas de DIPr. españolas relativas a los aspectos de capacidad, fondo y forma (arts. 9.1, 9.4 y 11 C.c. respectivamente)⁹⁶⁰. De esta manera, se enfoca la validez del reconocimiento de la filiación efectuado ante las autoridades marroquíes como si fuese un problema solventable con normas de derecho aplicable, es decir, conforme al denominado reconocimiento conflictual⁹⁶¹.

En cuanto al control de la capacidad necesaria para efectuar la declaración voluntaria de la filiación, no se abordará en este epígrafe al ser objeto de estudio en el apartado ya analizado *supra* correspondiente a las condiciones sustanciales de validez en el reconocimiento de la filiación, en concreto, lo referente a la capacidad activa y pasiva.

Por su parte, la ley rectora de la forma del reconocimiento de filiación se orienta hacia el *favor validitatis*. Existe unanimidad doctrinal en considerar la subsunción de este problema en el art. 11 C.c.⁹⁶², donde se regula con carácter

⁹⁵⁹ Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2ª edic., 2001, *op. cit.*, p. 340.

⁹⁶⁰ No obstante, hay un sector de la doctrina internacional privatista que considera que el control de legalidad en la calificación registral no puede recaer más que en circunstancias objetivas de índole formal o lo que afecte a la capacidad. Véase S. Sánchez Lorenzo y R. Arroyo Montero, “Nota a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 1990”, *REDI*, 1991, vol. XLIII, p. 235.

⁹⁶¹ Sobre esta técnica *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 542; P. A. De Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción...*, *op. cit.*, pp. 95-99; *id.* “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución...”, *loc. cit.*, pp. 348 y 349. Este tipo de reconocimiento es denominado por algún sector de la doctrina con un concepto más amplio, porque no es mero control a través de la norma de conflicto del foro, sino que tal verificación podría englobar otros requisitos. En particular, es conocido como reconocimiento material, otorgando validez a la situación conforme al Derecho que sea de aplicación y no requiere un procedimiento procesal, tal y como J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 193.

⁹⁶² Vid. S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 231; J. D. González Campos, “Comentarios al artículo 9.4º del C.c.”, en *Comentarios del Código civil...*, 1991, *loc. cit. op. cit.*, p. 86; N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4...”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, pp. 30-31. La práctica de la DGRN también ha participado de esta postura, como en la Resolución DGRN de 25 de marzo de 1985 que se acude al art. 11 del C.c. y a la idea de equivalencia

general la forma de todos los actos jurídicos⁹⁶³ y no en el art. 9.4 del mismo cuerpo legal. Pero el art. 11 C.c. presenta una serie de deficiencias, ya que no se adapta convenientemente a los caracteres de las materias reguladas⁹⁶⁴ ni a los intereses en juego de los protagonistas del tráfico privado internacional⁹⁶⁵.

Resulta fundamental tener presente lo dispuesto en el apartado 2º del art. 11 C.c., que impone la observancia de la forma solemne exigida por la ley reguladora de la filiación (art. 9.4 C.c.). De esta manera, cuando el reconocimiento se produzca en el extranjero y la ley del fondo reivindique una forma solemne, como la española por ser el hijo de esta nacionalidad, deberán cumplirse la solemnidad exigida por Derecho español⁹⁶⁶. Según lo dispuesto en

de garantías para la forma del reconocimiento (*Anuario de la DGRN*, pp. 446-456 y B. Vilà Costa, “Comentario a la Resolución...”, *loc. cit.*, *REDI*, pp. 302-309).

⁹⁶³ No obstante, existen dos cuestiones que se refieren a la forma de los actos, pero no son reguladas por el C.c. La primera es la concerniente a los actos que son ajenos al ámbito material de aplicación del art. 11 C.c. En concreto: a) los aspectos de forma de las actuaciones procesales sujetas a la ley española (art. 8.2 C.c.); b) las formas de publicidad de los Registros Oficiales, que se rigen por la Ley de la que depende el Registro; c) las formalidades de los actos administrativos y de Derecho público regidas por la ley de la autoridad que dicta tales actos; d) las llamadas “formas habilitantes”(necesaria intervención de una autoridad para que un acto pueda ser considerado válido, por ejemplo las autorizaciones judiciales para que los menores puedan enajenar ciertos bienes). Tales formas tienen como objeto completar o suplir la capacidad de algún sujeto en particular, por tanto, son cuestiones sobre la capacidad del sujeto y que quedan bajo el ámbito del art. 9.1 C.c. La segunda cuestión trata de una serie de reglas especiales en materia de forma de los actos. De este modo, quedan sujetas a normas especiales la forma de los contratos internacionales, de las declaraciones cambiarias, del matrimonio, de los testamentos, de la adopción internacional.

⁹⁶⁴ El legislador español no ha ofrecido un concepto de forma de los actos subsumibles en el ámbito del art. 11 C.c. No obstante, para satisfacer esta carencia, la doctrina ha propuesto dos tipos de definiciones conceptuales: por una parte, una definición contextual negativa, que indica lo que no pertenece al estatuto formal; y por otra, una definición demostrativa, consistente en registrar ejemplos de normas pertenecientes al estatuto formal. *Vid.* J. D. González Campos y F. Garcimartín Alférez, “Artículo 11...”, *Comentarios al Código civil...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 806.

⁹⁶⁵ Sobre el tema *vid.* E. Pérez Vera, *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional privado*, Granada, Universidad de Granada, 1973, en espec. pp. 39-40.

⁹⁶⁶ La solemnidad exigida en el art. 120 C.c. responde a la trascendencia del acto, a su carácter irrevocable, a la necesidad de fijeza del estado civil y, quizás también, a su naturaleza *cuasi* negocial. *Vid.* N. Bouza Vidal, “Artículo. 9.4 C.c...”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, p. 31; M. Requejo Isidro, *Ley local y forma...*, *op. cit.*, pp. 325. 326 y 328. En Resolución (10ª) de 7 de septiembre de 2002 se expone que “no es

el art. 11.1 C.c., cuando el hijo sea marroquí debe considerarse formalmente válida la declaración voluntaria de la relación paterno-filial llevada a cabo en Marruecos mediante documento ológrafo. Sin embargo, tal y como se ha señalado *supra*, surgirá el problema del acceso al Registro Civil español de este documento privado, ya que los títulos de acceso de la filiación al Registro Civil español son públicos. Por tanto, el art. 11.1 C.c. queda vacío de contenido⁹⁶⁷ debido a la discordancia producida entre *la lex loci registrationis* y *la lex causae* cuando en esta última se admite como válido el reconocimiento de la filiación realizado en documento privado, lo que limita el *favor validitatis*. De esta manera, se produce un *plus* en el reconocimiento registral de los documentos privados extranjeros impuesto por la *lex loci registrationis*, al exigir la solemnidad contemplada en los títulos de acceso al Registro Civil español.

Más operativo habría sido diseñar reglas especiales para la forma del reconocimiento de la filiación, con el fin de facilitar la validez formal del acto y otorgar más seguridad jurídica⁹⁶⁸. La remisión a la ley del Estado en el que se realiza el reconocimiento voluntario o a la reguladora del fondo o, incluso, a la ley nacional de los intervinientes se adecuaría al refuerzo de la validez del acto. No obstante, esta solución, tal y como se ha expuesto *supra*, debería completarse por parte del legislador español con el aumento de los títulos inscribibles en el Registro Civil.

En cuanto al control del fondo del reconocimiento de la filiación, se acude a lo dispuesto en el art. 9.4 C.c., por lo que la ley nacional o residencia habitual del hijo rige la cuestión de si es posible dar validez a la declaración

inscribible un nacimiento acaecido en el extranjero y que no afecta a españoles, porque no queda determinada la filiación paterna respecto del ciudadano español” (*Anuario de la DGRN de 2002*, vol. II, pp. 3764-3765). La existencia de una certificación norteamericana de nacimiento acompañada de las menciones de identidad del padre, pero sin que éste intervenga, no es una de las formas previstas para el reconocimiento de la paternidad del art. 120.1 del C.c., por lo que no se puede determinar la filiación de la interesada respecto del presunto padre español.

⁹⁶⁷ *Vid.* M. Requejo Isidro afirma que el art. 11.1 C.c. deja de tener efecto útil, ya que la ley aplicable al fondo es la que decide si el acto requiere o no de forma solemne, por lo que no habría de revisarse otras leyes (*Ley local y forma...*, *op. cit.*, pp. 148 y 149).

⁹⁶⁸ *Vid.* J. Carrascosa González, “Normas de Derecho internacional privado. Art. 11 del C.c.”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada, Código civil, arts. 1-1087, t. I*, Granada, Comares, 2000, pp. 317-335, en espe. p. 318.

voluntaria de la filiación contenida en el documento marroquí. Estos criterios de conexión resultan insuficientes para favorecer la validez del reconocimiento voluntario, lo que hace que se propugne la incorporación de las conexiones relativas a la nacionalidad o residencia habitual del progenitor que reconoce, siempre que conduzcan al *favor filii*, en la misma línea que otras recientes legislaciones de ámbito europeo, tal y como se ha visto *supra*⁹⁶⁹.

La absorción que sufre la normativa conflictual en el sector del reconocimiento es manifiesta. Pero es cierto que la rigidez del método del reconocimiento conflictual existente en DIPr. español fracciona el régimen jurídico aplicable, al implicar el control de la capacidad, fondo y forma que exige el art. 323 LEC. En consecuencia, puede producirse un desfase entre la validez del acto del reconocimiento de la filiación en el Estado de origen y su invalidez provocada por el control efectuado a través del sistema de normas de conflicto del foro, lo que origina reconocimientos de filiación claudicantes⁹⁷⁰. Se considera, así, que el centro de gravedad debe estar en la estabilidad de la situación creada y no en el interés de aplicar el sistema de leyes propio del Estado donde se pretende reconocer la situación⁹⁷¹. Por ello, se abordará el control del reconocimiento de la filiación declarado en el extranjero desde una perspectiva diferente al comentado de reconocimiento conflictual⁹⁷².

C) Diversidad de métodos de recepción del reconocimiento de la filiación

Resulta aconsejable buscar el mejor método de reconocimiento de la situación de filiación creada en el extranjero, con las peculiaridades propias que

⁹⁶⁹ *Vid.* el epígrafe relativo a las conexiones alternativas en la capacidad activa para el *favor filii*.

⁹⁷⁰ *Cfr.* P. Picone, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *Recueil de Cours de DIPr.*, 1999, t. 276, pp. 9-296, en espec. pp. 130-131; M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic, 2007, *op. cit.*, p. 542.

⁹⁷¹ *Vid.* P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe...”, *loc. cit.*, p. 232.

⁹⁷² Frente a este planteamiento, G. Esteban de la Rosa afirma que la función de la norma de conflicto consiste en promover que las relaciones de vida de las personas que migran y que son pronunciadas en los países de destino sean reconocidas en sus Estados de origen, con independencia de la vinculación con el Estado de origen [“La multiculturalidad (de inmigración) relevante para el sistema español de Derecho internacional privado”, *Dereito, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2007, núm. 2, vol. 16, pp. 5-26, en espec. p. 13].

se plantean cuando ésta provenga de Marruecos. Para ello será aconsejable contrastar el enfoque de las distintas reglamentaciones europeas sobre los métodos de recepción del reconocimiento de la filiación declarado en el extranjero.

Para otorgar eficacia en el foro a la situación jurídica de filiación constituida como válida en Marruecos se podría acudir al “método de remisión del ordenamiento competente”, también denominado coordinación entre sistemas jurídicos⁹⁷³. Esta técnica utiliza la norma de conflicto que regula la cuestión de fondo para remitir al ordenamiento competente o que resulte susceptible de serlo. Se trata, en realidad, de la aceptación de situaciones consolidadas en el extranjero conforme al ordenamiento competente⁹⁷⁴, con el límite del orden público internacional, independientemente del Estado de origen del acto.

En el plano legislativo europeo⁹⁷⁵, el método de remisión al ordenamiento competente se acogió en el art. 65 de la Ley italiana de DIPr. de 31 de marzo de 1995⁹⁷⁶ y en el art. 73.1 de la Ley suiza de DIPr. de 18 de diciembre de 1987⁹⁷⁷.

⁹⁷³ Vid. P. Picone, *Ordinamento competente e Diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1986; *id.*, “Il rinvio all’ “ordinamento competente” nel diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. priv.e proc.*, 1981, núm. 2, pp. 309-376; *id.*, “La méthode de la référence à l’ordre juridique compétent en droit internationale privé”, *Recueil des Cours*, 1986, t. 197, pp. 229-419; *id.*, “I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del Diritto internazionale italiano”, *Riv. dir. int.*, 1990, vol. LXXIII, fasc. 3, pp. 639-691; *id.*, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international...”, *loc. cit.*, pp. 113 y 120-123; *id.*, “Senteze stranieri e norme italiane di conflitto”, *Riv. dir. int.*, 1997, vol. LXXX, fasc. 3, pp. 913-954, en espec. 947-950; *id.* “Il rinvio all’ordinamento competente nel diritto internazionale privato”, *Studi di Diritto internazionale privato*, Nápoles, Jovene Editore, 2003, pp. 301-376; C. Pamboukis, *L’acte public étranger en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1993, pp. 173-177. Para designar el mismo concepto véase B. Ancel, que se refiere a “la règle de droit international privé, vecteur de l’efficacité de la décision étrangère” (“Les règles de droit international privé et la reconnaissance de décisions étrangères”, *Riv. dir. int. priv.e proc.*, 1992, núm. 1, pp. 201-220, en espec. pp. 214-221).

⁹⁷⁴ Vid. P. A. De Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción...*, *op. cit.*, p. 140.

⁹⁷⁵ La remisión al ordenamiento jurídico competente es empleada en países como Italia, Alemania o Países Bajos. Cfr. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional...*, 3ª edic., 1996, *op. cit.*, p. 581-583, en espec. p. 581.

⁹⁷⁶ La ley italiana utiliza la técnica de remisión a un ordenamiento jurídico competente en relación con los artículos de reconocimiento de decisiones extranjeras, actos de

Precisamente, esta última normativa dispone que para dar eficacia en Suiza al reconocimiento voluntario constituido en el extranjero se utilice el mecanismo de coordinación entre ordenamientos. Por tanto, si la declaración voluntaria de la filiación es válida en el ordenamiento competente al que remite la norma contenida en el art. 73 de la Ley suiza⁹⁷⁸, no existirá problema en considerarlo válido en el territorio suizo. No se trata de una regla de designación de la legislación aplicable, ya que la elección de la ley que dará validez al reconocimiento de la filiación se encomienda al sistema conflictual de los Estados designados. Así, según dispone el art. 73 de la Ley suiza de DIPr., la homologación en el foro del acto del reconocimiento de la paternidad o maternidad realizado en el extranjero dependerá de la validez de la situación en el ordenamiento de referencia: el Estado de la residencia habitual, el del domicilio o el de la nacionalidad del hijo o, incluso, el de la nacionalidad de la madre o del padre.

Esta metodología lleva aparejada una mayor agilidad del reconocimiento del acto extranjero. De este modo, se otorgará efecto a todo lo que provenga del ordenamiento jurídico competente, como sucede de forma semejante en la validez matrimonial⁹⁷⁹, en los actos de jurisdicción voluntaria⁹⁸⁰, sociedades⁹⁸¹,

jurisdicción voluntaria (art. 65 y 67), pero condiciona la eficacia a su adecuación al orden público del foro y al respeto de los derechos de defensa. Sin embargo, a diferencia del Derecho suizo, no existe normativa específica para dar validez a los reconocimientos de filiación constatados en el extranjero. *Vid.* F. Moscón, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Turín, Utet, 1997, pp. 161-165; N. Marchal Escalona, “La Ley de reforma de Derecho internacional privado italiano...”, *loc. cit.*, pp. 474-500, en espec. p. 483; P. Picone, “La riforma italiana del diritto...”, *loc. cit.*, pp. 9-38.

⁹⁷⁷ *Vid.* A. Bucher et A. Bonomi, *Droit international...*, *op. cit.*, p. 191; B. Dudoit, *Droit international privé suisse. Commentaire de la Loi...*, *op. cit.*, pp. 239-245.

⁹⁷⁸ Para determinar la validez en Suiza del reconocimiento de la filiación intervenido en el extranjero es suficiente que este acto sea válido, en cuanto a la forma y fondo, en el Estado de la residencia habitual, en el de la ley nacional del hijo o en el de la ley del domicilio o nacionalidad del progenitor, que son la mismas conexiones establecidas para la normativa conflictual (art. 72.1 de la Ley suiza de DIPr.).

⁹⁷⁹ Es necesario saber si dicho matrimonio cumple los requisitos que el ordenamiento español exige para que sea válido. Cuando la validez del matrimonio constituye una cuestión previa respecto de otra (*ad. ex.* separación) y el supuesto no presenta una vinculación especial con el ordenamiento español, bastará con que se constate su existencia y su validez en el ordenamiento competente para ello. Ello obedece a una razón obvia: un matrimonio extranjero no puede ser considerado como válido si es nulo desde la perspectiva del ordenamiento en el que se constituyó la relación. En general, sobre la

los Derechos de propiedad industrial⁹⁸² o, incluso, en el reconocimiento de la adopción internacional⁹⁸³.

validez del matrimonio de extranjeros celebrado en el extranjero *vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio...*, *op. cit.*, pp. 250-255; R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op. cit.*, pp. 181-182, 190-191 y 236 y 237; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, 2ª edic., 2001, *op. cit.*, p. 460. Sin embargo, la Resolución de 16 de diciembre de 1992 (RJ 1992/10614) admitió la validez de un matrimonio celebrado en Japón por contrayente de nacionalidad japonesa y por promotor-interesado de nacionalidad vietnamita, que posteriormente adquirió la nacionalidad española, incluso cuando dicho enlace contraído de forma católica no era válido ni según la ley nacional de los contrayentes ni conforme a la *lex loci*.

⁹⁸⁰ La posibilidad de utilizar las normas de Derecho aplicable como mecanismo de reconocimiento en los actos de jurisdicción voluntaria ha sido defendida por la doctrina tanto extranjera como española basándose en argumentos funcionales: en la medida en que dichos actos se hayan constituido en el ordenamiento jurídico competente, es difícil negar el reconocimiento de los efectos con que han nacido en dicho sistema. *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 3ª edic., 1996, *op. cit.*, pp. 581-582; P. A. De Miguel Asensio, *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción...*, *op. cit.*, pp. 137-145.

⁹⁸¹ En materia de sociedades, el art. 48 del Tratado de la Comunidad Europea constituye una norma comunitaria en la que el ordenamiento de constitución de una sociedad puede ser considerado como el ordenamiento jurídico competente. La técnica conflictual utilizada por dicha norma acoge el método de referencia al ordenamiento competente en su versión más moderada, ya que sólo afectaría a situaciones intracomunitarias. Aunque también la sede social en materia de sociedades puede justificarse como un método puramente material o, incluso, resultar un ejemplo de método conflictual clásico, según expone P. Picone, “Diritto internazionale privato comunitario...”, *loc. cit.*, p. 502. También *vid.* S. Sánchez Lorenzo, “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 115-157, en espec. p. 140-148.

⁹⁸² *Vid.* P. Jiménez Blanco, *El derecho aplicable a las protección internacional de las patentes*, Granada, Comares, 1998, pp. 8-3 y 112-160.

⁹⁸³ El reconocimiento internacional de la adopción, capaz de proporcionar estabilidad y permanencia al estatuto del hijo adoptivo fuera de las fronteras de un Estado, puede conseguirse coordinando los ordenamientos jurídicos en presencia. En concreto, según el art. 26 de la Ley de Adopción internacional, el reconocimiento se fundamenta en el hecho de que no debe reconocerse una adopción en España que no sea válida para el ordenamiento jurídico en cuyo seno se ha constituido. Dicho método reduce el riesgo de adopciones claudicantes que traen causa en las divergencias existentes entre las distintas regulaciones aplicables para la constitución de una adopción internacional. Así sucedía con el anterior art. 9.5 C.c., cuya interpretación dividió a la doctrina a la hora de precisar si se obligaba al juez español a la hora de constituir una adopción a aplicar de forma cumulativa o distributiva la ley española y la ley nacional del adoptando. *Vid.* N. Bouza Vidal relacionó el art. 9.5 C.c. y el método de referencia al ordenamiento competente (“La nueva Ley 21/187 sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado”, *RGLJ*, 1987, núm. 6, pp. 897-931, en espec. p. 917). De la misma manera, H. Muir-Wair vinculó

La ausencia de una disposición en el sistema español de DIPr. para el reconocimiento de la filiación declarado en el extranjero no impide la utilización del método de referencia al ordenamiento competente como técnica de interpretación del sistema de DIPr.⁹⁸⁴. Es posible que el Derecho designado por el art. 9.4 C.c. sirva para la localización del ordenamiento jurídico competente en tal sentido. La remisión a la ley nacional del hijo no impone la necesidad de vigilar que dicha ley haya sido efectivamente aplicada para la determinación de la filiación. La consecuencia es clara: el método de referencia al ordenamiento jurídico competente permite un sistema más viable de reconocimiento de documentos o resoluciones, al no subordinarlo al control de la ley aplicada por la autoridad extranjera. Para que el acto sea reconocido bastará con que la situación sea válida en el Estado cuyo ordenamiento jurídico sea el competente y que en él despliegue los efectos pretendidos⁹⁸⁵. La finalidad de esta técnica es coordinar los ordenamientos para asegurar que la situación constituida en el extranjero pueda desarrollarse en el foro. De este modo, la declaración voluntaria de la paternidad contenida en el documento extranjero debe ajustarse a un ordenamiento en su conjunto, donde tenga efectos y sea válido⁹⁸⁶. Con esta reformulación del sistema español se lograría la armonía internacional de soluciones entre España y

dicho método con el de anticipación utilizado por el Convenio de La Haya en el art. 17.c (“La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *Travaux du Comité Français de DIPr.*, 1993/1995, pp. 49-62, en espec. pp. 53-54). La Ley 54/2007 de adopción internacional parece haber resuelto dicha polémica en su art. 26, que edifica el sistema de reconocimiento de adopciones extranjeras sobre un enfoque metodológico completamente nuevo: el método del *Annerkennungsprinzip*. Este nuevo enfoque indica que una adopción legalmente constituida en un Estado debe ser reconocida en España mediante un control de origen, ajustándose a las exigencias legales en el Estado cuya autoridad la constituyó. *Cfr.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional... op. cit.*, pp. 168-172.

⁹⁸⁴ Como, por ejemplo, pone relieve F. Esteban de la Rosa en relación al procedimiento del art. 84.1 RRC para el reconocimiento en España de las resoluciones sobre crisis matrimoniales (“Nota al Auto Juzgado de primera instancia núm. 1 de Loja, de 19 de marzo de 1996”, *REDI*, 1997-1, vol. XLIX, pp. 223-229, en espec. pp. 228 y 229).

⁹⁸⁵ *Vid.* P. Picone, “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques ...”, *loc. cit.*, p. 131; Ch. Pamboukis, *L’acte public étranger...*, *op. cit.*, pp. 173-174; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional...*, 1991, *op. cit.*, p. 657.

⁹⁸⁶ *Vid.* P. Orejudo Prieto de los Mozos, *La celebración y el reconocimiento...*, *op. cit.*, p. 254, en espec. nota 1090; P. Picone, “La méthode de la référence à l’ordre juridique compétent...”, *loc. cit.*, p. 289; *id.*, “Les méthodes de coordinations entre ordres juridiques...”, *loc. cit.*, pp. 122, 131 y 132.

el Estado que se considere el competente. Las autoridades españolas podrían dar eficacia a los reconocimientos de la filiación realizados en el extranjero, en particular, a los efectuados ante la autoridad marroquí, en la medida en que sean válidos en el país competente al que remite la norma de conflicto española (art. 9.4 C.c.).

El límite de este método viene determinado por la excepción del orden público internacional. La instauración de este mecanismo de control permite el rechazo de situaciones creadas en el extranjero que contienen un establecimiento de la filiación incompatible con los principios fundamentales que rigen en el ordenamiento jurídico español para la materia. Y es que, frente a estos intereses favorecedores del reconocimiento de actos extranjeros mediante la remisión al ordenamiento jurídico competente, existen otros intereses estatales que apuntan en dirección contraria.

El método de referencia conlleva riesgos, como el resultante de verificar que la situación, en su origen, presenta conexiones con otros países distintos al sistema declarado como competente por la norma de conflicto española. Ejemplo de lo expuesto es el reconocimiento de un hijo de nacionalidad marroquí nacido en España y declarado en Francia por un progenitor argelino. Según el art. 9.4 C.c., el ordenamiento competente sería el marroquí, pero al no ser válida la relación filial en aquél, impide que la filiación declarada válidamente en otro país surta efectos en España, poniendo en peligro la continuidad de la situación en el espacio de las relaciones de filiación. De lo anterior se concluye que la técnica de remisión del ordenamiento competente no se adecua a todas las situaciones planteadas, por lo que se deberán hacer los ajustes correspondientes según se trate.

Por otra parte, la utilización del método de remisión al ordenamiento competente puede plantear conflictos positivos o negativos de nacionalidad. En defecto de una solución expresa se acude a la aplicación del art. 9.9 y 9.10 del C.c, cuyos resultados no son muy adecuados. Asimismo, es preciso poner de relieve otro de los problemas de aplicación de la norma de conflicto que surgirían en este ámbito: la posibilidad de un conflicto móvil como consecuencia del cambio en la nacionalidad del hijo. Para resolver este conflicto, el legislador, a fin de potenciar la seguridad jurídica de la norma, podría precisar el momento a tener en cuenta para determinar la nacionalidad del hijo, como el de su

nacimiento⁹⁸⁷ o el de constitución del acto⁹⁸⁸ e, incluso, cualquier otro en atención a su interés⁹⁸⁹. También podría considerarse otra línea de solución al conflicto móvil, como es la valoración del *favor filii*⁹⁹⁰ para la localización del ordenamiento jurídico competente.

Sin lugar a duda, la técnica anteriormente mencionada puede producir resultados satisfactorios en muchos supuestos, sobre todo cuando la situación de filiación está localizada en un mismo país y dicho Estado es el designado como el competente. Sin embargo, se ha comprobado que el funcionamiento de este método precisaría cierta dosis de reinterpretación del sistema. Y, por otra parte, no garantiza la continuidad de las relaciones de filiación plurilocalizadas, por lo que finalmente no parece una buena metodología para todos los casos.

En la búsqueda de otras alternativas más satisfactorias emerge el método del “principio del Estado de origen” (*Herkunftslandprinzip*)⁹⁹¹, que supone reconocer el acto extranjero válido según el Derecho de aquel Estado⁹⁹². El

⁹⁸⁷ Para la Ley belga, el Derecho aplicable debe concretarse en el momento del nacimiento del hijo. *Vid.* la circular explicativa de 23 de septiembre de 2004, en http://www.notaire.be/info/actes/101_code_dip_circulaire.htm#B.

⁹⁸⁸ El art. 4.5 de la Ley sobre conflicto de leyes en materia de filiación de los Países Bajos regula que el momento determinante es el del reconocimiento o el de la prestación del consentimiento necesario para otorgar validez al acto. En esta línea se encuentra el art. 35.1 de la Ley italiana de DIPr., que establece que “las condiciones para el reconocimiento del hijo natural se rigen por la ley nacional del hijo en el momento del nacimiento o, si ello es más favorable, por la ley nacional del autor del reconocimiento en el momento en que éste acontece”.

⁹⁸⁹ En este mismo sentido, el art. 69 de la Ley federal de Suiza de 18 de diciembre de 1987 de DIPr. *Vid.* B. Dutoit, *Droit international privé suisse. Commentaire de la Loi fédérale ...*, *op. cit.*, p. 234.

⁹⁹⁰ *Vid.* J. D. González Campos, “Filiación y alimentos”, *Derecho internacional...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 364.

⁹⁹¹ Sobre esta técnica *vid.* J. Basedow, “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreihaiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, *RabelsZ*, 1995, vol. 59, pp. 1-54; G. Spindler, “Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht-Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?”, *RabelsZ*, 2002, pp. 633-709; R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op. cit.*, p. 502.

⁹⁹² En general, sobre la evolución de la pluralidad metodológica en DIPr. *vid.* P. Picone, “Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario. A cura di Paolo Picone*, Padua, Cedam, 2004, pp. 485-525, en espec. pp. 485-493.

obstáculo de este método radica en que en el país donde se declara voluntariamente la filiación puede presentar escasa vinculación con la situación creada, no garantizando que el acto que se pretende reconocer tenga conexión con el Estado donde se encuentre integrado el hijo, lo que minimiza el logro de la continuidad de la situación en el espacio. En materia de filiación es significativa la consideración de la validez del acto en el ordenamiento jurídico del país donde se declaró voluntariamente la relación filial, aunque verificar únicamente dicha validez conforme al Estado de origen es un punto de mira precario. La filiación debe desplegar sus efectos también en los distintos países conectados con la situación, como el de la nacionalidad o residencia del hijo e, incluso, las del progenitor que reconoce. A falta de estas conexiones, será dificultoso acreditar la vinculación con el Estado requerido.

Otro inconveniente añadido de este método radica en que siendo el acto inválido en el Estado de origen podría reconocerse en España. Piénsese en una declaración de paternidad ineficaz en Marruecos por no constituir una filiación legítima y que para España pueda surtir efectos, al no discriminar a los hijos por razón del carácter de su filiación. Evidentemente, aplicar el método de la remisión al Estado de origen a las situaciones hispano-marroquíes no evita la discontinuidad del estado de filiación si en Marruecos no se admite el reconocimiento voluntario de la filiación. Esta teoría alemana soluciona parcialmente los reconocimientos de filiación válidos en Marruecos, pero margina determinadas situaciones inviables para ese Estado aunque eficaces en otros.

Como otra modalidad a valorar se puede acudir al método “de eficacia extraterritorial de decisiones”, tal y como hacen los arts. 9 y 10 de la Ley de conflicto de leyes en materia de filiación de los Países Bajos, que conlleva el examen del régimen de condiciones para dar alcance en el foro a los hechos o actos jurídicos realizados en el extranjero que establezcan o modifiquen la filiación⁹⁹³. De lo que se trata es de averiguar bajo qué circunstancias se reconocerá la declaración voluntaria de paternidad o maternidad realizada en el extranjero, sin controlar la ley aplicada, al entender que tal cuestión no debe

⁹⁹³ Véase la explicación del origen de la Ley de los Países Bajos sobre los conflictos de leyes en materia de filiación en A. V. M. Struycken, “*Locus regit actum. Un nouvel avatar hollandais*”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur...*, *op. cit.*, pp. 765-779, espec. pp. 775 y 776.

depender de la ley designada por el DIPr. neerlandés. Contrariamente, se controla la autoridad competente⁹⁹⁴ que lleva a cabo el acto de reconocimiento de la filiación y la salvaguarda del orden público internacional⁹⁹⁵. Esta metodología, que somete la validez del acto realizado ante la autoridad extranjera a determinados requisitos impuestos por la ley del Estado requerido, resulta poco beneficiosa para el *favor validitatis* de la situación creada en el extranjero y no ofrece resultados que garanticen la continuidad de las situaciones en el espacio, ya que el reconocimiento del acto queda circunscrito a demasiados aspectos para garantizar el control del acto, aunque entorpece a tales fines.

Una parte de la doctrina europea plantea el reconocimiento de los documentos extranjeros desde el enfoque del sector de la eficacia extraterritorial⁹⁹⁶, eclipsando la utilización del conflicto de leyes⁹⁹⁷ y sin tener tan presente la armonía de soluciones representativa del método de referencia al

⁹⁹⁴ Es decir, corresponde al Estado requerido el control de la competencia internacional de la autoridad extranjera. Este tipo de control es denominado “conflicto de autoridades”, en terminología empleada por A. Quiñones Escámez como método para reconocer a la unión conyugal o de pareja que tiene lugar ante la autoridad de un determinado país, tras un procedimiento o a través de un acto público (*Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 34 y 35, en espec. nota 49, y p. 38). Por contraposición, Ph. Francescakis emplea la terminología “conflicto de sistemas” cuando el Estado requerido efectúa un control conflictual para dar alcance a la situación creada en el extranjero, concretamente entre la norma de conflicto del foro y la del derecho extranjero (*La théorie du renvoi et les conflits des systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958).

⁹⁹⁵ En segundo apartado del art. 10 de la Ley holandesa se disponen los motivos de rechazo de la validez del reconocimiento paterno intervenido en el extranjero por atentar al orden público. Así, no se admitirá como válido el reconocimiento efectuado en el extranjero por un nacional holandés y que, según la ley holandesa, no está habilitado para reconocer al hijo o cuando no se haya respetado el consentimiento de la madre o del hijo en las condiciones fijadas por la ley aplicable al tema y, por último, cuando este acto es manifiestamente simulado. Sobre el tema *vid.* D. Van Iterson, “La nueva ley holandesa reguladora de los conflictos de leyes...”, *loc. cit.*, pp. 1072-1073.

⁹⁹⁶ Aunque esta metodología conlleva riesgos. Las dificultades inherentes al método de reconocimiento en otras instituciones han sido expuestas por P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe...”, *loc. cit.*, pp. 332-335.

⁹⁹⁷ Tal y como ha declarado elegantemente G. P. Romano, “La bilatéralité éclipse par l’autorité. Développements récents en matière d’état...”, *loc. cit.*, p. 457.

ordenamiento competente⁹⁹⁸. Así emerge el llamado “método del reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en el extranjero”⁹⁹⁹ para otorgar validez al reconocimiento de filiación incorporado en documento extranjero. Esta metodología se funda a partir de una norma propia del reconocimiento que impulse la validez de la situación creada en el extranjero, aunque con necesidad de un segundo elemento: la cristalización de la situación en el ordenamiento de procedencia¹⁰⁰⁰. Con este último componente, se pretende favorecer la validez del acto o de la situación materializada en el Estado de procedencia y sin poner el acento en la búsqueda del ordenamiento de referencia. Ello lo diferencia del

⁹⁹⁸ Vid. P. Picone, “Les méthodes de coordinations entre ordres juridiques...”, *loc. cit.*, pp. 54-59; P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 564.

⁹⁹⁹ Vid. A. Quiñones Escámez repasa laboriosamente las distintas nomenclaturas de métodos existentes y el debate abierto por la doctrina internacional y española más representativa de los distintos enfoques aptos para dar alcance a situaciones constituidas en el extranjero, particularmente a las uniones conyugales o de pareja (*Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento...*, *op. cit.*, pp. 34-45). En la doctrina extranjera, se pueden consultar las diversas opciones de la evolución metodológica en este sector en C. Pamboukis, “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008-III, pp. 513-560, en espec. la bibliografía apuntada en la nota 18; P. Lagarde, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification...”, *loc. cit.*, pp. 230-332; *id.*, “La reconnaissance mode d’emploi...”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 478-501; P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.* pp. 547-573; S. Bollée, “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007-II, pp. 307-355; G. P. Romano, “La bilatéralité éclipsée par l’autorité. Développements récents en matière d’état...”, *loc. cit.*, pp. 457-519; D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé/1...*, 2007, *op. cit.*, pp. 582-587; H-P., Mansel, “Anerkennugn als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RabelsZ*, 2006, pp. 651-731; R. Baratta, “Problematic Elements or fan implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Persona Land Family Status in the EC”, *IPRax*, 2007, pp. 4-11; A. Quiñones Escámez, “Propositions pour la formation, la reconnaissance et l’efficacité international des unions conjugales ou de couple”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007-II, pp. 357-382. Al parecer, la aparición de instituciones novedosas en el ámbito internacional, como las uniones conyugales entre homosexuales o parejas registradas, ponen en riesgo la validez de estas instituciones en otros Estados por utilizar un régimen de reconocimiento semejante al régimen diseñado para el matrimonio. Por este motivo, la doctrina internacionalista europea reformula el método del reconocimiento, tal y como expone B. Ancel y H. Muir Watt, “Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudement-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 135-170, en espec. p. 169; M. L. Niboyet y G. de Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2007, pp. 141-155, en espec. pp. 153 y 154.

¹⁰⁰⁰ El término cristalización ha sido utilizado por P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 565 y 566.

método utilizado en el art. 73.1 de la Ley DIPr. suiza¹⁰⁰¹, pues esta regla no acude a un razonamiento en dos tiempos, al ser independiente de la cristalización de la situación en el ordenamiento competente¹⁰⁰². El hecho de que el reconocimiento del hijo llevado a cabo en el extranjero sea válido según el ordenamiento de referencia del Estado nacional del padre, uno de los fijados por la norma suiza, no obliga a que tal situación haya sido inscrita en dicho ordenamiento. En esta ocasión, la validez es preferida por ella misma y no porque resulte de un Estado donde la situación hubiera cristalizado¹⁰⁰³. Tampoco hay que confundir método del reconocimiento de situaciones con el empleado por el art. 311-17 del Código civil francés, que permite el reconocimiento de la declaración voluntaria de la filiación realizada en el extranjero si fue dispuesta conforme a la ley personal del autor o la del hijo¹⁰⁰⁴. La norma francesa enfoca la validez del acto introduciendo varias leyes personales con estrecha vinculación para la institución, aunque con una mirada de derecho aplicable¹⁰⁰⁵ al utilizar la regla de conflicto del foro, lo que provoca que sea apartada del método del reconocimiento de situaciones¹⁰⁰⁶.

El matiz diferenciador del tratamiento del reconocimiento de situaciones se basa en la comprobación de la cristalización. Esta puede tener lugar de modos

¹⁰⁰¹ Para distinguir el método del reconocimiento de situaciones del de decisiones *vid.* P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 549-567, en espec. pp. 565 y 566. Sin embargo, S. Bollée considera que no existe distinción entre los métodos propuestos por P. Mayer, sino que son dos caras de la misma moneda, ya que el método empleado es el mismo, aunque con tratamiento diferente según se trate de situaciones jurídicas o de decisiones judiciales (“L’extension du domaine de la méthode...”, *loc. cit.*, pp. 324 y 325).

¹⁰⁰² Según explica P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 565.

¹⁰⁰³ *Cfr.* P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 566.

¹⁰⁰⁴ Esta norma se enuncia como una regla de conflicto, aunque también se utiliza para otorgar validez a la situación que se creó en el extranjero. *Vid.* P. Lagarde, “La reconnaissance mode d’emploi...”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 492 y 493.

¹⁰⁰⁵ Sobre método de conflicto de leyes utilizado para dar validez al negocio o acto incorporado en documento extranjero, *vid.* D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé...*, 2007, *op. cit.*, p. 608 y 609.

¹⁰⁰⁶ *Cfr.* P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 565.

diversos. Entre ellos cabe la intervención de una autoridad pública en la creación, aunque dicha autoridad no tuviera poder jurisdiccional, ya que el núcleo del reconocimiento no es el acto público sino la situación establecida. Un ejemplo de este tipo de cristalización se plantea en la comentada Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009¹⁰⁰⁷, que admite la determinación de la filiación creada válidamente en EEUU, comprobando únicamente que dicha situación ha cristalizado en el extranjero mediante la intervención del Registro Civil californiano y que no es contraria al orden público internacional español. De esta manera, si la declaración voluntaria de la filiación es conformada en Marruecos por la intervención de alguna autoridad pública, administrativa o judicial, falicitará de forma instantánea la verificación de la cristalización de la situación. Ahora bien, esta consideración es insuficiente, ya que la elección de las partes de la autoridad extranjera para efectuar el reconocimiento de la filiación es prácticamente libre y, en ocasiones, implica la inexistencia de lazos reales de la situación con el orden jurídico donde la autoridad tiene sus poderes¹⁰⁰⁸. En la citada Resolución de la DGRN, la autoridad interviniente no resulta muy próxima a la situación, al tratarse de dos españoles que han buscado de forma previsible a la autoridad extranjera para establecer jurídicamente su paternidad biológica. De haber residido el matrimonio de españoles un tiempo prudencial en EEUU, no podría valorarse la posibilidad de búsqueda de un foro fraudulento. Para evitar los posibles fraudes es necesario subordinar el reconocimiento de la declaración voluntaria de filiación a la comprobación de que la autoridad interviniente extranjera esté conectada con la situación de filiación, como puede ser la coincidente con la nacionalidad o la residencia habitual del hijo reconocido o, incluso, del progenitor que reconoce.

Surge la incertidumbre en la valoración de la cristalización cuando la situación es declarada *ex lege*, es decir, surgida por sí misma y sin intervención de autoridad, al quedar prevista en el Derecho material. Esta respuesta no es ajena al ordenamiento español, ya que en el art. 3 del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre la competencia de autoridades y la ley aplicable en materia de protección y responsabilidad parental¹⁰⁰⁹ se establece que “en todos los

¹⁰⁰⁷ *Vid. supra* en esta investigación las pp. 271-274.

¹⁰⁰⁸ *Cfr.* P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 562.

¹⁰⁰⁹ (BOE núm. 199, de 20 de agosto de 1987).

Estados contratantes se reconocerá una relación de autoridad resultante de pleno derecho de la ley interna del Estado del que es nacional el menor”. En el ámbito de las relaciones de filiación que interesa a este trabajo, el reconocimiento voluntario en Marruecos se puede manifestar en documento ológrafo por el reconocedor, tal y como indica el art. 162 del CFM, lo que hace dudar sobre si la ausencia de intervención de autoridad pública en la situación creada en Marruecos lleva a excluir la cristalización o si, por el contrario, la materialización tiene lugar *ex lege*. La verificación de la situación creada podría basarse en indicios materiales, no solamente de DIPr., y el documento privado podría ser un elemento más para aceptar dicha cristalización. De acuerdo con esta técnica, el rechazo del reconocimiento de la situación de filiación establecida a través de documento privado resulta difícil de argumentar si se le suma la constante posesión de estado de hijo¹⁰¹⁰. En cualquier caso, siempre cabe recurrir al orden público internacional para rechazar la situación de filiación determinada de un modo ajeno a los principios fundamentales del ordenamiento español.

D) Propuesta de *lege ferenda*: método de reconocimiento *fili*-céntrico de la situación creada en el extranjero

La inexistencia en DIPr. español de una norma que regule específicamente la validez de las declaraciones voluntarias de paternidad o maternidad realizadas en el extranjero mediante un método u otro evidencia la escasa sensibilidad del legislador en relación con la envergadura de las situaciones privadas internacionales derivadas del aumento de la población extranjera en España o, posiblemente, la consideración de la actual reglamentación como adecuada a la materia. En la búsqueda de un sistema de control adecuado, el DIPr. español debería proporcionar una respuesta especializada para otorgar eficacia a los actos voluntarios de reconocimiento de la filiación manifestados en el extranjero¹⁰¹¹. El objetivo central es favorecer al *favor filii* en la validez del

¹⁰¹⁰ La posesión de estado es un elemento a tener en cuenta en la valoración de la cristalización para que la situación creada en el extranjero sea reconocida en el foro, tal y como dispone P. Mayer, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, loc. cit. op. cit., p. 563.

¹⁰¹¹ Esta especialización no resulta extraña a la trayectoria española, tal y como se puede comprobar en el art. 11 del Proyecto de Ley de jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de las personas y en materia civil y mercantil, en *BIMJ*, 15 de noviembre de 2006, suplemento al núm. 2025, pp. 13-102, en espec. pp. 38 y 39.

reconocimiento de la filiación realizado en el extranjero, además de conseguir la continuidad de la determinación de la paternidad o maternidad en los Estados conectados con la situación filial.

A lo largo de este epígrafe se han diferenciado los métodos existentes para llevar a cabo el reconocimiento de situaciones de filiación determinadas en el extranjero, comprobando la mayor o menor adecuación de cada uno de ellos de acuerdo a los intereses en presencia, en particular, los que presentan las declaraciones voluntarias de la filiación hispano-marroquíes. También se ha puesto de relieve que no existe un método ideal para todas las situaciones. Sin embargo, realizado este análisis, se considera que el debate en torno a los métodos debe relativizarse. Lo primordial es solucionar los problemas que plantea la validez del reconocimiento voluntario de la filiación realizado en el extranjero, en particular el procedente de Marruecos. Cualquiera opción que sea tomada en torno al método no puede desconocer que el fundamento del reconocimiento reside en el derecho del individuo a no encontrarse con demasiados obstáculos para procurar la continuidad de su situación en el Estado de acogida. Y si se traslada este objetivo al ámbito de la filiación tendrá que enlazarse con el *favor filii* y el principio de estabilidad de este estado civil.

Cualquier propuesta de solución que pueda plantearse en esta investigación debe partir del sistema vigente en España. Al respecto, resulta confusa la exigencia del control de la legalidad exigida por el art. 323.3 LEC¹⁰¹², que debe cumplir el acto de filiación incorporado en el documento extranjero y que se trate de hacer valer en España. Esta exigencia comporta un alto grado de inseguridad jurídica. Y es que no se determina claramente si para el control de la legalidad del acto hay que acudir al control de lo dispuesto en la ley aplicable al fondo, capacidad o forma de la declaración voluntaria de la filiación realizada ante autoridad extranjera. Es cierto que las actuales exigencias de la legislación española otorgan bastantes garantías en el control del acto realizado en el extranjero, pero no reduce las situaciones claudicantes. La solución de *lege lata* aportada desde esta investigación consiste en una reducción teleológica del control de la legalidad del art. 323 LEC para otorgar validez a los reconocimientos voluntarios de la filiación que proceden del extranjero,

¹⁰¹² La exigencia de legalidad conforme a la ley española ha recibido el refrendo de la DGRN a través de su Instrucción de 20 de marzo de 2006 (BOE núm. 97, de 24 de abril de 2006).

verificando únicamente que la situación creada en el extranjero es válida conforme al ordenamiento competente, con la salvaguarda del orden público internacional.

En sintonía con la doctrina que reformula la técnica del reconocimiento se propone el establecimiento de una norma propia del sector, con criterios claros y precisos, que evite la incertidumbre en la interpretación de lo dispuesto en el art. 323 LEC. En particular, la norma de eficacia extraterritorial que se origine debe tomar en consideración el ordenamiento competente del Estado de la ley de la nacionalidad o la residencia habitual del hijo o, bien, el del Estado de la nacionalidad o residencia habitual del autor del reconocimiento. Estas conexiones favorecen la validez de la situación creada en el extranjero, al tiempo que ayuda a superar el obstáculo que supone que la situación esté plurilocalizada. Ello que beneficiaría, sin duda, su reconocimiento en el Estado requerido y garantizaría cierta estabilidad y continuidad a las relaciones de filiación que se encuentren vinculadas con más de un ordenamiento. Sin embargo, se presenta dificultades en la búsqueda del correcto ordenamiento competente. Y es que en el método de remisión al ordenamiento competente se manifiesta un vaivén entre varios ordenamientos, llamado riesgo de la *navette*¹⁰¹³. Como refuerzo en su configuración, la solución pasaría por incorporar la cláusula del *favor filii* en la propia regla para que el intérprete del Derecho considere que el reconocimiento de la situación creada en el extranjero es conveniente al hijo¹⁰¹⁴, con la salvaguarda del orden público¹⁰¹⁵. Tal y como se expuso en el primer capítulo en lo que se denomina “teoría del vértice”¹⁰¹⁶, el dinamismo de las variables presentes hace que, en esta ocasión, puedan colocarse en el mismo plano de igualdad los intereses del hijo y los del progenitor que reconoce en ver establecida la situación la filiación, por lo que se configuran como eje central facilitar la validez de la situación creada en el extranjero y la continuidad en el espacio del estado civil en los distintos Estados conectados.

¹⁰¹³ Término utilizado por Ch. Pamboukis, *L'acte public étranger...*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁰¹⁴ En este ámbito es conveniente introducir una solución material que privilegie el interés del hijo conjuntamente con la verdadera filiación. Esta respuesta fue ofrecida por P. Lagarde, “La reconnaissance mode d’emploi...”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 501.

¹⁰¹⁵ Ch. Pamboukis, *L'acte public étranger...*, *op. cit.*, p. 176.

¹⁰¹⁶ *Vid.* el primer capítulo de la tesis doctoral, el epígrafe concreto *Favor filii versus favor legitimatis*.

Otro riesgo resultante de la remisión al ordenamiento competente es la localización de un ordenamiento de un Estado de base jurídica musulmana, como el marroquí, donde el reconocimiento voluntario es un modo de determinar la filiación legítima complicado de llevar a la práctica, debido al enmascaramiento que comporta declarar la paternidad fuera del marco legal. La regla del foro sólo designa ciertas conexiones convenientes para localizar el ordenamiento competente, pero si conocer si la situación realmente ha cristalizado en dicho ordenamiento. Y es que la simple aplicación del ordenamiento jurídico competente conduce al no reconocimiento de algunas situaciones de filiación. En el afán de hacer frente en España a la inamovible regulación marroquí y atendiendo al derecho del hijo a determinarla, la normativa que se propone en esta investigación procura que surta efectos en el Estado requerido mediante el método de reconocimiento de la situación de filiación creada en el ordenamiento competente. Dado que el valor a tener en cuenta es el *favor filii* se añade otra oportunidad al reconocimiento de la situación creada en el extranjero, que deberá sujetarse a la verificación de si dicho acto de filiación ha cristalizado en el ordenamiento jurídico competente, a pesar de que la filiación no se haya determinado legalmente conforme a aquel Derecho.

Todas estas opciones de mejora en las relaciones hispano-marroquíes, sea cual sea el método empleado, no son suficientes para suprimir los problemas que plantea el reconocimiento voluntario no válido en Marruecos. Hay que tener presente que, en este país, el acto de reconocimiento voluntario de la paternidad seguirá limitándose por lo establecido en el art. 160.3 CFM. Evitar las situaciones claudicantes en la materia entre los dos Estados únicamente será posible cuando el legislador marroquí adopte una actitud aperturista y elimine las restricciones impuestas en el CFM para admitir al reconocimiento voluntario como otro modo de establecer la filiación, independientemente de si el hijo fue concebido legítimamente.

CAPÍTULO TERCERO

**LA RECLAMACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA
FILIACIÓN DEL NACIDO EN ESPAÑA DE
PROGENITOR MARROQUÍ**

I. PLANTEAMIENTO

En España, la tutela judicial internacional en materia de filiación se lleva a cabo por dos vías: 1) a través de un proceso de cognición en el foro, en el que el juez nacional, mediante una resolución, declara el establecimiento o la impugnación de la filiación; 2) a través del reconocimiento de la resolución adoptada por un tribunal extranjero declarando o impugnando la filiación. Por tanto, el sistema de competencia judicial internacional y el de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras se hallan íntimamente vinculados, precisando de una regulación coordinada. Cuando el sistema de competencia judicial internacional no atribuya foro a los tribunales españoles para conocer de la demanda de filiación, se presume que otro órgano judicial extranjero resulte competente. Por su parte, cuando se rechaza el reconocimiento de una decisión extranjera, normalmente cabe predicar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para resolver *ex novo* el litigio. De ahí que sea conveniente verificar la normativa de competencia judicial internacional y de reconocimiento de decisiones judiciales sobre filiación vigentes en España y Marruecos, con el fin de proponer una solución viable que satisfaga los intereses en juego. En cuanto al Derecho aplicable, se plantean las dificultades del sistema conflictual en ambos sistemas jurídicos, enfatizando en la adecuada aplicación del art. 9.4 C.c.

II. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LA RECLAMACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN

1. Competencia judicial internacional de los tribunales marroquíes

A) Traslado de la competencia territorial a las situaciones internacionales

En Marruecos, al igual que en España, la función jurisdiccional es la expresión de la potestad soberana del Estado. Ahora bien, el legislador marroquí, a diferencia del español, no ha creado normas *ad hoc* para establecer la competencia judicial internacional¹⁰¹⁷. Este vacío se llena mediante la transposición de las normas sobre competencia territorial interna contenidas en

¹⁰¹⁷ Sobre el tema *vid.* M. Abboud, *Al waghiz fil kanum dawli aljâss al maghrebi (Lecciones en DIPr. marroquí)*, Casablanca, edic. Markaz zaksfi al arabi, 1994, pp. 327-330 (en árabe, traducción propia); A. Boudahrain, *Derecho judicial privado en Marruecos...*, *op. cit.*, pp. 85-95; L. Messaoudi, “Tentative d’application du code de procédure civil sous l’angle du droit international privé”, *RDE*, 1990, núm. 6, pp. 169-211 (en árabe, traducción propia); A. Moulay Rchid, “Les conflits de juridictions”, *Droit international privé. Cours polycopiés...*, *op. cit.*; *id.* “Les grandes lignes du droit international privé marocain...”, *loc. cit.*, p. 10. A diferencia del modelo marroquí, el sistema español establece una reglamentación específica para los supuestos de tráfico externo distinta de la competencia judicial interna. Y es que existen distintas técnicas de referencia sobre el carácter autónomo o dependiente de la reglamentación de la competencia internacional respecto de la propia de la competencia judicial interna. *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, 1991, *op. cit.*, pp. 269-270.

el Código de procedimiento civil marroquí de 1974¹⁰¹⁸ (en adelante CPCM) al plano internacional¹⁰¹⁹, así como la atribución de competencia exclusiva a los órganos judiciales marroquíes en materia de estatuto personal¹⁰²⁰.

El art. 27 del CPCM parte de la competencia del tribunal del domicilio real o elegido del demandado para conocer de cualquier asunto, ya se trate de una situación interna o de una situación privada internacional¹⁰²¹. Para el caso en que el demandado no tenga domicilio en Marruecos, pero sí su residencia, se atribuye competencia al tribunal de la residencia en territorio marroquí (art. 27.2 CPCM). Sólo a falta de estos foros se podrá acudir al foro del domicilio o de la residencia del demandante. Y en los supuestos en que fueran varios los demandados o los demandantes, se reconoce la posibilidad de acudir al tribunal del domicilio o de la residencia de cualquiera de ellos.

En este punto, obviamente, hay que aclarar el significado de los conceptos marroquíes de domicilio y de la residencia¹⁰²², conceptos que se encuentran definidos y precisados en los arts. 519 a 526 del CPCM, suprimiendo las lagunas del *Dahir* de 1913¹⁰²³ sobre la materia.

¹⁰¹⁸ El Código de procedimiento civil marroquí fue aprobado por *Dahir* que contiene la Ley núm. 1/74/447 (B.O. núm. 3230 bis, del 30 de septiembre de 1974, p. 1305) modificado por *Dahir* contintivo de la Ley núm. 1/93/206, de 10 de septiembre de 1993 (B.O. núm. 4220, de 15 de septiembre de 1993).

¹⁰¹⁹ Esta teoría ha sido criticada por parte de la doctrina marroquí, que estima que la norma interna no debe trasponerse al ámbito internacional, porque conduciría a soluciones incongruentes, burlando el principio de independencia y soberanía de los otros Estados. *Vid.* M. Abboud, *Al waghiz fil kanum dawli lajas...*, *op. cit.*, p. 330.

¹⁰²⁰ En este sentido, *vid.* las resoluciones del TS marroquí de 5 de julio de 1967, *JDI*, 1971, p. 184; la resolución del TS marroquí de 11 de enero de 1982, *RMDED*, 1985, p. 192. También citadas en A. Rodríguez Benot, “Informe sobre Estatuto personal común...”, *Primer encuentro judicial hispano-marroquí...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 43-105. En general, sobre este primer encuentro judicial entre ambos países *id.*, “Primer encuentro judicial hispano-marroquí (Rabat, 27-29 de junio de 2001), *REDI*, 2001-1, vol. LIII, pp. 740-742.

¹⁰²¹ Sobre la normativa interna de competencia judicial internacional *vid.* M. Abboud, *Al waghiz fil kanun...*, *op. cit.*, pp. 327-330; A. Boudahrain, *Derecho judicial privado en Marruecos...*, *op. cit.*, pp. 85-95. En estas obras se exponen que al no existir una normativa específica de competencia judicial internacional la respuesta se traslada a lo dispuesto en la competencia territorial. En todo caso, no hay respuesta específica para el sector de la filiación.

¹⁰²² Sobre estos conceptos *vid.* M. J. Essaid, *Introduction a l'étude du droit...*, 3 edic., *op. cit.*, pp. 431 y 432.

¹⁰²³ *Dahir* de 12 de agosto de 1913, que contenía el Código de procedimiento civil marroquí.

En lo concerniente al domicilio, el legislador marroquí distingue entre domicilio real, elegido y legal. El domicilio real de una persona física es el lugar donde tiene su estancia habitual o el centro de sus negocios e intereses. En el caso en que no coincidan estas dos estancias, la persona física se considerará domiciliada, a efectos de Derecho de familia o de su patrimonio personal allí, donde tenga su estancia habitual. Y respecto de los derechos derivados de su actividad profesional, se entenderá domiciliada donde ejerza tal actividad¹⁰²⁴.

El Derecho marroquí, asimismo, prevé la posible existencia del domicilio elegido, al disponer que toda persona física o moral puede elegir un domicilio concreto para la ejecución de algunos actos y obligaciones, facultad que, en la práctica, se usa con bastante frecuencia. Tal elección, en alguna ocasión viene impuesta por Ley¹⁰²⁵. Por lo general, la elección del domicilio resulta de un acuerdo entre las partes que aparece inserto como una cláusula en el contrato, y en el que los particulares consideran como tribunal competente el del domicilio elegido¹⁰²⁶. Cuando esto ocurre, el domicilio elegido prevalece sobre el real o legal, al derivar aquél del principio de la autonomía de las partes. Sin embargo, en lo que a la determinación de la filiación se refiere, la utilización de esta posibilidad debe ser descartada, ya que se trata de una materia indisponible para los particulares, en la que prima el interés público.

Por otra parte, el Derecho marroquí contempla el criterio del domicilio legal, que es el domicilio impuesto por la ley para dos categorías de personas: los incapacitados y los funcionarios públicos¹⁰²⁷. En cuanto a los primeros, que son

¹⁰²⁴ Las personas morales se consideran domiciliadas en el lugar de su sede social. No obstante, y dado que en Marruecos existe una concentración de sedes sociales en Rabat y Casablanca, el legislador estima oportuno permitir que una sociedad pueda ser citada tanto ante el tribunal del lugar de su sede social como el del lugar de sus sucursales.

¹⁰²⁵ Como la impuesta por el art. 13 del *Dahir* de 12 de agosto de 1913 sobre inscripción de inmuebles, que exige a toda persona que solicita la inscripción escoger un domicilio en el lugar del registro de propiedad rústica en cuya jurisdicción está situado el bien inmueble, aún cuando el solicitante no estuviere domiciliado en este lugar.

¹⁰²⁶ De manera general, el art. 524 CPCM prevé la posibilidad de hacer una elección del domicilio para la ejecución de ciertos actos o para el cumplimiento de las obligaciones resultantes de ellos.

¹⁰²⁷ El domicilio legal para los funcionarios públicos es el lugar donde ejercen sus funciones.

los sujetos que interesan a los efectos de este trabajo, las notificaciones se han de dirigir al domicilio de su tutor, que es quien los representa ante la justicia¹⁰²⁸.

Y, por último, la residencia es definida como el lugar donde la persona se encuentra en un momento determinado (art. 520 CPCM). Se trata de un criterio que presenta una cierta estabilidad, aunque sea temporal. La residencia, por tanto, implica una relación de hecho entre la persona y el lugar donde reside, mientras que el domicilio supone una relación de derecho. Como se puede apreciar, la definición en Derecho marroquí de domicilio se aproxima más a la noción de la residencia habitual del Derecho español¹⁰²⁹.

B) Amplitud de foros en materia de filiación en supuestos internacionales

Como se ha apuntado, los jueces marroquíes disponen de extensas posibilidades de atribuirse competencia en un proceso de filiación o en los supuestos de tráfico externo, concretamente en caso de determinación o impugnación de la filiación legítima, ya que no se admite la posibilidad de plantear una demanda para constatar la paternidad natural¹⁰³⁰. Y ello es debido al traslado de los criterios de competencia territorial interna al plano internacional.

El criterio general de atribución de competencia del tribunal suele ser el del lugar del domicilio del demandado, si bien existen excepciones a esta regla. Así, en el art. 27.3 CPCM se permite al demandante acudir a los tribunales marroquíes aunque el demandado no tenga fijado domicilio ni residencia en Marruecos. El espíritu de esta norma es corroborada por las disposiciones del

¹⁰²⁸ En virtud de los arts. 183 CPCM sobre la minoría de edad y el art. 199 CPCM sobre la interdicción.

¹⁰²⁹ La doctrina internacionalista marroquí expone que el criterio del domicilio del Derecho interno marroquí se aproxima a lo definido en art. 2 del Convenio franco-marroquí relativo al estatuto personal y de la familia y la cooperación judicial del 10 de agosto de 1981, publicado en Francia (*J.O.* de 1 de junio de 1983) y en Marruecos (*B.O.* de 7 de octubre de 1987). Este precepto dispone que “el domicilio de una persona es el lugar donde ella tiene su residencia habitual efectiva”. *Cfr.* A. Moulay Rchid, “Les grandes lignes du droit international privé marocain...”, *loc. cit.*, p. 31; F. Monéger, “La convention franco-marocain du 10 août 1981...”, *loc. cit.*, p. 40.

¹⁰³⁰ *Vid.* el primer capítulo el epígrafe “La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica”.

art. 10 del *Dahir* de 1997 sobre los tribunales de comercio¹⁰³¹, donde se justifica la voluntad del legislador marroquí en facilitar a sus ciudadanos la no comparecencia ante tribunales extranjeros. No obstante, parte de la doctrina marroquí critica esta solución que despreja la posible atribución de competencia judicial internacional de otros Estados, vinculada al rechazo del reconocimiento de decisiones marroquíes¹⁰³². Lo cierto es que estos obstáculos pueden superarse por la vía convencional, tal y como se rubrica en el Convenio franco-marroquí, que a diferencia de C. H-M¹⁰³³, establece criterios de competencia judicial directa, como el domicilio común o, subsidiariamente, la nacionalidad común¹⁰³⁴.

La concurrencia de foros de competencia judicial internacional de los tribunales marroquíes para conocer de la filiación puede dar lugar a que un mismo litigio se planteé simultáneamente ante los tribunales de Marruecos y de España. Para paliar esta dificultad, habría sido de gran utilidad la previsión de una regla de listipendencia por vía convencional, aunque no se descarta implantarla para una mejora del vigente C. H-M, cuestión esta última que se abordará en un epígrafe posterior¹⁰³⁵. Igualmente, habría resultado idóneo que el C. H-M. otorgara criterios de competencia directa a fin de solucionar el conflicto positivo de atribución de competencia judicial internacional entre los dos Estados, perfilando a la vez un concepto de domicilio¹⁰³⁶ como sucede con el Convenio franco-marroquí. Ello hubiese permitido que el C. H-M se extendiera a los sectores de competencia judicial y del derecho aplicable, sin limitación exclusiva a la asistencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones.

¹⁰³¹ *Dahir* núm. 1-97-65, de 12 de febrero de 1997, que aprueba la Ley núm. 53-95, sobre la jurisdicción de comercio. Se comprueba que las disposiciones del art. 10.3 de este *Dahir* son idénticas a las del art. 27.3 CPCM.

¹⁰³² *Vid.* M. Abboud, *Al waghiz fil kanun...*, *op. cit.*, p. 330.

¹⁰³³ Tal posibilidad si queda regulada para las materias contractuales o de un delito o de un cuasidelito en el art. 32 del C. H-M.

¹⁰³⁴ En concreto, el art. 11.1 del Convenio franco-marroquí, que retoma las disposiciones del art. 16 a) del Convenio franco-marroquí de 5 de octubre de 1957. *Vid.* F. Monéger, “La convention franco-marocain du 10 août 1981...”, *loc. cit.*, p. 274.

¹⁰³⁵ *Vid.* el epígrafe *infra* sobre “Regla de listipendencia con fiscalización de la Comisión Europea”.

¹⁰³⁶ A efectos de competencia y de ley aplicable, el art. 2 del Convenio franco-marroquí asimila el criterio “domicilio” al de residencia habitual efectiva, concepto este último frecuentemente amparado por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. *Vid.* F. Monéger, *La convention franco-marocain du 10 août 1981...*, *loc. cit.*, pp. 40-41.

2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles

A) Ausencia de régimen institucional y convencional

En el ámbito comunitario, la circulación de personas en el espacio común da lugar a numerosas relaciones de familia localizadas en el territorio de varios Estados miembros. En 1993, el Grupo europeo de Derecho internacional privado¹⁰³⁷ elaboró una Propuesta de Convenio sobre competencia judicial internacional y ejecución de decisiones en materia familiar y sucesoria¹⁰³⁸, donde se articulaban foros de competencia judicial internacional para las demandas de establecimiento de filiación. En concreto, las acciones mencionadas en el texto referido eran las “destinadas a determinar o a impugnar la paternidad o la maternidad”. Se constataba que la acción más frecuente era la de investigación de la paternidad natural, aunque también se consideraba necesario contemplar otro tipo de acciones, como las de denegación de la paternidad por parte del cónyuge de la madre o las de impugnación de paternidad por la mujer respecto a su marido. Incluso las de impugnación del reconocimiento por el autor del mismo o de otro hombre que alegue presunción de paternidad del hijo.

La Propuesta del Convenio optaba, de manera general, por el criterio de la residencia habitual de las personas implicadas en el procedimiento de determinación de la filiación y descartaba el correspondiente a la nacionalidad de tales personas, por no estimarse procedente dentro del espacio unificado. En concreto, el apartado primero del art. 4 de esta Propuesta de Convenio ofrecía al demandante la posibilidad de acudir a los tribunales de los Estados donde se hallase la residencia habitual del hijo o de la persona cuya paternidad o maternidad se presumiera o se impugnara. La amplitud de foros obedecía al hecho de que algunas de estas acciones podían entablarse sin presencia del

¹⁰³⁷ Sobre los trabajos del Grupo *vid.* A. Borrás Rodríguez, “Creación del Grupo europeo de derecho internacional privado”, *REDI*, 1991-2, vol. XLIII, pp. 596-597; *id.*, “La firma del Convenio de 28 de mayo de 1998 relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial (Bruselas II)”, *REDI*, 1998-1, vol. L, pp. 384-388.

¹⁰³⁸ Las materias incluidas son el matrimonio, el régimen de bienes en el matrimonio, el divorcio y la separación, la filiación y las sucesiones, aunque se excluyen el nombre, la adopción y las medidas de protección de los incapaces.

progenitor cuya paternidad o maternidad estuviera en cuestión, como en el caso de fallecimiento de alguno de ellos¹⁰³⁹.

La nacionalidad de la parte interesada sólo se acogía, a título subsidiario, en los supuestos en que los foros señalados no fundamentaran la competencia de un tribunal de un Estado contratante. En tales casos, se brindaba al demandante la posibilidad de acudir al tribunal del Estado parte de la nacionalidad del hijo o la persona cuya paternidad o maternidad se presumiera o se impugnara¹⁰⁴⁰.

En 1998, cuando se elaboró el Convenio de Bruselas sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial¹⁰⁴¹ se destacó la gran disparidad existente entre los sistemas legislativos en presencia en materia de familia. Esto dificultó la unificación de las reglas de competencia judicial internacional en cuestión de filiación¹⁰⁴². No obstante, aunque se hubieran unificado las reglas de competencia de los Estados miembros, el juez nacional, en orden al reconocimiento de una sentencia extranjera, no habría renunciado al control de las reglas de Derecho aplicable, lo que habría restado gran parte de su eficacia¹⁰⁴³. Y si el Comité redactor del referido instrumento

¹⁰³⁹ *Cfr.* el “Informe explicativo redactado por el Profesor P. Lagarde, sobre la propuesta de Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia de familia y de sucesión, elaborada por el Grupo Europeo de Derecho internacional privado (proyecto de Heidelberg)”, *REDI*, 1994-1, vol. XLVI, pp. 466-474, en espec. p. 471. El texto de la proposición del Convenio se puede consultar en *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993-4, pp. 841-845, en espec. p. 842.

¹⁰⁴⁰ *Loc. cit.* p. 471.

¹⁰⁴¹ *Vid.* A. Borrás Rodríguez, “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998)”, (*DOCE* núm. C 221, de 15 de julio de 1998, pp. 27-64).

¹⁰⁴² En el Informe Jenard o informe explicativo a la versión original del Convenio de Bruselas de 1968 (*DOCE* núm. C 189/122, de 28 de julio de 1990) se razona que la exclusión de las materias de estado civil, capacidad, regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones quiebra y seguridad social se debió a la disparidad de las resoluciones de conflictos de leyes. Al parecer, este Informe entendía que las materias no patrimoniales son particularmente sensibles a ser unificadas, había cuenta que, por regla general, son independientes de la autonomía de la voluntad de las partes y afectan al orden público.

¹⁰⁴³ Las normas de competencia contenidas en el Convenio estaban llamadas a sustituir, salvo disposición en contrario, a las normas de competencia directa de los Estado

hubiera decidido retirar al juez del *exequatur* todo el poder de control sobre la ley aplicable, quizás se hubiera incitado a que dicha autoridad judicial abusara de la noción de orden público para paralizar el reconocimiento de la resolución extranjera. Ante todos estos males, los miembros del Comité optaron por la solución que producía menores consecuencias: reducir el ámbito de aplicación del instrumento internacional a las materias de crisis matrimoniales y relaciones paterno-filiales¹⁰⁴⁴. El resultado definitivo fue la exclusión de los procedimientos relativos al establecimiento de la filiación.

La disparidad entre las normativas nacionales sobre competencia judicial internacional y reconocimiento de decisiones en el ámbito del Derecho de familia complica la libre circulación de personas, así como el funcionamiento del mercado interior. Con el fin de superar esta limitación se ha adoptado, entre otras cosas, las medidas de cooperación judicial en materia civil necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior¹⁰⁴⁵. Así, se adoptan disposiciones comunes que han unificado las normas de competencia en materia matrimonial

contratantes. Si se hubiera permitido conservar la normativa autónoma a cada país, junto a la regulación prevista en la Convención, el progreso habría sido mínimo, al subsistir las normas de competencia exorbitantes. Además, habría sido necesaria la introducción del control de la competencia del tribunal de origen para eliminar, precisamente, las competencias exorbitantes del Estado de origen de la sentencia. Quizás, aquel extremo fue uno de los motivos del fracaso del Convenio. Y en cuanto a la exclusión de su ámbito de aplicación de lo concerniente al establecimiento de la filiación, hay subrayar las reticencias y recelos de los Estados miembros de la UE en ceder sus competencias nacionales en la materia.

¹⁰⁴⁴ *Vid.* el Informe explicativo del Convenio del 1998, con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, que acabó limitando su ámbito de aplicación a la cuestión del divorcio, aunque más tarde se añadieron reglas en relación a la responsabilidad parental de los hijos. Después se produjo la aprobación del Reglamento (CE) 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (*DOCE* L 160, de 30.06.2000, p. 19). Éste fue sustituido por el actual Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOCE* L 338, de 23 de diciembre de 2003). Este último instrumento constituye el régimen preferente para determinar las reglas de competencia judicial internacional de los tribunales españoles en las causas de crisis matrimonial y responsabilidad parental.

¹⁰⁴⁵ Considerando primero del Reglamento (CE) 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

y de responsabilidad parental y, a la vez, han simplificando los trámites de reconocimiento y de ejecución. Todo ello sin olvidar los esfuerzos existentes en la actualidad por conseguir soluciones comunes en la cuestión del Derecho aplicable sobre la materia¹⁰⁴⁶. En este sentido, hay que plantearse por qué no ha ocurrido lo mismo en lo que concierne a la determinación/impugnación de la filiación. Es verdad que, en el ámbito europeo, existen importantes divergencias entre las legislaciones nacionales respecto de los procedimientos y las acciones de filiación. También surgen discrepancias en los temas de crisis matrimonial y de responsabilidad parental entre los Derechos nacionales de los Estados miembros y, aún así, ha sido posible la adopción de reglas uniformes sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones. Resulta incomprensible que la determinación de la filiación, institución intrínsecamente vinculada a la responsabilidad parental, se haya dejado al margen del esfuerzo unificador y se haya logrado, sin embargo, la unificación de las reglas de competencia judicial internacional de reconocimiento de las resoluciones judiciales en esta última materia.

El Consejo Europeo de Viena de 1998 destacó que el objetivo del espacio judicial común era simplificar la vida diaria de los ciudadanos¹⁰⁴⁷. De ahí que, en el marco de la actual vorágine reglamentista de la UE en materia de familia y sucesiones¹⁰⁴⁸, se espere la apertura de un nuevo frente que corrija las

¹⁰⁴⁶ Propuesta de Reglamento del Consejo COM (2006), 399 final, de 17 de julio de 2006, por la que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 relativo a la competencia y, además, se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial.

¹⁰⁴⁷ (DOCE C 19, de 23 de enero de 1999, p. 1).

¹⁰⁴⁸ La Comisión europea ha elaborado importantes documentos en materia de sucesiones y Derecho de familia. Cabe mencionar el libro verde sobre sucesiones y testamentos, de 2 de marzo de 2005, [COM (2005) 65 final, marzo de 2005]; y el libro verde sobre ley aplicable y competencia en materia de divorcio, de 23 de marzo de 2005 [COM (2005) 82 final, marzo de 2005]. Ambos textos se acompañan de anexos en los que se analizan las cuestiones en las materias planteadas (Documento SEC (2005) 270 y (2005) 331 respectivamente). A estos hay que sumarle el libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que hace especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo de 17 de julio de 2006 [COM (2006), 400 final, julio de 2006]. Asimismo, hay que destacar la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución en materia de obligaciones alimenticias (COM (2005) 649 final), al igual que la mencionada Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 en lo que se refiere a la competencia, aunque también se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, de 17 de julio de 2006 (COM (2006), 399 final). Todos los textos pueden consultarse en www.europa.eu.int/comm/off/green/index_es.htm.

deficiencias advertidas en el ámbito sobre la competencia judicial internacional y la libre circulación de resoluciones judiciales en materia establecimiento o impugnación de la filiación. En la actualidad, se está redactando un libro verde sobre reconocimiento mutuo en materias vinculadas al estado civil, donde podría quedar englobada la cuestión de filiación en el marco de un plan de acción a largo plazo del Consejo y de la Comisión para la puesta en práctica del programa de La Haya¹⁰⁴⁹. En él se expone de nuevo la dificultad de los Estados miembros para marcar directrices conjuntas sobre competencia judicial internacional en materia de determinación de la relación paterno/materno-filial, sin duda por las diferencias muy notables existentes entre ellos.

Por otra parte, España tampoco forma parte de ningún convenio multilateral o bilateral que contenga normas de competencia judicial internacional sobre la determinación de la filiación. Como se verá, el C. H-M no excluye a la filiación de su ámbito de aplicación. Este instrumento bilateral establece solamente normas para los sectores del reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos y de asistencia judicial internacional. Una revisión de este régimen bilateral para introducir en él normas sobre competencia judicial internacional resulta en este momento bastante difícil. Como se expondrá, existe un control vigilado por la Comisión Europea en cuanto a la conclusión o, incluso, la modificación de Acuerdos internacionales de los Estados miembros con terceros países en las materias que pudieran afectar a la libre circulación de personas¹⁰⁵⁰.

En definitiva, la inexistencia tanto de normativa comunitaria como de instrumentos internacionales vinculantes para España con reglas de competencia judicial internacional sobre determinación de la filiación permite afirmar que el sistema español, en relación con este tipo de cuestiones, es de origen exclusivamente autónomo.

¹⁰⁴⁹ (DOCE C 198, de 12 de agosto de 2005).

¹⁰⁵⁰ Véase *supra* el epígrafe “El efecto colateral de la comunitarización del DIPr. en las relaciones hispano-marroquí”.

B) Operatividad de los foros de la L.O.P.J. en la filiación hispano-marroquí

A la luz de la reglamentación vigente contenida en la L.O.P.J.¹⁰⁵¹, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en cuestión de filiación queda garantizada en los siguientes supuestos: a) cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22.2 L.O.P.J.) y b) cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España (art. 22.3, inciso cuarto L.O.P.J.)¹⁰⁵². Como bien ha analizado ya la doctrina¹⁰⁵³, los criterios de competencia judicial internacional son desmesuradamente amplios¹⁰⁵⁴. La razón de esta amplitud estriba en satisfacer un objeto material como el *favor fillii* mediante las

¹⁰⁵¹ (BOE núm. 157, de 2 de julio de 1985).

¹⁰⁵² En general, sobre el tema *vid.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*; *id.*: “Art. 9.4º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, 1995, *loc. cit.*, pp. 205-242; J. D. González Campos, “Filiación y alimentos”, *Derecho internacional...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 355-377. M. Guzmán Zapater, “Filiación por naturaleza...”, *loc. cit.*, 159-193; A. Marín López, “La filiación”, *Derecho internacional privado...*, 1994, *loc. cit. op. cit., español*, pp. 189-233.

¹⁰⁵³ *Vid.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 135 y 136; *id.* “Artículo 9, apartado 4...”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 218; J. M. Espinar Vicente, *El matrimonio y las familias...*, *op. cit.*, pp. 334-336; M. Guzmán Zapater, *El derecho a la investigación...*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰⁵⁴ El artículo 22.3 L.O.P.J. fue objeto de un error durante su tramitación parlamentaria, porque se debía contener sólo dos foros de competencia judicial internacional en materia de filiación: a) residencia habitual del hijo en España al tiempo de la demanda; b) demandante español y residente habitualmente en España. El último foro se separó por equivocación en dos opciones, de modo que el volumen de competencia judicial internacional de los tribunales españoles en el sector de la filiación quedó muy ampliado. *Vid.* el Proyecto de L.O.P.J. (BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 118-1, de 19 de diciembre 1984), que realiza en su artículo 33 una mera referencia a la residencia habitual del hijo en España. Hubo de ser en el Dictamen de la Comisión del Senado donde se introdujese el inciso objeto de comentario, que en las Enmiendas del Senado enviadas al Congreso de los Diputados mediante mensaje motivado, se fundamentaba en motivos de “mejora técnica”. Además, *vid.* BOCG, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 118-IV, de 22 de junio de 1985; la Ponencia del Senado había sugerido el nuevo texto presentado en el seno de la misma por el Grupo Socialista (*cf.* Informe de la Ponencia, BOCG, Senado, Serie II, núm. 243 d), de 28 mayo 1985). En el sistema italiano se optado también por otorgar un amplio volumen de competencia judicial internacional a los tribunales estatales. En concreto, el art. 37 de la Ley de DIPr. italiana de 1995 admite como foros la nacionalidad italiana de uno de los padres o del hijo o la residencia en Italia de cualquiera de tales sujetos, además del domicilio en Italia del demandado e, incluso, la sumisión de las partes. Sobre el tema, *vid.* T. Ballarino y A. Bonomi, *Diritto internazionale privato*, 3ª edic., Padova, Cedam, 1999, pp. 469-470.

posibilidades ofrecidas al hijo para acudir a los tribunales españoles¹⁰⁵⁵. Resulta difícil imaginar situaciones en las que no sean competentes los tribunales españoles para la determinación o impugnación de la filiación. No obstante, cuando así sucediera, el juez español siempre va a tener la posibilidad de conocer por el foro llamado de necesidad¹⁰⁵⁶, al que se hará referencia más adelante.

Hay un sector de la doctrina que ha llegado a calificar a estos foros de exorbitantes¹⁰⁵⁷, al poder provocar la falta de efectividad de las sentencias españolas en otros países. Pero una extensión del volumen de competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de filiación tiene ciertos efectos positivos en el sector del reconocimiento. Piénsese que, al controlar la competencia del juez extranjero que dicte una sentencia sobre paternidad o maternidad y a la que se pretenda dar validez en España, el tribunal español recurrirá a una aplicación “bilateral” de los foros de competencia de la L.O.P.J. De esta manera, se considera competente el juez extranjero cuando, en un caso similar, lo hubiera sido un juez español¹⁰⁵⁸. En general, los foros de la L.O.P.J. se han acogido de forma positiva y se ha destacado de manera particular por su tendencia hacia la “armonía internacional de soluciones”¹⁰⁵⁹.

Por otra parte, hay que señalar que la aplicación práctica de unas reglas de competencia judicial internacional amplias también pueden plantear problemas de ajuste con las normas de competencia territorial internas. La LEC, como es

¹⁰⁵⁵ Cfr. J. D. González Campos, *Derecho internacional privado...*, 1995, *op. cit.*, p. 314.

¹⁰⁵⁶ Esta posibilidad será tratada *infra*.

¹⁰⁵⁷ La nacionalidad y la residencia habitual españolas del demandante han sido calificadas de exorbitantes por C. Senes Motilla, “Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil: el art. 22 de la L.O.P.J.”, *Justicia* 86, 1986-III, pp. 683-704, en espec. p. 701. Sobre la calificación de exorbitantes de foros en la materia, *vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, vol. II, 2006, *op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁵⁸ *Vid.* la jurisprudencia sobre el tema, como ATS de 2 de marzo de 1987, comentada en nota por J. D. González Campos en *REDI*, 1988-1, pp. 208-211; el ATS de 26 de octubre de 1987, comentada en nota por S. Álvarez González en *REDI*, 1989-1, pp. 299-301, en espec. pp. 300 y 301.

¹⁰⁵⁹ *Vid.* J. L. Iglesias Buigues y M. Desantes Real, “Extensión y límites de la jurisdicción española. Influencia del Convenio de Bruselas de 1968 en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985”, *Las relaciones de vecindad, (IX Jornadas de profesores del Derecho internacional y relaciones internacionales 1985)*, Bilbao, Argitarapen Zerbitzua Euskal Herriko Unibertsitatea, 1987, pp. 453-463.

sabido, no prevé foro interno especial para las acciones de filiación (arts. 764 y stes. LEC) e, inevitablemente, se produce este desajuste. Cuando así ocurra, la norma de competencia judicial internacional determinará también la competencia territorial. Y si la primera se basó únicamente en la nacionalidad española del demandante, éste podrá elegir el fuero territorial¹⁰⁶⁰, salvo que el demandado pruebe la existencia de otro alternativo que presente una mayor vinculación¹⁰⁶¹.

Al margen de la mayor o menor bondad del precepto, los foros especiales por razón de la materia a los que se acaba de aludir se crearon con el objetivo de amparar un interés de parte y ofrecer al hijo la máxima protección. Así, los tribunales españoles pueden fundamentar su competencia judicial internacional tanto en los foros especiales como en el foro del domicilio del demandado¹⁰⁶². Este último, que recibe el calificativo de “foro general”¹⁰⁶³ y concurre con los especiales en el mismo nivel¹⁰⁶⁴. Cabe señalar que los foros especiales en materia

¹⁰⁶⁰ Con el único límite del abuso del Derecho (cfr. art. 11.2 L.O.P.J. y art. 247.2 LEC).

¹⁰⁶¹ *Vid.* arts. 58 y 59 LEC.

¹⁰⁶² M. A. Amores Conradí, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 L.O.P.J.”, *REDI*, 1989-1, vol. XLI, pp. 113-156, en espec. p.132.

¹⁰⁶³ Este foro puede cubrir supuestos con vinculación con los Tribunales españoles. De esta manera, una ciudadana marroquí puede presentar una demanda de reclamación de la filiación en representación de su hijo nacido en Marruecos, contra un español, sosteniendo que había sido engendrado en el curso de una breve estancia en territorio español. Esta es una situación que se está planteando ante los juzgados de Ceuta y Melilla, ya que son zonas fronterizas con Marruecos y donde es frecuente el tránsito de población marroquí, que conlleva a las relaciones entre ciudadanos hispano-marroquíes. Si el demandado está domiciliado en España, habrá foro para conocer de una demanda de reclamación de la paternidad, pero si no es así se acudirá al foro de necesidad.

¹⁰⁶⁴ En este sentido *vid.* FJ 3 de la SAP de Guipúzcoa, de 28 de septiembre de 2004 (AC 2004/1807) donde se aclara que, aunque la hija demandante tenga su residencia habitual en Alemania y sea alemana, el criterio establecido en el art. 22.3 L.O.P.J. es de aplicación subsidiaria. No obstante, no se comparte el término utilizado por esta resolución sobre la subsidiariedad para la aplicación de los foros especiales por no ser el más acertado, sino que los foros especiales concurren al mismo tiempo con los generales. Por tanto, en defecto de foros especiales en la materia para atribuir competencia judicial internacional a los tribunales españoles, la citada sentencia ha optado por acudir a los foros generales del art. 22.2 del citado texto.

de filiación proporcionan una alternativa al del domicilio del demandado¹⁰⁶⁵. En concreto, la residencia habitual del hijo, que fue el primer foro especial en ser recogido, no ha sido objeto de críticas¹⁰⁶⁶, por más que pueda originar decisiones judiciales en situaciones cuya vinculación con España sea mínima.

Por el contrario, no puede decirse lo mismo del segundo. En Derecho español, las normas sobre competencia judicial internacional parecen inspirarse por el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad. Pero ello no impide que en materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, en España se recurra un criterio de competencia basado a la vez en la residencia habitual y en la nacionalidad española¹⁰⁶⁷ (*cf.* art. 22.3 inciso cuarto L.O.P.J.). Esto se debe a que, además de la residencia habitual, la nacionalidad española juega un papel importante en las cuestiones de estado civil y, en concreto, en las de filiación. Es evidente que el progenitor español demandante en la reclamación o impugnación de la filiación puede llegar a participar de la atribución de la nacionalidad del hijo (*cf.* art. 17.1.c C.c.).

Los demandantes marroquíes, pues, podrán acudir a los tribunales españoles si el hijo reside en España. Una vez declarada o impugnada la filiación mediante sentencia judicial, la inscripción del hecho será directa, siempre y cuando el nacimiento del hijo ya se halle inscrito por haber ocurrido en territorio

¹⁰⁶⁵ *Vid.* la STS de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8229) sobre la competencia judicial de los tribunales españoles en la reclamación de la filiación no matrimonial, donde se refiere al el foro de la nacionalidad española de la demandante para que conozcan los jueces españoles, ya que los demandados son nacionales de Argentina y domiciliados en este país.

¹⁰⁶⁶ S. Álvarez González afirma que las posibilidades que ofrece el precepto no conducen a un juicio de carácter exorbitante de segundo foro, sino que lleva a una calificación del “foro más apropiado”. Según el autor, no existe ningún límite formal para que el primer foro (residencia habitual del hijo) incluya tanto al hijo residente demandante como demandado. Y el segundo foro (demandante con nacionalidad española o residencia habitual en España) se refiere, generalmente, a uno de los padres demandantes con capacidad de introducir la demanda. La razón del calificativo del “foro más apropiado” en materia de filiación del art. 22.3 L.O.P.J. está, por una parte, en la existencia de un factor de conexión accesorio a la mera residencia habitual, la nacionalidad española, que juega un importante papel en las cuestiones de estado civil y, en concreto, en las de filiación. Por otra, no puede obviarse que el progenitor español demandante en la reclamación o impugnación participa en el posible cambio de nacionalidad del hijo marroquí conforme al art. 17 *in fine* C.c. (*Filiación hispano-suíza...*, *op. cit.*, pp. 123 y 124).

¹⁰⁶⁷ S. Álvarez González, *Filiación hispano-suíza...*, *op. cit.*, pp. 135-136.

español y se acomode a las condiciones del art. 15 LRC¹⁰⁶⁸. No hay que olvidar que el juez que conozca del asunto de filiación sobre la base del foro “residencia habitual” podrá ordenar la inscripción del hecho en el Registro Civil que corresponda. De tal modo, la competencia judicial internacional en materia de filiación se traslada a la registral. Se origina así el binomio competencia judicial internacional-foro de la residencia y competencia registral-territorialismo¹⁰⁶⁹.

Los demandantes españoles, a diferencia de los marroquíes, pueden solicitar al juez la reclamación o la impugnación de la filiación, con independencia del lugar donde se encuentre el hijo y de la nacionalidad de éste último e, incluso, si aquéllos no tienen su residencia habitual en España. En este caso, si se constata mediante sentencia judicial la paternidad o maternidad del demandante español, dicho acontecimiento quedará reflejado obligatoriamente en el Registro Civil español por afectar a un español. Téngase en cuenta que, sentada la filiación respecto de un ciudadano español, al hijo le será atribuida la nacionalidad española, según el art. 17.1 C.c.¹⁰⁷⁰, aunque para inscribir la filiación se requerirá la previa inscripción de nacimiento del hijo¹⁰⁷¹.

Los foros especiales en este ámbito responden a un principio de proximidad razonable entre los tribunales competentes y el objeto del litigio, aunque también a criterios subjetivos o personales, como la residencia habitual o

¹⁰⁶⁸ También se procede a dicha inscripción si el hijo ha nacido fuera de España, siempre que alguno de los progenitores sea español.

¹⁰⁶⁹ *Cfr.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil...*, *op. cit.*, p. 138. Es habitual que las sentencias judiciales que declaran la paternidad o la maternidad expongan que, una vez sea firme la resolución, se comunique al Registro Civil y a cualesquiera Registros Públicos para la práctica de los asientos que correspondan. En este sentido, véase el antecedente de hecho primero de la SAP de Guipúzcoa, de 28 de septiembre de 2004 (AC 2004/1807).

¹⁰⁷⁰ La nacionalidad española en materia de filiación juega un importante papel. No puede ocultarse que el progenitor español demandante en la reclamación o impugnación de la filiación puede llegar a participar de la atribución de la nacionalidad del hijo (*cfr.* art. 17.1 C.c.). Así pues, la fortaleza intrínseca del criterio de la nacionalidad no es menor que el de la residencia habitual. *Vid.* S. Álvarez Gonzáles, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁷¹ Si tal inscripción no constase en el órgano registral español será necesario poner en funcionamiento el mecanismo de cooperación interregistral y proceder al traslado de la inscripción de nacimiento que exista en el extranjero. *Cfr.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil...*, *op. cit.*, pp. 142-143. O bien, se tramitará ante el RC español el expediente de inscripción de nacimiento fuera de plazo (art. 311 RRC) o mediante la vía del art. 23 LRC y 85 RRC.

la nacionalidad de las partes implicadas¹⁰⁷². La opción del legislador español consiste en facilitar el acceso jurisdiccional al actor y establecer foros más cercanos a su persona. El derecho de toda persona a conocer su verdad biológica es motivo suficiente para la puesta en funcionamiento del aparato judicial español, lo que hace el foro de la residencia habitual en España se considere idóneo en el marco de la competencia jurisdiccional.

En todo caso, el importante lugar que ocupa la persona del hijo en la reglamentación de la competencia judicial internacional que la L.O.P.J. establece en materia de filiación continúa siendo incuestionable. Cabe señalar que, en materia de reclamación o impugnación, hay un alto porcentaje de acciones incoadas que tienen como titular inmediato o mediato al hijo. Esta realidad justifica por sí misma al contemplación prioritaria de la persona del hijo que se manifiesta en el art. 22.3 L.O.P.J.¹⁰⁷³. Cabe la posibilidad de que el demandante en una acción de filiación no sea el hijo, sino el progenitor, como sucede en el caso de que éste último pretenda negar o reclamar tal condición. Por tanto, el sistema de atribución de competencia judicial internacional debe favorecer también a aquellas otras personas distintas del hijo relacionadas con la determinación de la filiación y abrir para ellas un foro de competencia alternativo, como es el de la nacionalidad española o la residencia habitual del demandante.

Resulta innegable la potencialidad funcional de las normas sobre competencia judicial internacional para satisfacer los mismos o similares objetivos que las normas sobre Derecho aplicable¹⁰⁷⁴. El legislador español pudo

¹⁰⁷² Vid. M. Virgós Soriano y F. J. Garciamartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic., 2007, *loc. cit.*, pp. 229-232.

¹⁰⁷³ Sobre la prevalencia del hijo *vid.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 120 y 121. No obstante, hay un sector minoritario de la doctrina que critica la consideración prioritaria de la persona del hijo como eje en relación con la L.O.P.J. Véase C. Senes Motilla, “Sistema de competencia judicial internacional...”, *loc. cit.*, p. 701.

¹⁰⁷⁴ *Cfr.* A. Miaja de la Muela, “Sobre los principios rectores de las reglas de competencia territorial...”, *loc. cit.*, pp. 749-759; *id.*, “Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international”, *Recueil des Cours*, 1972-I, t. 135, pp. 5-93; J. D. González Campos, “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1977-II, t. 156, pp. 233-376; *id.* “Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema”, *ADI*, 1977-

optar por una identificación *forum-ius* en el establecimiento de la filiación, pero no lo estimó conveniente y recurrió al criterio de conexión de la nacionalidad del hijo en la normativa conflictual. A pesar de que la coordinación con tal identidad se consagra en algunos de los efectos de la filiación¹⁰⁷⁵, en el establecimiento o impugnación de la filiación no es fácil determinar cuáles son el foro y el Derecho aplicable más conectados, por lo que no puede establecerse un foro nacional único correlativo a la ley aplicable. Por tanto, aunque la competencia judicial y la legislativa utilicen un mismo criterio jurídico o fáctico (la nacionalidad o residencia habitual de las partes) cada una de ellas debe mantener su autonomía, es decir, no se determina una a partir de la otra ni se produce una subordinación de competencias, sino una simple coincidencia entre las mismas¹⁰⁷⁶.

Para terminar, habrá que plantearse la operatividad que, en la determinación de la competencia judicial internacional en materia de filiación, va a tener la autonomía de la voluntad de las partes¹⁰⁷⁷, mediante la sumisión expresa o tácita. Buena parte de la doctrina española entiende que en esta materia no puede operar la “sumisión de las partes” como foro de competencia judicial internacional, aún cuando, formalmente, ello resulte posible *ex art. 22.2*

78, vol. IV, pp. 89-136, en espec. pp. 91-93; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional...*, 1991, *op. cit.*, pp. 108-111.

¹⁰⁷⁵ El planteamiento seguido por el Convenio sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (BOE núm. 199, de 20 de agosto de 1987) se enmarca dentro de las teorías que promueven la unidad *forum-ius* en los actos de jurisdicción voluntaria. En los arts. 2 y 4 de este Convenio se señala que “las autoridades competentes aplicarán su ley interna”. Es decir, se subordina la competencia legislativa a la competencia judicial. Sobre el tema *vid.* G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional de menores: régimen jurídico*, Granada, Comares, 2000, pp. 169-173. La autora, sin embargo, expone que esta solución no se adapta a las exigencias que imponen las distintas modalidades de acogimiento en el sector del Derecho aplicable. La oportunidad de subordinación de la competencia legislativa a la judicial también se justifica en el derecho transfronterizo de relación del hijo con sus padres. *Vid.* M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales...*, *op. cit.*, pp. 129-135.

¹⁰⁷⁶ En este sentido, el Convenio de La Haya de 1996 sobre competencia internacional, ley aplicable, el reconocimiento y la cooperación internacional en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección, aunque en un primer momento identifica *forum-ius* (art. 15 del Convenio), en los preceptos posteriores opta por la escisión entre las competencias. *Vid.* G. Estebán de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *op. cit.*, p. 171.

¹⁰⁷⁷ *Vid.* E. Pecourt García, “La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional”, *REDI*, 1964, pp. 60-80, en espec. pp. 65 y 66.

L.O.P.J. Se aducen razones de fondo como que la filiación es una materia indisponible, por lo que la sumisión podría perjudicar al hijo por ser la parte débil de la relación jurídica, sobre todo si es menor o incapacitado¹⁰⁷⁸. Sin embargo, en la jurisprudencia española discute la posibilidad de que el foro de la sumisión de las partes resulte operativo en materia de la filiación. Así, mientras que en la STS de 15 de diciembre de 1999¹⁰⁷⁹ niega esta posibilidad, la SAP Guipúzcoa de 28 de septiembre de 2004¹⁰⁸⁰ acepta el foro de la sumisión en materia de filiación. Asimismo, se invoca el art. 54.1 *in fine* LEC, precepto que excluye expresamente la posibilidad del juego de la autonomía de la voluntad en los procesos que hayan de ventilarse a través de juicio verbal, como el de filiación¹⁰⁸¹. Con esta norma se confirma la tendencia legal emprendida en los últimos tiempos de supresión de fueros convencionales, más propios de ideales liberales en defensa de la libertad contractual que de protección de la parte más vulnerable de la relación jurídico-procesal¹⁰⁸². En todo caso, hay que tener presente que aceptar el foro de la sumisión tácita del demandado en materia de establecimiento de la filiación llevaría a poder interpretar como indicio positivo de tal sumisión la negativa a someterse a la prueba de ADN.

El juego de los foros recogidos en los arts. 22.2 y 3 L.O.P.J. permite afirmar que todo español domiciliado en este país podrá demandar y ser

¹⁰⁷⁸ Recuérdese que en la materia de filiación se destaca por la intervención del Ministerio Fiscal. Así, se legitima el Ministerio fiscal para ejercitar las acciones de filiación que corresponde a menores o incapacitados (art. 129 del C.c.) y para la impugnar la filiación (art. 137 del C.c.). Esta autoridad también interviene en el reconocimiento de la filiación no matrimonial instado por incapaces o menores de edad (art. 121 y 124 del C.c.) y en la determinación de la filiación no matrimonial cuando los progenitores sean hermanos o consanguíneos en línea recta (art. 125 del C.c.).

¹⁰⁷⁹ (RJ 1999/8229), en <http://westlaw.es>, comentada *supra*.

¹⁰⁸⁰ (AC 2004/1807), en <http://westlaw.es>. En el presente caso coinciden los dos presupuestos previstos en el núm. 2 del art. 22 L.O.P.J., pues el demandado tiene su domicilio en España y, además, existe sumisión tácita por parte de éste, ya que se personó en juicio sin proponer en forma la declinatoria para demostrar la falta de competencia judicial internacional de los jueces españoles (*cf.* art. 56.2 LEC y art. 39 LEC).

¹⁰⁸¹ El procedimiento judicial de filiación es uno de los procesos especiales comprendidos en el Título I del Libro IV de la LEC, tal y como dispone el art. 748 LEC, por lo que sustancia mediante los trámites del juicio verbal, con las especialidades previstas en el art. 753 LEC.

¹⁰⁸² *Vid.* J. M. Ruiz Moreno, *El proceso especial de filiación...*, *op. cit.*, pp. 59-60.

demandado en las acciones relativas a la filiación¹⁰⁸³. Incluso, cuando el español no tenga su residencia habitual en España, podrá demandar y ser demandado ante los tribunales españoles si el hijo tiene la residencia en el país. Sólo en caso de que no se encuentre ni la residencia habitual del hijo, sin tener en cuenta su nacionalidad, ni el domicilio del español demandado ni la residencia habitual del español demandante, los tribunales españoles carecerán de competencia judicial internacional. La falta de competencia judicial internacional en algunos de estos supuestos puede crear dificultades en relación con la tutela judicial efectiva. Piénsese, por ejemplo, en la de un hijo marroquí que tenga su residencia habitual en Marruecos, país en el que la acción de paternidad no puede ser interpuesta contra el padre español y residente en aquel Estado. No sería normal en tal caso negar al hijo el acceso a los tribunales españoles y, consiguientemente, obligarle a buscar un foro en un tercer país. En este supuesto se justificaría acudir al recurso llamado foro de necesidad que en el epígrafe siguiente se expone.

C) Foro de necesidad y *favor filii* en la filiación hispano-marroquí

El establecimiento de los foros generales y específicos, con mayor o menor amplitud, no descarta ni la inadecuación de la competencia judicial internacional en un supuesto concreto ni la existencia de situaciones en las que, careciendo los tribunales del foro de dicha competencia, sería razonable que conociesen del caso.

Como se acaba de apuntar, cabe la posibilidad de que, ante los tribunales del foro, se susciten reclamaciones para las que no se dispongan de competencia judicial internacional. De negar el conocimiento de las mismas, se corre el riesgo de lesionar el principio constitucional de tutela judicial efectiva. En tales supuestos, viene invocándose, como fundamento de la competencia de los tribunales españoles y en aras de garantizar la protección de determinados intereses, el que se conoce como “foro de necesidad”. El sistema de la L.O.P.J. no cuenta con una previsión específica de dicho foro en materia de filiación¹⁰⁸⁴. No obstante, los intereses que con aquél se trata de proteger quedan amparados

¹⁰⁸³ A salvo de una interpretación coherente de la diferencia entre domicilio y residencia habitual.

¹⁰⁸⁴ Este foro ha sido expresamente regulado en el sistema suizo. *Vid.* S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza...*, *op. cit.*, pp. 138-139.

con mecanismos como la asunción de posiciones contrarias al control de oficio de la competencia judicial internacional cuando, a juicio del Juzgador, existiere un derecho o interés legítimo, en los términos en que se expresa el artículo 24 C.E., dignos de tutela judicial efectiva. De esta manera, ante una reclamación de paternidad formulada por un hijo marroquí, residente en Marruecos, contra un ciudadano español residente también en aquél país, el foro de necesidad permite conocer a los tribunales españoles, pese a existir una mínima vinculación con el foro.

Los tribunales españoles son, efectivamente, incompetentes en el supuesto que se acaba de exponer, pero también lo son los tribunales marroquíes al ser imposible acudir a litigar en este país con esta causa, pues nunca se declarará competente para conocer sobre la paternidad natural del nacido de relaciones extramatrimoniales. Así pues, se produce un conflicto negativo de competencias¹⁰⁸⁵, al no existir autoridad competente en ninguno de los dos Estados. En tal caso, debe permitirse a los particulares litigar ante los tribunales españoles, pero siempre que exista un contacto directo entre el supuesto y España.

Para que opere el foro de necesidad, el litigio, indiscutiblemente, tiene que estar conectado con España. Lo contrario fomentaría el fraude procesal¹⁰⁸⁶. Puede estimarse que tal vínculo existe cuando el resultado de la reclamación de la paternidad esté llamado a surtir efectos sustanciales en España, como cuando se lleva a cabo el establecimiento de la relación paterno-filial que, en su caso, va a determinar la atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis*. Ello sucede cuando sea español el sujeto contra el que se dirija la correspondiente reclamación, debiéndose dejar constancia de la resolución de filiación en el Registro Civil español.

¹⁰⁸⁵ La situación de denegación de justicia puede servir de apoyo para admitir la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en estos casos sobre la base del principio constitucional de tutela judicial efectiva (art. 24), como indica M. A. Amores Conradí, “La nueva estructura del sistema español de competencia...”, *loc. cit.*, pp. 117-118 y nota 15; P. M. De Miguel Asensio, “La ausencia y la declaración de fallecimiento en DIPr.”, *REDI*, 1995-II, vol. XLVII, pp. 41-70.

¹⁰⁸⁶ *Vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional...*, vol. I, 7ª edic., 2006, *op. cit.*, pp. 143-144.

En suma, el foro de necesidad se presenta como una regla especial que permite al juez español atribuirse competencia judicial internacional y escapar al principio constitucional de predeterminación legal de la competencia, garantizando al demandante español la tutela judicial efectiva¹⁰⁸⁷. Ahora bien, lo que está claro es que la operatividad del foro de necesidad debe circunscribirse a supuestos excepcionales, ya que, de otro modo, se puede subvertir el funcionamiento del entero sistema, que reposa en la determinación legal de la competencia judicial internacional. No obstante, el art. 24 C.E. obliga a abrir en el sistema una espita en su favor, hasta en tanto el legislador decida proceder a una reformar del sistema¹⁰⁸⁸ contemplando de forma expresa un foro de necesidad, cuyo encaje constitucional resulte incuestionable.

¹⁰⁸⁷ *Vid.* A. Miaja de la Muela considera que “para erradicar las posibles negaciones de justicia y sobre la base de un deber internacional de protección judicial”, este criterio se ha sido considerado tradicionalmente como uno de los contados límites a la autonomía del Estado en la conformación de sus normas sobre competencia judicial internacional (“Les principes directeurs des regles de compétence territoriale...”, *loc. cit.*, pp. 31-33).

¹⁰⁸⁸ En otros sistemas de DIPr, la cuestión del foro de necesidad se halla expresamente prevista. El art. 3 de la Ley de DIPr. suiza regulado un foro de necesidad y se justifica como un intento de erradicar posibles denegaciones de justicia. En el mismo sentido, aunque con distinto alcance, *cfr.* el art. 153 de la Ley de DIPr. de Rumanía de 1992 y el art. 11 del DIPr. belga. *Vid.* A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, vol. I, 2006, *op.cit.* p. 144.

III. EL DERECHO APLICABLE A LA RECLAMACIÓN O IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN

1. Regulación de la filiación en la normativa conflictual marroquí

A) Identificación *forum-ius*

Tal y como se ha expuesto *supra*, el ordenamiento marroquí atribuye competencias exorbitantes a los jueces marroquíes para conocer de las cuestiones relativas al estatuto personal, entre ellas la filiación, erigidas sobre la base del principio de territorialidad¹⁰⁸⁹. El Derecho marroquí se caracteriza por su orientación personalista, que le confiere una perspectiva *legeforista*, lo cual favorece la aplicación de la ley marroquí en los casos en que sean los tribunales de este Estado los que conozcan del asunto. Concretamente, las normas de Derecho privado diseñadas para casos internos se destinan también a las situaciones privadas internacionales. El legislador del país vecino entiende, probablemente, que la precisión de la ley aplicable a los supuestos internacionales constituye un problema de soberanía y de intereses de los Estados, producto del intervencionismo estatal en las relaciones jurídicas entre sus nacionales, quizás con el propósito de hacer coincidir la competencia judicial y la legislativa¹⁰⁹⁰. Ahora bien, esta posición favorece al aumento de situaciones

¹⁰⁸⁹ *Cfr.* F. Sarehane y N Lahlou-Rachdi, “Maroc. Conflits de lois...”, *loc. cit.*, pp. 7 y 8.

¹⁰⁹⁰ En este aspecto, si las reglas de la competencia judicial y de la competencia legislativa coinciden, no se podrá hablar de conflicto de leyes, tal y como indica H. Batiffol, “Les

claudicantes en las relaciones internacionales e invita a practicar el *forum shopping*¹⁰⁹¹.

La actual *Mudawana* determina unilateralmente su ámbito de aplicación en el espacio mediante una norma de extensión, lo que proporciona un amplio alcance de sus disposiciones en los litigios relativos a persona y familia, en particular a la filiación con elemento extranjero. Hay que recordar que los nacionales marroquíes de confesión judía se someten al estatuto personal hebraico marroquí¹⁰⁹², tal y como establece el párrafo segundo del art. 2 CFM¹⁰⁹³. Para el resto de nacionales marroquíes, el párrafo primero del mismo precepto consagra una norma de conflicto unilateral, amplia y compleja, que implica la aplicación de dicha reglamentación sobre la base de la combinación de dos criterios: nacionalidad y religión. El CFM se aplicará a todos los marroquíes aunque disfruten además de otra nacionalidad¹⁰⁹⁴, a los musulmanes independientemente de su nacionalidad, así como a los refugiados y apátridas de conformidad con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el estatuto de los refugiados¹⁰⁹⁵. La inclusión de los apátridas y refugiados en el

tendances doctrinales actuelles en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1948-I, t. 72, pp. 5-64, en espec. p. 37.

¹⁰⁹¹ Tal y como denuncia J. Basedow, “Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: Le domain d’application des lois contre les restrictions de la concurrence”, *Recueil des Cours*, 1997, t. 264, pp. 9-177, en espec. p. 171.

¹⁰⁹² El derecho sobre estatuto personal hebraico no ha sido codificado y se remite a los textos del *Talmud* y a la jurisprudencia de los rabinos. Más ampliamente *vid.* P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁹³ Explican F. Sarehane y N. Lahlou-Rachdi que la fuerza del criterio religioso sería tal que hasta un matrimonio realizado en forma civil en el extranjero por marroquíes judíos precisaría la celebración de uno posterior ante rabino en Marruecos para la validez de la unión (“Maroc: Conflits de lois. Conflits de juridictions...”, *loc. cit.*, pp. 14).

¹⁰⁹⁴ Al CFM no escapan las relaciones jurídicas binacionales o mixtas en aquellos caso en que una de las partes sea marroquí. En este punto se confirma la práctica anterior de la jurisprudencia marroquí, que sólo se interesaba por la nacionalidad marroquí del sujeto para aplicar la ley del foro, aunque éste poseyera otras nacionalidades. De ahí que cualquier situación jurídica planteada en Marruecos por marroquíes residentes en el extranjero sea de aplicación el CFM, aunque tengan además la nacionalidad del país de residencia. *Vid.* A. Zougarhi, *Mudawana al Osra...*, 2008, *op. cit.*, pp. 33-39.

¹⁰⁹⁵ La aplicación de esta Convención viene dispuesta en *Dahir* núm. 1-57-271 de 26 de agosto de 1957 (*B.O.* núm. 2341, de 6 de septiembre de 1957). En relación con los apátridas, la referencia a la Convención de Ginebra resulta confusa, ya que esta situación

ámbito de aplicación del CFM, independientemente de su religión, puede producir resultados insatisfactorios para las personas que no sean musulmanas. Así ocurrió en la resolución del TS marroquí, núm. 1136, de 20 de abril de 1988¹⁰⁹⁶, donde se aplicó el Derecho de familia por entonces vigente para los musulmanes a un refugiado político en Marruecos, aun sin profesar dicha religión, lo que provocó la ausencia de la determinación de la filiación de su hija. Y ello como consecuencia de no verificarse la presunción de paternidad del marido por celebrarse el matrimonio con la madre con posterioridad al nacimiento de la hija, tal y como disponía el art. 85 de la anterior *Mudawana*, independientemente de que el refugiado declarara voluntariamente su paternidad antes de su fallecimiento.

Hay que tener presente, además, las repercusiones de la reciente reforma del CNM (*Dahir* núm. 1-07-80, de 23 de marzo de 2007, por el que se promulga la Ley nº 62-06 que modifica y completa el *Dahir* núm. 1-58-250 relativo al Código de la nacionalidad marroquí)¹⁰⁹⁷. La reforma en materia de nacionalidad amplía los supuestos de aplicación del CFM¹⁰⁹⁸, pues su objetivo es permitir al hijo nacido de madre marroquí adquirir por filiación la nacionalidad marroquí de origen desde el nacimiento. En consecuencia, al nacido de madre marroquí, aunque ésta haya contraído matrimonio con extranjero musulmán¹⁰⁹⁹, se le

queda regulada en la Convención de Nueva York de 28 de septiembre de 1954, de la que Marruecos no forma parte. in embargo, la guía práctica del CFM explica que ello no impide considerar los principios previstos en dicha Convención para salvaguardar los intereses de los apátridas, <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/console/Uploads/Doc/guidecodefamille.pdf>. También *cfr.* A. Quiñones Escámez, “La réception du nouveau code de la famille marocain (*Mudawana*, 2004) en Europe...”, *loc. cit.*, p. 877; M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, p. 7, en espec. nota 17.

¹⁰⁹⁶ Resolución inédita y citada en A. Zougari, *Mudawana al Osra...*, 2008, *op. cit.*, pp. 39 (en árabe y traducción propia). Este mismo resultado se constató en la resolución del Tribunal de Apelación de Casablanca, de 16 de diciembre de 1980, *RMD*, 1986, núm. 1, pp. 45-49 (en árabe y traducción propia), comentada por J. Déprez, “Le droit international privé marocain entre la fidélité à l’*Unmma...*”, *loc. cit.*, pp. 281-330, en espec. pp. 305-306 y nota 51.

¹⁰⁹⁷ Reforma comentada en el epígrafe *supra* sobre la doble nacionalidad.

¹⁰⁹⁸ El art. 3 de la reforma del Código de nacionalidad se refiere, expresamente, a la incidencia entre ambos textos al determinar la nacionalidad el ámbito de aplicación del nuevo Código de la Familia (2004).

¹⁰⁹⁹ Si el padre no es musulmán, el matrimonio es inexistente según el CFM. En tal caso, al hijo se le atribuye la nacionalidad de la madre por ser el hijo ilegítimo (de padre desconocido), como indica las normas que regulan la nacionalidad en Marruecos.

atribuye la nacionalidad marroquí *ius sanguinis*. Ahora bien, el hecho de que al hijo le corresponda la nacionalidad marroquí de la madre no significa que se aplique inmediatamente el CFM para la determinación de la filiación, porque, como se verá, habrá que estar a lo que disponga la nacionalidad y la religión musulmana del padre o, en su defecto, las de la madre, para aplicar lo dispuesto en dicha reglamentación.

El *ius religionis* se mantiene rigurosamente como conexión privilegiada en el art. 2.4 CFM, aunque sólo se refiera a supuestos internos. Aún así, la jurisprudencia marroquí¹¹⁰⁰ ha extrapolado dicha norma interna a supuestos planteados en Marruecos donde intervenga algún extranjero musulmán¹¹⁰¹, tal y como se ha expuesto *supra*¹¹⁰². Así, la ley nacional del extranjero musulmán residente en Marruecos cede ante la ley del domicilio. Esta práctica, a pesar de no ser una norma escrita en cada uno de los Estados islámicos, es extensiva a determinadas situaciones privadas internacionales, como el matrimonio, el divorcio o la filiación¹¹⁰³. Así, se aplicará lo dispuesto en el CFM para la determinación de la filiación cuando una de las partes sea musulmana, independientemente de su nacionalidad. Resulta explicable que el legislador marroquí no resuelva este problema interpretativo otorgando una solución expresa, teniendo en cuenta que los Códigos de Estatuto personal de los Estados islámicos regulan la determinación de la filiación de manera análoga o casi idéntica¹¹⁰⁴, tal y como se infiere de los arts. 40 a 45 del Código argelino de

¹¹⁰⁰ Resolución del TS marroquí núm. 250, de 5 julio 1974, *RJPEM*, 1983, núm.13-14, p. 132 (en árabe y traducción propia). Sobre el tema *vid.* M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, pp. 8-9 y la bibliografía allí citada. Más ampliamente véase el epígrafe de este trabajo sobre “Normativa conflictual marroquí: influencia del *ius religionis*”.

¹¹⁰¹ *Vid.* M. Charfi llega a afirmar “la inexistencia de la noción de nacionalidad en la concepción del Islam” (“L’influence de la religion dans le droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 321-454, en espec. p. 375).

¹¹⁰² Véase el epígrafe de este trabajo sobre “Normativa conflictual marroquí: influencia del *ius religionis*”. En general, sobre la utilización de la conexión religiosa en el DIPr. marroquí *vid.* J. Déprez, “Environnement social et droit international privé. Le droit international privé marocain entre la fidélité à l’*Umma*...”, *loc. cit.*, pp. 281-333.

¹¹⁰³ Sobre el tema *vid.* M. Charfi, “L’influence de la religion dans le droit international privé...”, *loc. cit.*, en espec. p. 399.

¹¹⁰⁴ *Vid.* R. Benattar, “Problèmes relatifs au droit international privé de la famille...”, *loc. cit.*, p. 95.

estatuto personal¹¹⁰⁵; del art. 15 del Código egipcio de estatuto personal¹¹⁰⁶; de los arts. 53 a 59 del Código libio de estatuto personal¹¹⁰⁷; de los arts. 59 al 69 del Código mauritano de estatuto personal¹¹⁰⁸; de los arts. 70 a 79 del Código omaní de estatuto personal¹¹⁰⁹ o de los arts. 128 a 136 del Código sirio de estatuto personal¹¹¹⁰.

Como se ha dicho, la normativa contenida en el CFM se extiende también a los nacionales marroquíes no judíos ni musulmanes¹¹¹¹, lo que implica que para la

¹¹⁰⁵ Aprobado en Ley núm. 11, de 9 de junio de 1984 y modificado por Decreto núm. 05-02 de 27 de febrero de 2005 (*JORA* núm. 15, de 27 de febrero de 2005). La traducción al español puede consultarse en C. Ruiz De Almodóvar y Sel, *Códigos de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 11-38, en espec. pp. 16 y 17. Sobre la reforma del Derecho argelino de la familia véase K. Saïdi, “La réforme du droit algérien de la famille: pérennité et rénovation”, *Rev. int. dr. comp.* 2006-1, pp. 119-152. En general, sobre la filiación legítima e ilegítima en Argelia, M. C. Salah-Bey aclara que no es posible la filiación paterna natural del nacido de relaciones pecaminosas o cuando el padre impugnó su paternidad mediante la vía del juramento de anatema (“Algérie”, *Juris-Classeur*, 1997, pp. 1-20, en espec. pp. 15 y 16). También *vid.* N. Ait-Zai, *Les droits de l'enfant en Algérie*, Rapport Alternatif (40ème pré-session du Comité des Droits de l'Enfant, 08 juin 2005, Nations-Unies Genève), pp. 1-38, http://www.crin.org/docs/resources/treaties/crc.40/Algeria_ngo_report.pdf.

¹¹⁰⁶ Promulgado por Ley núm. 25, de 12 de julio de 1920, modificada por Ley núm. 1000 de 1985. La traducción al español puede consultarse en C. Ruiz De Almodóvar y Sel, *Códigos de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 39-75, en espec. p. 46. Sobre la regulación de la filiación en Egipto *vid.* M-H Loufi, “Égypte. Capacité. Mariage. Filiation”, *Juris-Classeur*, 1996, pp. 1-23, en espec. pp. 17-20; H. Sadek y H. El Haddad, “Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Égypte”, *Le statut personnel des musulmans...*, *op. cit.*, pp. 39-66, en espec. pp. 55-57.

¹¹⁰⁷ Promulgado por Ley núm. 10 de 1984, modificado por Ley núm. 22 de 1991. La traducción al español puede consultarse en C. Ruiz De Almodóvar y Sel, *Códigos de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 205-223, en espec. pp. 218-220.

¹¹⁰⁸ Promulgado por Ley núm. 2001-052, de 19 de junio de 2001, traducción al español que puede consultarse en C. Ruiz De Almodóvar y Sel, *Códigos de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 293-341, en espec. pp. 301 y 302. La regulación anterior se puede consultar en M. M. O. M. Salah y M. E. H. O. Beddy, “Mauritanie”, *Juris-Classeur*, 1998, pp. 1-18, en espec. pp. 7-8.

¹¹⁰⁹ Promulgado por Decreto-Ley núm. 23 de 1997, traducción al español que puede consultarse en C. Ruiz De Almodóvar y Sel, *Códigos de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 343-383, en espec. pp. 352-354.

¹¹¹⁰ Promulgado por el Decreto-Ley núm. 59 de 1993, traducción al español que puede consultarse en C. Ruiz De Almodóvar y Sel, *Códigos de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 385-434, en espec. pp. 414 y 413.

¹¹¹¹ Más ampliamente *vid. supra* el epígrafe de esta investigación “Normativa conflictual marroquí: influencia del *ius religionis*”.

determinación de la filiación del nacido en estos supuestos se aplicará lo dispuesto el Derecho de familia musulmán. Sería deseable que los operadores del Derecho marroquí se esforzaran por interpretar las normas del CFM en función de la confesionalidad de la persona y se posibilitara la determinación de la filiación no matrimonial, sobre la base del espíritu moderno y conciliador que caracteriza a la nueva *Mudawana*, que trata de amoldarse a todo tipo de situaciones.

Es cierto que el Derecho marroquí no otorga respuesta jurídica específica a los problemas suscitados por las situaciones privadas internacionales en materia de filiación. Ahora bien, mediante la interpretación de las normas existentes en el todo el sistema marroquí, se llega a la conclusión que el DIPr. relativo a la filiación se vincula a los efectos del matrimonio, teniendo que utilizar la ley nacional del marido para determinar la paternidad del que nace de progenitor musulmán que contrae matrimonio con una extranjera. No obstante, la situación es diferente si la mujer marroquí musulmana es la que celebra un enlace conyugal válido con extranjero, pues tal regla de conflicto no garantiza la aplicación del Derecho musulmán. Aun siendo el marido de religión islámica, la determinación de la filiación se efectuará conforme a un Derecho civil extranjero, como pudiera suceder en caso de progenitor español converso al Islam. En estas circunstancias, no se asegura la aplicación de la ley de un Estado islámico, por lo que sólo le queda al juez marroquí descartar dicha normativa extranjera por ser contraria al orden público, sobre la base de que la relación de filiación entre un padre y un hijo musulmanes depende necesariamente del Derecho coránico¹¹¹².

La respuesta ofrecida en este trabajo de investigación parte de la integración de la laguna producida en la legislación marroquí respecto de la determinación de los vínculos paterno/materno-filiales en supuestos internacionales. Concretamente, la interpretación sistemática nace de lo dispuesto en el art. 3 del DCC y del nuevo art. 2 CFM, además de lo establecido en el art. 8 del CNM. Tal y como se expuso en el primer capítulo de este trabajo, la norma de conflicto aplicable a la determinación de la filiación en Derecho marroquí dependerá primeramente de la conexión de la nacionalidad y del privilegio de religión del marido de la madre, al verificar que el sistema marroquí vincula la filiación a los

¹¹¹² Cfr. J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, pp. 126 y 127.

efectos del matrimonio¹¹¹³. No obstante, el privilegio de la nacionalidad del foro y el *ius religionis* del padre no resultan operantes cuando la filiación sea ilegítima, pasando a regirse por las conexiones subsidiarias de la nacionalidad marroquí y la religión de la madre en orden a la localización del Derecho aplicable. Aunque, en ningún caso, el ámbito de aplicación de dicha normativa abarcaría a instituciones contrarias al Derecho marroquí, tal y como la reclamación de la paternidad natural.

Como se observa, el sistema marroquí de DIPr. opta por otorgar prioridad a la ley del foro y se muestra indiferente hacia el Derecho nacional de los extranjeros, en particular cuando éstos sean no musulmanes y se trate de aplicar instituciones que sean contrarias a su orden público interno, como es la filiación natural. De tal manera que es factible que dos progenitores españoles residentes en Marruecos no puedan constatar ante la autoridad del foro la paternidad natural de su hijo conforme a la ley española. Y es que la determinación de la filiación en supuestos internacionales ilustra de manera ejemplar la importancia del vínculo “nacionalidad” y el privilegio de religión para los Estados musulmanes, evitando con ello la aplicación de un Derecho extranjero contrario a sus principios fundamentales¹¹¹⁴. Es cierto que llegó a existir una solución jurisprudencial que aprovechaba la conexión de la nacionalidad del hijo, conforme lo dispuesto en el art. 3 DCC¹¹¹⁵, para localizar el Derecho aplicable a la reclamación de la paternidad natural. Concretamente, se pudo apreciar en la resolución del TS núm 9447, de 13 de noviembre de 1962¹¹¹⁶, que versaba sobre la reclamación de la filiación natural de hijo nacido de madre marroquí contra un ciudadano francés, y que tuvo como resultado únicamente la obtención de pensión alimenticia sobre la base de la responsabilidad civil del padre, pero sin llegar a constatar la paternidad. Más

¹¹¹³ *Vid.* el epígrafe del primer capítulo de esta investigación sobre la normativa conflictual marroquí: la nacionalidad y el privilegio de religión.

¹¹¹⁴ *Cfr.* J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, pp. 126 y 127.

¹¹¹⁵ *Vid.* P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.* p. 311; F. Sarehane y N. Lahhou-Rachidi, “Réflexions sur quelques règles de conflit de lois...”, *loc. cit.*, p. 88; J. Déprez, “Droit international privé et conflits...”, *loc. cit.*, en espec. p. 9; R. Benattar, “Problèmes relatifs au droit international privé de la famille...”, *loc. cit.*, p. 94.

¹¹¹⁶ Publicada en *RMD*, 1963, p. 267 (en árabe y traducción propia).

llamativa es la resolución del TS núm. 427, de 29 de octubre¹¹¹⁷, donde se admitió la impugnación de la paternidad natural entre extranjeros gracias a la ley nacional del hijo. No obstante, este recurso no se prolongó en el tiempo, ya que provocaba polémica para cuestiones de determinación de la paternidad ilegítima por la posible aplicación de una ley extranjera que constatase el vínculo de filiación fuera de matrimonio, lo que resultaría contrario al orden público marroquí¹¹¹⁸. Tras esta excepcionalidad, se adoptó el principio de aplicación de la ley nacional del padre¹¹¹⁹, aunque interpretando el término “padre” conforme al sistema marroquí, es decir, cuando la paternidad sea legítima. A pesar de la vocación universal del Islam, éste nunca ha intentado ampliar su modelo a los no musulmanes. Pero los jueces marroquíes omiten tal orientación y acaban por aplicar el Derecho del foro a todo tipo de situaciones, independientemente de la nacionalidad o de la religión de las partes.

B) Necesidad de modernización del sistema conflictual marroquí

En la resolución de los problemas que plantean en los supuestos internacionales de filiación se advierte un claro el desprecio desde el Derecho marroquí a la ley nacional del hijo, solución derivada del art. 3 DCC. Tal y como se ha comprobado, el DIPr. marroquí se inclina por la ley nacional del marido de la madre, aunque privilegiando la nacionalidad del foro y el *ius religionis* de éste, lo que choca abiertamente con los sistemas jurídicos regidos por el principio de igualdad.

El privilegio de religión y la nacionalidad presentes en Derecho marroquí suponen una clara derogación del razonamiento conflictual y conducen a soluciones criticables, por ser contrarios a los principios y objetivos del DIPr. comparado. Esta crítica incluso es apoyada por un sector de la doctrina internacional privatista marroquí¹¹²⁰. Y es que los referidos privilegios pueden

¹¹¹⁷ Inédita, facilitada por el prof. M. Loukili.

¹¹¹⁸ P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.* pp. 311 y 312; Sarehane y N. Lahhou-Rachidi, “Réflexions sur quelques règles de conflit de lois...”, *loc. cit.*, p. 88.

¹¹¹⁹ P. Decroux, *Droit privé...*, *op. cit.* p. 312.

¹¹²⁰ Sobre la doctrina y tendencias renovadoras de otros Estados musulmanes y la problemática del uso del *ius religionis* y el privilegio de la nacionalidad *vid.* M. Charfi “L'influence de la religion dans le droit international privé...”, *loc. cit.*, espec. pp. 431-454.

provocar que los operadores jurídicos extranjeros eviten la aplicación del Derecho marroquí o rechacen el reconocimiento de resoluciones basadas en tal ordenamiento. Ello representa un serio obstáculo en el tráfico jurídico entre Marruecos y los países de Europa¹¹²¹, particularmente con España¹¹²².

El uso de tales privilegios implica un retroceso desde el punto de vista de la finalidad del DIPr., pues es esencial la coordinación armonizada de los distintos sistemas jurídicos que pueden resultar sustancialmente diferentes¹¹²³. Con el objetivo de facilitar la continuidad en el espacio de las relaciones jurídicas para que sean eficaces más allá del Estado en el que se crearon¹¹²⁴, sería deseable que

También *vid.* J. Déprez, “Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France...”, *Familles-Islam-Europe...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 57-151.

¹¹²¹ Para un análisis del obstáculo que supone el predominio en el DIPr. de los países árabes del criterio religioso presente respecto de las relaciones internacionales con determinados Estados europeos *vid.* A. Mezghani, “Le juge français et les institutions...”, *loc. cit.*, pp. 721-765; J. Déprez, “La réception du statut personnel musulman en France”, *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflits de lois: le statut personnel*, Casablanca, Cahiers des Droits Maghrebins, 1995, núm. 1, vol. 1, pp. 19-63. Consultar a K. Elgeddawy para comprobar el impacto que produce el criterio religioso presente en los sistemas jurídicos confesionales cuando entra en contacto con los ordenamientos jurídicos laicos (*Relations entre systèmes confessionnels et laïques en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1971).

¹¹²² *Cfr.* P. Diago Diago, “La nueva *Mudawana* marroquí y el Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, p. 1078; M. C. Foblets y J. Y. Carlier, *Le code marocain de la famille...*, *op. cit.*, p. 8 y la doctrina citada; M. C. Foblets y M. Loukili, “Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille...”, *loc. cit.*, en espec. pp. 535-536. En cambio, F. Sarehane considera la cuestión abierta al estimar que la jurisprudencia marroquí debe precisar si bajo el nuevo Código de Familia se va a mantener o no el privilegio de religión en tanto que excepción a la aplicación de la Ley nacional en materia de estatuto personal (“Le nouveau code de la famille...”, *loc. cit.*, p. 2793).

¹¹²³ *Vid.* H. E. Yntema, “Los objetivos del DIPr.”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 1-28, en espec. p. 5; H. Gaudemet-Tallon, “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union européenne?”, *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhaes Colaço*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 159-187.

¹¹²⁴ Asignar al DIPr una función de garantía de la continuidad de las relaciones jurídicas no es un objetivo nuevo. Con distintas formulaciones, este objetivo ha sido debate central en planteamientos doctrinales posteriores. *Vid.* una síntesis de esta doctrina en M. Guzmán Zapater, “Sobre la función del Derecho internacional privado...”, *loc. cit.*, pp. 1626-1627. En general, sobre la función del DIPr *vid.* S. Álvarez González, “Objeto del DIPr y especialización...”, *loc. cit.*, pp. 1109-1151; J. L. Iglesias Buhigues, “Reflexiones entorno al objeto y función del Derecho internacional privado”, *REDI*, 1983-1, vol. XXXV, pp. 29-42; E. Díez García, “De las funciones del Derecho: organización y cambio social”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, vol. IV, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 5444-5445.

la regulación conflictual marroquí en materia de filiación reconciliara las respuestas otorgadas en el Derecho musulmán con el mundo moderno, tal y como se ha producido con la reforma en materia de reconocimiento de matrimonios de marroquíes celebrados en el extranjero¹¹²⁵.

El legislador marroquí, en materia de filiación, podría acogerse a la ley nacional del hijo (art. 3 DCC), tal y como lo hizo un sector minoritario de la jurisprudencia de este país en los años sesenta. Pero una regulación conflictual más acorde a la coordinación de sistemas llevaría a ampliar el abanico de conexiones, incluyendo, además de la nacionalidad, la residencia habitual o domicilio, y no sólo las del hijo, sino también las del progenitor, tal y como sucede en la legislación tunecina DIPr.

Hay que indicar que los criterios de conexión “domicilio” y “residencia habitual” no son desconocidos para el ordenamiento marroquí, pues aquéllos se recogen en la Convención franco-marroquí de 10 de agosto de 1981 para regir los efectos personales del matrimonio y la disolución del mismo, así como las obligaciones alimenticias o la guarda y custodia de los hijos¹¹²⁶. No hay que olvidar que Marruecos forma parte del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento y cooperación entre autoridades en materia de responsabilidad parental y medidas de protección (en adelante C. Haya 1996)¹¹²⁷, instrumento que acoge el criterio de la residencia habitual del menor.

¹¹²⁵ Más ampliamente *vid.* F. Laroche-Gisserot, “Le nouveau code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?”, *Rev. int. dr. comp.*, 2005-4, pp. 335-355.

¹¹²⁶ *Vid.* F. Monéger, “La convention franco-marocaine du 10 août...”, *loc. cit.*, pp. 29-267, en espec. p. 59; J. Déprez, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, p. .

¹¹²⁷ Fecha de ratificación del instrumento internacional el 27 de noviembre de 2002 y que entró en vigor mediante el *Dahir* núm. 1/02/136, de 22 de enero de 2003 (*B.O.* núm. 5108, de 15 de mayo de 2003).

2. El Derecho español y la especialidad en los procesos de filiación: pasarela entre *lex fori* y *lex causae*

A) Cuestiones preliminares

La importancia de este epígrafe estriba en delimitar correctamente los ámbitos del 9.4 C.c. y los creados por el principio *lex fori regit processum*¹¹²⁸. Al abordar las cuestiones de Derecho aplicable al fondo de la controversia, es preciso analizar, con carácter previo, el tema de la ley aplicable a ciertas cuestiones cuya consideración como problemas de fondo resulta cuestionable. Piénsese, por ejemplo, que antes de entrar a resolver la cuestión de fondo, el juez español que conoce de la determinación o impugnación de la filiación necesita un principio de prueba para admitir la demanda.

Además de determinar el Derecho que rige la exigencia de un principio de prueba en la demanda de reclamación/impugnación de la filiación, conviene aclarar qué ley debe regular la posible adopción en el procedimiento de medidas cautelares y la intervención del Ministerio Fiscal.

Los actos procesales, como se sabe, se sucederán normalmente conforme a lo establecido en la propia ley del foro, en base al principio de estricta territorialidad de las leyes procesales (*lex fori regit procesusum*)¹¹²⁹ establecido en el art. 8.2 C.c. En cambio, las materias sustantivas quedan sujetas a la ley nacional

¹¹²⁸ Sobre la regla *lex fori regit processum*, vid. E. Castellanos Ruiz, “La ley aplicable al proceso y el art. 3 LEC 1/2000”, *AEDIPr.*, 2001, t. 1, pp. 239-250; A. Font I Segura, “Una lectura comunitaria del principio *Lex Fori Regit Processum*”, *AEDIPr.*, 2001, t. 1, pp. 283-313; H. Smit, “Les conflits de jurisdiction en procédure civil”, *Rev. int. dr. comp.*, 1990-3, pp. 871-889; M. De Angulo Rodríguez, “Artículo 8”, *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1978, pp. 127-134; J. D. González Campos, “Artículo 8”, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991, pp. 71-76.

¹¹²⁹ La formulación original de dicha máxima se atribuye desde el siglo XIII a J. Balduino y es ya un lugar común en todos los sistemas jurídicos. La regla se sustenta en el principio de territorialidad y en el carácter cuasi-público de las normas procesales, que implica que los distintos actos procesales y, en general, todo el desarrollo del proceso quedan regidos por la ley del foro. Cfr. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional...*, 1991, *op. cit.*, p. 365. Es una solución admitida por todos los ordenamientos, aunque sólo algunos de ellos la proclaman expresamente, como en el art. 12 de la Ley de DIPr. italiana de 1995 y el art. 159 de la Ley DIPr. Rumanía de 1992. En España viene reconocida en el art. 3 LEC.

designada por la norma de conflicto reguladora de la institución en cuestión que, en el caso de la filiación, se halla contenida en el art. 9.4 C.c.

La reforma del sistema español de Derecho internacional privado por Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor¹¹³⁰, suscitó distintas opiniones en torno al ámbito de aplicación en mayor o menor grado del art. 9.4 del C.c. De hecho, resulta común en la doctrina internacional-privatista española la duda respecto del alcance real de la ley designada en el citado precepto para regir las cuestiones del establecimiento de la filiación¹¹³¹. Esta confusión se acentúa por la generalidad del artículo 8.2 del C.c., que impone de modo absoluto la regla *lex fori regit processum*.

La solución más fácil sería someter todas las cuestiones a la ley del foro, como en los sistemas anglosajones, una vez aceptado que prácticamente todos los problemas planteados por el establecimiento de la filiación son de naturaleza procesal. Sin embargo, en los sistemas continentales, el punto de partida consiste en la sumisión de unos aspectos al estatuto personal mientras que otros, por su caracterización procesal, quedan sujetos a las disposiciones del foro¹¹³².

En las próximas páginas se delimitará los aspectos relacionados con el proceso judicial de determinación o de impugnación de la filiación que no se califican estrictamente ni como estrictos asuntos procesales ni como cuestiones enmarcadas en la ley reguladora del fondo. Se tratará, por tanto, de precisar si tales cuestiones quedan sometidas a la *lex fori* o a la *lex causae*.

B) Exigencia de un principio de prueba para la admisión de la demanda de filiación

Como ya se expuso en páginas anteriores¹¹³³, la exigencia de un principio de prueba en materia de filiación supone un juicio de probabilidad de que la

¹¹³⁰ (BOE núm. 15, de 17 de enero, sobre protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de enjuiciamiento civil).

¹¹³¹ (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996).

¹¹³² Vid. L. Palson: "Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Law", *Recueil de Cours*, 1986, t. 199, pp. 342-413.

¹¹³³ Vid. en el primer capítulo de este trabajo el epígrafe sobre "el Derecho de acciones judiciales de filiación en España: consagración de la libre investigación".

demanda pueda prosperar. Este indicio se valora por el juez con el fin de impedir demandas que resulten infundadas.

En un proceso de reclamación o impugnación con elemento extranjero, la doctrina internacional privatista española¹¹³⁴ duda entre si la referida exigencia se debe calificar como una cuestión sustantiva, bajo el amparo de la ley aplicable al fondo (art. 9.4 C.c.) o si, por el contrario, debe vincularse al proceso y, por tanto, quedar bajo el ámbito de la ley española a título de *lex fori*. De estas dos opciones, la primera plantea un problema. Y es que, de calificarse la necesidad de aportar prueba para admitir la demanda como una cuestión de fondo¹¹³⁵, su exigencia o no vendría determinada por lo dispuesto en la ley designada por el art. 9.4 C.c., por lo que quizás se conseguiría evitar el requerimiento expuesto en Derecho español¹¹³⁶.

El principio de prueba para la admisibilidad de la demanda, en la actualidad, queda expresamente recogido en el ordenamiento español en una norma de carácter procesal, el art. 767.1 LEC, que deroga la norma sustantiva del art. 127.2 C.c.¹¹³⁷. Ello permite mantener la extensión de la mencionada

¹¹³⁴ Sobre el principio de prueba en los procesos de filiación *vid.* J. D. González Campos, “Art. 9.4 C.c...”, *Comentarios del Código civil...*, 1991, *loc. cit. op. cit.*, pp. 84-90, en espec. p. 86; A. Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, 10 edic., Madrid, 1987, p. 493, nota 4, donde N. Bouza Vidal se muestra abiertamente partidaria de extender dicha exigencia a los procesos con elemento extranjero. Por otra parte, S. Álvarez González analiza los beneficios y los obstáculos de incluir este aspecto en uno u otro ámbito de aplicación (*Filiación hispano-suiza...*, *op.cit.*, p. 232). Sin embargo, M. Guzmán Zapater se declina por interpretar la exigencia como una cuestión procesal material al tener por finalidad ordenar o impedir el acceso a la justicia española y determina la forma conforme a la cual el titular del derecho puede obtener la tutela del ordenamiento jurídico (*El derecho a la investigación de paternidad...*, *op. cit.*, p. 59) .

¹¹³⁵ Al tratarse de una materia en la que los derechos están tan vinculados con los hechos, resultaría difícil la delimitación del derecho subjetivo si no es mediante la ley que rige el fondo. *Vid.* M. Guzmán Zapater, *El derecho a la investigación de la paternidad...*, *op. cit.*, pp. 105-106. En este sentido, *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 253-254. La concurrencia de esta exigencia en los procesos con elemento extranjero ha sido confirmada en FJ 8 de la SAP Ávila, de 4 de mayo de 1995, *AC-Audiencias*, 1996-1, 1-15 de enero, núm. 27. Esta resolución ha sido comentada por M. Guzmán Zapater, “Nota a la SAP Ávila...”, *loc. cit.*, pp. 359-362.

¹¹³⁶ En este sentido J. D. González Campos, *Derecho internacional privado...*, 1995, *op. cit.*, p. 366, nota 4.

¹¹³⁷ Disposición derogatoria 2. 1 LEC.

pretensión a los litigios con elemento extranjero, de conformidad con en lo dispuesto en el art. 8.2 C.c. Se trata, en suma, de una exigencia que afecta al derecho de acceso de las partes al proceso. En consecuencia, deberá tenerse en cuenta en todos los litigios que se sustancien en el territorio español y que tengan por objeto la investigación de la filiación, incluso en el caso de que la ley reguladora del fondo no la contemple.

De cualquier manera, conviene tener presente la jurisprudencia del TS¹¹³⁸ respecto de la exigencia de párrafo primero del art. 767 LEC y a la necesidad de establecer una interpretación “espiritualizada” de la misma. Para el Alto tribunal español resulta necesario que en la demanda conste, al menos, la oferta de practicar determinadas pruebas sobre la filiación en el momento adecuado. El Alto Tribunal afirma que la exigencia de prueba constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero que nunca puede causar restricciones ni obstáculos al libre análisis de la filiación. Es cierto que la falta del principio de prueba cierra tanto la vía judicial como cualquier posibilidad de valorar otros medios de defensa. No obstante, aún cuando el resultado sea directamente imputable al demandante, la consecuencia de obstruir el acceso a la justicia puede ser grave, sobre todo en los supuestos con elemento extranjero¹¹³⁹. A pesar de que en estos últimos supuestos el interesado puede acudir a una jurisdicción fuera de España, no debe obviarse lo que ello conlleva en términos de tiempo y costes. De este modo, se llevaría a cabo el control de la razonabilidad¹¹⁴⁰ del principio de prueba para la admisión de la demanda de filiación, que será suficiente cumplir el referido requisito en las situaciones privadas internacionales.

¹¹³⁸ *Vid.* FJ 2 y 3 STS núm. 27/2006, de 2 de febrero (RJ 2006/440); FJ 2 de la STS núm. 59/2006, de 3 de febrero (RJ 2006/621); FJ 6 STS núm. 855/2004, de 1 de septiembre (RJ 2004/5470); FJ 3 STS núm. 569/1999, de 26 de junio (RJ 1999/4564). Entre otra muchas, STS núm. 1000/1993, de 20 octubre (RJ 1993/7752); núm. 884/1998, de 3 de octubre (RJ 1998/6805); núm. 569/1999, de 26 de junio (RJ 1999/4564), en <http://westlaw.es/> y que éstas últimas han sido comentadas en O. Moreno Gil, *Código civil y jurisprudencia concordada*, Madrid, BOE, 2000, p. 250.

¹¹³⁹ *Cfr.* M. Guzmán Zapater, *El derecho a la investigación de la paternidad...*, *op. cit.*, p. 62, nota 92.

¹¹⁴⁰ A partir de la entrada en vigor de la LEC, debe considerarse inaplicable la línea jurisprudencial que permitía la posibilidad de recurrir en casación (art. 1692. 3 LEC) el auto que prohíbe tramitar la demanda por no ir acompañado de dicho requisito de procebilidad. *Cfr.* J. M.^a Ruiz Moreno, *El proceso especial de filiación...*, *op. cit.*, p. 24.

C) Medidas provisionales y cautelares en los procesos de filiación

Dentro de los procesos especiales sobre estado civil de las personas¹¹⁴¹ tienen cabida una serie de medidas provisionales o cautelares, de diverso contenido y que tienden a disminuir los inconvenientes de la duración del procedimiento¹¹⁴². En relación a los procesos de determinación de la filiación, la nueva LEC¹¹⁴³, al margen de la derogación que hace del art. 128 del C.c.¹¹⁴⁴, continúa manteniendo que “mientras dure el procedimiento por el que se impugne la filiación, el juez adoptará las medidas de protección oportunas sobre la persona y bienes del sometido a la potestad del que aparece como

¹¹⁴¹ Además de en los procesos sobre filiación, las medidas provisionales se adoptan, especialmente, en los procesos sobre nulidad del matrimonio, separación o divorcio (art. 102 y 103 del C.c.), así como en los procesos sobre la capacidad de las personas (arts. 203.II, 209 y 211 del C.c.) y sobre tutela de los derechos fundamentales de la persona [art. 9.2 L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen (BOE núm. 115, de 14-05-1982)].

¹¹⁴² Para que las medidas provisionales o cautelares se consideren como tales deben ordenarse con el fin superior de garantizar que se lleve a buen término la resolución definitiva que se va alcanzar en el proceso al que sirven. El art. 726 LEC se refiere a las características que deben poseer tales medidas y que se recogen en el apartado primero del referido precepto. En concreto, la medida “debe ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente”.

¹¹⁴³ El legislador de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil sigue con la política de extrapolar preceptos de la sede de la normativa civil a la ley procesal, para lo que transcribe literalmente los dos párrafos de los que consta el referido art. 128 del C.c. La novedad es que se añade un procedimiento específico del que hasta el momento carecía la norma sustantiva y que queda reflejado en el párrafo tercero del art. 768 LEC. Sobre el tema, *vid.* J. M.^a Ruiz Moreno, *El proceso especial de filiación...*, *op. cit.*, pp. 122-133, en espec. p. 123.

¹¹⁴⁴ Con este precepto se adoptaron una serie de medidas cautelares innominadas protectoras tanto de intereses personales como patrimoniales, con eficacia temporal limitada a la duración del proceso. Su exacto contenido, se confiaba a la discrecionalidad del órgano judicial, habida cuenta de la multiplicidad de circunstancias que pudieran darse para el supuesto concreto. Durante mucho tiempo, el art. 128 C.c. gozó de buena acogida, sobre todo en cuanto que permitió dispensar una eficaz protección en defensa personal y patrimonial del hijo cuya paternidad o maternidad se discutía o se reclamaba. No obstante, también se admitía importantes deficiencias del sistema, como la inexistencia de procedimiento específico para sustanciar tales medidas, aunque se seguía el mecanismo incidental del art. 1.428 LEC. Tal y como se ha señalado *supra*, con la nueva normativa el problema queda resuelto (*cf.* art. 768.3 LEC). Sobre el tema *vid.* J. M.^a Ruiz Moreno, *El proceso especial de filiación...*, *op. cit.* pp. 108-109.

progenitor¹¹⁴⁵” (art. 768 LEC). Y es que las medidas cautelares que se pueden adoptar en los procedimientos judiciales de filiación no tienen el objetivo de conservar el objeto del proceso, frente a los peligros de una satisfacción tardía o imposible. No se trata de mantener el *statu quo* previo a su inicio, sino de permitir que, en su momento, se pueda hacer frente a las consecuencias jurídicas que traiga consigo la declaración judicial de un concreto estado de filiación, ya sea determinándolo o haciendo cesar el previamente determinado.

En el proceso con elemento extranjero se plantea la cuestión de si los tribunales españoles deben tener competencia judicial internacional para la adopción de medidas provisionales o cautelares. El hecho de que las autoridades judiciales españolas tengan competencia para pronunciarse sobre el fondo del asunto no implica que también adopten medidas provisionales o cautelares. Tampoco significa que el tribunal que tenga competencia para adoptar tales medidas pueda conocer del fondo de la cuestión¹¹⁴⁶. No obstante, en el caso concreto de la filiación, se puede afirmar que, con carácter general, el hecho de que las autoridades españolas tengan competencia para conocer de la cuestión principal sobre la reclamación o impugnación de la filiación¹¹⁴⁷, según los arts. 22.2 y 3 L.O.P.J., les habilita igualmente para adoptar medidas provisionales o cautelares. Se trata de una solución lógica que descansa sobre sólidas razones de coherencia procesal¹¹⁴⁸.

En cualquier caso, la competencia de los tribunales españoles para adoptar medidas provisionales o cautelares no se limita únicamente a los casos a los que se acaba de aludir. Cuando no exista instrumento legal internacional aplicable, cabe adoptar medidas cautelares en España mientras el proceso esté

¹¹⁴⁵ También se añade que “reclamada judicialmente la filiación, el juez podrá acordar alimentos provisionales a cargo del demandado y, en su caso, aportar las medidas de protección a que se refiere el párrafo anterior”.

¹¹⁴⁶ Sobre la competencia para adoptar medidas cautelares y provisionales *vid.* R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op. cit.*, pp. 50-58.

¹¹⁴⁷ Tal y como se ha expuesto en el anterior epígrafe, la competencia judicial internacional de los jueces españoles encuentra su fundamento en las normas establecidas en el Derecho autónomo, en concreto, en los art. 22.3 L.O.P.J., dado que no existe convenio internacional - ni multilateral, ni bilateral- en la materia.

¹¹⁴⁸ *Vid.* F. J. Garcimartín Alférez, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGrawHill, 1996, p. 43; F. Gascón Inchausti, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, Comares, 1998, p. 169.

pendiente ante otro tribunal extranjero por lo dispuesto en el art. 22.5 L.O.P.J.¹¹⁴⁹. En estas circunstancias, los requisitos que deben darse para que las autoridades judiciales españolas asuman competencias en materia de medidas provisionales y de aseguramiento son que las personas o bienes a los que se refieran se encuentren en España y que la medida deba cumplirse en territorio español. De ahí que se concluya que los tribunales españoles tienen competencia para dictar este tipo de medidas, no sólo cuando posean la competencia judicial para pronunciarse sobre el fondo de la filiación sino también se den las circunstancias del precepto señalado¹¹⁵⁰.

Por su naturaleza procesal y por las especialísimas condiciones de urgencia y agilidad en su tramitación, las medidas provisionales y cautelares deben regirse por la *lex fori* (art. 3 LEC)¹¹⁵¹. La remisión de estas medidas al Derecho rector de la determinación de la filiación plantea la necesidad de la pronta resolución sobre estos extremos, además de convertir en imposible la adecuada acreditación en tiempo del Derecho extranjero que ha de regular el supuesto. Incluso, la norma extranjera aplicable al asunto puede no prever la adopción de ningún tipo de medida en la tramitación del procedimiento de filiación. En estos casos, resulta difícil pensar que el juez español deje de pronunciarse sobre tales medidas. De ahí puede derivarse la conveniencia en que las únicas medidas posibles para solicitar en un proceso de filiación queden enmarcadas en el Derecho procesal del tribunal del Estado en el que se plantee la demanda de filiación¹¹⁵².

¹¹⁴⁹ Un sector de la doctrina se inclina por utilizar el foro específico previsto en materia cautelar recogido en el art. 22.5 L.O.P.J., sólo cuando se solicitase a las autoridades españolas medidas provisionales o cautelares respecto de un proceso de determinación de la filiación, sin que éstas resulten competentes para pronunciarse sobre el fondo. *Vid.* R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op. cit.* p. 52.

¹¹⁵⁰ *Vid.* S. Álvarez González, *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Cívitas, 1996, p. 122 y nota 212.

¹¹⁵¹ Sin embargo, en materia de crisis matrimoniales, se mantiene la postura de que las medidas provisionales y cautelares derivadas de la interposición de la demanda de divorcio se rigen por la misma ley que rige la cuestión de fondo. *Vid.* R. Arenas García, *Crisis matrimoniales...*, *op. cit.*, pp. 301-307, en espec. 305-307; S. Álvarez González mantiene la necesidad de que el juez intente la aplicación del Derecho extranjero a las medidas provisionales antes de acudir a la *lex fori* (*Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias...*, *op. cit.*, p. 233).

¹¹⁵² En concreto, si ante un órgano judicial español se insta la impugnación, el hijo, en aplicación de la ley española, puede ser protegido en su persona y sus bienes. Por tanto, las medidas cautelares o provisionales consisten en la limitación del ejercicio de la patria

En todo caso, el problema se plantea cuando la medida provisional o cautelar adoptada se deba cumplir en otro territorio¹¹⁵³. Ejemplo de ello sería que el progenitor demandado residiera en Marruecos o que la persona o bienes del sometido a la patria potestad del que figura como progenitor se hallen en tal país. A diferencia del Convenio franco-marroquí¹¹⁵⁴, el C. H-M no ha previsto el reconocimiento de medidas provisionales y cautelares¹¹⁵⁵, salvo las que se dicten en materia de alimentos (*cf.* art. 22.2.d del C. H-M.), por lo que habría que acudir al Derecho interno marroquí para llevar a cabo tal reconocimiento. De este modo, una vez que la autoridad española dicta las medidas correspondientes a un proceso de filiación, se debe instar su reconocimiento ante los jueces marroquíes y, en consecuencia, dejan de cumplir el fin de apremio para el que fueron adoptadas. Asimismo, surge la alternativa de solicitar al juez marroquí la adopción de las medidas. Para ello se necesita tanto que la autoridad sea competente a tal efecto, como que acceda a tal pretensión, sobre todo a la vista del objeto del proceso de filiación que se sigue en España.

A la luz de lo expuesto, hay que entender que en una futura revisión del C. H-M resultaría imprescindible la extensión de su ámbito de aplicación al reconocimiento de las medidas provisionales o cautelares entre los dos Estados

potestad frente al sujeto demandado para evitar el ejercicio abusivo de facultades mientras dure la pendencia del proceso, confiar provisionalmente la guarda y custodia del menor al otro progenitor o a una tercera persona, familiar o no. En defecto de tales personas, se puede aplicar las medidas a una institución adecuada. En definitiva, y a partir del resultado, puede asignarse una serie de deberes que satisfagan las necesidades primarias del presunto hijo, tales como proporcionar alimentos provisionales a cargo del demandado o adoptar las medidas precautorias personales y patrimoniales anteriormente referidas (art. 768.2 *in fine* LEC).

¹¹⁵³ Sobre la eficacia extraterritorial de medidas provisionales o cautelares *vid.* I. Collins, “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, *Recueil des Cours*, 1992, t. 234, pp. 9-239; P. De Vareilles-Sommières, “La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires”, *Rev. crit., dr. int. pr.*, 1996-III, pp. 397-437.

¹¹⁵⁴ *Vid.* el art. 20 del Convenio franco-marroquí relativo al estatuto jurídico de las personas y de la familia y de la cooperación judicial de 1981.

¹¹⁵⁵ En general, la ausencia de firmeza de las medidas provisionales y cautelares impedirían el reconocimiento de las mismas. Pero este límite no se extiende al régimen de los Reglamentos comunitarios, ni al régimen convencional de Bruselas y de Lugano. En este mismo sentido, es posible el reconocimiento de tales medidas en algunos convenios bilaterales y en el régimen de determinados Convenios específicos en materia de alimentos o de protección de menores. *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, 2007, *op. cit.*, p. 196

parte. En apoyo de tal solución, se constata que tanto España¹¹⁵⁶ como Marruecos¹¹⁵⁷ admiten tal posibilidad en diversos textos bilaterales firmados con otros Estados.

D) Intervención del Ministerio Fiscal en la reclamación o impugnación de la filiación

Se plantea otro problema particular acerca la ley aplicable a la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos abiertos en España sobre reclamación o impugnación de la filiación con elemento extranjero.

Los procedimientos de determinación e impugnación sobre filiación abiertos en España habrán de ajustarse a lo previsto en el art. 749 LEC, por lo que en ellos será siempre parte el Ministerio Fiscal. En tales procesos, el Fiscal actúa con plenitud de funciones y realiza todos los actos que son propios de las partes. Ahora bien, el Fiscal configura una parte especial, ya que su interés no es privado, sino que actúa en defensa del interés general. Para actuar como parte, el Fiscal requiere de una norma concreta que lo legitime. Así se infiere del propio art. 749.1 LEC, donde, como principio general, se establece que, éste siempre será parte en los procesos de filiación, aunque no sea promotor de los mismos o deba por ley defender alguna de las partes.

Para una adecuada comprensión de la norma se debe ponerse en conexión con el art. 765.1 del mismo texto legal, que especifica que “las acciones de determinación o impugnación de la filiación que, conforme a lo dispuesto en la legislación civil, corresponden al hijo menor de edad o incapacitado, podrán ser ejercidas por su representante legal o por el Ministerio Fiscal indistintamente”. Se establece, así pues, que el Fiscal asume la representación legal de los incapaces y menores; y que cuando lo hace, el Ministerio Público no actúa como defensor de los intereses generales, sino que se transforma por ley en defensor de los intereses específicos de las mencionadas personas¹¹⁵⁸.

¹¹⁵⁶ España ha firmado algunos textos bilaterales que prevén la posibilidad de extender al otro Estado las medidas cautelares o provisionales acordadas por las autoridades del otro Estado parte, como los firmados con Italia, Austria, Checoslovaquia, El Salvador, Rumania.

¹¹⁵⁷ Tal y como se ha indicado *supra* respecto del Convenio franco-marroquí.

¹¹⁵⁸ El párrafo 7 del art. 3 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal hace referencia a los menores y a los incapaces, ya que los ausentes conservan la capacidad de obrar. Así, el

De la lectura de ambos preceptos se desprende que, en Derecho español, la intervención del Ministerio Fiscal en las causas de filiación puede cumplir una doble función. Del art. 749.1 LEC se deduce el protagonismo del Ministerio Fiscal como una genuina parte procesal, que podrá alegar hechos, proponer pruebas, formular el *petitum*, interponer recurso, entre otras acciones. De esta manera, se supera la posición exclusivamente pasiva de mero informante o dictaminador del proceso en que actúa¹¹⁵⁹. Por otro lado, el art. 765.1 LEC., respecto de los hijos menores de edad e incapaces, confiere el ejercicio de la acción procesal tanto a sus representantes legales como al Ministerio Fiscal, y en un mismo nivel o plano, tal y como aclara el término “indistintamente”. Por este motivo, se otorga al Ministerio Fiscal el papel de parte procesal o sustituto procesal, que confluye simultáneamente con el representante legal (padre, madre o tutor) del sujeto afectado¹¹⁶⁰. Ninguna de estas dos normas admiten una interpretación restrictiva, en tanto que el interés sobre el estado civil es público, no una cuestión estrictamente personal de los particulares a quienes afecta.

Un sector de la doctrina internacional-privatista apoya la tesis de exclusión de cualquier referencia a la *lex causae* en lo que concierne a la intervención del Ministerio Fiscal en una acción de investigación de la paternidad o maternidad¹¹⁶¹, tanto por la consideración procesal de dicha intervención, como, en especial, por la finalidad de la misma dirigida a la protección del hijo en un proceso caracterizado por el principio inquisitivo¹¹⁶².

Ministerio Público actúa en los procesos de filiación cuando se demanda en representación del menor de edad o incapacitado o en los procesos de separación o divorcio en que se actúa en defensa de menores o incapacitados según el artículo 749. 2º LEC.

¹¹⁵⁹ La jurisprudencia anterior a la vigente LEC exponía con motivo de la subsanación de la omisión del Ministerio fiscal en el procedimiento entablado sobre filiación que “...la misión de aquél en el proceso de filiación es la de informante, dictaminador y garante del proceso, pero sin tener en realidad la condición de verdadera parte procesal”. *Vid.* la STS de 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/1147); STS de 18 de mayo de 1990 (RJ 1990/3740); STS de 17 de junio de 1992 (RJ 1992/5319), <http://westlaw.es/>.

¹¹⁶⁰ *Vid.* J. M.^a Ruiz Moreno, *El proceso especial de filiación...*, *op. cit.*, pp. 60-70, en espec. pp. 68 y 69.

¹¹⁶¹ M. Guzmán Zapater, *El derecho a la investigación de la paternidad...*, *op. cit.*, pp. 66-67.

¹¹⁶² Sobre la calificación de los procesos de filiación como inquisitivos *vid.* el epígrafe del primer capítulo de este trabajo “El Derecho de las acciones judiciales de filiación en España: hacia la consagración de la libre investigación de la verdad biológica”.

En cambio, para otro sector de la doctrina, el recurso a la *lex fori* para fundamentar la intervención del Ministerio Fiscal en este tipo de procesos resulta criticable por desconocer el principio de aplicación integral del Derecho extranjero¹¹⁶³. En realidad, lo que se propone no es la admisión o no de una legitimación del Ministerio público extranjero, debido al carácter territorial de la norma, sino adaptar la aplicación de una ley extranjera derivada de la aplicación de la ley del fondo que impusiera la eventual actuación de la equivalente autoridad del foro al caso concreto. El cumplimiento de tal exigencia no tiene por qué excluir la intervención del Ministerio Público extranjero. Así, la exigencia se entenderá cumplida con la intervención en el proceso del Ministerio Fiscal prevista por la ley del foro, llamada a ser aplicada a las cuestiones procesales.

La intervención del Fiscal en el proceso de filiación cuando actúa en nombre del menor o incapaz extranjero, por no existir o no hacerlo sus representantes legales (art. 765.1 LEC), se podría vincular con la propia legitimación en un proceso con elemento extranjero. Ello conduce a propugnar la aplicación de la ley de fondo a este extremo¹¹⁶⁴. Ahora bien, no hay que olvidar que, en tales casos, el Fiscal también interviene defendiendo los intereses públicos¹¹⁶⁵, ya que la filiación afecta al estado civil¹¹⁶⁶ y las decisiones que se

¹¹⁶³ Vid. A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional...*, vol. I, 2006, *op. cit.*, p. 405.

¹¹⁶⁴ En relación con la nulidad matrimonial y la aplicación de la *lex causae* para determinar la legitimación del Ministerio Fiscal *vid.* J. M. Espinar Vicente, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, La Ley, 1988, pp. 82-94. En este sentido, véase el caso resuelto en Francia por la sentencia de la Cour de Cassation (Sala 1ª Civil) de 13 de abril de 1998, donde se planteó la falta de legitimidad del Fiscal francés para impugnar la validez de un matrimonio que se debía determinar por el Derecho argelino, cuando éste no ha previsto la posibilidad de que el Ministerio fiscal pueda plantear la acción de nulidad del matrimonio. Sin embargo, el juez francés no llegó a pronunciarse sobre este extremo, al haberse planteado la alegación de forma extemporánea (B. Ancel, “Décision de la Cour de Cassation (1re. Ch. civ.), 13 octobre 1998”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999-II, pp. 281-284).

¹¹⁶⁵ *Cfr.* art. 3, núm. 3, 6 y 7 de la Ley 50/ 1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal (BOE núm. 11, 13 de enero de 1982), donde se expone que éste deberá “velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa. Así como tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley. Aunque también deberá intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”.

adopten al respecto presentan eficacia *erga omnes*¹¹⁶⁷. Por esta razón, resulta intrascendente que la ley reguladora del fondo no contemple la exigencia de tal intervención, ya que, en aplicación de la ley del foro, el Fiscal intervendrá necesariamente con legitimación procesal propia¹¹⁶⁸. La norma que impone su actuación se encuentra entre las contempladas en el art. 8.2 C.c.¹¹⁶⁹, cuya aplicación en ningún caso se ve condicionada por la presencia de un elemento extranjero en el litigio abierto en España. De acuerdo con lo expuesto, se considera que es una norma procesal imperativa, llamada a ser aplicada en cualquier proceso de filiación.

Aunque la doctrina se halle dividida en este punto, la jurisprudencia española se inclina abiertamente por una calificación procesal de la intervención del Ministerio Fiscal¹¹⁷⁰ cuando lo exija el Derecho español *qua lex fori*, aunque no esté prevista por la ley rectora de la filiación¹¹⁷¹.

¹¹⁶⁶ Sobre el tema y la jurisprudencia que evidencia el interés público del estado civil que determina la intervención del Ministerio fiscal *vid.* M. D. Álvarez García, “Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales”, *Cuadernos de derecho judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 95-154, en espec. pp. 114-116.

¹¹⁶⁷ Ya se expuso en el primer capítulo de esta investigación el significado de las acciones de impugnación o reclamación de la filiación, que son acciones de estado civil. *Vid.* el epígrafe concreto “El Derecho de las acciones judiciales de filiación en España: hacia la consagración de la libre investigación de la verdad biológica”.

¹¹⁶⁸ El otorgamiento de una propia legitimación a dicha autoridad ha suscitado dudas sobre su calificación procesal o sustantiva, al margen de los supuestos en que la autoridad pública actúe en calidad del representante de una de las partes, generalmente del hijo menor o incapaz.

¹¹⁶⁹ Aunque no faltan posturas que propugnan soluciones mas flexibles, en particular, tal y como se ha expuesto *supra*, en lo que respecta a la legitimación para instar un proceso de nulidad matrimonial.

¹¹⁷⁰ En materia de filiación, la SAP de Ávila, de 4 de mayo de 1995, *AC-Audiencias*, 1996, núm.1, 1-15 de enero, núm. 27, ha confirmado la necesaria intervención del Ministerio Fiscal en proceso con elemento extranjero como cuestión procesal y a título de representante de la persona legitimada, esto es, del menor. *Vid.* el comentario citado *supra* de esta resolución M. “Nota a la SAP Ávila...”, *loc. cit.*, pp. 359-362. También, la STS de 21 de abril de 1988 (RJ 1988/3268) en <http://westlaw.es/>. En general, la cuestión en torno a la intervención del Ministerio Fiscal se ha suscitado en las causas de nulidad matrimonial, como en la STS de 5 de junio de 1926, donde ya se fundamentaba la solución de la calificación procesal en un argumento de peso, cual fue el del carácter de interés público o protección social con que interviene en dichos procesos el Ministerio Fiscal. *Cfr.* J. C.

Debate doctrinal y jurisprudencial aparte, es cierto que, en la práctica, el Fiscal interviene siempre en una u otra condición, con el reconocimiento de parte legitimada que le atribuye la LEC en los procedimientos sobre filiación que se sustancian en España.

En definitiva, cuando se exige la participación de esta autoridad por la ley reguladora del fondo, y ésta a su vez fuese la marroquí, no suscitaría mayor problema, dada la necesidad de intervención del Ministerio Fiscal para la determinación o impugnación de la filiación, según dispone el CPCM¹¹⁷². El problema únicamente se plantearía cuando sea aplicable un Derecho extranjero que no exija la participación de esta autoridad. Dicha solución pasa por aplicar la *lex fori*, al fundamentar la intervención del Ministerio Fiscal en tales supuestos como una norma procesal imperativa.

Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 250 y 251.

¹¹⁷¹ En este sentido *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez advierten que siempre que se respeten los límites de su estatuto, nada impide que el Ministerio Fiscal intervenga en casos distintos de los contemplados por el sistema español, cuando la ley aplicable al fondo exija la participación de una autoridad con función equivalente, cuando que dicha participación sea necesaria para asegurar el reconocimiento de la sentencia española (*Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 424). Sobre la intervención del Ministerio Fiscal en otro tipo de materias, como los procesos de crisis matrimoniales, y la solución de la regla *lex fori regit processum*, *vid.* R. Arenas García, *Crisis matrimoniales internacionales...*, *op. cit.*, pp. 322-324, en espec. p. 323.

¹¹⁷² *Vid.* los arts. 6, 7 y 9 apartado núm. 2 del CPCM. Sobre las funciones del Ministerio Público en el ordenamiento marroquí de los procesos civiles que intervienen menores que son objeto de tutela e incapaces que deben ser asistidos por representante legal *vid.* A. Boudahrain, *Derecho judicial privado en Marruecos...*, *op. cit.*, pags. 127-133, en espec. p. 131.

3. Ley reguladora de la filiación e identificación de los problemas en las relaciones hispano-marroquíes

A) Acciones de filiación: especial referencia a la reclamación de paternidad natural

Las acciones de filiación reflejan el modo particular en que cada ordenamiento jurídico resuelve la tensión entre la averiguación de la verdad biológica y la conservación de la paz familiar. En los supuestos de tráfico externo es conveniente evitar la tradicional aplicación diferenciada de la *lex fori* a los aspectos procesales y de la ley del fondo a los aspectos sustantivos¹¹⁷³. En su lugar, se propugna la aplicación unitaria de la *lex causae* a las cuestiones de una y otra naturaleza¹¹⁷⁴, que permita asegurar la unidad de soluciones y la aplicación integral del Derecho extranjero¹¹⁷⁵. No existe obstáculo, en consecuencia, en incluir dentro del ámbito de aplicación de la ley nacional del hijo al tipo de acción de filiación¹¹⁷⁶.

Si la ley aplicable al fondo designa al Derecho español se comprueba que la acción de reclamación de la filiación tiene un régimen jurídico distinto según sea su carácter o se fundamente en la posesión de estado (art. 131y 132 C.c.

¹¹⁷³ Cfr. N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4...”, *Comentarios a las reformas... loc. cit. op. cit.*, p. 31.

¹¹⁷⁴ Vid. S. Álvarez Campos, “Artículo 9, apartado 4”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 232; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 393.

¹¹⁷⁵ Vid. J. D. González Campos, *Derecho internacional privado...*, 1995, *op. cit.*, pp. 361-362; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional...*, vol. I, 2006, *op. cit.*, p. 405.

¹¹⁷⁶ Sobre el ámbito del art. 9.4 C.c. vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2007, *op. cit.*, pp. 393 y 394; S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 232-234; N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit., op. cit.*, pp. 20 y 31; A. Rodríguez Benot, “La filiación y los alimentos”, *Lecciones de Derecho civil...*, 2006, *loc. cit. op. cit.*, pp. 165-208, en espec. pp. 174 y 175. Sin embargo, no resulta así en la mayoría de la jurisprudencia española, ya que aplican la *lex fori* a estas cuestiones. En este sentido, vid. el erróneo *iter* argumentativo que sigue la SAP de Cádiz, de 20 de enero de 1998, *Revista Jurídica de Andalucía*, 1998, núm. 24, pp. 212-215, comentada por M^a. A. Rodríguez Vázquez, “Nota a la SAP de Cádiz, de 20 de enero de 1998”, *REDI*, 1999-1, vol. LI, pp. 224-227. En esta resolución se aplica la *lex fori* a la cuestión relativa a la determinación de la filiación en vez de la ley de la nacionalidad del hijo, que en este caso es la estadounidense.

respectivamente). La acción de impugnación, por su parte, se regula en los arts. 136 a 141 C.c., donde se establece el régimen tanto de las acciones de impugnación en sentido estricto como de la acción de impugnación del reconocimiento. Esta última no es, en puridad, una acción de impugnación, sino uno de sus títulos de determinación. También existe la que se conoce como acción de reclamación-impugnación de la filiación. Teniendo en cuenta que no podrá ser eficaz la determinación de una filiación en tanto resulte acreditada otra contradictoria (art. 113.2 C.c.), el legislador español ha dictado una norma especial para el caso en que se pretenda reclamar la verdadera filiación de una persona que ya la tiene formalmente determinada. Para tal supuesto, el art. 134 establece que “el ejercicio de la acción de reclamación conforme a los artículos anteriores, por el hijo o por el progenitor, permitirá en todo caso la impugnación de la filiación contradictoria, salvo que ésta última esté determinada en virtud de sentencia firme”. En este caso se sacrifica el principio de veracidad en aras del de seguridad e intangibilidad de la cosa juzgada. Este precepto es aplicable tanto a la filiación matrimonial como a la no matrimonial. En definitiva, como se aprecia, existe un gran encorsetamiento en las acciones de filiación.

El supuesto particular en que la ley rectora de las acciones de filiación venga constituida por el al Derecho marroquí, no existe la distinción de las acciones de filiación prevista en el ordenamiento español. No obstante, el principal problema es la inexistencia en la legislación del país vecino de la reclamación de la paternidad natural. Esta situación provoca, irremediabilmente, que se active la cláusula de orden público internacional español. De esta forma, se posibilita al demandante el ejercicio de la correspondiente acción de reclamación prevista por la legislación española.

Cabe plantearse la conveniencia de efectuar, antes de hacer uso de la excepción del orden público internacional, una valoración de la *Innenbeziehung* o la relación de proximidad de la situación privada internacional sobre filiación con el ordenamiento del foro¹¹⁷⁷. Este mismo planteamiento lo mantiene también el

¹¹⁷⁷ Según esta teoría, el orden público internacional tiene más posibilidades de intervenir cuanto mayor es la vinculación de la relación jurídica con el foro. *Vid.* A. Bucher, “L’ordre public et le but social des lois en droit...” *loc. cit.*, pp. 52-60; P. Lagarde, “Le principe de proximité...”, *loc. cit.*, pp. 109-112; *id.*, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la repudiation...”, *Homenage a F. Rigaux...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 270-274; T. Ballarino, “Le principe de proximité chez Paul Lagarde...”, *Le droit international privé: esprit et méthodes...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 37-54; P. Courbe, “L’ordre public de

Instituto de Derecho Internacional (en adelante IDI) en la sesión de Cracovia de 2005, dedicada a las diferencias culturales y al orden público en el DIPr. de la familia¹¹⁷⁸. El IDI, en su resolución, constata que la exclusión recíproca de las leyes correspondientes a culturas distintas por la vía de la excepción de orden público desconoce la exigencia de coordinación de los sistemas jurídicos. En su opinión, es preciso buscar una vía intermedia entre un multiculturalismo que acepta todas las diferencias en nombre del respeto de la identidad cultural, y la actitud cerrada entre ordenamientos laicos y religiosos que, a través de la excepción de orden público, se opone a cualquier institución ajena a las concepciones culturales del foro¹¹⁷⁹. En concreto, en la recomendación contenida en la letra D, referida a la filiación, se establece que los Estados podrán oponer la excepción de orden público a las leyes extranjeras que prohíban el establecimiento de la filiación en los casos en los que el hijo posea vínculos, bien por nacionalidad o por residencia habitual con el Estado del foro o con cualquier otro Derecho que permita el establecimiento de la filiación¹¹⁸⁰. En todo caso, es preciso señalar que el IDI, en su resolución, no toma partido abiertamente por la que se conoce como teoría de la *Innenbeziehung*, sino que tan sólo invita a tener en cuenta los vínculos de proximidad de las materias a las que se refieren las reglas especiales. Esta solución ya fue utilizada por la jurisprudencia francesa en relación con las demandas planteadas en el foro sobre paternidad natural. La Corte de Casación francesa, en su resolución de 10 de

proximité”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 227-239, en espec. pp. 229-230; M. Fallon, “Le principe de proximité dans le droit de l’Union européenne”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 242-263; F. Cadet, *L’ordre public en droit international de la famille...*, *op. cit.*, pp. 287-290. Para las acciones de filiación frente a leyes extranjeras restrictiva *vid.* J. Foyer, “Problèmes des conflits de lois en matière de filiation...”, *loc. cit.*, pp. 92-94.

¹¹⁷⁸ *Vid.* P. Lagarde, “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille...”, *loc. cit.* p. 860.

¹¹⁷⁹ *Ibid.*, “Différences culturelles et ordre public de la famille. Rapport provisoire (mars 2003, révisé juillet 2004)...”, *loc. cit.*, pp. 47 y 102.

¹¹⁸⁰ *Vid.* la sentencia del Tribunal cantonal de Neuchâtel de 5 de diciembre de 1977, donde ya se consideraba que, frente a una acción “en désaveu” o negación de la paternidad ejercitada por un hijo adulterino, había que excepcionar la aplicación del Derecho italiano reclamado por la norma de conflicto. Al parecer, la ley italiana no regulaba tal acción, porque consideraba que el Derecho suizo presentaba los vínculos más importantes con el supuesto y, además, satisfacía los intereses del hijo. *Vid.* P. Lagarde, “Le principe de proximité...”, *loc. cit.*, p. 123.

febrero de 1993¹¹⁸¹, marca su voluntad de imponer su orden público internacional para no admitir leyes extranjeras que prohíban la paternidad natural solamente en los casos en que el hijo sea francés o tenga un vínculo estrecho con este país¹¹⁸². Y, sin embargo, no se utiliza el correctivo del orden público internacional francés en los supuestos en que el hijo sea extranjero y resida fuera de Francia, negándoles de esta forma el derecho al establecimiento de la filiación cuando la situación no está conectada con el foro y sea aplicable un ordenamiento extranjero que impida la paternidad natural. Asimismo, como consecuencia de la ausencia de la determinación de la filiación extramatrimonial en los sistemas islámicos, existe una línea jurisprudencial en Francia que afirma que lo único que es contrario al orden público francés es la desigualdad existente en los mencionados ordenamientos entre los hijos legítimos e ilegítimos en orden a la determinación de la filiación. En cambio, no afectará al orden público francés la aplicación de aquellos ordenamientos musulmanes en lo concerniente al derecho de alimentos del menor, siempre que este último quede garantizado¹¹⁸³. Sin embargo, en el CFM no prevé tal derecho para el hijo de

¹¹⁸¹ Comentada por J. Foyer, “Note de l’arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1993”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993-IV, pp. 620-632; I. Barrière-Brousse, “Note de l’arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1993”, *JDI*, 1994-1, pp. 124-133; G. A. L. Droz, “Regards sur le droit international privé comparé...”, *loc. cit.*, pp. 172-175. En este sentido, cabe también mencionar la sentencia de la Corte de Apelación de París de 13 de enero de 2000, que considera que la leyes extranjeras que prohíben el establecimiento de la filiación no son, en principio, contrarias al orden público internacional, salvo que se prive del establecimiento de la filiación a un hijo francés o con residencia habitual en Francia. *Vid.* S. Aubert, “Contestation de reconnaissance d’un enfant naturel en droit international privé: toujours la même solution?”, *Le Dalloz*, 2000, núm. 44, pp. 898-900; F. Monéger, “Note de l’arrêt de la Cour d’appel de Lyon”, *JDI*, 2002-2, pp. 475-483. En general, sobre la utilización en Francia del orden público de la proximidad en materia de filiación *vid.* B. Ancel, “Regards critiques sur l’érosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Derecho internacional privado y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz 2005*, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2006, pp. 345-415, en espec. pp. 359-368.

¹¹⁸² Sobre la jurisprudencia francesa específica en el tema *vid.* J. Déprez, “Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France...”, *Familles-Islam-Europa...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 57-151, en espec. pp. 76 y 77.

¹¹⁸³ Como consecuencia de la ausencia de un sistema determinación de la filiación extramatrimonial en los sistemas islámicos, según apunta S. Jahel (“La lente acculturation du Droit maghrébin...”, *loc. cit.*, pp. 41), en Francia se ha establecido por la jurisprudencia que las leyes extranjeras, en especial la ley argelina, que prohíbe la constitución de la filiación natural, no son contrarias a la concepción francesa del orden público mientras se asegure al menor el derecho de alimentos. Lo que entre en contradicción con el orden público francés es la desigual existente en Derecho islámico entre hijos legítimos y naturales para determinar la filiación, tal y como se dispuso en resolución de la Corte de

filiación ilegítima, lo que imposibilita la aplicación del Derecho marroquí por afectar al orden público internacional.

En los supuestos objeto de estudio en esta investigación, dedicada a la filiación del nacido en España con progenitor marroquí, no habría ninguna dificultad alguna para demostrar la vinculación de tales situaciones con el ordenamiento español. Sin embargo, se considera que, en términos generales, el recurso a la teoría de la *Innenbeziehung* no resulta adecuado en materia de filiación. Y ello por la propia naturaleza tuitiva de la institución, así como por los principios que la rigen, como el *favor filii* o el conocimiento de la verdad biológica de la persona¹¹⁸⁴. Por tanto, el orden público internacional del foro operará cuando el Derecho extranjero aplicable prohíba el establecimiento de la paternidad o maternidad, independientemente de que existan o no vínculos de proximidad con las autoridades que conocen del asunto¹¹⁸⁵.

Casación francesa, de 3 de noviembre de 1988, comentada en nota por J. Foyer, “Note de l’arrêt du Corte de Casación, de 3-nov.-1988”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989-III, pp. 495-502. Sobre el tema *vid.* J. Déprez, “Autorité parentale, filiation, adoption et religion en droit international privé”, *Relations familiales interculturelles*, edic. Fons Strijbosch & Marie-Claire Foblets, Gipuzkoa, Oñati Papers, 1999, pp 139-163. Sin embargo, un sector de la doctrina internacionalista española se inclina por la aplicación del orden público en los siguientes supuestos: cuando la ley personal del hijo establezca una filiación atenuada, que confiera sólo el derecho de alimentos; cuando la ley personal del hijo no tenga en cuenta el interés del hijo, tanto al acreditar la filiación como en otros aspectos; y cuando la ley prive arbitrariamente a uno de los progenitores de la patria potestad y del derecho a relacionarse con el menor o se atribuya la guarda y custodia de manera automática, sin tener en cuenta su interés. *Vid.* J. Carrascosa González, “Comentario al art. 9.4 C.c.”, en A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Legislación de Derecho internacional privada. Comentada y con jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2002, pp. 40-42.

¹¹⁸⁴ *Vid.* los principios rectores en materia de filiación expuestos en el primer capítulo de la tesis.

¹¹⁸⁵ En Francia, no obstante, sí se ha llegado a utilizar el principio de proximidad en materia de filiación. En este sentido, cabe mencionar la sentencia de la Corte de Apelación de París de 13 de enero de 2000 considera que la leyes extranjeras que prohíben el establecimiento de la filiación no son, en principio, contrarias al orden público internacional, salvo que se prive del establecimiento de la filiación a un hijo francés o con residencia habitual en Francia. *Vid.* S. Aubert, “Contestation de reconnaissance d’un enfant naturel...”, *loc. cit.*, pp. 898-900; F. Monéger, “Note de l’arrêt de la Cour d’appel...”, *loc. cit.*, pp. 475-483; J. Foyer, “Note de l’arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1993...”, *loc. cit.*, pp. 620-632; I. Barrière-Brousse, “Note de l’arrêt de la Cour de cassation du 10 février...”, *loc. cit.*, pp. 124-133; G. A. L. Droz, “Regards sur le droit international privé comparé...”, *loc. cit.*, pp. 172-175.

De ahí que, en los casos en que un hijo de nacionalidad marroquí plantee una reclamación de paternidad no matrimonial en España, irremediablemente, se termine por aplicar la ley española para poder así tutelar su derecho constitucional a la búsqueda de su verdad biológica. Y es que la aplicación de la normativa marroquí reclamada por el art. 9.4 C.c., que no admite este tipo de demandas de la paternidad natural, se reputará contraria al orden público internacional español.

Dicho esto, sin embargo, hay que destacar el importante papel del criterio de conexión de la residencia habitual del hijo recogido en el art. 9.4 C.c. Este punto de conexión desempeña una función subsidiaria cuando no es posible establecer la filiación en virtud de la ley nacional designada por el criterio de conexión principal¹¹⁸⁶. La utilidad del centro de vida del sujeto implicado, unido a la neutralidad de la referida conexión, constituyen razones suficientes para recurrir a la residencia habitual, antes que a la excepción de orden público internacional, en las situaciones a las que se acaba de aludir. De esta manera, si el hijo reside en España, es posible aplicar al Derecho material español como *lex causae*. Y todo ello, una vez consultado el ordenamiento marroquí, que resulta inicialmente competente, al no existir la posibilidad de reclamar la paternidad natural, su aplicación como ley reguladora del fondo queda descartada.

El recurso al criterio de la residencia habitual permite una mejor integración del hijo extranjero en el país de acogida, al tiempo que evita la continua aparición de la excepción del orden público internacional¹¹⁸⁷. En todo caso, habría que asumir el riesgo que conlleva su utilización, que no es otro que la posible generación de una situación claudicante para el ordenamiento de origen del hijo. Este peligro resulta mayor en el caso de los Estados islámicos, que extienden la aplicación de la ley nacional a sus nacionales que hayan trasladado su residencia al extranjero¹¹⁸⁸.

¹¹⁸⁶ Tal y como funciona el actual art. 9.4 C.c. *Vid.* J. D. González Campos, “Filiación y alimentos”, *Derecho internacional...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, pp. 364 y 365.

¹¹⁸⁷ *Vid.* P. Abarca Junco, “La regulación de la sociedad multicultural...”, *Estatuto personal y multiculturalidad...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 167-168.

¹¹⁸⁸ *Vid.* el art. 2 CFM sobre el ámbito de aplicación personal y ordena que: “las disposiciones de este Código se aplican a: 1) todos los marroquíes aunque tengan otra nacionalidad; 2) Los refugiados y los apartidas, según lo establecido en el Convenio de Ginebra fechado el 28 de julio de 1951 relativo a la situación de los refugiados; 3) Las

El establecimiento de normas de conflicto basadas en la residencia habitual en los países europeos destinatarios de flujos migratorios de ciudadanos de origen islámico, ciertamente ha provocado reacciones en los Estados musulmanes de origen de tales sujetos. A raíz de estos enfrentamientos, se adoptaron convenios bilaterales de reconocimiento y ejecución específicos en materia matrimonial y disolución de los vínculos conyugales que indirectamente confieren competencia a la ley nacional común de los implicados en la situación privada internacional, como es el caso del Convenio franco-marroquí e incluso, el belga-marroquí, aunque éste último nunca fue ratificado por los dos Estados y ha quedado sólo en proyecto de Acuerdo¹¹⁸⁹.

Lo que parece claro es que las nuevas necesidades surgidas del contacto entre ordenamientos tan dispares, como el español y el marroquí, en materia de filiación, invita de nuevo a reflexionar sobre la importancia de orientar la norma de conflicto española de filiación¹¹⁹⁰. De esta manera, lo ideal sería incorporar el valor jurídico sustantivo del *favor filii*¹¹⁹¹ al proceso de interpretación y aplicación

parejas mixtas en las que una de las partes sea marroquí; 4) Las parejas de nacionales en las que uno de ellos sea musulmán. En cuanto a los judíos marroquíes, se les aplicarán las reglas del estatuto personal hebreo marroquí”. Sobre el DIPr. de este país *vid.* A. Moulay Rchid, “Les grandes lignes du droit international privé marocain...”, *loc. cit.*, p. 7-54; *id.*, “Le droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut...”, *Le statut personnel des musulmans...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 143-177; J. Déprez, “Bilan de vingt cinq années de droit international privé...”, *loc. cit.*, pp. 125-151; *id.*, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *Recueil des Cours*, 1988, *loc. cit.*, pp. 19-372; P. Decroux, “Le droit international privé marocain...”, *loc. cit.*, pp. 153-170.

¹¹⁸⁹ El proyecto de Acuerdo internacional firmado entre Marruecos y Bélgica versa sobre la ley aplicable y el reconocimiento de matrimonios y su disolución, de 15 de julio de 1991. Sobre este convenio *vid.* J-Y. Carlier, “Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial”, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, núm. 3, pp. 447-462, en espec. pp. 452-457; M. C. Foblets, *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Paris, Karthala, 1994, pp. 45 y 46; F. Rigaux y M. Fallon, *Droit international privé...*, 2005, *op. cit.*, p. 358. No obstante, sigue vigente el Convenio de 30 de abril de 1981 relativo a asistencia judicial en materia civil, comercial y administrativa y en materia de información jurídica (B.O. núm. 3958, de 7 de septiembre de 1988).

¹¹⁹⁰ Sobre la tendencia a las normas de conflicto materialmente orientadas *vid.* A. L. Calvo Caravaca, “La norma de conflicto del siglo XXI”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos...*, *loc. cit. op. cit.*, p. 1368.

¹¹⁹¹ Sobre este valor *vid.* el primer capítulo de este trabajo de investigación, en concreto los epígrafes “*Favor filii versus favor legitimatis*” y “*Filiación biológica versus filiación formal*”.

del art. 9.4 C.c.¹¹⁹². En particular, es aquellos casos en que esta norma de conflicto reclama la aplicación de ordenamientos, como el marroquí, que no reconoce el establecimiento de la paternidad fuera del matrimonio o de la legalidad.

B) La legitimación y plazos en las acciones de filiación

Bajo el ámbito de aplicación de la ley reguladora del fondo¹¹⁹³ queda comprendida, como se ha indicado, la cuestión relativa a la legitimación procesal, o lo que es lo mismo, al derecho a participar en un proceso concreto como demandante o demandado, dada la conexión existente entre la titularidad del derecho subjetivo y la legitimación. Además, unido intrínsecamente a este tema se encuentran los plazos para iniciar la demanda de filiación. Y es que los Derechos nacionales establecen las condiciones para poder iniciar la acción, limitan el núcleo de personas legitimadas para ejercerla y fijan los plazos para proceder a su ejercicio.

La vinculación existente entre el tipo de acción de filiación, la legitimación y los plazos es evidente, lo que lleva a afirmar que todas estas cuestiones queden bajo el ámbito de aplicación de la ley llamada a regir el fondo (art. 9.4 C.c.)¹¹⁹⁴. En cualquier caso, hay que reconocer la existencia de un sector doctrinal que considera que la capacidad para ser parte en un proceso se articula como una cuestión procesal y, por tanto, sometida a la *lex fori*¹¹⁹⁵.

Cuando venga reclamado el Derecho español en aplicación del art. 9.4 C.c., el círculo de legitimados activamente para el ejercicio tanto de la acción de reclamación como de impugnación de la filiación, al margen de la influencia que

¹¹⁹² Esta solución ya fue mantenida por J. D. González Campos, “Art. 9.4...”, *Comentarios del Código...*, 1991, *loc. cit. op. cit.*, pp. 85-86.

¹¹⁹³ Sobre el tema, *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 250.

¹¹⁹⁴ *Cfr.* M. Guzmán Zapater, *El derecho a la investigación...*, *op. cit.*, p. 63; S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 232; J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 393.

¹¹⁹⁵ Comentado *supra* en M. Virgós Soriano, F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic., 2007, *op. cit.*, pp.421 y 422.

pueda ejercer la posesión de estado¹¹⁹⁶, se regula tanto en los arts. 131 a 141 C.c. como en el art. 765.1 LEC¹¹⁹⁷. De conformidad con tales preceptos, puede afirmarse que, con carácter general, la legitimación corresponde al hijo, aunque también al padre o a la madre, bien por sí mismos y en defensa de sus legítimos intereses, bien en calidad de representantes legales del menor de edad o incapacitado, considerándose igualmente legitimada a cualquier persona con interés legítimo.

Para reclamar la filiación, matrimonial o no matrimonial, con posesión de estado, se otorga una legitimación amplia que adecue la realidad o situación fáctica a la filiación jurídica¹¹⁹⁸. Además, en la acción de impugnación de la filiación matrimonial debe distinguirse entre la de paternidad o la de maternidad. Para la impugnación de la maternidad matrimonial, a la que se refiere el art. 139 C.c., queda legitimada la mujer si justifica la suposición del parto cierta. Ante la falta de fijación del plazo de ejercicio, se opta por la imprescriptibilidad de la acción, regla general en las acciones de filiación. Y si lo que se impugna es la paternidad, con el fin de demostrar que ésta no se le atribuye al marido, por ejemplo en caso de que el hijo haya sido concebido de relaciones extramatrimoniales de la esposa, la acción podrá ser ejercida por el marido o por el hijo, tal y como expone el art. 116 C.c.

¹¹⁹⁶ El código sustantivo continúa auspiciando importantes parcelas al respecto, fundamentalmente lo referido a la influencia que ejerce el tema de la posesión de estado. Este extremo es eje indicador a la hora de determinar la mayor o menor amplitud de círculo de los legitimados activamente, tanto para la determinación como para la impugnación de la filiación.

¹¹⁹⁷ *Vid.* M. D. Álvarez García, “Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales”, *Cuadernos de derecho judicial...*, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 116-122.

¹¹⁹⁸ Según el art. 131 C.c., cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado, además es imprescriptible. Se exceptúa de esta amplia legitimación el supuesto de que la filiación que se reclame contradiga otra legalmente determinada (pues en tal caso será preciso su impugnación y, en consecuencia, habrá que estar a la legitimación para ejercitar la acción de impugnación). Por lo que respecta a la acción de reclamación de filiación matrimonial sin posesión de estado, el art. 132 C.c. legitima a los progenitores y al hijo. También se legitima activamente a los herederos del hijo, si éste falleciere antes de alcanzar la plena capacidad, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda. En tales supuestos, los herederos podrá ejercitar la acción por el tiempo que faltare para completar dichos plazos. La legitimación pasiva la tendrán los progenitores o sus herederos si hubieran fallecido.

En cuanto a la acción de impugnación de la filiación no matrimonial, regulada en el art. 140 C.c., se impone distinguir según exista o no la posesión de estado. Y si falta ésta última, la filiación paterna o materna no matrimonial podrá ser impugnada tanto por aquéllos a quienes perjudique, como por el verdadero padre. En este caso, al no establecer plazo el C.c., se debe concluir que la acción es imprescriptible. Pero si existe posesión de estado, la acción de impugnación corresponde ejercitarla a quien aparece formalmente (sea por reconocimiento o por otro título distinto a la sentencia que es inatacable) como hijo o progenitor, así como a quienes por la filiación pueden resultar afectados en su calidad de herederos forzosos. En este caso, la acción caduca a los cuatro años desde que el hijo goce de la posesión de estado correspondiente una vez inscrita la filiación. En cualquier caso, señala el art. 140 C.c., el hijo tendrá acción durante un año después de haber alcanzado la plena capacidad.

La acción de impugnación del reconocimiento voluntario de la filiación podrá ser ejercitada por aquél que lo hubiera otorgado mediante error, violencia o intimidación, es decir, por los vicios de consentimiento a los que se refieren los arts. 138 y 141 C.c. En estos supuestos, y para llevar a cabo tal acción, se dispone del plazo de un año a contar desde el acto del reconocimiento o desde que cesó el vicio del consentimiento. Con esta acción sólo se pretende dejar sin efecto el reconocimiento, sin que se discuta la paternidad biológica del actor.

Finalmente, la legitimación activa para el ejercicio conjunto de las acciones de reclamación e impugnación, al que se refiere el art. 134 C.c., se circunscribe al hijo y al progenitor. Sin embargo, hay que señalar que tal legitimación se ve ampliada, ya que también se legitima al verdadero padre para reclamar una paternidad extramatrimonial con impugnación de la matrimonial (presunto padre), supuesto que no sería posible con arreglo al art. 136 C.c.

En cuanto a la legitimación pasiva en las acciones de filiación, el art. 766 LEC¹¹⁹⁹ dispone que corresponde exclusivamente al hijo y a los progenitores, si bien señala que en caso de que cualquiera de ellos hubiera fallecido serán parte demandada sus herederos.

¹¹⁹⁹ Una novedad importante en la LEC es el hecho de que por primera vez el legislador haya reparado en la importancia de regular la legitimación pasiva en los procesos sobre filiación. Sobre la interpretación doctrinal y jurisprudencial anteriores al art. 766 LEC *vid.* J. M.^a Ruiz Moreno, *El proceso especial de filiación...*, *op. cit.*, pp. 80-86.

Pese a los límites en la legitimación y en los plazos de caducidad para el ejercicio de la acción judicial correspondiente, el Derecho español no impide llegar a la verdad biológica. A ello se añade la constante línea de evolución de la jurisprudencia del T.C.¹²⁰⁰, que flexibiliza la interpretación de varios preceptos del C.c. para lograr la consagración de la libre investigación de la filiación.

El problema que se suscita ante una situación privada internacional sobre filiación, cuando la norma de conflicto contenida en el art. 9.4 C.c. remite a Derecho español, es la valoración del concepto interno español de posesión de estado. Como se ha visto, esta noción influye tanto en la legitimación activa como en los plazos. En el tráfico jurídico externo, la posesión de estado se debe interpretar de forma menos rígida, ya que, de otra forma, se podría perjudicar a la parte demandante que reside fuera de España y que tenga no haya tenido conocimiento del hecho del nacimiento del hijo hasta pasado el tiempo para iniciar la acción. Tal planteamiento, además, viene avalado por la línea jurisprudencial del TC español sobre la flexibilización de la interpretación en los plazos para la legitimación activa que ya se ha comentado.

El tratamiento de la legitimación y de los plazos que ofrece el Derecho marroquí en supuestos donde sea reclamado de conformidad con el art. 9.4 C.c. difiere claramente de la legislación española. El ordenamiento marroquí considera que se puede iniciar un procedimiento judicial por cualquier persona que tenga interés, esté capacitada y legitimada para hacer valer sus derechos (art. 1 CPCM). No obstante, en materia de filiación, el CFM introduce algunos matices. Así, en los supuestos de declaración voluntaria de la filiación se dispone que cualquier persona podrá interponer un recurso contra la veracidad de la existencia de las condiciones del reconocimiento de la paternidad, siempre que el autor esté vivo (*cf.* art. 160 último párrafo CFM). Y en los casos de paternidad determinada por relaciones conyugales *al firach* o de noviazgo, sólo podrá ser

¹²⁰⁰ En concreto, STC 138/2005, de 26 de mayo de 2005 (BOE núm. 148, de 22 de junio de 2005) declara la inconstitucionalidad del párrafo primero del art. 136 C.c., donde se establecía el plazo de un año para ejercitar la acción de impugnación de la paternidad matrimonial a contar desde el momento de la inscripción de la filiación en el Registro Civil. La STC 273/2005, de 27 de octubre de 2005 (BOE núm. 285 suplemento, de 29 de noviembre de 2005), respecto del art. 133.1 C.c., considera que se restringe al progenitor la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial cuando no exista posesión de estado. Sobre estas resoluciones *vid.* en el primer capítulo el epígrafe “El Derecho de las acciones judiciales de filiación en España: hacia la consagración de la libre investigación de la verdad biológica”.

impugnada ante el juez por el marido (*cf.* arts. 153 y 159 CFM) o el novio (*cf.* art. 156 CFM), sin dar opción a ninguna otra persona para iniciar un proceso para tal fin. Podría pensarse que tanto la madre como el hijo quedan excluidos de la posibilidad de ser parte demandante dada la primacía de la legitimidad en la determinación de la filiación sobre la verdad biológica, cuando lo cierto es que el CFM no lo prohíbe expresamente esta capacidad de accionar. En cuanto a la paternidad establecida judicialmente por la existencia de *subha*, y al no existir normativa específica sobre la legitimación (*cf.* art. 155 CFM), terminará por aplicarse la regla general articulada en el art. 1 del CPCM.

Se plantea en la legitimación en el proceso iniciado por un nacional marroquí residente en España que pretenda ejercer una acción de reclamación paternidad natural, ya que tal acción no se contempla por el Derecho marroquí reclamado por el art. 9.4 C.c., aunque sí en la legislación española. La aplicación en tales casos de la ley marroquí resulta contraria al orden público español, por lo que en cuestión de legitimación en las acciones de paternidad natural habrá que terminar aplicando el Derecho español.

C) Prueba de la procreación: medios de prueba, objeto y carga

La ley aplicable a los medios de prueba de la generación supone una cuestión polémica en la doctrina¹²⁰¹. Por una parte, se considera que los medios de prueba se integran en la *lex fori*¹²⁰², ya que, desde el punto de vista procesal,

¹²⁰¹ En general, *vid.* J. J. Forner Delaygua, *La prueba de los hechos en el proceso: aspectos de ley aplicable*, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 33-42 y 282-286; E. Castellanos Ruiz, “La ley aplicable al proceso...”, *loc. cit.*, pp. 243-250; M. D. Adam Muñoz, *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, Pamplona, 1995; M. De Angulo Rodríguez, *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Granada, Gráficas del Sur, 1974; A. L. Calvo Caravaca, “Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, *RGD*, 1986, núm. 507, pp. 5095-5122; J. D. González Campos y A. L. Calvo Caravaca, “Art. 8.2º”, *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 110-163; J. C. Fernández Rozas y S. A. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2007, *op. cit.*, pp. 245-253.

¹²⁰² En unos casos, la admisibilidad de ciertos medios de prueba se pueden vincular al ejercicio de derechos y deberes procesales, y, en consecuencia, quedarán sujetos a la *lex fori*. En otros supuestos, la admisibilidad o imposición de ciertos medios de prueba se vinculan al ejercicio de derechos y deberes materiales y se adoptan por razones de índole material, en atención a las especificidades del sector del ordenamiento donde se sitúan. *Vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez consideran que las pruebas de la generación deben quedar sujetas a la *lex causae* (*Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic., 2007, *op. cit.*,

sirven para aseverar o constatar la veracidad de la filiación. No obstante, también es cierto que la ley reguladora del fondo se ocupa de todo lo relativo al contenido de lo que es preciso aseverar, quién ha de hacerlo y qué fuerza posee lo aseverado (objeto, carga y fuerza). Por coherencia, se debe dejar también a la ley del fondo el cómo de la cuestión (testigo, perito, documento...) ¹²⁰³. Es cierto que este asunto es uno de los más delicados en los procesos de filiación, al ser una materia íntimamente ligada a la sustancia del procedimiento, ya que el fondo del caso y la prueba de los hechos se hallan muy unidos. De ahí que se considere que, al igual que un importante sector de la doctrina ¹²⁰⁴, la ley del fondo deba regir tanto la admisión de los medios de prueba en materia de filiación y su fuerza probatoria, como el objeto y carga de esta prueba ¹²⁰⁵. Este planteamiento hay que justificarlo en la unidad del régimen jurídico aplicable a la filiación tendente a favorecer la consecución del *status filii* ¹²⁰⁶.

La aplicación del ordenamiento jurídico marroquí a los medios de prueba, en tanto ley de fondo, determinará, en no pocas ocasiones, el recurso al correctivo del orden público. Y es que el Derecho marroquí limita las pruebas de paternidad en aras a la protección de la familia legítima. En cambio, la legislación española se presenta como un sistema generoso en la investigación de la filiación

pp. 481 y 482). El motivo es la admisibilidad o no de la prueba biológica al ejercicio de un derecho material, puesto que se hace por motivos de índole material (la protección del derecho a la intimidad o a la integridad física frente a la protección de los derechos de filiación o libre desarrollo de la persona). De hecho, la SAP de Málaga núm. 114/2004, de 17 de febrero de 2004 (JUR 2004/104786) sostiene que los medios de prueba se rigen por la ley española (*lex fori regit processum*).

¹²⁰³ Cfr. S. Álvarez González, “Artículo 9, apartado 4”, *Comentarios al Código civil y compilaciones...*, 1995, *loc. cit. op. cit.*, p. 233, plantea la duda si los medios de prueba puede quedar regulados bajo el ámbito de la *lex fori*.

¹²⁰⁴ Cfr. J. D. González Campos, *Derecho internacional privado...*, 1995, *op. cit.*, p. 365; N. Bouza Vidal, “Artículo 9.4”, *Comentarios a las reformas...*, 1993, *loc. cit. op. cit.*, p. 31. M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 481 y 482.

¹²⁰⁵ El sistema francés también considera que los medios de prueba quedan bajo la aplicación de la ley del fondo. *Vid.* E. Fongaro, *La loi applicable à la preuve en Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 200-203, en espec. nota 193.

¹²⁰⁶ El principio de coherencia de la situación jurídica en el orden interno o del foro permite conseguir la armonía interna en la ley aplicable al fondo y evitar el riesgo del “*dépeçage*” de la institución. *Vid.* M. C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé...*, *op. cit.*, pp. 80-82.

que admite toda clase de pruebas, incluidas las biológicas (*cf.* el antiguo art. 127 C.c. y el actual art. 767. 2 LEC).

El CFM, a efectos de constatar la filiación legítima, admite la utilización de medios de prueba tradicionales de Derecho musulmán (arts. 155.1, 156.2 y 158 CFM)¹²⁰⁷. En concreto, son los referidos al testimonio de dos adules, la prueba fundada en testimonio de oídas, la confesión del padre en acta pública o en documento privado y el peritaje de expertos médicos (*cf.* 158 CFM). Asimismo, y aún cuando no se recojan expresamente en el CFM, también se aceptan otros medios regulados en la *Shariá*, como el testimonio de doce hombres (prueba *lafif*) o el juramento de anatema o *l'iam*. En principio, y en la medida en que son susceptibles de ser calificados como pruebas testificales o documentales, no tiene por qué haber problema para que en España se acepten los referidos medios de prueba.

La posición de la jurisprudencia marroquí en cuanto a la admisión de las pruebas de expertos médicos, incluida la prueba del ADN, no se presenta muy clara¹²⁰⁸. En algunas de sus sentencias, el TS marroquí rechaza la utilización de la prueba de ADN, invocando las reglas de derecho transitorio para seguir aplicando la anterior *Mudawana*, donde no se contemplan este tipo de pruebas¹²⁰⁹. Sin embargo, existe una línea jurisprudencial que admite la

¹²⁰⁷ El CFM y la antigua *Mudawana* utilizan la versión en árabe para designar los medios de prueba relativos a la filiación con el término “medios de la *Shariá*”, es decir, los medios tradicionales del Derecho musulmán. Ello produce que no se pueda acudir al Derecho positivo de inspiración moderna, como los recogidos en el CPCM.

¹²⁰⁸ En la resolución del TS marroquí núm. 31, de 18 de enero de 2006 (*Revue Al Qasr*, 2006, núm. 14, p. 159, en árabe y traducción propia) el marido niega que hubiera tenido relaciones sexuales con la esposa después de que ésta abandonara el domicilio conyugal. Él estableció el *l'iam* contra ella acusándola de adúltera y, además, solicitó a la autoridad judicial el uso de las pruebas de expertos médicos para verificar que no fue el autor del embarazo. Los jueces se opusieron a recurrir a tal peritaje por no ser un medio comprendido en el *fiqh* tradicional. De esta manera, se afirma que la presunción de paternidad *al firach* sólo puede ser desmontada por la vía del juramento de anatema o *l'iam*. Esta interpretación jurisprudencial del art. 153 CFM es restrictiva, ya que el legislador ha dejado claro el uso de las pruebas de expertos médicos o ADN para establecer o impugnar la filiación, adaptándose con estas posibilidades al progreso de la genética.

¹²⁰⁹ Resolución núm. 658, de 30 de diciembre de 2004, *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm.63, p. 384. Esta resolución se ha comentado en el primer capítulo de esta investigación, en el epígrafe “La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica”.

utilización del ADN¹²¹⁰, pero sólo para afirmar las condiciones relativas a la presunción *al firach*. En concreto, su utilización se basa en dictaminar, en caso de conflicto entre los cónyuges, la fecha exacta del embarazo o del nacimiento del hijo y la posibilidad de haber mantenido relaciones sexuales conyugales en el marco de la regulación de los arts. 16 y 153 CFM. En lo concerniente a los procesos judiciales planteados para desvelar la paternidad en los embarazos ocurridos durante el periodo de noviazgo (*cf.* último párrafo del art. 156 CFM), aún cuando nada se haya dicho expresamente, no tiene que haber inconveniente en extender también a los mismos la prueba de ADN. En estos casos, será necesario esperar a que se consolide una línea jurisprudencial sobre el tema.

Cuando el proceso que se inicie ante los tribunales españoles se refiera a alguna de las situaciones en las que la jurisprudencia marroquí admita la utilización de la prueba de ADN, no habrá ningún problema en aplicar la legislación marroquí, como ley reguladora del fondo, a la cuestión de los medios de prueba. La dificultad se plantea cuando se suscite una acción sobre paternidad natural, donde el juez español rechazará la aplicación de la norma marroquí a la cuestión de los medios de prueba al ser contraria al orden público internacional español (arts. 39.2 CE y 767.2 LEC)¹²¹¹. Fuera de estos supuestos, será de aplicación el Derecho marroquí a la cuestión de los medios de prueba, siempre que resulte compatible con los principios básicos del sistema español¹²¹².

¹²¹⁰ En concreto, *vid.* la resolución del TS marroquí de 9 de marzo de 2005, *Revue de la Cour Suprême*, núm. 63, p. 372 y *Revue de la Justice de la Famille*, núm. 1, juillet, 2005, pp. 91-94 (en árabe, traducción propia) y comentada en el primer capítulo de esta investigación, en el epígrafe “La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica”.

¹²¹¹ Según S. Álvarez González y N. Bouza Vidal, el criterio operativo adecuado para verificar la posible vulneración del orden público español en materia de determinación legal de la filiación por naturaleza por parte de un Derecho extranjero viene representado por el mandato del art. 39.2 CE relativo al principio de verdad biológica. No obstante, este principio debe ser matizado por el valor que el principio *favor filii* pueda introducir en pro de la estabilidad de la situación social y familiar.

¹²¹² Es decir, se van a excluir los preceptos del Derecho marroquí que sean contrarios al orden público español, aunque serán de aplicación aquellos otros que resulten concordantes con los principios básicos del sistema español. Este parece haber sido el caso de la SAP de Asturias (Sección 7ª) de 14 de enero de 2002 (JUR 2002/110569). Esta decisión versa sobre el divorcio de dos argelinos, resultando de aplicación el Código de familia de la República de Argelia, que prevé como causa de divorcio a solicitud de la esposa el abandono del domicilio por parte del marido o el incumplimiento de la obligación de subvenir al sustento de la esposa en la medida de sus posibilidades. Por

En el marco de las relaciones hispano-marroquíes, se plantean también las dificultades en lo concerniente al objeto y carga de la prueba, en particular, en lo referente a la presunción de paternidad matrimonial y al plazo en que, en virtud de tal presunción, se permite considerar al nacido como hijo del marido de la madre. Cuando la ley aplicable a la filiación sea la legislación española, el nacido no se reputará hijo del marido tras los trescientos días posteriores a la separación de hecho (art. 116 C.c.). En cambio, cuando sea de aplicación el Derecho marroquí, la presunción de paternidad del marido se prolongará durante un año a contar desde el acta del levantamiento de repudio o disolución del matrimonio (art. 154.2 CFM).

La aplicación del Derecho marroquí reclamado por el art. 9.4 C.c. impide la constatación de la paternidad biológica del hijo marroquí de madre repudiada o separada de su marido, aun habiendo pasado los trescientos días del levantamiento del acta de repudio o de la separación. Hasta que transcurra el plazo de un año fijado por el art. 154.2 CFM, tan sólo será admisible la impugnación de la paternidad del marido conforme a lo dispuesto en el art. 153.2 CFM, es decir, mediante la realización en tiempo y forma del *l'iam* o de la prueba de ADN debidamente ordenada por el juez¹²¹³. Pero es que ni siquiera en el caso de producirse tal impugnación será posible determinar la verdadera paternidad, ya que ello indicaría que el hijo fue fruto de una relación sexual ilícita.

El conflicto que plantea la aplicación del Derecho marroquí a la cuestión del plazo durante la vigencia de la presunción paternidad matrimonial podría solucionarse mediante el recurso a la excepción de orden público. Bastaría con considerar que el plazo amplio de la presunción matrimonial previsto en el Derecho marroquí restringe el derecho del hijo recogido en la C.E. a ver determinada su verdadera filiación biológica, lo que afectaría al orden público español. Tal y como se expuso anteriormente, el establecimiento de la verdad

tanto, se tratan de disposiciones que no son contrarias al orden público español, por lo que el tribunal asturiano acabó por aplicarlas. En cambio, se consideró que el art. 39 del mismo Código de familia alegado por el esposo demandado, en el que se establece la obligación de obediencia de la esposa al marido, es contrario al orden público español. Por tanto, la inaplicación de este concreto precepto no debe afectar a las disposiciones del Derecho argelino que sí sean compatibles con los principios básicos del sistema español.

¹²¹³ Sobre el tema *vid.* el epígrafe “Determinación judicial de la filiación: consagración *versus* restricción de la libre investigación de la verdad biológica en los Derechos comparados” del primer capítulo de este trabajo de investigación.

biológica es un principio constitucional que responde a un interés social y de orden público dominante (art. 39.2 C.E.) y, de forma eventual, al derecho fundamental del interesado a la tutela judicial efectiva (art. 24 C.E.) o al libre desarrollo de su personalidad (art. 10 C.E.). Y dado que el orden público internacional se entiende, en sentido amplio, como el conjunto de principios que inspiran un ordenamiento jurídico y que reflejan los valores esenciales de una sociedad en un momento dado, no hay duda de que la verdad biológica que rige el Derecho español de la filiación puede enmarcarse dentro de la concepción amplia de orden público¹²¹⁴. Por tanto, se aplicaría la norma española para solucionar el problema planteado. Habrá que acudir a un proceso de impugnación de la paternidad matrimonial y a la vez de reclamación de la paternidad natural, tal y como dispone el art. 134 C.c.

Por tanto, al tener que respetar las conexiones impuestas en la regla de conflicto, la continuidad se erige como valor inspirador en la solución¹²¹⁵. De esta manera, es aconsejable aplicar la ley nacional del hijo a los medios de prueba, siempre que exista compatibilidad con el orden público internacional del foro. En aras de favorecer la continuidad en el espacio, la utilización del orden público internacional por la autoridad española debe acomodarse a las necesidades del tráfico externo y tener presente para ello la relatividad de la excepción¹²¹⁶, tendente a evitar situaciones claudicantes en las relaciones hispano-marroquíes y conseguir el principio de estabilidad del estado civil. Así, las ideas que permitan construir vías de comunicación entre los sistemas marroquí y español en este punto se orientan hacia el respeto a la identidad cultural del individuo. Se estima que el viejo criterio manciniano de la nacionalidad se revela, en el ámbito del Derecho de familia, y en particular, en la

¹²¹⁴ Véase en el primer capítulo de esta investigación el epígrafe “La calificación del derecho a la búsqueda de la veracidad biológica en el sistema jurídico español”.

¹²¹⁵ La doctrina acuerda que la continuidad de las situaciones jurídicas es uno de los objetivos fundamentales del Derecho internacional privado. Sobre el tema *vid* M. C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé...*, *op. cit.*, pp. 77-80, en espec. pp. 79-80. Particularmente, W. Wengler considera que este valor se manifiesta en la tendencia constante de la evolución del Derecho internacional privado (“The General Principles of Private international...”, *loc. cit.*, p. 364).

¹²¹⁶ Acerca de ello *vid*. S. Aldeeb y A. Bonomi, *Le Droit musulman de la famille et des successions...*, *op. cit.*, pp. 333-338; J-Y. Carlier, “Estatuto personal y sociedad multicultural...”, *Estatuto personal y multiculturalidad...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 34-38; A. Quiñones Escámez, “El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia...”, *loc. cit.*, pp. 181-194.

determinación de la filiación, como el más adecuado a las actuales exigencias de la protección de la identidad cultural de la persona en relación con el criterio domiciliario. Con independencia de la valoración material que esta apuesta merezca, hay que reconocer que esta construcción ha generado un amplio movimiento doctrinal en toda Europa acerca del papel de la multiculturalidad en la configuración de las respuestas jurídicas en Derecho de familia¹²¹⁷. Y en este sentido, recordar que Marruecos posee un ordenamiento jurídico de base confesional y podrá respetar la decisión procedente de un Estado laico que afecte a un musulmán¹²¹⁸, siempre que se haya respetado la ley nacional de este individuo¹²¹⁹, ya que implica el respeto por el factor religioso de su ciudadano¹²²⁰.

Lo que parece cierto es que el respeto por la aplicación del Derecho extranjero para probar la filiación se impone como una solución oportuna para alcanzar la continuidad de las situaciones jurídicas en el espacio. Es inaceptable que la determinación en España del *status filii* del hijo no pueda ser reconocida en el país de origen. Tal discontinuidad en este tratamiento debe tender a desaparecer en materia de filiación para conseguir estabilidad en el estado civil de la persona. La uniformidad de soluciones no es llamada a ser aplicada simplemente por exigencias teóricas de una sociedad internacional, también corresponde a unas necesidades humanas reales¹²²¹.

¹²¹⁷ La bibliografía sobre la multiculturalidad se puede consultar *supra* en la nota 496.

¹²¹⁸ Como ya se expuso, el objetivo principal del legislador marroquí de 2004 ha sido regular las relaciones de familia entre musulmanes y en aquellos casos en que una de las partes en litigio es de religión musulmana, independientemente de su nacionalidad, de su domicilio o de su residencia habitual.

¹²¹⁹ El análisis de la jurisprudencia española revela que el nacional procedente de un país de base islámica no pierde de forma definitiva los lazos con su ordenamiento de procedencia, al que se siente vinculado quizás durante toda su vida. Un ejemplo de ello se encuentra en el orden público internacional y la admisión de la poligamia o de la dote, pues la persona alega la aplicación de su estatuto personal. En la SAP de Castellón, de 21 de enero de 2004 (AC 2004/452), una mujer iraní alega el “código cultural” cuando acude a las autoridades española para una demanda de divorcio y reclamación de la dote regulada en su ordenamiento nacional. La población marroquí asentada en España, que se identifica por no perder los lazos con el Estado de origen, quizás en razón a la *professio religionis*, por lo que le viene impuesta la aplicación del Derecho de familia islámico en atención a su religión musulmana.

¹²²⁰ Véase el epígrafe “Normativa conflictual marroquí: influencia del *ius religionis*” del primer capítulo de esta investigación.

¹²²¹ *Vid.* M. C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé...*, *op. cit.*, pp. 77-80, en espec. p. 78.

4. Representación del menor o incapaz e incidencia del Convenio de la Haya de 1996

La inclusión en el ámbito de la ley rectora de la filiación de la representación del menor o incapaz en los procesos judiciales de filiación, aún con la estrecha relación que guarda con esta última, debe quedar descartada. Las medidas de protección de los menores se regulan por la ley designada por el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961, siempre que el menor tenga su residencia habitual en un Estado contratante¹²²². Si no es así, la legislación aplicable será la prevista por la norma de conflicto española de Derecho internacional privado autónomo. Con anterioridad a la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional se discutía si dicha norma de conflicto era la prevista en el art. 9.6 C.c. o, en cambio, la del 9.4 C.c.¹²²³. La cuestión queda resuelta con lo dispuesto en el art. 33 de la citada Ley, que parece inclinarse por lo previsto en el art. 9.6 C.c. a todas las medidas de protección de menores. Si son mayores incapaces, y al no existir en el sistema jurídico español una norma expresa que determine la ley aplicable a las medidas de protección de estas personas, la doctrina española ha apostado por una aplicación analógica del art. 9.6 C.c.¹²²⁴

No hay que perder de vista la existencia de otro acuerdo internacional sobre la materia, también adoptado por la Conferencia de La Haya de DIPr y que está llamado a sustituir al de 1961, como es el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento y cooperación entre autoridades en materia de responsabilidad

¹²²² El Convenio de La Haya de 1961 ha de aplicarse a todos los menores residentes en Estados contratantes, sea cual sea su nacionalidad y que sean menores en virtud de lo preceptuado en el Convenio. Según el art. 12 de este Convenio, es menor aquella persona que tiene esta cualidad, tanto según su ley nacional interna como según la ley interna de su residencia habitual. Sobre la interpretación de la aplicación del Convenio de La Haya de 1961 *vid.* M. Moya Escudero, *Aspectos internacionales del derecho de visita...*, *op. cit.*, pp. 40 y 41; A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado...*, vol. II, 8ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 177.

¹²²³ Lo que es cierto es que en ambos supuestos el resultado final apunta a la aplicación de la ley nacional del hijo. Sobre el tema *cf.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2007, *op. cit.*, pp. 328 y 329.

¹²²⁴ *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 313 y 314.

parental y medidas de protección (en adelante C. Haya 1996)¹²²⁵. Para poder incorporarse España y el resto de los Estado miembros a este último convenio ha sido necesaria la previa autorización del Consejo de la Unión Europea, al abordar materias ya reguladas por aquélla¹²²⁶. A estos efectos hay que tener presente que, desde el 3 de abril de 2007 la Comunidad Europea es miembro de la Conferencia de La Haya de DIPr.¹²²⁷ y que, próximamente, los Estados miembros ratificarán de manera simultánea el C. Haya de 1996.

En este punto, es de destacar el hecho de que el C. Haya de 1996 cuenta ya entre sus Estados miembros con Marruecos¹²²⁸, país que lo ha ratificado el 27

¹²²⁵ (DOUE L 151/39, de 11 de junio de 2008). Para consultar el texto en francés de esta Convención, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1996-IV, pp. 813-829. Sobre este Convenio *vid.* L. Marmo, “Rapport explicatif de l’avant-projet de Convention de La Haye de protection de mineurs”, *Actes et Documents de la Neuvième Session de La Conférence de la Haye, Tome IV, Protection des mineurs*, pp. 210-245; P. Lagarde, *Rapport explicatif de la Convention du 19 octobre 1996, concernat la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l’exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, pp. 32-124, en espec. p. 48 ; *id.*, “La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997-II, pp. 217-238; P. Picone, “La nuova Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori”, *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 1996, núm.4, pp. 705-748; G. Esteban de la Rosa, “El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección del niño: exclusión del acogimiento preadoptivo de su ámbito de aplicación material. Reflexiones en torno al art. 4 letar b)”, *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 1997-4, pp. 849-872; A. Bucher, “La dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé”, *Rev. suisse DIDE*, 1997, pp. 67-109.

¹²²⁶ *Vid.* la Decisión del Consejo 2003/93/CE, de 19 de diciembre de 2002, por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar en interés de la Comunidad el Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (DOCE L 48, de 21 de febrero de 2003).

¹²²⁷ Decisión del Consejo 2006/719/CE, de 5 de octubre de 2006, sobre la adhesión de la Comunidad a la Conferencia de La Haya de DIPr, de 7 de abril de 2006 (DOCE L 297 de 26 de octubre de 2006), <http://europa.eu/scadplus/leg/es/levb/116016>.

¹²²⁸ Véase la propuesta concreta de la delegación de Marruecos: Proposition de la délégation marrocaïne au sujet de “La procédure de la *kafala* telle qu’elle est établie par la loi du 10 septembre 1993 relative aux enfants abandonnés”, *Conférence de La Haye de Droit international privé, Comisión II, Protection des enfants, dixhuitième session*, Doc. Trav., núm. 10, la inclusión de la institución de la *kafala* como medida de protección en el ámbito de aplicación del convenio, hizo que Marruecos firmara este instrumento. La inclusión de esta institución, no obstante, ha suscitado ciertos resquemores. Sobre este tema *vid.* A. Borrás Rodríguez, “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la comisión especial sobre protección de los menores y de los incapaces mayores (La Haya, 11-22 de septiembre de 1995)”, *REDI*, 1995-2, vol. LIII, p. 495. Particularmente, sobre la incorporación de Marruecos a la Conferencia de La Haya de DIPr. *vid.* C. González Beilfus, “La aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias”, *REDI*, 1994-1, pp. 451-454.

de noviembre de 2002¹²²⁹, y que ha entrado en vigor mediante el *Dahir* núm. 1/02/ 136, de 22 de enero de 2003¹²³⁰.

En los trabajos preparatorios de esta última convención¹²³¹, se abordó la cuestión de si la exclusión de la determinación de la filiación del ámbito de aplicación de aquél abarcaba o no las posibles medidas de protección del menor relacionadas con el establecimiento o la impugnación de la relación paterno/materno-filial. Tratándose de una decisión importante, se solucionó de forma adecuada en el art. 4, que recoge una relación de materias excluidas de su ámbito de aplicación y donde queda reflejada el establecimiento y la impugnación de la filiación.

Dicho esto, hay que plantearse la cuestión de saber si queda o no excluida del ámbito de aplicación material del C. Haya de 1996 la exigencia de que las partes menores o incapaces en un proceso de filiación obtengan el consentimiento de su representante legal cuando exista una demanda de filiación. La solución a la cuestión es compleja, pues deberá ser la ley designada por la normativa conflictual del foro (en el caso de España el art. 9.4 C.c.) y no así por la contenida en el Convenio, la que haya de decidir si el hijo menor o incapaz que va a comparecer en el juicio encaminado al establecimiento o impugnación de su paternidad o maternidad necesitará o no ser autorizado por su representante legal. Además, esta misma ley determinará si un tutor *ad hoc* debe o no ser designado para representar o asistir al menor o incapaz en un proceso de filiación y si la madre menor de edad o incapaz debe o no ser representada en los actos o instancias concernientes al estatuto jurídico de su hijo.

¹²²⁹ Sobre el Convenio de La Haya de 1996 y la bibliografía marroquí existente *vid.* G. El-Jay, *Les rapports entre parents et enfants en droit international privé marocain, la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des mineurs*, Mémoire d'études supérieures approfondies en droit privé, Faculté de Droit-Agdal, Rabat, 2007, pp. 1-78.

¹²³⁰ (B.O. núm. 5108, de 15 de mayo de 2003).

¹²³¹ *Vid.* A. Borrás Rodríguez, “Conferencia de La Haya...”, *REDI*, 1994-2, vol. XLVI, pp. 913-916, 1995-1, vol. XLVII, pp. 314-317 y 1995-2, vol. LIII, pp. 493-495. En una primera aproximación del concepto de “medidas de protección”, se consideró que la fórmula tendría que ser la inclusión de una definición amplia, con algunos casos significativos como ejemplo, acompañada de una exclusión taxativa de determinadas materias, tales como la existencia del vínculo de filiación, la nacionalidad, el nombre, los alimentos, la seguridad social y los aspectos penales.

La conclusión, por tanto, es clara: quedan excluidas del ámbito de aplicación del C. Haya de 1996 todas las cuestiones relacionadas con el establecimiento y la impugnación de la filiación. Ahora bien, si en un proceso judicial de determinación de la filiación, la ley designada por la norma de conflicto del foro sobre la materia exige la intervención de un representante legal, la designación del referido representante sí que debe efectuarse de conformidad con lo dispuesto en el C. Haya 1996¹²³². En consecuencia, ante una demanda de determinación de la filiación de un hijo menor o incapaz de nacionalidad marroquí no se renunciaría al beneficio de la ley de las autoridades de la residencia habitual del niño (criterio general del C. Haya 1996) en orden a la designación del representante legal, siempre que la ley marroquí exigiera tal medida de protección.

¹²³² *Vid.* P. Lagarde, *Rapport explicatif de la Convention du 19 octobre 1996, concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance...*, *loc. cit.*, p. 48.

IV. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS DE FILIACIÓN EN ESPAÑA Y MARRUECOS

1. Validez en España de sentencia marroquí sobre filiación

A) Posibles efectos en España de la decisión judicial marroquí sobre filiación

De conformidad con lo imperante en la doctrina española, una decisión judicial marroquí de filiación producirá en España los mismos efectos que aquella despliega en Marruecos¹²³³, siempre y cuando sean también conocidos en España. Como tales se pueden enunciar el efecto registral, el de cosa juzgada y el constitutivo, sin olvidar la posible utilización de la referida decisión a afectos meramente probatorios.

Es verdad que una decisión judicial marroquí sobre filiación puede contener varios pronunciamientos conectados con la relación paterno/materno filial, como el relativo a alimentos, susceptible de ser ejecutado en España¹²³⁴.

¹²³³ Según la teoría de la expansión de los efectos de las resoluciones extranjeras.

¹²³⁴ Para este fin se utilizará el Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, hecho el 20 de junio de 1956 (*BOE* núm 281, de 24 de noviembre 1966), bajo el auspicio de la Naciones Unidas y del que España y Marruecos forman parte.

Hay que precisar que cuando así suceda, la decisión sobre alimentos gozará de autonomía propia, predicándose el efecto ejecutivo únicamente de ésta última¹²³⁵.

La obtención de cualquiera de los efectos expuestos, a excepción del probatorio, queda supeditada al previo reconocimiento de la resolución marroquí a la luz de la normativa bilateral por parte de las autoridades españolas competentes, requiriendo o no un procedimiento judicial de *exequátur* según el efecto concreto que se trate de obtener.

En primer lugar, hay que referirse al efecto registral de la decisión marroquí sobre filiación por ser uno de los más usuales en esta materia que consiste en la utilización de la decisión judicial extranjera como título para practicar la inscripción registral. La obtención de este primer efecto queda supeditado, tal y como establecen los arts. 38 LRC y 83 RRC, al previo reconocimiento de la decisión en cuestión. Téngase presente el carácter privilegiado y especial del Registro Civil, que sirve de medio de prueba y publicidad frente a terceros y procura la veracidad de los hechos inscritos y la adecuación del Registro a la realidad. Además, no hay que olvidar que, en materia de estado civil, la inscripción es condición para conseguir efectos frente a terceros. De ahí que la exigencia del reconocimiento previo de la decisión judicial marroquí sobre filiación de la que se quiera dejar constancia en el Registro Civil venga justificada como cautela registral.

De conformidad con la normativa convencional vigente entre España y Marruecos¹²³⁶, el reconocimiento de las sentencias marroquíes sobre filiación a efectos registrales requiere la tramitación de un procedimiento de *exequátur*, tal y

¹²³⁵ Sobre el tema en general del reconocimiento de las sentencias de alimentos *vid.* A. Rodríguez Benot, “La filiación y los alimentos”, *Lecciones de Derecho civil...*, 2006, *loc. cit. op. cit.*, pp. 165-208; M. A. Michinel Álvarez, “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)”, *REDI*, 2002-2, vol. LIV, pp. 641-668.

¹²³⁶ Sobre el Convenio hispano-marroquí *vid.* F. Garau Sobrino, “La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales...”, *loc. cit.*, pp. 167-179, en espec. pp. 169 y 170; E. J. Fontán Silva, “El *exequátur* de las decisiones dictadas por los tribunales de Marruecos...”, *loc. cit.*, pp. 1121-1149; J. A. Pérez Bevía, “El convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos...”, *loc. cit.*, pp. 73-102.

como se desprende del art. 24 C. H-M¹²³⁷. No se admite la posibilidad prevista en otros instrumentos bilaterales y multilaterales vigentes en España de llevar a cabo tal reconocimiento sin necesidad de este procedimiento¹²³⁸. En todo caso,

¹²³⁷ El C. H-M se asemeja en este punto a otros convenios bilaterales suscritos por Marruecos, como es el caso del art. 17 del Convenio con Francia, de 5 de octubre de 1957; el art. 21 del Convenio con Argelia, de 15 de marzo de 1963, sobre asistencia mutua y cooperación judicial (B.O. núm. 2945 bis, de 15 de abril de 1969); el art. 24 del Convenio con Túnez, de 9 de diciembre de 1964, sobre cooperación judicial, ejecución de sentencia y extradición (B.O. núm. 2808, de 24 de agosto de 1966); el art. 27 del Convenio con Senegal, de 3 de julio de 1967, sobre cooperación judicial, ejecución de sentencia y extradición (B.O. núm. 2933, de 15 de enero de 1969) o el art. 19 del Convenio con Italia, de 12 de febrero de 1971, de ayuda mutua, *exequátur* de sentencia y extradición (B.O. núm. 3317, de 26 de mayo de 1976). La información de los convenios bilaterales firmados por Marruecos ha sido proporcionada por el profesor M. Loukili.

¹²³⁸ En ciertos convenios bilaterales firmados por España es posible acudir al reconocimiento automático, como los llevados a cabo con la República Federal de Alemania sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 14 de noviembre de 1983 (BOE núm. 230, de 24 de septiembre de 1992); con la República de Austria sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil de 17 de febrero de 1984 (BOE núm. 270, de 29 de agosto de 1985); con la República de Bulgaria sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993 (BOE núm. 155, de 30 de junio de 1994); con la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000 (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2001); con los Estados Unidos Mexicanos de 17 de abril de 1989 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil (BOE núm. 85, de 9 de abril de 1991, corrección de errores, BOE núms. 108, de 6 de mayo y 226, de 20 de septiembre de 1991); con Rumanía sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho “*ad referendum*” en Bucarest, el 17 de noviembre de 1997 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 1999) o con los acuerdos firmados con la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas sobre asistencia judicial en materia civil, hecho en Madrid el 26 de octubre de 1990 (BOE núm. 151, de 25 de junio de 1997). Con más limitaciones, los firmados con la República Federativa de Brasil, de 13 de abril de 1989 sobre cooperación jurídica en materia civil (BOE núm. 164, de 10 de julio de 1991, corrección de errores, BOE núm. 193, de 13 de agosto de 1991) y con la República Oriental del Uruguay de cooperación jurídica, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1998). No hay que olvidar, además, que en otros textos institucionales y convencionales también se admite el procedimiento automático, como los Reglamentos (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOCE núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003) y (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. L 12, de 16 de enero de 2001). En esta línea, no hay que olvidar los Convenios de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (DOCE núm. C 189, de 28 de julio de

para la tramitación de este procedimiento de homologación será competente, a la luz del art. 25 párrafo primero del C. H-M, el Juez de primera instancia, quien se ajustará a las reglas de procedimiento establecidas en los arts. 956-958 LEC antigua, limitándose a verificar la concurrencia en la decisión extranjera de las condiciones de reconocimiento previstas en el art. 23 C. H-M. Sólo en caso de que falte alguno de estos requisitos, se denegará el *exequátur* solicitado de la decisión judicial marroquí (art. 26 C. H-M).

Dicho esto, hay que advertir que el efecto registral de una resolución extranjera no supone sin más el acceso de ésta al Registro Civil, ya que resulta fundamental la forma en que se efectúe. Una sentencia marroquí de filiación puede constar en el Registro Civil español a título de inscripción o con valor meramente informativo. Mientras que para la inscripción es necesario el reconocimiento previo de la decisión extranjera de filiación (art. 83 RRC), no se requiere de dicho procedimiento para su anotación (art. 38.4 LRC)¹²³⁹. Es verdad que una sentencia en la que se determine o se impugne la paternidad o maternidad establece un nuevo estado civil de filiación, pero puede suceder que no pueda ser inscrita en el Registro Civil por no reunir los requisitos para su reconocimiento, si bien se procederá a su anotación para dejar constancia de este hecho sin la eficacia de la inscripción.

En segundo lugar, el reconocimiento de una decisión judicial marroquí sobre filiación viene asimismo a garantizar en el foro el efecto de cosa juzgada material¹²⁴⁰ que la decisión en cuestión conlleve en el Estado de origen, de forma que su contenido vinculará a las autoridades judiciales españolas. De esta manera

1990) y de Lugano relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988 (BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1994, corrección de errores, BOE núm. 8, de 10 de enero de 1995).

¹²³⁹ Sobre el tema *vid.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil...*, *op. cit.*, pp. 60 y 61. El autor considera que no hay que identificar los conceptos de acceso al Registro Civil con *exequátur*, sino que tal identidad se debe producir entre inscripción y *exequátur*.

¹²⁴⁰ El artículo 222.3.II de la LEC 1/2000 confirma la producción de efectos de cosa juzgada en las sentencias sobre estado civil, como la filiación, si bien limita sus plenos efectos a su inscripción o anotación en el Registro Civil. Se ha debatido acerca de si las sentencias constitutivas llevan aparejado o precisan el efecto de cosa juzgada. Con todo, en muchos casos el interés de las partes puede ser hacer valer el efecto constitutivo de la decisión y no propiamente su efecto de cosa juzgada. *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 187.

se impide no sólo la iniciación en España de un nuevo proceso, con idénticas partes, objeto y causa, sino también la posibilidad de que la cuestión de filiación vuelva a suscitarse como cuestión incidental en cualquier tipo de procedimiento (se alude en este sentido al “efecto prejudicial” de la sentencia extranjera¹²⁴¹). Cuando la sentencia marroquí es reconocida desplegará el efecto de cosa juzgada material, si bien los derechos de las partes se retrotraen a la fecha de la sentencia extranjera. En este caso, el reconocimiento de la decisión judicial marroquí, de conformidad con lo establecido en el régimen vigente entre España y Marruecos, no requiere tramitación del procedimiento de *exequátur*. Así se desprende de la lectura conjunta de los arts. 23 y 24 C. H-M¹²⁴², por lo que la autoridad española competente ante la que se haga valer el efecto de cosa juzgada controlará las condiciones de reconocimiento establecidas en el art. 23 del texto convencional¹²⁴³, lo que permitirá hablar de lo que la doctrina viene en llamar “reconocimiento automático”¹²⁴⁴.

En tercer lugar, e íntimamente ligado al efecto registral, se encuentra el efecto constitutivo de la resolución judicial sobre filiación. Recuérdese que la sentencia que establece, modifica o extingue una situación jurídico-material es constitutiva, pudiéndose calificar como tal la recaída en materia de filiación. Es cierto que dicha decisión es susceptible de acceder al Registro Civil bajo ciertas condiciones. Pero puede suceder que, incluso no superando los requisitos para su acceso registral, la resolución extranjera sobre filiación se haga valer en un

¹²⁴¹ Vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 187.

¹²⁴² Sobre la polémica de la interpretación de efecto de cosa juzgada del régimen bilateral entre España y Marruecos *vid.* F. Garau Sobrino, “La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento...”, *loc. cit.*, pp. 171-173.

¹²⁴³ El C. H-M, en este punto, se separa del que viene siendo el argumento mayoritario de la doctrina internacionalprivatista marroquí, que no es otro que exigir la tramitación de *exequátur* para que una decisión extranjera sobre estado civil y capacidad de las personas puede desplegar cualquier efecto en Marruecos. *Vid.* en este sentido A. Moulay Rchid, *L'exequatur des jugements étrangers en droit international privé marocain*, Rabat, Mémoires de DES. Droit privé, Faculté des Sciences juridiques économiques et sociales, Rabat, 1973, p. 33 (inédito). A favor de atribuir efectos, sin necesidad de *exequátur*, a las sentencias extranjeras sobre estado civil y capacidad *vid.* A. Ounnir, “La reconnaissance et l'exécution des jugements...”, *loc. cit.*, pp. 466 y 467.

¹²⁴⁴ J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2007, pp. 202-205.

procedimiento judicial seguido en España, como el sucesorio o de alimentos, en el que sea inevitable aportarla a modo de cuestión previa. No hay duda de que el efecto que de la misma se pretende en tal caso es el constitutivo.

Tratándose de decisiones marroquíes sobre filiación, surge la polémica en si es necesario un procedimiento previo de *exequátur* para la obtención del efecto constitutivo de las mismas a la luz de la normativa convencional. Es verdad que el art. 23 del texto convencional se infiere la posibilidad de hablar de un reconocimiento sin *exequátur* cuando se pretende el efecto de cosa juzgada, no aludiendo al efecto constitutivo. El art. 24 C. H-M, por su parte, enuncia los efectos para los que se requiere la tramitación de *exequátur* y que sólo recoge el ejecutivo y el registral¹²⁴⁵. En atención a la literalidad del art. 24 C. H-M, se estima la admisibilidad del reconocimiento automático para la obtención de cualquier efecto, procesal o material, distinto del ejecutivo y del registral, conclusión que no choca con el tenor literal del art. 23 C. H-M que solamente habla de autoridad de cosa juzgada. Frente a quienes se aferran al tenor literal del art. 23 C. H-M para cerrar la puerta al reconocimiento automático del efecto constitutivo derivado de la sentencia extranjera de filiación y mantienen que para hacer valer la modificación en el estado civil que conlleva la referida sentencia es necesario el trámite de *exequátur*¹²⁴⁶, se considera, por el contrario, que las sentencias extranjeras de filiación que desplieguen el efecto constitutivo que le es propio será preciso el reconocimiento automático. Cabría barajar también una interpretación puramente literal de los arts. 23 y 24 del CHM, que llevaría a mantener la exclusión del efecto constitutivo del ámbito convencional y sujetarlo a las respectivas normativas nacionales de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Pero tal interpretación es contraria a lo que se puede considerar como “efecto útil” del C. H-M, que vio la luz con el propósito de unificar el régimen de reconocimiento y ejecución de sentencias entre ambos

¹²⁴⁵ Cabría argumentar que el efecto constitutivo ni siquiera aparece mencionado en el art. 22 del C. H-M entre los posibles efectos que una decisión dictada en uno de los Estados contratantes puede tener en el otro. En ningún caso ello permite excluir del ámbito del Convenio la obtención del referido efecto de una decisión extranjera, pues en el citado precepto tampoco se hace mención al efecto registral de la decisión, y no hay duda de que éste último queda incluido en el ámbito de aplicación del C. H-M, conclusión que viene confirmada por el hecho de que el art. 24 del texto convencional se refiere expresamente al efecto registral de entre los efectos para los que se requiere *exequátur*.

¹²⁴⁶ En este sentido E. J. Fontán Silva, “El *exequátur* de las decisiones dictadas por los Tribunales de Marruecos...”, *loc. cit.*, pp. 1129-1132.

países, así como de simplificarlo, facilitando la circulación de decisiones judiciales en ambos sentidos¹²⁴⁷.

Para concluir, hay que señalar que una decisión judicial marroquí puede producir en España efectos probatorios. Como cualquier otro documento público extranjero, la producción de tales efectos queda condicionada al cumplimiento de las condiciones previstas en los arts 144 y 323 de la LEC. Efectivamente, no existe inconveniente para que una decisión marroquí, como documento público, sirva como elemento de prueba de cualquier extremo en ella relacionado, como la convivencia entre los progenitores, el matrimonio de los mismos o, incluso, la cualidad de legitimación del demandante¹²⁴⁸. También cabe pensar en la aportación de la decisión marroquí para abrir en España un nuevo proceso de filiación, resolución que servirá como principio de prueba necesario para admitir la demanda¹²⁴⁹. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que el demandante hace valer una sentencia marroquí sobre denegación de la filiación basada en un procedimiento de *l'iam* para iniciar un procedimiento de reclamación de la filiación en España, supuesto en el cual no se trata de hacer valer el fallo de la sentencia marroquí, sino de conseguir su efecto probatorio. Por tanto, tan sólo hay que verificar la autenticidad de la sentencia marroquí, así como valorar su capacidad para servir de prueba del establecimiento o de la

¹²⁴⁷ *Vid.* R. Rueda Valdivia, “Las decisiones de divorcio y separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos”, (en prensa).

¹²⁴⁸ *Vid.* el FJ 2 STS núm. 463/2001, de 14 de mayo de 2001 (RJ 2001/6203) sobre la nulidad del auto de declaración de herederos *abintestato* pronunciado y eludiendo a una hija extramatrimonial del causante. Es cierto que no llegó a observar el procedimiento de *exequatur* de la sentencia venezolana que declaraba la filiación de esta hija. No obstante, se valora la cualidad de legitimaria en el proceso judicial de la hija venezolana a partir del contenido documental de actuaciones judiciales venezolanas que declaraban la filiación extramatrimonial.

¹²⁴⁹ La Ley 11/1981, de 13 de mayo por la que se modifican determinados artículos en materia de filiación (BOE núm. 119, de 19 de mayo), facilita el logro de un sistema que equilibre los distintos intereses hechos valer en el proceso, esto es, búsqueda de la verdad material frente a la preservación de la intimidad personal y familiar que también sirva de contrapeso a una posible admisión generalizada en la investigación de la filiación. Para ello se introdujo en el art. 127.2 del C.c un presupuesto de admisibilidad de la demanda. El contenido de dicho precepto quedó derogado por la disposición derogatoria 2.1º de la LEC, que ahora se regula en el art. 767.1 de la LEC, según el cual “en ningún caso se admitirá la demanda sobre determinación o impugnación de la filiación si con ella no se presenta un principio de prueba de los hechos en que se funde”. Sobre el tema *vid. supra* el epígrafe “Exigencia de un principio de prueba para la admisión de la demanda de filiación”.

impugnación de la filiación que en dicha resolución se lleva a cabo¹²⁵⁰ (la prueba del acto, no se olvide, es independiente del reconocimiento de su validez). A tal fin, la aportación de la sentencia marroquí de filiación queda exceptuada del requisito de legalización, tal y como expone el art. 39 del C. H-M, aunque se debe acompañar de la correspondiente traducción al castellano¹²⁵¹.

B) Reglamentación convencional y sistemas de condiciones

En aplicación del C. H-M, la obtención en España del efecto constitutivo o registral de una resolución judicial marroquí sobre filiación queda condicionada al cumplimiento de varias condiciones reguladas en el art. 23 C. H-M. Estas se refieren al control de la competencia judicial internacional del tribunal de origen, las garantías procesales, la autoridad de cosa juzgada, la no contrariedad con el orden público del Estado requerido y a la ausencia de contradicción con una decisión dictada en el Estado requerido o con un procedimiento pendiente en este último.

Llama la atención la ausencia entre tales condiciones del control de Derecho aplicable por el tribunal del Estado de origen¹²⁵², y ello, pese a la existencia de abismales diferencias entre los Derechos español y marroquí en materia de estatuto personal. Sin duda, se estima que establecer un control de la ley aplicada, aún con el correctivo de la equivalencia de resultados, supone un escollo a la cooperación internacional de difícil justificación en la actualidad¹²⁵³. A continuación se estudian los problemas que plantean la superación del sistema

¹²⁵⁰ Sobre los requisitos a controlar *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 188.

¹²⁵¹ El art. 41, 42 y 43 del C. H-M, que contienen reglas de traducción, no resultan aplicables a las sentencias judiciales, por lo que hay que acudir a la normativa general española prevista en el art. 144 LEC.

¹²⁵² Sobre la utilización de este control en ciertos convenios bilaterales suscritos por España y la posición jurisprudencial española sobre la exigencia de dicho control *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 220-223.

¹²⁵³ *Vid.* E. J. Fontán Silva, “El *exequatur* de las decisiones dictadas por los Tribunales de Marruecos...”, *loc. cit.*, p. 1129; F. F. Garau Sobrino, “La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento...”, *loc. cit.*, p. 175.

de condiciones del C. H-M para conseguir el reconocimiento en España de la sentencia marroquí de filiación.

a) Control de la competencia judicial internacional

El C. H-M es un convenio que contiene normas para el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones y sobre asistencia judicial internacional. En consecuencia, se pone de relieve la dificultad que tienen los Estados en esta materia para marcar directrices conjuntas en competencia judicial internacional, quizás por presentar diferencias muy notables entre ellos¹²⁵⁴.

Para dar efecto en uno de los dos países a las resoluciones judiciales dictadas en el otro, el art. 23.1 C. H-M exige acreditar que tales sentencias emanan de un “órgano jurisdiccional competente según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictadas”. Según un sector de la doctrina internacional-privatista, esta disposición más bien parece una pura y simple exclusión del control de competencia judicial internacional, al menos entendido como tal, introduciendo un mecanismo de circulación de decisiones entre España y Marruecos aún más liberal que el del propio régimen de Bruselas¹²⁵⁵.

A diferencia de lo que sucede en otros convenios bilaterales suscritos por España¹²⁵⁶, el C. H-M no ofrece criterios de competencia judicial internacional

¹²⁵⁴ No obstante, en el Convenio bilateral firmado por Marruecos y Francia, de 10 de agosto de 1981, en materia de estatuto personal existen criterios comunes en competencia judicial internacional en ámbito del matrimonio, disolución de vínculos matrimoniales y del derecho de visita. En particular, sobre este convenio *vid.* F. Monéger, “La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984-I, pp. 2-69 y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984-II, pp. 267-288; P. Decroux, “La Convention franco-marocain du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”, *JDI*, 1985, pp. 49-101; A. Moulay Rchid, “Les grandes lignes du droit international privé marocain...”, *loc. cit.*, pp. 29-37.

¹²⁵⁵ Tal disposición parece una pura y simple exclusión del control de la competencia judicial internacional, al introducir un mecanismo de circulación de decisiones entre España y Marruecos. *Cfr.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2007, *op. cit.*, pp. 228 y 230.

¹²⁵⁶ A título de ejemplo, los instrumentos bilaterales que España ha firmado con otros países del *Magreb* contienen una regulación detallada de los foros de competencia judicial indirecta. En concreto, el Convenio con Túnez, de 24 de septiembre de 2001, sobre

indirectos que faciliten a las autoridades del Estado requerido el control de la competencia del tribunal de origen que les impone el propio texto convencional. Ello genera dificultades de índole práctica, al obligar a indagar a tales autoridades en la normativa sobre competencia judicial internacional del Estado de origen de la decisión que se trate de reconocer¹²⁵⁷.

La fórmula empleada por el C. H-M. genera importantes conflictos, al imposibilitar denegar el *exequátur* de una decisión marroquí en la medida en que ésta última haya sido dictada por la autoridad judicial de ese país, de conformidad con la normativa en vigor de competencia judicial internacional que resulte competente. Y ello incluso en el caso de que el asunto en cuestión sea objeto de competencia exclusiva de los tribunales españoles o los criterios de competencia previstos por la legislación marroquí puedan considerarse exorbitantes. Efectivamente, cabe la alternativa que los jueces marroquíes, en aplicación de su normativa de DIPr., se atribuyan la competencia y coincida con alguna de las materias reguladas en el art. 22.1 L.O.P.J., que contempla los supuestos de competencia exclusiva de los tribunales españoles¹²⁵⁸. En tales casos, y ante la imposibilidad de denegar el reconocimiento de las sentencias que recaigan por la vía del control de la competencia del tribunal de origen, la doctrina propone la utilización del orden público, porque se consideran foros de competencia exclusiva y de carácter imperativo¹²⁵⁹. Aunque en la institución de filiación nunca se va a dar esta situación, ya que se trata de una materia de competencia exclusiva.

asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2003), dispone en su art. 19 la lista de competencia indirectas que deben ser controladas para el examen de la competencia judicial internacional; el Convenio con Argelia, de 24 de febrero de 2005, sobre la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil (BOE núm. 103, de 1 de mayo de 2006), se determina la competencia judicial internacional conforme a lo expresamente recogido en su art. 17.

¹²⁵⁷ Sobre la competencia judicial internacional de los tribunales marroquíes y españoles en materia de filiación *vid. infra*. el epígrafe “La competencia judicial internacional en la reclamación o impugnación de la filiación”.

¹²⁵⁸ Sobre el control de la competencia judicial internacional cuando afecta a materias exclusivas recogidas en el art. 22.1 L.O.P.J. *vid.* E. J. Fontán Silva, “El *exequátur* de las decisiones dictadas por los Tribunales de Marruecos...”, *loc. cit.*, pp. 1138-1140.

¹²⁵⁹ *Vid.* E. J. Fontán Silva, “El *exequátur*...”, *loc. cit.*, p. 1140.

Las inscripciones practicadas en el Registro Civil español podrán quedar afectadas por las decisiones judiciales marroquíes de filiación que establezcan una relación de paternidad o maternidad distinta de la inscrita en el citado Registro. La inscripción de la decisión marroquí requerirá la previa remoción del asiento contradictorio, que irá precedida del correspondiente exequátur (art. 83 RRC). Por su parte, la sentencia marroquí, objeto de reconocimiento, no versa sobre validez o nulidad de la inscripción, que es precisamente una de las cuestiones que atribuyen competencia exclusiva a los tribunales españoles (art. 22.1 L.O.P.J.). En este orden, el control de la competencia judicial internacional no actúa como obstáculo insalvable del reconocimiento, al no ser asimilable a la dicha competencia exclusiva.

Por otra parte, la amplitud de los foros de competencia judicial internacional prevista tanto en DIPr. español como el marroquí, como se expuso *supra*, facilita situaciones de fraude en la búsqueda del foro conveniente¹²⁶⁰. El ejemplo se tipifica en un marroquí musulmán nacionalizado español o un español converso, ambos con residencia en España que recurren ante la autoridad judicial marroquí para impugnar la filiación. Piénsese que, en lo dispuesto en el art. 2 CFM prevalece el *ius religionis* de la persona frente a su ley nacional, aplicable a todos los musulmanes que se hallen en Marruecos¹²⁶¹. De tal forma que, bastará con el juramento de anatema (*l'iam*) por el demandante para que sea admitida y resuelta la impugnación por el juez marroquí, evadiendo la responsabilidad de prestar alimentos al hijo. Igual género de situaciones

¹²⁶⁰ Esta misma cuestión de fraude se ha planteado con la institución del repudio. *Vid.* A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio...*, *op. cit.*, pp. 167-169. La jurisprudencia egipcia ofrece ejemplos en los que la ley nacional de un extranjero es rechazada a favor de la conexión religiosa. De este modo, un individuo de otra nacionalidad convertido al Islam puede repudiar a su mujer también extranjera en contra de las disposiciones de su respectiva ley nacional. *Vid.* M. C. Najm, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations...*, *op. cit.*, pp. 186-190 y particularmente sobre Marruecos, pp. 190-192.

¹²⁶¹ Hay que recordar que para los extranjeros musulmanes el ordenamiento aplicable a su estatuto personal será siempre el Derecho marroquí musulmán (*Mudawwana*), y ello con independencia de cuál sea su nacionalidad. Según explican F. Sarehane y N. Lahlou-Rachdi, versa sobre una solución de naturaleza jurisprudencial, más tarde acogida por el *Dahir* de 24 de abril de 1959, que modificó a su vez el *Dahir* de 4 de abril de 1956 relativo a la organización judicial y al funcionamiento de los tribunales musulmanes (“*Maroc. Conflits de lois...*”, *loc. cit.*, p. 12). Más aún teniendo en cuenta que *Mahoma* afirmaba en la *Sunna* que “quien declare que no hay más Dios que *Alá* y que su Profeta es *Mahoma*, es musulmán”. Por tanto, a la autoridad marroquí le es casi imposible detectar el fraude del converso. Más ampliamente sobre el tema *vid.* en el primer capítulo el epígrafe “Normativa conflictual marroquí: influencia del *ius religionis*”.

provoca una demanda sobre constatación de paternidad legítima hasta un año después del repudio, identificada como presunción *al firach*, consiguiendo que el demandado responda de la manutención de un hijo que no es suyo.

De conformidad con la normativa de Marruecos sobre competencia judicial internacional, el juez puede conocer de la demanda de paternidad en atención a la nacionalidad marroquí del demandante o, incluso, cuando el mismo profese la fé musulmana, independientemente de su nacionalidad. La sentencia que en su caso se dicte surtirá efecto en España, previo *exequátur*, sin que la autoridad española pueda poner en entredicho “la posible competencia exorbitante” que el tribunal marroquí se haya atribuido según su propia normativa¹²⁶². La existencia de foros privilegiados (*forum actoris*) implica una débil proximidad del supuesto con el tribunal, capaz de producir una carga procesal irrazonable para el demandado, menoscabando sus garantías procesales y limitando su derecho a la tutela judicial efectiva¹²⁶³. Tal situación incide directamente sobre el control del orden público español, según lo previsto en el art. 23-4 del C. H-M, y no sobre la fiscalización de la atribución de la competencia de tribunal de origen.

Los jueces españoles que intervengan en el reconocimiento de las sentencias marroquíes en posibles supuestos fraudulentos generalmente no entran a valorar los motivos dirigidos a asegurar un foro más favorable, aunque el juez del *exequátur* puede indagar sobre aquellos hechos sospechosos¹²⁶⁴. En tal sentido, fiscalizaría si en la atribución de competencia de los tribunales marroquíes existieron conexiones suficientes, tales como residencia habitual de la parte demandante en aquel país. Quizás esta cuestión pudo solucionarse introduciendo foros atributivos de competencia cuando se elaboró el C.H-M, lo que reduciría los posibles fraudes en materia de competencia judicial internacional.

¹²⁶² En materia de repudio, se ha solicitado el *exequátur* llevado a cabo por un nacional español residente en Marruecos, donde se debe controlar la competencia judicial internacional de los jueces marroquíes en la materia. *Vid.* A. Quiñones Escámez, “Nota del ATS (Civil) de 23 de julio de 1998”, *REDI*, 1999-1, vol. LI, pp. 203-207, en espec. p. 204.

¹²⁶³ *Cfr.* J. C Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 55 y 56.

¹²⁶⁴ Sobre la búsqueda del foro de conveniencia para el repudio *vid.* A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio...*, *op. cit.*, pp. 168-169.

b) Control de las garantías procesales

El control de este extremo se halla previsto en el art. 23.2 C. H-M, donde se establece que las sentencias se van a reconocer cuando “las partes han sido legalmente citadas, representadas o declaradas rebeldes”. La finalidad del precepto es garantizar que los derechos de defensa del demandado hayan sido observados, lo que a la luz de lo establecido en el C. H-M se traduce básicamente en la necesidad de que éste haya sido regularmente citado. Y es que el respeto de la forma en la notificación garantiza al demandado el derecho a una tutela judicial efectiva¹²⁶⁵.

Es importante recordar en este punto que la regularidad de las comunicaciones se verifica a la luz de la ley del Estado de origen¹²⁶⁶. Tal regularidad no sólo implica que el demandado haya tenido conocimiento de la existencia de un proceso iniciado contra él en el extranjero, sino además que la notificación se haya practicado en forma adecuada. Siempre que haya habido una notificación regular, podrá presumirse que el demandado tuvo conocimiento de la iniciación de un proceso en su contra. En cambio, si la notificación fue irregular, la presunción será negativa. De todas formas, conviene tener presente que el hecho de que el demandado haya podido tomar parte en el juicio no representa una garantía de la regularidad de la notificación del inicio del proceso. Aunque, en tales supuestos, la participación del demandado en el juicio acaba subsanando la irregularidad advertida en la notificación.

El derecho aplicable a la regularidad de las notificaciones entre España y Marruecos puede venir constituido tanto por el Convenio relativo al

¹²⁶⁵ *Cfr.* N. Marchal Escalona, *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comarex, 2001, pp. 359 y 360.

¹²⁶⁶ En concreto, la legislación interna marroquí contempla varias modalidades de notificación: a) notificación directa efectuada por el secretario general; b) notificación por vía postal; c) por vía administrativa; d) por vía diplomática para los residentes en el extranjero (*vid.* art. 37 CPCM) y, por último; e) por edicto de la decisión que sea susceptible de ejecución y en presencia de las partes interesada, aunque esta vía no se utiliza en la práctica. La normativa general marroquí prevé para las notificaciones al extranjero la vía diplomática, aunque “...una colaboración directa entre las jurisdicciones de los Estados podrá ser reglamentada por convenciones judiciales internacionales” (*cfr.* art. 37.2 CPCM). Esta posibilidad es contemplada en el art. 11 del C. H-M, permitiendo por conducto diplomático la notificación directa entre el Ministerio de Justicia de España y el de Marruecos.

procedimiento civil, hecho en La Haya el 1 de marzo de 1954¹²⁶⁷ como por el C. H-M, de los que forman parte los dos países. Ante esta concurrencia normativa, se impone realizar un esfuerzo por identificar el concreto instrumento que resulte aplicable. A tales efectos y, primeramente, hay que analizar las llamadas cláusulas de concurrencia o de relación. Ahora bien, ante la ausencia de cláusulas de compatibilidad en estas normas convencionales, se impone ineludiblemente recurrir a los principios generales de DIPúblico y de DIPr., en concreto la regla de eficacia máxima (*lex favorabilior*)¹²⁶⁸. Cabe concluir, por tanto, que la opción por uno u otro instrumento dependerá de cada caso específico.

El C. H-M no alude a la temporalidad en la notificación como causa de denegación del reconocimiento. Ello supone en principio que, en caso de que la notificación de la cédula de emplazamiento o escrito de demanda se haya llevado a cabo de forma regular, el juez del Estado requerido podrá reconocer la sentencia extranjera. Y ello incluso cuando la notificación del inicio del proceso no haya llegado al demandado con tiempo suficiente para preparar su defensa. Tan sólo un eventual vicio de notificación en el procedimiento es motivo para denegar el reconocimiento de la resolución. La razón de rechazar el reconocimiento de las sentencias dictadas en los supuestos en los que la notificación no haya sido realizada en tiempo oportuno es la protección de los derechos de defensa. En cualquier caso, hay que preguntarse si realmente sería reconocida una sentencia en el Estado requerido en el supuesto de que la notificación del inicio del proceso se practique de forma extemporánea. El art. 23.2 C. H-M no hace referencia alguna a la extemporaneidad en la notificación. Por tanto, no exige al juez del Estado requerido el control de tal extremo. No obstante, no hay que olvidar que la finalidad de la norma es garantizar los derechos de defensa del demandado, entre los que se encuentra el disponer de tiempo suficiente para preparar su defensa. De ahí la necesidad de integrar la referida laguna con una respuesta del sentido y fin propios del precepto. Y dicha solución, sobre la base de la protección de los derechos de defensa, debe permitir la posibilidad de rechazar el reconocimiento de las sentencias dictadas en supuestos en los que la notificación no haya sido realizada en tiempo

¹²⁶⁷ (BOE núm. 297, de 13 de diciembre de 1961) y que la fecha de entrada en vigor para España fue el 19 de noviembre de 1961. Para Marruecos en *Dahir* núm. 645-67, de 30 de septiembre de 1969 (B.O. núm. 3000, de 24 de abril de 1970, y que entró en vigor el 14 de septiembre de 1972.

¹²⁶⁸ Cfr. N. Marchal Escalona, *Garantías procesales y notificación...*, *op. cit.*, pp. 81-82.

oportuno. En cualquier caso, siempre cabe denegar el reconocimiento de la sentencia extranjera por afectar al orden público (art. 23.4 C. H-M). Lo que está claro es que admitir el reconocimiento de este tipo de sentencias resultaría insostenible desde el punto de vista constitucional, ya que afectaría al derecho del demandado a una tutela judicial efectiva¹²⁶⁹.

Por otra parte, hay que señalar que la cuestión de temporabilidad o atemporalidad de la notificación es una cuestión fáctica, por lo que no se atiende ni a la norma española ni a la marroquí¹²⁷⁰. El juez del Estado requerido tendrá que atender a sus propios criterios a efectos de decidir si la notificación del escrito de la demanda o documento equivalente se llevó a cabo con tiempo suficiente como para permitir al mismo preparar su defensa. De esta manera, esta autoridad valorará el tiempo del que dispuso el demandado realmente a la luz de las circunstancias del caso. Así, por ejemplo, no hay duda de que no puede ser reconocida una sentencia dictada en rebeldía cuando el escrito de demanda fue notificado al demandado una vez pronunciada la sentencia. Lo que está claro es que el demandado debe conocer el hecho y contenido de la demanda con una antelación suficiente como para permitirle ejercitar adecuadamente su defensa¹²⁷¹.

En el art. 23.2 C. H-M hace alusión a la necesidad de que las partes hayan sido legalmente representadas o declaradas rebeldes. En cuanto a la primera

¹²⁶⁹ Cfr. N. Marchal Escalona, *Garantías procesales y notificación...*, *op. cit.*, p. 361.

¹²⁷⁰ Tratándose del Derecho marroquí, en cuanto a las fechas de comparecencia, el art. 40 CPCM prevé un plazo de 15 días para las personas residentes en territorio marroquí. No obstante, este término queda ampliado si residen en el extranjero, tal y como indica el art. 41 CPCM. De esta manera, si residen en Argelia, Túnez o en algún Estado europeo, el plazo será de dos meses más; si residen en algún otro país africano, en Asia o América, será de tres meses más y cuatro meses más para los residentes en Oceanía”. Además, una notificación es considerada válida, según el art. 36 CPCM, si contiene “nombre, apellido de la persona a quien se convoca y ha sido entregada al destinatario en persona o en su domicilio en manos de padres, personal de servicio doméstico o de toda persona que viva con el interesado, siendo insuficiente la mención de que la familia del interesado se haya negado a aceptar su notificación” (*cfr.* arts. 38 CPCM). En defecto de domicilio, se puede notificar en la residencia del destinatario en las mismas condiciones anteriormente expuestas (*cfr.* 38.2 CPCM). Esta notificación se debe acompañar de la expedición de un certificado emitido por el juzgado ante quien se interpone la demanda, tal y como recoge el art. 54 CPCM.

¹²⁷¹ Cfr. N. Marchal Escalona, *Garantías procesales y notificación...*, *op. cit.*, pp. 342-343.

cuestión, resulta obvio que si la parte demandada ha estado debidamente representada en el proceso, es señal de que aquélla tuvo conocimiento del inicio de la causa. Y en este punto conviene recordar que el ordenamiento marroquí, desde la generalización del procedimiento escrito ante el tribunal de primera instancia tras la reforma del CPCM de 1993 (*cf.* art. 45), establece la representación obligatoria tanto en la jurisdicción de primer grado como ante la Corte de apelación y en el Tribunal Supremo.

En cuanto a la rebeldía, hay que aclarar si el precepto convencional se refiere a que la parte no comparece por convicción o estratégicamente o, por el contrario, deja de hacerlo de forma involuntaria. La norma del C. H-M no distingue entre rebeldía voluntaria o involuntaria. Sin embargo, únicamente se acepta la rebeldía involuntaria como causa de denegación de reconocimiento. De no ser así, la norma convencional que impone el control de los derechos de defensa quedaría vacía de contenido. Esta interpretación viene claramente avalada por la exigencia prevista en el art. 28.4 C. H-M, que impone al solicitante del *exequátur* la obligación de aportar “copia certificada conforme de la citación hecha a la parte que haya sido condenada en rebeldía”.

c) Control flexibilizado de “autoridad de cosa juzgada” de las sentencias marroquíes de filiación

El art. 23.3 C. H-M impone al juez español la obligación de controlar las resoluciones judiciales marroquíes que se traten de hacer valer en España. En concreto, si han adquirido autoridad de cosa juzgada y son ejecutivas conforme a la normativa marroquí como ley del Estado de origen. Generalmente, resulta predicable el efecto de cosa juzgada en las resoluciones de filiación. La ejecutividad de tales decisiones únicamente se controla en aquellos supuestos en que las mismas contuvieran también un pronunciamiento sobre alimentos¹²⁷².

El art. 23.3 C. H-M no precisa lo que se entiende por cosa juzgada, aunque como tal cabe considerar la exigencia de que la decisión objeto de reconocimiento sea firme¹²⁷³. Por tanto, la noción de cosa juzgada ha de

¹²⁷² En concreto, la ejecutividad de la decisión es predicable en el caso de atribución de alimentos. Sobre las sentencias de alimentos *vid.* M. A. Michinel Álvarez, “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias...”, *loc. cit.*, pp. 641-668.

¹²⁷³ La excepción más importante al requisito de firmeza para el reconocimiento se encuentra en los Reglamentos comunitarios y en los Convenios de Bruselas y de Lugano. Sobre el tema

concebirse en sentido formal¹²⁷⁴, esto es, como la inimpugnabilidad de la sentencia dentro de un mismo proceso.

En todo caso, corresponde al Derecho procesal de Marruecos determinar cómo y en qué condiciones la decisión judicial procedente de este país deja de ser susceptible de ulterior impugnación o recurso en un mismo proceso. Y, en este punto, la Corte Suprema marroquí, en alguna ocasión, ha declarado que las decisiones judiciales relativas a la filiación no producen efecto de cosa juzgada¹²⁷⁵. Esta jurisprudencia resulta contraria a los principios generales que rigen en Derecho marroquí para los efectos vinculados a las sentencias judiciales. La Corte suprema marroquí recurre a la fuente del Derecho islámico de rito *malequí* para permitir la revisión de las sentencias en el caso particular de *nasab* (filiación legítima)¹²⁷⁶, siempre que se obtenga nuevas pruebas sobre el tema.

Al tener presente esto último, y con el fin de evitar que la exigencia prevista en el régimen bilateral suponga un obstáculo insalvable para el reconocimiento en España de las sentencia de filiación, aquélla deberá ser interpretada de forma flexible¹²⁷⁷. Así, bastará con constatar que la resolución

vid. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 190.

¹²⁷⁴ No se trata sólo de que la resolución que alcanza autoridad de cosa juzgada no pueda ser revocada, sino que primordialmente tiene que ser respetada. La sentencia, por tanto, tiene que ser efectiva a partir de lo dispuesto en ella, con su concreto contenido, en el proceso en que ha dictado y para los sucesivos actos de ese mismo procedimiento. En definitiva, la cosa juzgada formal es la vinculación jurídica que para el órgano jurisdiccional produce lo dispuesto en cualquier resolución firme y dentro del propio proceso en que se haya dictado dicha resolución. *Cfr.* las definiciones de cosa juzgada formal y material en AA.VV., *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Madrid, Cívitas, pp. 1995, 1761-1764.

¹²⁷⁵ *Vid.* la resolución del TS marroquí núm. 435, de 22 de septiembre de 2004, dossier du *châa* núm. 235, de 2 de enero de 2002, *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 62, p. 351, que no permite abrir ningún procedimiento de establecimiento de la filiación mientras no se obtenga nuevos medios de prueba.

¹²⁷⁶ *Vid.* A. Khamlichí, *Comentario sobre el Código de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 76-78. Esta misma opinión ha sido afirmada en consulta por el profesor M. Loukili.

¹²⁷⁷ El requisito de firmeza en un sentido *lato*, como sinónimo de decisión no revisable en el mismo procedimiento, es una postura que ha sido mantenida para reconocer decisiones de alimentos o de custodia de menores que, por su naturaleza, no producen efectos de cosa juzgada materia, ya que un cambio de circunstancias permite su revisión *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 189-190.

judicial objeto de reconocimiento en España pone fin a un procedimiento llevado a cabo en Marruecos, pese a que en este último país las sentencias de filiación no produzcan el efecto de cosa juzgada.

El C. H-M, en su art. 28.3º, prevé que la parte que solicite el reconocimiento deberá presentar una copia de la resolución que reúna todas las condiciones necesarias para su autenticidad, certificación que igualmente exige la legislación interna marroquí (art. 431.3º CPCM)¹²⁷⁸. Hay que probar la firmeza de la decisión mediante la aportación de una certificación expedida por el Secretario del Tribunal que ha dictado la sentencia¹²⁷⁹. Sin embargo, en este punto, es preciso poner de relieve la existencia de una práctica irregular bastante extendida que, lamentablemente, acaba teniendo consecuencias negativas para los interesados. Y es que, según un estudio de campo realizado sobre el tema, las autoridades consulares marroquíes, a las que con frecuencia acuden los particulares marroquíes residentes en el extranjero que obtienen una decisión judicial en el país de su residencia y tratan de hacerla valer en Marruecos, en lugar de remitirlos a la Secretaría del órgano jurisdiccional responsable para que ésta sea quien les expida la certificación a la que aluden tanto el C. H-M como el CPCM, se encargan ellas mismas de expedirles un documento en el que certifican que la decisión extranjera ha sido notificada a la otra parte y que ha devenido firme o definitiva en el Estado en el que se ha dictado¹²⁸⁰. Pero las autoridades marroquíes no reconocen ningún valor jurídico a este certificado consular, por lo que acaban rechazando la demanda de *exequátur* de la decisión extranjera formulada en Marruecos¹²⁸¹.

¹²⁷⁸ *Vid.* la Sentencia del TS núm. 188, de 30 de marzo de 2005, *Jurisprudence de la Cour Suprême*, 2005, núm. 63, pp. 112 (en árabe y traducción propia).

¹²⁷⁹ En este sentido, se confirma la necesidad de aportar la certificación donde se haga constar que la resolución de filiación marroquí que se va a reconocer en España no ha sido objeto de recurso ni de apelación en el país donde ha sido dictada (*cf.* art. 28.3 C. H-M).

¹²⁸⁰ *Cfr.* A. Ounnir, “Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille”, *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung-FES Maroc, ImprimElite, 2007, pp. 89-139, en espec. p. 113.

¹²⁸¹ *Vid.* la resolución del Tribunal de Primera Instancia de Alhucemas de 15 de marzo de 2004 y las Sentencias del Tribunal de Apelación de Alhucemas de 26 de abril, 17 de mayo y 24 de mayo de 2005 (inéditas y citadas en A. Ounnir, “Les justiciables dans le circuit judiciaire...”, *loc. cit.*, p. 113).

Los jueces marroquíes llevan a cabo una aplicación estricta tanto de la normativa convencional como de la normativa interna marroquí, lo que supone un obstáculo para el reconocimiento en Marruecos de sentencias españolas. Ello provoca que el art. 28.3º C. H-M sea objeto de críticas por su confusa redacción¹²⁸². En este sentido cabe preguntarse si no habría sido conveniente que el legislador convencional hubiera optado por una formulación más flexible, como podría ser la que presenta el art. 16.3º del Convenio entre España y Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, de 30 de mayo de 1997. En este instrumento se admite la presentación de cualquier documento que permita demostrar que, según la ley del Estado requirente, la resolución es firme¹²⁸³. Tal formulación, sin duda, resultaría más acorde con el espíritu de la reforma del CFM, que pretende favorecer el reconocimiento de las decisiones extranjeras en el ámbito del estatuto personal¹²⁸⁴.

Al mismo tiempo, y para considerar que la decisión extranjera es auténtica, se deben superar las condiciones generales previstas por el

¹²⁸² Ciertamente cabría preguntarse por lo que sucederá en el caso de que la resolución haya sido recurrida y el recurso haya sido desestimado, así como en aquél en que la resolución no haya sido recurrida, pero no haya expirado aún el plazo para hacerlo, tal y como se dispone en la doctrina española, F. Garau Sobrino, “La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones judiciales...”, *loc. cit.*, p. 78.

¹²⁸³ Tal y como también sugiere H. Zekri, “La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí...*, *op. cit.*, pp. 245-268, en espec. pp. 252 y 253.

¹²⁸⁴ De hecho, la jurisprudencia marroquí, respecto de decisiones procedentes de otros países, viene mostrándose más flexible, llegando incluso a admitir como prueba del carácter definitivo de la sentencia extranjera el hecho de su inscripción en el Registro Civil. Sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal de Apelación de Rabat núm. 163, de 11 de octubre de 2004 (inédita, citada en F. Z., Boukaissi, “Du déroulement des audiences à la Section de la Justice de la famille près les tribunaux de première instance de Rabat”, *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung-FES Maroc, ImprimElite, 2007, pp. 217-271, en espec. p. 264). Ante una demanda de reconocimiento de la sentencia de divorcio pronunciada por un tribunal holandés, el Tribunal de Primera Instancia de Rabat, en su resolución núm. 796, de 23 de mayo de 2003 denegó el *exequátur*, aunque la decisión fue revocada por el Tribunal de Apelación de Rabat en la decisión antes mencionada, donde acabó considerando que la formalidad de la inscripción de la sentencia en el Registro Civil holandés era prueba suficiente de que la sentencia extranjera era definitiva.

ordenamiento español recogidas en los arts. 144 y 323 L.E.C, como son la legalización y traducción. No obstante, no hay que olvidar que el requisito de la legalización queda eximido, tal y como expone el art. 40 C. H-M, aunque sí es necesaria la traducción de la resolución objeto de reconocimiento, ya que el régimen bilateral no dispone de disposición alguna para la sentencia judicial¹²⁸⁵.

d) Control del orden público: especial mención al *l'iam*

No hay nada, en principio, que impida dar efecto en España a una decisión judicial marroquí sobre determinación o impugnación de la filiación, haciendo operativos en el foro valores procedentes del sistema marroquí, siempre que no sean contrarios al orden público internacional español. De hecho, una de las grandes diferencias entre los sectores del reconocimiento y del Derecho aplicable radica en la mayor flexibilidad con que se trabaja en el primero. De esta manera, es posible la incorporación en el foro de decisiones judiciales extranjeras que parten de valores distintos a los previstos en este último, permitiendo, a veces, soluciones que no podrían ser adoptadas por un tribunal español.

En este sentido, el art. 23.4 C. H-M incluye el control del orden público de la sentencia sometida al reconocimiento, así como al examen de los “principios del Derecho internacional que sean aplicables en el mismo Estado (requerido)”. Esta última referencia resulta, cuanto menos, desconcertante, ya que difícilmente cabe imaginar que dichos principios sean aplicados para impedir la validez de una resolución extranjera¹²⁸⁶. De ahí que lo conveniente sea interpretar el art. 23.4 C. H-M como la alusión que se hace al control del orden público internacional del Estado requerido como condición de reconocimiento. De esta manera, se debe vigilar el orden público internacional del sistema

¹²⁸⁵ El art. 41 del C. H-M solamente hace referencia a las lenguas y traducciones respecto de las comunicaciones de las dos autoridades centrales, que podrán realizarse en sus lenguas respectivas, además de una traducción en lengua francesa.

¹²⁸⁶ La explicación de F. Garau Sobrino es que España haya querido dejar sin efecto en su territorio las resoluciones dictadas en el ámbito del Convenio que se hallen relacionadas con el territorio del Sahara, tal y como indica en “La normativa convencional hispano-marroquí sobre reconocimiento...”, *loc. cit.*, pp. 174 y 175, en espec. nota 17.

estático o del foro¹²⁸⁷, ya que la resolución marroquí de filiación que vaya a desplegar efectos en España debe respetar los derechos y valores fundamentales que rigen el ordenamiento en cuestión.

Particularmente, el art. 23.4 C. H-M exige verificar el orden público constitucional en su vertiente material. Esta comprobación constituye en la práctica uno de los fundamentos más utilizados para denegar el reconocimiento de las sentencias marroquíes en España¹²⁸⁸, por cuanto algunas de las instituciones islámicas¹²⁸⁹ son susceptibles de entrar en conflicto con los principios fundamentales del Derecho español¹²⁹⁰.

Además del orden público material, el control del orden público que impone el art. 23.4 C.H-M abarca igualmente al orden público procesal¹²⁹¹. Con

¹²⁸⁷ Sobre la posible influencia de las reglas convencionales en el contenido del orden público de los sistemas de Derecho estático o interno *vid.* K. Parrot, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 360-370.

¹²⁸⁸ *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2007, *op. cit.* p. 215; *Vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 645-647.

¹²⁸⁹ Sobre las instituciones musulmana y la aplicación judicial en Francia véase A. Mezghani, “Le juge français et les institutions...”, *loc. cit.*, pp. 721-765. El choque producido en los ordenamientos jurídicos occidentales por instituciones musulmanas, como el repudio, poligamia o en materia de sucesiones, hace que incluso se proponga como solución una calificación *lege causae* de tales materias. *Vid.* J. L. Elhoueiss, “Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé”, *JDI*, 2005-2, pp. 281-313.

¹²⁹⁰ En la jurisprudencia española, los problemas se plantean fundamentalmente de cara al reconocimiento del repudio. *Vid.* los ATS de 14 de abril (RJ 1998/3563) y de 23 de julio de 1998 (RJ 1998/5337), que han sido analizados por A. Quiñones Escámez, *Derecho e inmigración...*, *op. cit.*, pp. 121-138. Llama la atención la STS de 25 de enero de 2006 (RJ 2006/4338) por el exhaustivo examen de la institución del repudio para su reconocimiento en España con motivo de garantizar la no existencia de vínculos matrimoniales del residente marroquí con la primera esposa, y así poder reagrupar a la segunda cónyuge.

¹²⁹¹ El TC español engloba en un único concepto, de significado constitucional, dos condiciones hasta ahora separadas: el control de las garantías procesales y el control del orden público. De esta forma, el primero pasa a ser una simple subespecie del segundo en el que se integra. Un buen ejemplo de correctivo de orden público “constitucional” español distinto al exigido por las garantías procesales se infiere del ATS (Sala 1ª) de 26 de noviembre de 1979, referido a una decisión francesa sobre alimentos basada en el dato clave de que la determinación de la paternidad del nacional español se había llevado a cabo sobre la base de procedimientos científicos. Al margen de la adecuación de dicho procedimiento al orden público español entonces vigente (art. 39.2 CE), que justificó su reconocimiento, el

ello se trata de garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva exigida por el art. 24 C.E.¹²⁹². En cumplimiento de dicho mandato, el juez español del *exequátur*, que en ningún caso revisa el fondo del asunto al no quedar permitido por el C. H-M, comprueba si, al dictarse la resolución marroquí cuyo reconocimiento se solicita, se respetaron las garantías procesales previstas en la C.E.¹²⁹³. Esta verificación no se reduce simplemente a la regularidad formal del procedimiento llevado a cabo en el extranjero, sino en particular a la notificación efectiva del demandado, extremo éste que ya se impone específicamente en el art. 23.2 C. H-M¹²⁹⁴. La fiscalización también se extiende a otra serie de garantías procesales, en especial las implícitas en el derecho a no quedar en indefensión, como son la propia existencia de fundamentación jurídica o motivación del fallo¹²⁹⁵ y la presencia, siquiera mínima, de prueba¹²⁹⁶. En cualquier caso, conviene tener presente que el control de tales garantías en el marco de los

argumento refleja un traslado de la acción del orden público del fallo (determinación positiva de la filiación) en su fundamentación. En concreto, en relación con la admisibilidad de determinados medios de prueba. *Cfr.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, 2001, p. 315.

¹²⁹² Conforme al art. 6.1 CEDH de 1950.

¹²⁹³ *Vid.* la STC (Sala 2ª) 54/1989, de 23 de febrero (RTC 1989/54) donde se aclara que “comprobar si en la resolución extranjera se cumple con la exigencia de que se ha realizado una prueba razonable de los hechos no tiene por qué implicar una revisión del fondo del asunto, y no desborda, en consecuencia, la función homologadora que corresponde al juez del *exequátur*”. Para consultar el comentario de esta resolución *vid.* M. Desantes Real, “Nota a la STC (Sala 2ª) 54/1989”, *REDI*, 1989-2, vol. XLI, pp. 625-630.

¹²⁹⁴ Sobre este control *vid. supra* el epígrafe anterior de este capítulo.

¹²⁹⁵ La STC 155/2001, de 2 de julio, en <http://tribunalconstitucional.es/Stc2001/ST2001-155.htm> proyecta la doctrina sobre la motivación del fallo judicial en supuestos en los que se debe aplicar una ley extranjera. Por tanto, la existencia de un fallo que no esté suficientemente motivado, como, por ejemplo, proponerse la desestimación de la demanda por defecto de prueba de la ley reclamada, vulnera la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E. En este sentido, también podría enmarcarse la STC 33/2002, de 11 de febrero, en <http://tribunalconstitucional.es/Stc2002/ST2002-033.htm>, relativa al recurso de amparo promovido por la Sra. R. J. Sinclair Reid frente al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y de un Juzgado de lo Social, que desestimaron su demanda de despido contra Reuters por no haber probado el Derecho extranjero. La vulneración parcial del derecho a la tutela judicial efectiva a falta de resolución sobre el fondo es debido a no haber probado el Derecho inglés. Todo ello se fundamenta en los mismos principios que presiden la actuación de los tribunales españoles en supuestos de tráfico interno.

¹²⁹⁶ *Vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2007, *op. cit.* p. 216.

procedimientos de reconocimiento de sentencias viene a ser una exigencia del respeto de los derechos de defensa concebidos como derechos humanos, como al que alude el art. 6 CEDH¹²⁹⁷.

Uno de los problemas más significativos en el marco de las relaciones hispano-marroquíes, sin duda, es el de la eficacia en España de las sentencias judiciales sobre impugnación de la paternidad legítima mediante la realización por el marido del procedimiento del *l'iam*¹²⁹⁸. Recuérdese en relación con este extremo que, según el art. 154 CFM, la filiación paterna legítima establecida por presunción *al firach* está condicionada a que el hijo nazca al menos seis meses después de la fecha de la conclusión del matrimonio o durante el año siguiente a la disolución del enlace conyugal, siempre que haya existido la posibilidad real o supuesta de que los cónyuges hayan mantenido relaciones sexuales. Y que, en caso de conflicto entre el padre y la madre en lo concerniente a la fecha de la concepción o del nacimiento del hijo, se prevé la posibilidad de que la paternidad sea impugnada por el procedimiento del juramento de anatema o *l'iam*, en el que el marido acusa a la esposa de adulterio provocando la disolución judicial del matrimonio, al tiempo que impide que el hijo siga vinculado jurídicamente al marido.

Aparentemente, el reconocimiento de una sentencia marroquí en la que se haya impugnado la presunción de filiación legítima mediante el *l'iam*, puede atentar contra principios fundamentales, justificando, por tanto, el rechazo de tal reconocimiento. En primer lugar, esta institución musulmana va en contra el principio de no discriminación por razón de sexo, al permitir únicamente al marido la iniciación del referido procedimiento para impugnar su paternidad. El hombre y la mujer, efectivamente, no gozan de los mismos títulos ni de los mismos medios de prueba para el establecimiento de la correspondiente relación de filiación, por lo que se produce una grave discriminación entre sexos (art. 14 CE). El procedimiento del *l'iam*, además, puede llegar a afectar a la dignidad de la mujer (art. 10.1 C.E.). También hay que resaltar el hecho de que el interés del hijo puede verse perjudicado de no existir garantías suficientes para proclamar su

¹²⁹⁷ Tal y como acredita la STEDH de 20 de julio de 2001, asunto Pellegrini (TEDH 2001/480).

¹²⁹⁸ Esta institución fue objeto de estudio en el primer capítulo de este trabajo, en concreto en el epígrafe “La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica”.

filiación verdadera, ya que el conocimiento del propio origen constituye un elemento integrador de la dignidad de la persona e imprescindible para su desarrollo vital (art. 10.1 C.E.)¹²⁹⁹. De ahí que quepa considerar al *l'iam* como una institución musulmana pensada para el varón, en la que no se tiene presente ni a la demandada ni los intereses del hijo que ve impugnada su filiación.

Sin embargo, antes de proceder al rechazo automático de la sentencia marroquí sobre impugnación de la paternidad, y tal y como sucede con la institución del repudio¹³⁰⁰, es necesario realizar un minucioso examen de las circunstancias concretas del caso para adoptar soluciones con arreglos a criterios de justicia material¹³⁰¹. Y todo ello sin perder de vista lo que resulte de la estricta aplicación de los principios que presiden el reconocimiento de las resoluciones extranjeras.

La Corte Suprema marroquí ha establecido una serie de pautas para admitir este juramento de anatema¹³⁰², con el fin de evitar que el hombre abuse

¹²⁹⁹ *Vid. supra* el epígrafe “La búsqueda del origen biológico: ¿hacia un derecho fundamental en el ordenamiento jurídico español?”

¹³⁰⁰ La doctrina española ha analizado los distintos escenarios en los que las autoridades españolas pueden ser llamadas a pronunciarse acerca de la validez del repudio islámico realizado en el extranjero. Del examen de la jurisprudencia, se desprende una atención creciente por las circunstancias concretas del caso y por sus vínculos con el ordenamiento español antes de proceder a su aceptación o rechazo. *Cfr.* A. Quiñones Escámez, *Derecho de inmigración: el repudio...*, *op. cit.* En la doctrina extranjera *vid.* H. Batiffol y P. Lagarde, *Droit international privé*, t. I, 8^{ème} édition, Paris, LGDJ, 1993, p. 581; P. Lagarde, “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie...”, *Nouveaux itinéraires en droit...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 266-270; I. Fadlallah, “Vers la reconnaissance de la répudiations par le juge musulman”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981-I, pp. 17-29; F. Monéger, “Vers la fin de la reconnaissance de la répudiation parle juge français”, *JDI*, 1992-2, pp. 347-355; Y-L. Carlier, “Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenues à l’étranger”, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, pp. 165-172; *id.*, “La reconnaissance en Belgique de répudiation unilaterales intervenues au Maroc ou l’ordre public répudié?”, *Journal des Tribunaux*, 1985, pp. 101-108; R. El-Husseini, “Le droit international privé et répudiations...”, *loc. cit.*, pp. 427-468.

¹³⁰¹ *Vid.* H. Batiffol y P. Lagarde consideran que hay que verificar caso por caso y no de forma abstracta la contrariedad de la decisión extranjera, propugnado, en definitiva, un orden público circunstanciado (*Droit international privé...*, *loc. cit.*, p. 358).

¹³⁰² *Vid.* las resoluciones del TS marroquí, núm. 128, de 5 de julio de 1971, p. 65; núm. 115, de 22 de mayo de 1972, pp. 72; núm. 1542, de 24 de diciembre de 1985, p. 186, y núm. 42, de 26 de enero de 1999, pp. 314-315, que se pueden consultar A. Taoufik, *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal, op. cit.* También las resoluciones del TS marroquí núm. 56, de 29 de diciembre de 1970 y núm. 254, de 18 de mayo de 1981 (inéditos y en árabe)

de este procedimiento. En concreto, el Alto tribunal de Marruecos insiste en el momento justo en que el marido debe realizar el *li'am*, que es aquél en el que el hombre conoce que su esposa está embarazada o cuando conoce el nacimiento del hijo¹³⁰³. Si este juramento lo realiza posteriormente, el Alto tribunal marroquí deniega la impugnación de la paternidad por no ser correcto el plazo para realizar el *l'iam*. También se puede rechazar el *l'iam* si, después de haberse enterado el marido que la esposa estaba embarazada o de que el hijo no era suyo, aquél ha mantenido relaciones sexuales con la mujer. Este contacto sexual se puede probar por confesión del marido o por testigos que declaren que las partes compartieron momentos propicios para el encuentro sexual¹³⁰⁴. Por tanto, para que una sentencia marroquí de impugnación de la paternidad efectuada mediante *l'iam* supere el control del orden público material, se exige acreditar un interés legítimo del hijo en reconocer tal sentencia para establecer su verdadero *status filii*. Este interés se presume cuando sea el mismo, o su representante legal si es menor de edad, los que insten en España el reconocimiento de la decisión marroquí. No obstante, es preciso destacar que con la nueva *Mudawana*, además de seguir vigente el *l'iam*, el juez puede recurrir a pruebas médicas periciales para constatar la fecha de la concepción en los conflictos de paternidad legítima (art. 134 CFM). Cuando así suceda, se considera que no debe existir problema para que la sentencia marroquí de filiación supere el control del orden público material, al quedar determinada la paternidad por pruebas de especialistas médicos o de ADN.

Tampoco debe haber problema en principio para que la sentencia marroquí supere el control del orden público procesal, puesto que la esposa dispone de la posibilidad de oponerse a que su marido realice el juramento de anatema. Cuando esto sucede, y si el marido insiste en seguir con la impugnación de su paternidad, el juez puede solicitar un peritaje médico, aunque la mujer se resista a este procedimiento¹³⁰⁵. Lo importante, no obstante, es que la mujer que

facilitados por el prof. Moulay Rchid. En este mismo sentido, los autos del TS marroquí núm 145, de 3 de febrero de 1987 y núm. 1802, de 5 de diciembre de 1989, que se puede consultar en K. Bennis, *Diccionario de estatuto personal...*, *op. cit.*, pp. 54-55.

¹³⁰³ *Vid.* la resolución del TS marroquí núm. 780, de 13 de noviembre de 2002, citada en M. Jauhar, “Prueba y negación de la filiación...”, *loc. cit.*, pp. 160-162.

¹³⁰⁴ *Vid.* M. Jauhar, “Prueba y negación de la filiación...”, *loc. cit.*, pp. 160 y 161.

¹³⁰⁵ *Vid.* la resolución del TS marroquí núm. 66, de 18 de enero de 2006, *Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 66, pp. 111-113 (en árabe y traducción propia).

es acusada de adúltera tenga posibilidad de participar y de defenderse en el proceso. Y si ello es así, no se verá afectado el orden público procesal¹³⁰⁶. Respecto del procedimiento del *l'iam*, por tanto, el control del orden público procesal se vuelve menos riguroso, al aceptar como únicos requisitos que se le escuche a la mujer y que se le reconozcan sus derechos.

En definitiva, el hecho de que la mujer o el hijo, como sujetos afectados en una sentencia de impugnación de la paternidad recaída en un procedimiento de *l'iam*, sean quienes soliciten ante las autoridades españolas el reconocimiento de tal decisión marroquí, constituye un dato de primer orden a la hora de propugnar la relajación del orden público internacional¹³⁰⁷. No es que se vaya a dar propiamente efecto en el foro a una decisión que vulnere el orden público internacional español, sino que se introduce una ficción permitiendo que esa decisión despliegue en España algunos de sus efectos¹³⁰⁸. Mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualitario por encima del resultado material que se produce en el caso concreto¹³⁰⁹. Por tanto, si se rechaza el reconocimiento de las sentencias marroquíes de impugnación de la paternidad, se podría acabar ocasionando un perjuicio aún mayor a quienes ya se vieron afectados en sus intereses por el procedimiento del *l'iam* en Marruecos. Si ello fuera así, se obligaría al hijo nacido en España a acudir a las autoridades judiciales españolas al inicio de un nuevo proceso sobre determinación de la filiación para

¹³⁰⁶ Sobre el tema *vid.* P. Hammje, “Droit fondamentaux et ordre...”, *loc. cit.*, pp. 26-31.

¹³⁰⁷ Así ocurrió en Francia respecto de los repudios, en concreto en la sentencia de la Corte de Casación civil de 18 de diciembre de 1979, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981-I, pp. 88-90. En tal decisión se admite que un repudio no es contrario al orden público si abre un procedimiento en el que cada parte puede hacer valer sus pretensiones. Para un breve repaso en la evolución del reconocimiento del repudio por parte de las autoridades judiciales francesas *vid.* M. D. Hascher, “Comité français de droit international privé. Compte rendu des travaux de l’année 2004-2005”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2006-I, pp. 217-221, en espec. pp. 219-220. Sobre la evolución jurisprudencial y doctrinal del *exequatur* del repudio en Francia, Bélgica, Alemania, Gran Bretaña, Países Bajos, Italia y España véase A. Quiñónez Escámez, *Derecho e inmigración: el repudio...*, *op. cit.*, pp. 139-172.

¹³⁰⁸ *Vid.* A. Bucher, “L’ordre public et le but social des lois...”, *loc. cit.*, pp. 47-52. Sobre el orden público y la reacción del ordenamiento del foro véase A. Mezghani, “Le juge français et les institutions du droit...”, *loc. cit.*, en espec. pp. 744-759.

¹³⁰⁹ *Vid.* la postura de los ATS de 14 de abril (RJ 1998/3563) y de 23 de julio de 1998 (RJ 1998/5337) sobre el reconocimiento de un repudio. Sobre el tema, *vid.* A. Quiñónez Escámez, *Derecho e inmigración...*, *op. cit.*, pp. 121-138; N. Marchal Escalona, “El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RFD Univ. Gr.*, núm. 5, 2002, pp. 367-376.

dejar constancia de la nueva realidad. La solución liberal se impone con el fin de evitar situaciones claudicantes¹³¹⁰ y en la que el hijo tenga más que ganar, aunque sin esconder que la institución del *liam* beneficia ante todo al hombre y se vuelve contra los intereses de las mujeres y de los hijos.

Es evidente la importancia que reviste en estos momentos la cooperación judicial entre España y Marruecos y la necesidad de facilitar el reconocimiento entre ambos países de las decisiones relativas a la filiación. Para ello resulta fundamental flexibilizar la aplicación del orden público internacional, en aras de proteger a la esposa y el hijo: parte más débil en la situación jurídica de impugnación de la paternidad. No obstante, en el caso particular del *liam*, la amplitud de la redacción del art. 23.4, primer apartado C. H-M para superar el control del orden público es positiva, ya que suple las eventuales lagunas sobre la realidad discriminatoria de esta institución por la obligación impuesta en el art. 33 C. H-M sobre información jurídica entre las autoridades de ambos Estados.

- e) Contrariedad con una decisión judicial de filiación existente o proceso pendiente en el Estado requerido

La amplitud de los criterios de competencia judicial internacional en materia de filiación existentes en España y Marruecos, a la que ya se hizo alusión, puede hacer posible que un mismo litigio o que procesos estrechamente vinculados entre sí se susciten ante los tribunales de uno y otro Estado.

Cuando esto suceda y de no conseguir paralizar del segundo procedimiento mediante la formulación de una excepción de litispendencia internacional o de conexidad¹³¹¹, que en ningún caso se han previsto en el C. H-M, originan situaciones que pueden llegar a ser problemáticas: 1) que los dos procedimientos culminen con sentencia y se trate de hacer valer en uno de los dos países la decisión obtenida en el otro; 2) que, de los dos procesos iniciados,

¹³¹⁰ Esta finalidad ya fue expuesta por M. Keller y K. Siehr: *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zúrich, Schulthess Polygraphischer, 1986, pp. 278-279. Dicha pretensión se traslada a otras materias, como el repudio o la poligamia, como demuestra J. Déprez, “Statut personnel et pratiques familiales des étranger musulmans en France...”, *Familles-Islam-Europa...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 84, 85, 94 a 98; *id.*, “Droit international privé et conflits de civilisations...”, *loc. cit.*, pp. 157-176 y 260-270.

¹³¹¹ Para ver las diferencias entre litispendencia y conexidad *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.*, p. 84-88.

uno culmine con sentencia, y trate de reconocerse esta última en el país en el que el procedimiento se halla aún pendiente.

Según el art. 23.4, último párrafo del C. H-M, el reconocimiento de una sentencia marroquí de filiación no es posible si, con anterioridad a la solicitud del *exequátur*, existe ya en España una decisión que resulte contraria con la decisión proveniente de Marruecos. Y ello con independencia de que la decisión española sea de fecha anterior o posterior a la sentencia marroquí. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que se solicite en España el reconocimiento de una sentencia marroquí que admita la impugnación de la paternidad, habiendo otra decisión judicial española en la que se constate la paternidad objeto de impugnación. La razón de ser de esta causa de denegación es obvia: mantener la congruencia del sistema interno y su coherencia frente a la solución propugnada por las autoridades extranjeras¹³¹². De ahí que no sea posible obtener *exequátur* en España de una sentencia marroquí sobre sucesiones en la que se considere heredero al hijo del causante, si en el Estado español existe una decisión judicial en la que se impugne la paternidad del causante. En tal caso, aun cuando no exista identidad ni de objeto ni de causa, las consecuencias de ambas resoluciones se excluyen mutuamente, lo que hará posible el rechazo del reconocimiento de la decisión marroquí por contrariedad manifiesta con la sentencia española.

A la vista de la literalidad del artículo 23.4, último párrafo del C. H-M, cabría preguntarse por la posibilidad de denegar el reconocimiento en España de una sentencia marroquí de filiación por el hecho de ser ésta contraria no a una resolución judicial española, sino a una resolución adoptada en un tercer Estado y que haya sido reconocida en España. Es verdad que el citado precepto habla de resolución judicial “dictada” en el Estado requerido, lo que podría llevar en principio a pensar en que tal posibilidad queda excluida. Sin embargo, no hay que olvidar que una resolución judicial extranjera, una vez reconocida en el Estado requerido, despliega en éste todos sus efectos y que, por tanto, deberá ser respetada por sus tribunales y autoridades como cualquiera otra sentencia nacional. De ahí que se considere que, a los efectos de la aplicación del 23.4, último párrafo del C. H-M, no deba haber ninguna diferencia de trato entre una

¹³¹² Cfr. J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 4ª edic., 2007, *op. cit.* p. 230.

sentencia marroquí y una sentencia extranjera que haya sido reconocida en España¹³¹³.

El C. H-M parece no admitir la denegación del reconocimiento de una sentencia marroquí de filiación por estar en contradicción con otra anterior dictada en un tercer país y no reconocida aún en España. De haber sido ésta la voluntad del legislador, la habría contemplado de manera expresa, como sucede en otros instrumentos convencionales¹³¹⁴.

Por otra parte, el C. H-M prevé en su art. 23.5 la posibilidad de denegar el reconocimiento de una sentencia marroquí en aquellos supuestos en que exista en España un procedimiento pendiente que de lugar a una decisión incompatible con aquélla cuyo reconocimiento se pretende, si bien exige que el proceso pendiente en el foro tenga, al menos, las mismas partes y el mismo objeto que

¹³¹³ Es verdad que el C. H-M podría haber contemplado expresamente este supuesto, tal y como hace el art. 20.4 del Convenio entre Marruecos y la República Popular de China, de 16 de abril de 1996 (*B.O.* núm. 4822, de 17 de agosto de 2000), al igual que el suscrito entre España y este último país en su art. 22.6. Pero el que no lo haya hecho, en modo alguno permite excluir la posibilidad a la que se viene de aludir.

¹³¹⁴ Desconocida en el marco convencional marroquí, esta posibilidad se halla sin embargo admitida en algunos de los convenios bilaterales de reconocimiento suscritos por España, como es el caso del art. 4.4 c) del Convenio con Francia, de 28 de mayo de 1969, sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas (*BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 1970); el art. 14.4 c) del Convenio con Italia de 22 de mayo de 1973 sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (*BOE* núm. 273, de 15 de noviembre de 1977); el art. 20. g) del Convenio con la República socialista de Checoslovaquia de 4 de mayo de 1987, sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles (*BOE* núm. 290, de 3 de diciembre de 1988, corrección de errores, *BOE* núm. 22, de 26 de enero de 1989); el art. 8 d) del Convenio con la República Oriental del Uruguay; el art. 21. d) del Convenio con República Federativa de Brasil; el art. 12 b) del Convenio con México; el art. 4.5 c) del Convenio con el Estado de Israel de 30 de mayo de 1989 para el mutuo reconocimiento y la ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (*BOE* núm. 3, de 3 de enero de 1991; corrección de errores, *BOE* núm. 20, de 23 de enero de 1991); el art. 18.3 del Convenio con la URSS o el art. 19.6.3º del Convenio con Bulgaria, así como en algunos de los convenios multilaterales de los que forma parte, como el art. 5.4 del Convenio de La Haya de 1973 referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias (*BOE* núm. 192, de 12 de agosto de 1987, corrección de errores, *BOE* núm. 282, de 25 de noviembre de 1987) o el art. 27.5 del Convenio de Lugano de 1988 en materia civil y mercantil. Asimismo se halla admitida tanto en el art. 34.4 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 como en el art. 22 d) del Reglamento (CE) núm. 2201/2003.

aquél que dio lugar a la sentencia marroquí¹³¹⁵. En cuanto a la exigencia de identidad de partes a la que alude el art. 23.5 C. H-M hay que tener presente que mientras que en Marruecos las demandas de filiación pueden ser instadas por cualquier persona que tenga interés, esté capacitada y legitimada para impugnar la filiación (art. 1 CPCM), en Derecho español sólo se reconoce la posibilidad de plantear tales demandas al progenitor o al hijo e, incluso, a los herederos de los mismos. El requisito de identidad de objeto debe interpretarse en términos amplios y no formales¹³¹⁶. No se trata de que el *petitum* de ambas demandas coincida exactamente, sino de que en ambos procesos se dilucide esencialmente

¹³¹⁵ La no exigencia de identidad entre los litigios dirimidos es nota común a los convenios bilaterales de reconocimiento de sentencias suscritos por Marruecos. Sin embargo, no cabe decir lo mismo de los convenios sobre la materia suscritos por España. Por una parte, junto con el C.H-M, existen instrumentos que no exigen ningún tipo de identidad, como el art. 17 e) del Convenio con Túnez; el art. 16.1 d) del Convenio con Argelia o en el art. 16.1 d) del Convenio con la República Islámica de Mauritania, de 12 de septiembre de 2006, relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil (BOE núm. 267, de 8 de noviembre de 2006). Por otra parte, los hay que exigen identidad de partes, tales como en el art. 5.1.3º del Convenio con Alemania; el art. 11.3 del Convenio con El Salvador, así como el art. 27.3 del Convenio de Lugano, aunque de los cuales los dos últimos resultan inaplicable al reconocimiento de sentencias sobre estado civil. Asimismo, la exigencia de identidad de partes y objeto aparece recogida en el art. 5.1 c) del Convenio con Austria y en el art. 5.4 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias. Por último, la identidad de partes y causa se recoge en el art. 20 e) del Convenio con Checoslovaquia; en el art. 4.5 b) del Convenio con Israel y en el art. 18.3 del Convenio con la URSS. Por último, la identidad de partes, objeto y causa se recogen en art. el 4.4 b) del Convenio con Francia; en el art. 14.4 b) del Convenio con Italia; en el art. 22.6 del Convenio con la República Popular China, de 2 de mayo de 1992, sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil (BOE núm. 60, de 31 de enero de 1994, corrección de errores, BOE núm. 60, de 11 de marzo de 1994); en el art. 19.6.2º del Convenio con Bulgaria; en art. 8 d) del Convenio con Uruguay; en el art. 21 d) del Convenio con Brasil y en art. 12 b) del Convenio con México. Los Reglamentos comunitarios de reconocimiento de sentencias sólo exigen identidad de partes en el art. 34.3 Reglamento (CE) núm. 44/2001 y en el art. 22 c) Reglamento (CE) núm. 2201/2003.

¹³¹⁶ Es trasladable lo dispuesto en el régimen comunitario para la identidad de objeto en caso de litispendencia. Así, en la STJCE de 8 de diciembre de 1987, asunto *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo* (RJ 1988/52) se afirma que la noción de litispendencia “comprende el supuesto en el que una parte presenta ante la jurisdicción de un Estado contratante una demanda de anulación o resolución del contrato de venta internacional, mientras está pendiente ante la jurisdicción de otro Estado contratante una demanda de la otra parte tendente a la ejecución de ese mismo contrato”. En este supuesto no existe una identidad formal entre ambas acciones, pero sí una discusión esencial acerca de la obligatoriedad del acuerdo, que provoca un riesgo de incongruencia o incompatibilidad entre las dos decisiones susceptibles de ser dictadas por diversas jurisdicciones.

la misma cuestión¹³¹⁷. Así, en el caso de que la sentencia marroquí que se trate de hacer valer en España verse sobre la impugnación la paternidad legítima y el proceso existente ante la autoridad española sea el resultado de una acumulación de acciones de reclamación de la paternidad natural e impugnación de la filiación matrimonial contradictoria, cabe rechazar el reconocimiento de la sentencia marroquí, incluso cuando el *petitum* de la demanda española sea más amplio.

El texto convencional, además, opta por un criterio de prioridad temporal dispuesto el art. 23.5 C. H-M¹³¹⁸, de tal forma que sólo será posible la denegación del reconocimiento de la sentencia marroquí si el proceso pendiente en España se inició con anterioridad al proceso seguido en Marruecos, que culminó con la decisión cuyo reconocimiento se solicita¹³¹⁹. Si en un procedimiento pendiente en España se hubiera iniciado con posterioridad al asunto seguido en Marruecos, la autoridad judicial española encargada del *exequátur* no podrá negarse a dar validez a la sentencia marroquí, según lo

¹³¹⁷ Tal y como se aprecia de los hechos de la resolución del TS marroquí núm. 658, de 30 de diciembre de 2004 [*Jurisprudencia de la Cour Suprême*, núm. 63 (en árabe) y en *Dossier*, 2005, núm. 7, p. 232 (en árabe, traducción propia), que ha sido comentada en el primer capítulo de este trabajo, en el epígrafe “La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica”] se obvia el reconocimiento de una sentencia francesa que establecía, mediante la prueba de ADN, la no paternidad del marido de la madre y, sin embargo, el Tribunal marroquí constata la paternidad mediante la vigencia de la presunción *al firach*. El resultado es que el hijo se encuentre con dos sentencias inconciliables, una en Marruecos que declara su paternidad y otra en Francia que le deniega la misma.

¹³¹⁸ Esta condición que opta por un criterio de prioridad temporal se recoge en diversos convenios internacionales firmados con distintos países. En concreto, el art. 4. 4 a) del Convenio con Francia; el art. 14.4 a) del Convenio con Italia; el art. 5.1 2) del Convenio con Alemania; el art. 5.1 b) del Convenio con Austria; el art. 20 f) del Convenio con Checoslovaquia; el art. 12 a) del Convenio con México; art. 4.5 a) del Convenio con Israel; el art. 21 c) del Convenio con Brasil; el art. 16.e) del Convenio con Argelia. Como excepción a esta línea general en el sistema convencional español hay que destacar el Convenio con China que, en su art. 22.6, prevé la denegación del reconocimiento o ejecución de la decisión extranjera, sin hacer alusión al criterio de prioridad temporal, cuando “ante los Tribunales de la parte requerida existiese un litigio pendiente entre las mismas partes, sobre los mismos hechos y teniendo el mismo objeto”. Semejante solución habilita el fraude, pues una segunda demanda en España puede convertir en un medio de bloquear el reconocimiento de la sentencia procedente de China que se dictó en un procedimiento abierto con antelación.

¹³¹⁹ La regla de la primacía de las decisiones del foro, en caso de conflicto, expresa una preferencia por la coherencia interna de su ordenamiento. Sobre el tema *vid.* M. Virgós Soriano y F. J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional...*, 2ª edic., 2007, *op. cit.*, pp. 653-658.

dispuestos en el C. H-M. La inclusión de esta causa de denegación del reconocimiento de sentencias, en ocasiones, puede llegar a ser de utilidad para combatir los fraudes en la materia. Así, cabe la posibilidad que en España se inicie un proceso de impugnación de paternidad matrimonial, en el que se verifique que el demandante no es el progenitor biológico mediante las correspondientes pruebas de ADN. Con posterioridad, la demandada podrá litigar en Marruecos, con el fin de obtener una sentencia en la que la paternidad matrimonial no quede en entredicho, por la vigencia de la presunción de hijo matrimonial (art. 154 CFM) ¹³²⁰. La regla prevista en el art. 23.5 C. H-M impediría a la autoridad marroquí denegar el reconocimiento de la sentencia española, al haberse iniciado el procedimiento español con anterioridad al marroquí. Una vez reconocida la decisión española, la autoridad marroquí que esté conociendo del procedimiento pendiente en Marruecos se verá obligada a paralizarlo.

En cierto modo, las causas de denegación del *exequátur* previstas en los arts. 23.4, último párrafo y 23.5 C. H-M vienen a completar la ausencia de una norma de litispendencia en el régimen bilateral destinada a solucionar el problema que plantea de la existencia de procedimientos pendientes ante los tribunales de los dos Estado con las mismas partes y mismo objeto. Piénsese que la inexistencia de dicha norma posibilita que el juez español ante el que se plantee una demanda de filiación siga conociendo, pese a tener conocimiento de la existencia de un proceso iniciado con anterioridad en Marruecos, y propicie con ello las situaciones a las que alude el art. 23.4, último párrafo y 23.5 del C. H-M.

¹³²⁰ Hay que recordar que las condiciones para determinar la filiación matrimonial reguladas en el art. 154 CFM son, por una parte, que el concebido nazca a los seis meses de la fecha del acta matrimonial y la consumación de la relación conyugal haya sido posible, con independencia de que el acto jurídico del matrimonio fuera anulable y, por otra, que el hijo nazca pasado un año desde la fecha de la separación de los cónyuges.

3. Reconocimiento en Marruecos de las sentencias españolas sobre filiación

A) Régimen aplicable

El régimen de reconocimiento de las decisiones judiciales en Marruecos sobre filiación viene igualmente constituido por el C. H-M. No obstante, hay que destacar la importancia que a tal efecto cobra la normativa interna marroquí sobre reconocimientos de sentencias extranjera establecida en los arts. 430-432 del CPCM de 1974¹³²¹, cuya aplicación por los jueces marroquíes, sorprendentemente, anteponen a la propia normativa convencional¹³²².

Lo que está claro es que ya sea por aplicación de la normativa convencional o de la interna, cualquier efecto que se pretenda del reconocimiento en Marruecos de la sentencia española de filiación, se supedita al trámite de *exequátur* (*cf.* art. 23 C. H-M. y art. 430 CPCM), instándose ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado y, en su defecto, el del lugar donde se produzca la ejecución de la decisión (*cf.* art. 25 C. H-M y art. 430 CPCM).

Existe una notable diferencia entre el régimen del reconocimiento de sentencias españolas sobre filiación frente al aplicable a las sentencias francesas

¹³²¹ Sobre el régimen general del reconocimiento en Marruecos de sentencias extranjeras, A. Darmich, “La valeur du jugement étranger à la lumière du droit marocain et des conventions internationales”, *Revue des avocats*, 1982, núm. 20, pp. 56-90 (en árabe y traducción propia); L. Messaoudi, “Tentative d’application du code de procédure civil...”, *loc. cit.*, pp. 169-211; A. Moulay Rchid, *L’exequatur des jugements étranger...*, *op. cit.*; J. Déprez, “La réforme de l’organisation judiciaire et de la procédure au Maroc...”, *loc. cit.*, pp. 1-45 y 49-93; P. Decroux, “Le droit international privé marocain.....”, *loc. cit.*, pp. 152-170; A. Ounnir, “La reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers au Maroc...”, *loc. cit.*, pp.451-469.

¹³²² En concreto, la resolución del TS marroquí núm. 658, de 30 de diciembre de 2004, *Jurisprudencia de la Cour Suprême*, núm. 63 (en árabe y traducción propia) y en *Dossier*, 2005, núm. 7, p. 232 (en árabe, traducción propia), comentada en el primer capítulo de este trabajo en el epígrafe “La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica”, ilustra perfectamente cómo los jueces marroquíes no utilizan el Convenio franco-marroquí para el reconocimiento de la sentencia sobre filiación dictada en Francia.

en Marruecos, ya que el Convenio entre Francia y Marruecos¹³²³ prevé la posibilidad de acceso al Registro Civil sin necesidad de *exequátur*. Las sentencias españolas, en cambio, únicamente serán reconocidas si superan el control de condiciones del art. 23 C. H-M. Para esta revisión hay que remitirse a lo expuesto *supra* en el epígrafe dedicado al reconocimiento de sentencias marroquíes en España.

B) El reconocimiento de la sentencia española sobre paternidad natural y la continuidad de la filiación en Marruecos

El tráfico de decisiones entre España y Marruecos en materia de filiación plantea serios problemas en aquellos casos en que las sentencias se refieren a paternidad natural, dada la imposibilidad de conseguir su homologación en el país vecino. El abismo entre el Derecho material español y el marroquí en este punto¹³²⁴ impide lograr tal fin, ya que el reconocimiento resulta contrario al orden público internacional marroquí. La voluntad de continuidad de la filiación en el espacio constituye una de las principales razones del reconocimiento de la situación generada en un país ante autoridades del otro Estado, procurando la estabilidad y permanencia del estatuto jurídico de la persona. En este ámbito se considera importante evitar situaciones claudicantes¹³²⁵, sobre todo cuando está en juego el derecho de toda persona un *status filii*.

¹³²³ Cfr. el art. 14 de este Convenio, donde se expone que en materia de estado civil, las decisiones firmes pueden ser inscritas en el Registro civil sin necesidad de *exequátur* (traducción propia). Sobre el reconocimiento sin *exequátur* de la Convención franco-marroquí *vid.* F. Monéger, “La Convention franco-marocaines du 10 août 1981 relative...”, *loc. cit.*, pp. 272 y 273.

¹³²⁴ Cfr. en el primer capítulo el epígrafe “La paternidad natural: su proyección en el Derecho español frente a su inadmisión en el Derecho marroquí”.

¹³²⁵ Para evitar situaciones claudicantes en los supuestos de crisis matrimoniales en las relaciones hispano-marroquíes, la doctrina española insiste en la importancia de la aplicación del CFM en materia de divorcio para que la decisión española pueda superar el control del orden público internacional y, finalmente, superar el reconocimiento en Marruecos. *Vid.* A. Quiñones Escámez, “La aplicación del nuevo Código de familia marroquí...”, *loc. cit.*, pp. 977-079, en espec. p. 979; G. Esteban de la Rosa y K Ouald Ali, “Divorcios de matrimonio marroquí residente en España”, *AEDIPr*, 2006, t. VI, pp. 983-987; M^a. P. Diago Diago, “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 271-294; *id.*, “La nueva Mudawana marroquí...”, *loc. cit.*, pp. 1078-1083; C. García-Vaso Pérez-Templado, “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento”, en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, Colex, 2004, pp. 411- 426.

El juez español ante quien se plantea cualquier reclamación o impugnación de la relación paterno/materno-filial tendrá en cuenta el binomio armonía material *versus* armonía internacional¹³²⁶. La autoridad judicial española atiende a la verdad biológica como un valor de orden público interno, lo que resquebraja la continuidad del reconocimiento, optando por la armonía interna, en detrimento del reconocimiento de la sentencia española en Marruecos.

El C. H-M no contempla el control de ley aplicable ni prevé una revisión del fondo de la decisión española. No obstante, su reconocimiento en Marruecos puede verse obstaculizado por la vía del orden público internacional (art. 23.4, primer párrafo del C. H-M)¹³²⁷, sumado a que las autoridades de países islámicos son particularmente minuciosas en la recepción limitada de las situaciones consolidadas en el extranjero cuando no se ha respetado la ley nacional de la persona originaria de un Estado islámico¹³²⁸. A pesar de ello, en Marruecos se ha observado una tendencia a modificar el *estatus quo* existente por el incremento de situaciones jurídicas privadas internacionales de sus emigrantes, sobre todo en lo concerniente al matrimonio y divorcio, postura no trasladada a la filiación. Los arts. 14, 15 y 128 del nuevo CFM han simplificado la homologación de los matrimonios y divorcios que han tenido lugar fuera de Marruecos¹³²⁹.

En los sistemas jurídicos occidentales viene utilizándose la calificación funcional como medio para afrontar las instituciones desconocidas para el foro,

¹³²⁶ Contraposición marcada ya en la STC alemán, de 4 de mayo de 1971. *Cfr.* J. D. González Campos y J. C. Fernández Rozas, *DIPr. materiales de prácticas*, Madrid, 1983, p. 79; A. Mía de la Muela, “Sobre los principios rectores de las reglas de competencia territorial de los tribunales...”, *loc. cit.*, p. 760.

¹³²⁷ Para evitar situaciones claudicantes, la doctrina española insiste en la importancia de la aplicación del CFM en materia de divorcio para que la decisión española pueda superar el control del orden público internacional y, finalmente, superar el reconocimiento en Marruecos. *Vid.* A. Quiñones Escámez, “La aplicación del nuevo Código de familia marroquí...”, *loc. cit.*, pp. 977-079, en espec. p. 979; G. Esteban de la Rosa y K Ouald Ali, “Divorcios de matrimonio marroquí...”, *loc. cit.*, pp. 983-987.

¹³²⁸ Más ampliamente *vid.* J. Déprez, “Le droit international privé marocain entre la fidélité à l’Unmma...”, *loc. cit.*, pp. 281-330, en espec. pp. 305 y 306 (nota 51); *id.*, “Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France...”, *loc. cit.*, pp. 57-151, en espec. p. 136.

¹³²⁹ A. Quiñones Escámez, “La réception du nouveau code de la famille marocain (*Moudawana*, 2004)...”, *loc. cit.*, pp. 877-900.

opción que puede resultar igualmente válida para Marruecos. De esta forma, al no existir en el Derecho marroquí cobertura jurídica para la paternidad natural, una posible vía de solución consistiría en buscar una función social de la paternidad fuera de matrimonio. Así, habría que hallar una institución que en el ordenamiento jurídico marroquí desempeñara la función equivalente o más próxima a la de la filiación natural establecida en el extranjero. Se trata, en suma, de recurrir a la “transposición de instituciones”, técnica basada en el principio de “equivalencia de instituciones”¹³³⁰, cuyo fin último es transponer una institución extranjera a otra conocida por el foro, con el objetivo de garantizar la continuidad y el reconocimiento en éste último de la primera institución. A tal efecto, resulta necesario que ambas instituciones, la extranjera y la del foro, cuya equivalencia se pretende, guarden la suficiente correspondencia.

En cualquier caso, se debe ser realista, pues las autoridades marroquíes se muestran claramente reacias a admitir instituciones en el ámbito del Derecho de familia desconocidas para el ordenamiento musulmán y que afectan al orden público marroquí¹³³¹. Muestra de ello es la resolución del TS marroquí núm. 658, de 30 de diciembre de 2004¹³³², que no da validez a la sentencia francesa que impugna la filiación matrimonial. Asimismo, la filiación adoptiva, tal y como se

¹³³⁰ Sobre el tema *vid.* S. Álvarez González, “Art. 12.1 C.c.”, *Comentarios al Código civil...*, *loc. cit. op. cit.*, pp. 842-880; M. Checa Martínez, *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw Hill, 1998; C. González Beilfuss, *El trust, la institución anglo-americana y el DIPr. español*, Barcelona, Bosch, 1997. En la doctrina extranjera, H. Battifol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Sirey, 1956, p. 43; *ibidem*, Paris, Dalloz, 2002, p. 46; F. Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956; B. Ancel, *Les conflits des qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, Dalloz, 1977, en espec. p. 37; P. Mayer y V. Heuzé, *Droit international privé...*, 2004, *op. cit.*, pp. 126-128. Sobre la crítica a la calificación *lege fori* y los problemas planteados por las instituciones musulmanas, junto con la opción al recurso de la calificación *lege causae* véase J. L. Elhoueiss, “Retour sur la qualification *lege causae...*”, *loc. cit.*, pp. 281-313.

¹³³¹ En general, sobre el concepto de orden público marroquí en materia de estatuto personal *vid.* A. Ounnir, “La reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers au Maroc...”, *loc. cit.*, pp. 455-460.

¹³³² Publicada en *Revue de Jurisprudence de la Cour Suprême*, núm. 63 (en árabe y traducción propia) y en *Dossier*, 2005, núm. 7, p. 232 (en árabe y traducción propia) y que ha sido comentada en el primer capítulo de este trabajo de investigación en el epígrafe “La determinación judicial la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica”.

conoce en los ordenamientos occidentales, ha sido imposible transponerla a otra institución marroquí, como la *kafala* o el *tanzil*¹³³³.

Lo cierto es que persiste la ineficacia en Marruecos de las sentencias españolas sobre paternidad natural, ya que las autoridades marroquíes las consideran contrarias al orden público marroquí. Es muy difícil que los jueces marroquíes, a corto o medio plazo, lleguen a cambiar su planteamiento y admitir fórmulas como las que aquí se proponen. Sirva de ejemplo la resolución del TS marroquí núm. 147, de 26 de abril de 2004¹³³⁴, referida a una solicitud de *exequatur* en Marruecos de una sentencia francesa sobre divorcio de marroquíes, en la que se concedía una pensión de alimentos a la hija adoptiva. Los jueces marroquíes acuerdan parcialmente el *exequatur*. En concreto, sólo se homologa la parte referida al divorcio, pero no así la del pronunciamiento sobre los alimentos de la hija, por considerar la adopción contraria al orden público marroquí.

Las sentencias españolas sobre paternidad natural son ineficaces en Marruecos, aunque cabe destacar la posibilidad comentada en el primer capítulo de esta investigación¹³³⁵ de demandar por responsabilidad extracontractual a la persona que ha cometido un acto fuera de ley¹³³⁶. Por tanto, y según la

¹³³³ Hay que recordar que la *kafala* se instauró en Derecho islámico para que los matrimonios sin hijos acogieran a un menor abandonado y velaran por sus intereses, sin crear ningún vínculo jurídico entre los padres por *kafala* y el menor acogido. Por tanto, esta institución es una figura protectora, pero nunca comparable con la adopción, la cual sí crea vínculo entre los padres y el hijo. En general, sobre esta institución y la semejanza con el acogimiento regulado en Derecho español *vid.* G. Esteban de la Rosa, *El acogimiento internacional...*, *op. cit.*, pp. 280-287; J. Lapanne-Joinville, “La filiation maternelle naturelle en droit musulman malekite”..., *loc. cit.*, p. 256; A. Rodríguez Benot, “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural...”, *loc. cit.*, pp. 4419-4448. Por otra parte, la adopción de gratificación (*jaza*) o testamentaria (*tanzil*) son vías legales por la que el hijo acogido accede al rango de heredero de primer grado, aunque sólo dispone del tercio de la sucesión en calidad de legatario, pero no establecen ningún lazo de filiación. Véase el comentario del art. 149 del CFM, en *guide pratique du code de la famille*, <http://ejustice.justice.gov.ma/justice/console/Uploads/Doc/guidecodefamille.pdf>; Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé...*, *op. cit.*, p. 61-63; L. Milliot et F. P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit...*, 2001, *op. cit.*, pp. 415-417; A. Morilla y P. Lorenzo, *Derecho de familia islámico...*, *op. cit.*, pp. 180-188; A. Motilla, “La filiación natural y adoptiva en el Derecho islámico y en los Códigos de Marruecos, Argelia y Túnez...”, *loc. cit.*, *op. cit.*, pp. 588-589; G. A. Ammar, “Du *Tanzil* et du testament”, *RMD*, 1958, pp. 1-15.

¹³³⁴ Inédita, en árabe y traducción propia, facilitada por el profesor M. Loukili.

¹³³⁵ *Vid.* en el primer capítulo de la tesis el epígrafe “La determinación judicial de la filiación en Derecho marroquí: restricción a la libre investigación de la verdad biológica”.

¹³³⁶ Al parecer, la guía toma una resolución del TS marroquí núm. 9447, de 13 de noviembre de 1962, *RMD*, 1963, p. 267, para plantear la posibilidad de indemnizar económicamente al hijo nacido fuera de matrimonio.

explicación en la guía práctica del art. 148 CFM, el nacido de relaciones sexuales ilícitas podría reclamar a su progenitor los daños morales ocasionados por este acto ilícito. Por tanto, cabe preguntarse si una decisión española de paternidad no matrimonial podría ser reconocida con efecto probatorio por el tribunal marroquí en el proceso de responsabilidad al que se ha aludido. La decisión española serviría de prueba a los jueces marroquíes en orden a determinar ciertos hechos relacionados con la causa del nacimiento del hijo y las complejas relaciones entre los contendientes¹³³⁷. Se trataría, en suma, en la consideración por parte de las autoridades marroquíes del efecto probatorio de la ejecutoria emitida por los tribunales de España, como cualquier otro documento público extranjero conforme al art. 432 CPCM. Sin embargo, y conforme a la rigidez de planteamiento de la justicia marroquí, la respuesta a esta cuestión es, hoy por hoy, negativa¹³³⁸.

En conclusión, los fallos emitidos en España sobre el establecimiento de la paternidad no matrimonial no son susceptibles en estos momentos de producir ningún efecto en Marruecos, ya sea éste el de cosa juzgada material, el constitutivo o el registral, ni siquiera el efecto probatorio. Incluso, hay que descartar la posibilidad de obtener en Marruecos el reconocimiento parcial de una sentencia española que contenga un doble pronunciamiento sobre declaración de paternidad natural y sobre alimentos¹³³⁹. La aceptación de un reconocimiento parcial en tales supuestos implicaría, sin duda, una tolerancia del efecto atenuado del orden público internacional marroquí¹³⁴⁰. Pero, al día de hoy, dicho efecto atenuado no se admite, por lo que resulta imposible el reconocimiento parcial de

¹³³⁷ En época anterior a la C.E., el TS español ofrecía un buen ejemplo de los efectos probatorios de sentencias extranjeras sobre divorcios de españoles, como en la STS de 21 de diciembre de 1963 y STS de 26 de marzo de 1977, comentadas en J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional...*, 3ª edic., 1996, *op. cit.*, p. 518.

¹³³⁸ Opinión confirmada por el profesor M. Loukili.

¹³³⁹ Persiste un problema de interrelación entre la reclamación de alimentos y la declaración de la paternidad, cuya solución ha de basarse bien el mantenimiento de un estatuto único en materia de filiación o bien en su sometimiento al estatuto de los alimentos. *Vid.* Y. Lequette, “De l’utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille”, *Mélanges en l’honneur de Y. Lousouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 245-264, en espec. p. 248.

¹³⁴⁰ Esta cuestión está íntimamente vinculada a la posibilidad de reconocimiento parcial, tal y como se expone en J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado...*, 3ª edic., 1996, *op. cit.*, pp. 549-550.

este tipo de sentencias en Marruecos por considerarse incompatible la institución de la filiación natural con el orden público de este país¹³⁴¹.

Habrá que esperar a que jueces marroquíes acaben acogiendo en materia de filiación planteamientos más flexibles, tal y como está sucediendo en otra materias¹³⁴². Con esta finalidad, cobran extraordinaria importancia ciertas minorías de *fatwas* o dictámenes de jurisconsultos musulmanes¹³⁴³, referidas al nacido fuera del matrimonio. En estos pronunciamientos se abren vías de solución para que estos hijos puedan ser reconocidos por su padre. Asimismo, cabe barajar la posibilidad de que el legislador marroquí se deje influenciar por los avances que en la materia (paternidad natural) se han producido en países de su órbita jurídica, como es el caso de la Ley núm. 98/91, de 28 de octubre de 1998 de Túnez, relativa a la atribución de un apellido patronímico para los hijos abandonados o de filiación desconocida, modificada por Ley 2003/0051, de 7 de julio de 2003¹³⁴⁴. Esta normativa permite que el hijo conozca su verdadera

¹³⁴¹ Sobre la filiación natural como institución desconocida para el ordenamiento jurídico marroquí *vid.* J. Déprez, “La réforme de l’organisation judiciaire et de la procédure au Maroc...”, *loc. cit.*, pp. 68-82.

¹³⁴² *Vid.* la resolución de la Corte de Apelación de Rabat núm. 106, de 17 de abril de 2006 [*Revue de la Justice de la Famille*, 2006, núm. 3, pp. 127-129 (en árabe y traducción propia)] admite el *exequatur* en Marruecos de una sentencia belga de divorcio por consentimiento mutuo de una marroquí musulmana casada con un no musulmán, aún considerando que el enlace era nulo y afirmándose que la persona que declare que el marido no era musulmán con el fin de invalidar el matrimonio, tendrá que demostrarlo. La resolución de la Corte de Apelación de Casablanca núm. 1413, de 23 de mayo de 2007 considera que el matrimonio de cónyuges de nacionalidad mixta celebrado en Francia antes de la vigencia del CFM, aún siendo uno de los testigos musulmanes mujer, no es impedimento matrimonial ni contrario al orden público marroquí, por lo que se admite el *exequatur* [*Revue de Tribunaux marocain*, núm. 109, pp. 146-148 (en árabe y traducción propia)]. La resolución de la Corte de Apelación de Casablanca núm. 1041, de 18 de abril de 2007 admite también la eficacia del matrimonio entre dos marroquíes en Francia ante el oficial civil de este país (*Revue des tribunaux marocain*, núm. 109, pp. 137-139). El enlace se va a considerar válido porque existe consentimiento entre las partes y no hay cláusula que impida la dote, incluso hay presencia de testigos musulmanes, aunque uno de ellos sea una mujer.

¹³⁴³ Una *fatwa* no es más que un pronunciamiento legal emitido por un especialista en Derecho islámico sobre una cuestión específica. En una determinada cuestión, en la que el *fiqh* o jurisprudencia islámica no está clara, y a solicitud un individuo o juez, el erudito o *mufti* en la materia emitir la *fatwa*. Sobre el tema *vid.* <http://es.wikipedia.org/wiki/Fatwa>; F. Maíllo Salgado, *Diccionario de Derecho islámico...*, *op. cit.*, pp. 79-80.

¹³⁴⁴ Para consultar esta ley *vid.* <http://www.jurisetetunisie.com/tunisie/codes/csp/Menu.html>

identidad, tal y como dispone el art. 4 de la Ley núm. 2003/0051¹³⁴⁵, para lo cual se podrá recurrir a las pruebas de ADN y determinar jurídicamente la paternidad natural del nacido fuera del matrimonio¹³⁴⁶. No obstante, hasta que ello suceda, habrá que seguir hablando de la existencia de situaciones claudicantes en las relaciones entre España y Marruecos.

Mientras que el ordenamiento jurídico marroquí de Derecho de familia salvaguarde la ley islámica, que seguirá sucediendo hasta que se deje de declarar en la Constitución marroquí que el Islam es la religión del Estado¹³⁴⁷, será difícil lograr el diálogo entre los sistemas objeto de comparación. En este sentido, cualquier cambio en la situación actual se presenta verdaderamente compleja.

¹³⁴⁵ En particular, el art. 4.2 dispone que “el titular del acta de nacimiento que tenga trece años puede solicitar, en caso de motivos legítimos, al tribunal de Primera Instancia competente y conforme al procedimiento legal la autorización para conocer la realidad de su identidad. En caso de fallecimiento, la demanda podrá iniciarse por sus herederos”.

¹³⁴⁶ *Vid.* A. Mezghani, “Le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels...”, *loc. cit., op. cit.*, pp. 651-682, en espec. pp. 653, 654, 662 y 663; A. Mezghani, “Le juge français et les institutions du droit musulman...”, *loc. cit.*, p.729.

¹³⁴⁷ *Cfr.* el art. 6 de la Constitución del Reino de Marruecos, publicada por *Dahir* núm. 1-96-157, de 7 de octubre de 1996, que contiene el texto revisado de la Constitución (B.O. núm. 4420 bis, de 10 de octubre de 1996). *Vid.* <http://www.maec.gov.ma/madrid/>

V. REVISIÓN DEL CONVENIO BILATERAL CON SUPERVISIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

1. Efecto colateral de la comunitarización del DIPr. en las relaciones hispano-marroquí

Como posible solución a los problemas identificados anteriormente, se plantea la adopción de un nuevo Convenio para las relaciones bilaterales entre España y Marruecos que abarque en su ámbito de aplicación las cuestiones de filiación. Este instrumento jurídico debería contener tanto normas sobre asistencia judicial y sobre reconocimiento y la ejecución de decisiones¹³⁴⁸ como reglas de competencia judicial internacional directas. Sin embargo, en la actualidad esta medida no es factible, habida cuenta que tanto España, como el resto de los Estados miembros de la UE, tienen limitada la capacidad para negociar Convenios con terceros países o para incorporarse a textos internacionales de alcance universal. Recuérdese a este respecto el Dictamen

¹³⁴⁸ *Vid.* la práctica española sobre los Convenios dobles adoptados en los últimos tiempos. En concreto, *cfr.* arts. 3-9 del Convenio entre España y Rumania de 17 de noviembre de 1997 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho *ad referendum* en Bucarest, el 17 de noviembre de 1997 (BOE núm. 134, de 5 de junio de 1999). En el mismo sentido, *cfr.* los arts. 2-8 del Convenio entre España y El Salvador de 7 de noviembre de 2000 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid, el 7 de noviembre de 2000 (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 2001).

1/03 del TJCE de 7 de febrero de 2006¹³⁴⁹, donde se establece la competencia exclusiva de la Unión para celebrar Convenios internacionales con terceros países¹³⁵⁰, en detrimento de las competencias de los Estados miembros, en aquéllos ámbitos en los que la UE hubiera legislado o estuviera trabajando¹³⁵¹.

¹³⁴⁹ (TJCE 2006/30). Sobre el tema en general *vid.* A. Borrás Rodríguez, “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, 2005, t. 317, pp. 317-526, en espec. pp. 479-490; *id.* “Comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero”, *RJC*, 2006, núm. 3, pp. 879-889; *id.*, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Comentario al Dictamen c-1/03, de 7 de febrero de 2006”, *RGDE*, 2006, núm. 10, en <http://www.iustel.com/revistas/>; M. Guzmán Zapater, “Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de Derecho internacional privado (A propósito del Dictamen del TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 14, en <http://www.reei.org/>; A. M. Rouchard-Joël, “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004-I, pp. 1-48, en espec. pp 6-10 y 16; A. Espiniella Menéndez, “La competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano”, *AEDIPr.*, 2006, t. VI, pp. 493-518; R. Arenas García, “El Derecho internacional privado y el Estado en la era de la globalización...”, *loc. cit.*, en espec. pp. 46 y 47.

¹³⁵⁰ El Dictamen se enmarca en el proceso de revisión de las disposiciones relativas a competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este proyecto, que empezó en 1997, pretendía reformar los Convenios de Bruselas y Lugano. La reforma del Convenio de Bruselas, firmado en 1968, aplicable a los Estados Miembros de la Comunidad, culminó con la adopción del Reglamento 44/2001, que entró en vigor el 1 de marzo de 2002. Y, en la medida en que el Convenio de Lugano es una extensión de las normas del Convenio de Bruselas a los Estados miembros de la Asociación Europea del Libre Comercio, su revisión se encuentra pendiente. El Dictamen le fue solicitado al TJCE con el objeto de que se pronunciase acerca de si la celebración del nuevo Convenio de Lugano era una competencia exclusiva de la Unión Europea, o, si, por el contrario, se trataba de una competencia compartida entre ésta y los Estados Miembros. Finalmente, el Dictamen 1/03 del TJCE del 7 de febrero de 2006 establece la competencia exclusiva de la Comunidad Europea para celebrar el nuevo Convenio de Lugano, en detrimento de las competencias de los Estados Miembros.

¹³⁵¹ Con anterioridad a este Dictamen, representantes de los Estados Miembros, el Parlamento y la Comisión Europea, opinaban que si, al amparo de los arts. 65 y 67 del Tratado CE, modificado por los tratados de Ámsterdam y Niza, se preguntaban si la UE poseía competencia exclusiva para celebrar acuerdos con Estados terceros y la respuesta del TJCE fue positiva. En la sentencia de 31 de marzo de 1971 (Comisión/Consejo, Asunto AETC, Rec. p. 263), el TJCE ya había sentado el principio según el cual, cuando se han adoptado normas comunes, los Estados miembros ya no tienen la facultad, ni a nivel individual ni colectivo, de contraer con Estados terceros obligaciones que afecten a dichas normas, pues en este caso la Comunidad pasa a disponer de competencia exclusiva para celebrar acuerdos internacionales. En términos del Dictamen TJCE 2/91 (TJCE 1993/36) se manifiesta que “según la Comisión, la Comunidad sólo tiene competencia exclusiva para celebrar un acuerdo internacional si la normativa comunitaria cubre básicamente el ámbito que es objeto de tal acuerdo”.

De ahí que, la competencia comunitaria externa no sea absoluta y quede limitada por el objetivo específico del correcto funcionamiento del mercado interior.

El planteamiento del TJCE afecta, sin duda, a la posibilidad del cualquier Estado miembro de incorporarse a un acuerdo internacional que instituya asimismo un sistema de normas de competencia judicial o de reconocimiento y ejecución de resoluciones, como el establecido tanto en el Reglamento 44/2001 como en el Reglamento 2201/2003, en la medida que puede afectar a las citadas reglas, y, en definitiva, a su aplicación uniforme y coherente y al buen funcionamiento del sistema que establecen las materias ya reguladas por la normativa institucional. En consecuencia, la adopción por parte de España de un nuevo Convenio bilateral con Marruecos con reglas de competencia judicial y reconocimiento y ejecución de decisiones en ámbitos en los que la UE hubiera legislado o estuviera trabajando resulta en estos momentos inviable, ya que afectaría claramente a la aplicación de las normas comunitarias.

Es verdad que, en materia específica de filiación, nada impide en principio la conclusión entre España y Marruecos de un Convenio, por no ser un ámbito cubierto por las normas de origen comunitario (en términos del Dictamen TJCE 2/91). Sin embargo, al margen de esta cuestión, no se puede olvidar que la interpretación que ofrece el TJCE es extensiva, al manifestarse en el apartado 126 del Dictamen 1/03 que “es preciso tener en cuenta, no sólo el estado actual del Derecho comunitario en el ámbito afectado, sino también sus perspectivas de evolución...”. Por tanto, hay que tomar en consideración, además de las propuestas de Reglamento¹³⁵², las iniciativas de la Comisión¹³⁵³, los libros verdes ya presentados¹³⁵⁴ e, incluso, los libros verdes en previsión. Y, en este punto, hay

¹³⁵² Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, 17 de julio de 2006, COM (2006), 399 final. También la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), de 15 de diciembre de 2005, COM (2005), 650 final.

¹³⁵³ Véase la iniciativa comunitaria sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación de autoridades en materia de obligaciones alimenticias, Documento COM (2005) 649 final, de 15 de diciembre de 2005, que afecta al Convenio en preparación en La Haya sobre la misma materia, que puede consultarse en <http://www.hcch.net>.

¹³⁵⁴ Como en materia de sucesiones, Documento COM (2005) 65 final, de 1 de marzo de 2005 y en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo, de 17 de julio de 2006, COM (2006), 400 final.

que señalar la elaboración de un libro verde sobre el reconocimiento mutuo en materias vinculadas al estado civil¹³⁵⁵, del que se espera que abarque la cuestión de la determinación de la filiación. En consecuencia, siendo la filiación una posible materia de competencia comunitaria¹³⁵⁶, se excluiría la facultad de que los Estados miembros, entre ellos España, suscriban unilateralmente Convenios sobre la materia que incorporen reglas que puedan entrar en conflicto con las que en su día adopten las instituciones comunitarias. Estos casos son los referidos a Acuerdos internacionales con normas de filiación sobre competencia judicial internacional o reconocimiento.

Es cierto que España, con posterioridad al Dictamen 1/03, ha suscrito con terceros Estados varios convenios de reconocimiento y ejecución de sentencias¹³⁵⁷. Se trata de los que vinculan con la República de Argelia, de 24 de febrero de 2005, sobre la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, con la República de Túnez, de 24 de septiembre de 2001, sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, y con la República Islámica de Mauritania, de 12 de septiembre de 2006, relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil. No hay duda de que, tales instrumentos suponen una vulneración clara de la competencia exclusiva de la Comunidad, a pesar de que la Comisión no ha dicho nada al respecto.

En cuanto a Marruecos, las relaciones con España cuentan con el vigente C. H-M que resulta de aplicación a las decisiones judiciales de filiación. Lo único que cabe imaginar en estos momentos es una eventual revisión de dicho instrumento en cuanto a sus reglas de reconocimiento, quedando sometida al sistema de libertad vigilada bajo el control de la Comisión¹³⁵⁸.

¹³⁵⁵ (DOCE C 198, de 12 de agosto de 2005).

¹³⁵⁶ Vid. A. Borrás Rodríguez, “Comentario al Dictamen C-1/03...”, *loc. cit.* p. 263; *id.*, “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución...”, *loc. cit.*

¹³⁵⁷ De hecho, los Estados miembros siguen celebrando acuerdos bilaterales en materia que son objeto de los instrumentos comunitarios, tal y como dispone A. Borrás Rodríguez, “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, 2002, año XXIII, núm. 5611, viernes 13 de septiembre de 2002, pp. 1-8, en espec. p. 4.

¹³⁵⁸ Cfr. A. Borrás Rodríguez, “Comentario al Dictamen C-1/03...”, *loc. cit.*, p. 268.

2. Propuestas de mejora del C. H-M

Los legisladores marroquí y español estimaron en su día que la vía más adecuada para regular el reconocimiento mutuo de decisiones judiciales y documentos era la convencional, suscribiendo a tal efecto el ya referido C. H-M. Hay que destacar el notable esfuerzo que supone encontrar soluciones comunes entre los dos Estados, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de legislaciones bien distantes. En cualquier caso, no es posible dejar de afirmar la existencia de ciertas lagunas e imperfecciones que son susceptibles de ser subsanadas.

Lo primero que hay que plantearse es si es posible o no la reforma del C. H-M a fin de intentar solucionar los problemas¹³⁵⁹. Es verdad que un Tratado internacional es rígido, pero no inmutable, por lo que nada impide que se pueda proceder a su modificación cuando cambien las circunstancias políticas, económicas y sociales que lo originaron o si se pretende aumentar la eficacia en atención a la experiencia de su aplicación¹³⁶⁰. En el caso particular del C. H-M, el

¹³⁵⁹ En la actualidad, se trabaja sobre la posible revisión de los actuales convenios bilaterales, tal y como se puede comprobar en el Proyecto Adl, que apoya la mejora de los procedimientos de cooperación jurídica internacional entre los dos países y que se pondrá en práctica mediante la creación de la Red Marroquí de Cooperación Jurídica Internacional (RMCJ). Sobre el tema *vid.* <http://www.proyectoatl.com>. La actuación se concretará en dos campos de acción específicos: los sistemas de cooperación jurídica internacional y la posible revisión de los actuales convenios bilaterales, así como los medios de asistencia jurídica a las personas que se encuentran en condiciones desfavorecidas. En este campo, la experiencia enseña que las disparidades lingüísticas, jurídicas y técnicas dificultan la cooperación jurídica entre países. Ello puede provocar dilaciones procesales que, en ocasiones, se traducen en carencias de tutela judicial efectiva. La RMCJ interviene precisamente para solucionar este problema y actúa como elemento de información, contacto y seguimiento entre las autoridades judiciales de los diferentes Estados y en el marco del estricto cumplimiento de los mecanismos convencionales internacionales suscritos por Marruecos. En definitiva, la RMCJ es un instrumento destinado a facilitar la realización de los actos de cooperación jurídica internacional emitidos por jueces marroquíes o recibidos en Marruecos, que va a favorecer la comunicación directa entre autoridades judiciales españolas y marroquíes.

¹³⁶⁰ *Vid.* A. Remiro Brotons, *Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 407 y 410-417. Cualquiera de los dos Estados parte están legitimados para solicitar la enmienda del Acuerdo internacional. La enmienda de un tratado bilateral no plantea problemas especiales. Es obvio que las partes habrán de proceder de mutuo acuerdo y negociar la enmienda a través de los canales diplomáticos, de misiones especiales o de comisiones mixtas previstas por los tratados. Sobre el tema de las enmiendas de los Tratados internacionales y la dificultad que la revisión de la norma convencional *vid.* también B. Conforti, “Cours general de droit international public”, *Recueil des Cours*, 1988-V, t. 212, pp 21- 210, en espec. p. 85.

importante incremento de la población marroquí en España experimentado en los últimos diez años, motivo del considerable aumento de las relaciones de tráfico privado externo entre ambos países, justifica una posible revisión del texto convencional.

En la búsqueda de mecanismos que atenúen los inconvenientes que de tales cuestiones se derivan, cabe plantear la posibilidad de introducir en el C. H-M ciertas soluciones, como puede ser la inclusión de una norma de litispendencia o la opción del reconocimiento automático para que la sentencia extranjera de filiación despliegue efectos registrales. Ahora bien, no hay que perder de vista que, como consecuencia del efecto colateral del Derecho comunitario en las materias amparadas por el C. H-M, la Comisión Europea eventualmente fiscalizaría la reforma del Tratado bilateral.

En cuanto a la regla de litispendencia, y tomando como referente una vez más al Convenio franco-marroquí¹³⁶¹, se mantiene la conveniencia de introducir una norma de tal tipo que optimice la aplicabilidad del sistema vigente y afrontar el problema del reconocimiento de decisiones entre los Estados parte¹³⁶², al suponer la existencia en el Estado requerido de una resolución inconciliable con aquélla otra que se trata de hacer valer. De hecho, no es ésta una solución nueva

¹³⁶¹ Los arts. 8.3 y 11.3 del Convenio franco-marroquí de 1981 introducen la regla de litispendencia para resolver las cuestiones surgidas por las demandas planteadas ante cualquiera tribunal de los dos Estados partes. Sobre el tema *vid.* F. Monéger, “La convention franco-marocain du 10 août 1981...”, *loc. cit.*, pp. 275-277, en espec. p. 276.

¹³⁶² La tendencia que se sigue en el ámbito del reconocimiento de decisiones dentro de la Comunidad Europea es dotar a la litispendencia de un contenido autónomo. Así, para interponer una excepción de la litispendencia es necesario inconciliabilidad de las decisiones, exigiendo identidad de partes, pero no de objeto y de causa, por lo que incluye todos los supuestos de litispendencia, así como aquellos supuestos de conexidad en que las consecuencias jurídicas de las decisiones se excluyen recíprocamente. *Vid.* las sentencias del TJCE, en los asuntos *Overseas Union Insurance Limited/New Hampshire Insurance Company*, de 27 de junio de 1991 (TJCE 1991/226), *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo* de 8 de diciembre de 1987 (TJCE 1988/52) y *Tatry*, de 6 de diciembre de 1994 (TJCE 1994/196). En concreto, en el Reglamento “Bruselas I” (art. 34.3), al igual que en los Convenios de Bruselas y de Lugano, se contempla en unos términos amplios, previendo la denegación de reconocimiento “si la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada entre las mismas partes en el Estado requerido”. En este sentido, *vid.* los autos del TS de 20 de junio de 2000 (RJ 2000/4656) y de 20 de abril de 2004 (RJ 2004/3450), que exponen que bastan con una vinculación sustancial entre las causas de las acciones ejercitadas, su objeto, y en su caso, los sujetos de uno y otro procedimiento, que genere un riesgo de incompatibilidad o de incongruencia entre la decisión objeto de reconocimiento y la recaída en el foro.

en la práctica convencional bilateral española, ya que son varios los acuerdos bilaterales sobre reconocimiento de sentencias que incorporan una regla de litispendencia¹³⁶³.

En el vigente C. H-M no se contiene una norma especial de litispendencia que faculte a los Tribunales de un Estado parte a rechazar la demanda o a suspender el procedimiento cuando exista otra fundada en los mismos hechos, con el mismo objeto y entre las mismas partes ante un Tribunal del otro Estado y pueda dictarse una decisión judicial susceptible de reconocerse y ejecutarse en virtud del Convenio. Este instrumento sólo dispone que “las resoluciones judiciales tendrán autoridad de cosa juzgada en el territorio del otro Estado..., si no se encontrase pendiente ningún proceso entre las mismas partes y por el mismo objeto ante algún órgano jurisdiccional del Estado requerido antes de iniciarse la acción ante el Tribunal que haya dictado la resolución que deba ejecutarse” (*cf.* art. 23.1 y 5 del C. H-M). Y no cabe duda de que la admisión de la litispendencia internacional en todo tipo de casos, con la suspensión del procedimiento posterior condicionada a un juicio positivo de reconocimiento de la sentencia extranjera que en su momento recaiga¹³⁶⁴, constituye un beneficio

¹³⁶³ En concreto, el art. 10 del Convenio entre España y Francia de 28 de mayo de 1969 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y arbitrales y actas auténticas (*BOE* núm. 63, de 14 de marzo de 1970) prevé la posibilidad de que los Tribunales de cada Estado parte declaren la inadmisión o suspensión del curso de una demanda cuando, fundada en la misma causa y entre las mismas partes, exista otra demanda planteada anteriormente ante el Tribunal del otro Estado. No obstante, la estimación de la litispendencia internacional dependerá del juicio acerca de las posibilidades de reconocimiento que, en virtud del propio Convenio, tenga la futura decisión del Tribunal extranjero en el Estado del foro. Una norma similar se encuentra en los convenios bilaterales de España con la República de Austria de 17 de febrero de 1984 sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil (*BOE* núm. 270, de 29 de agosto de 1985); con la República Federal Alemana de 14 de noviembre de 1983 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil (*BOE* núm. 230, de 24 septiembre de 1992); con Rumania sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, hecho “ad referéndum” en Bucarest, el 17 de noviembre de 1997 (*BOE* núm. 134, de 5 de junio de 1999); y con la República de El Salvador sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 7 de noviembre de 2000 (*BOE* núm. 256, de 25 de octubre de 2001).

¹³⁶⁴ Sobre la viabilidad de la litispendencia internacional y el juicio previo del reconocimiento de la futura decisión extranjera *vid.* P. Rodríguez Mateos, “Nota a la SAP de Valencia (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 1989”, *REDI*, 1990-1, vol. XLII, pp. 234-238, en espec. p. 237.

para los intereses del tráfico jurídico externo entre España y Marruecos. No obstante, hay que admitir que si una sentencia extranjera es reconocible no significa que finalmente se reconozca, además de que dicho reconocimiento no se puede declarar de oficio, sino que depende de la voluntad de las partes¹³⁶⁵.

La solución que se acoja en la norma que se propone habrá de ser, en todo caso, la habitual en las normas sobre litispendencia: optar por el Tribunal ante el que se hubiera iniciado con anterioridad el procedimiento, considerando como tal “la jurisdicción ante la cual se cumplimentaron en primer lugar las condiciones que permitieron concluir en una litispendencia definitiva, debiendo ser apreciadas dichas condiciones según la ley nacional de cada una de las jurisdicciones implicadas”¹³⁶⁶. Así, la efectividad de esta norma sería doble. Por un lado, se protegería a cada parte frente a comportamientos oportunistas de la otra y se evitarían dobles cargas procesales, asegurando la uniformidad internacional de la tutela judicial. Y por otro, se favorecería el reconocimiento de decisiones entre los dos Estados parte, ya que con la admisión de la litispendencia se evitaría la coexistencia de decisiones sobre la misma causa incompatibles entre sí¹³⁶⁷.

En cualquier caso, hay que reconocer que la operatividad de la norma de litispendencia que en su caso se incluyera en el C. H-M estaría restringida, ya que en lo concerniente al ámbito concreto de la filiación sólo funcionaría en relación con la reclamación o impugnación de la filiación matrimonial o, incluso, en lo referente al establecimiento judicial de maternidad matrimonial o no. Como se ha visto, en modo alguno se reconocerá en Marruecos una sentencia española en la que se establezca una relación de paternidad no matrimonial. No obstante, aunque exista tal limitación en materia de filiación, la norma de litispendencia sería de gran utilidad en otras materias reguladas en el C. H-M.

¹³⁶⁵ Sobre el tema *vid.* J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado...*, 2001, *op. cit.*, p. 151.

¹³⁶⁶ *Vid.* las Sents. T.J.C.E de 7 de junio de 1984, Asunto 129/83: “Zelger/Salitrini”); T.J.C.E. de 27 de junio de 1991, Asunto C-351/8: “Overseas Union, Deutsche Ruck, Pine Top/New Hampshire”.

¹³⁶⁷ *Cfr.* R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996, pp. 167-171, en espec. p. 170 y nota 144.

Por último, se ha comprobado que no es posible un reconocimiento automático o incidental de la sentencia extranjera que permita conseguir de ella el efecto registral¹³⁶⁸, al exigir la tramitación del *exequátur* para obtenerlo, según establece el art. 24 C. H-M. Los requisitos a superar mediante este procedimiento definitivo pueden ser insalvables, lo que supondría negarle efectos en el Estado de acogida a una situación de filiación vigente en el Estado de origen.

Para dar alcance registral a las sentencias de filiación entre España y Marruecos se podría valorar acudir al reconocimiento automático del art. 23 C. H-M, tal y como se prevé en el Convenio franco-marroquí¹³⁶⁹ y en el art. 21 del Reglamento 2201/2003 para el reconocimiento registral automático de las sentencias de divorcio, separación y nulidad matrimonial. Dado que el reconocimiento automático no produce efecto de cosa juzgada, de forma que no condiciona el reconocimiento ante otras autoridades, generaría inconvenientes derivados de la necesidad de dotar de estabilidad a la situación de filiación. El hecho que diferentes autoridades puedan valorar de forma distinta el reconocimiento de una decisión extranjera podría contradecir el interés del hijo y los de terceras personas vinculadas a la situación de filiación.

La tramitación del *exequátur* supone una exigencia desproporcionada. Podría valorarse una posición intermedia, como ocurre en el ordenamiento alemán que prevee la posibilidad de un *exequátur* atenuado para el reconocimiento de sentencias extranjeras relativas al reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio. La fórmula alemana otorga competencia a

¹³⁶⁸ *Vid.* la Resolución de la DGRN 1ª, de 4 de mayo de 1996 (RJ 1996/5044), en <http://westlaw.es/>. Una parte de la doctrina internacional privatista española aboga por sustituir el trámite del *exequátur* por otros medios de reconocimiento como presupuesto para el acceso de las sentencias extranjeras al Registro Civil. Incluso se propone la reforma del Derecho autónomo español. *Vid.* E. Rodríguez Gayán, *Derecho registral civil...*, *op. cit.*, pp. 62-65.

¹³⁶⁹ El art. 14 del Convenio franco-marroquí expone que “en materia de estado de personas, con excepción del art. 17 del Convenio de ayuda mutua judicial y de *exequátur* de sentencias de 5 de octubre de 1957, las decisiones con fuerza de cosa juzgada van a poder ser publicadas o transcritas sin necesidad de *exequátur* en los registros de estado civil”. *Vid.* asimismo P. Decroux, “La convention franco-marocaine du 10 août 1981...”, *loc. cit.*, pp. 272-273, en espec. nota 198, donde se confirma que esta solución se contiene en otro tipo de convenios internacionales firmados por Francia, como es el caso del franco-tunecino de 28 de junio de 1972.

una autoridad administrativa como es el Landesjustizverwaltung del Bundesland cuando la parte tenga su residencia habitual en Alemania y, a falta de ésta, será el Landesjustizverwaltung de Berlín quién controle de forma definitiva los requisitos a superar para su reconocimiento, según dispone el art. 7&1 (8) de la Ley para la unificación y el cambio de las disposiciones del Derecho de familia¹³⁷⁰. En España sería posible atribuir estas funciones al juez encargado del Registro Civil, de forma que su decisión respecto del reconocimiento de la sentencia extranjera de filiación resultaría vinculante para el resto de autoridades.

¹³⁷⁰ Vid. R. Geimer, *Internacionales CivilprozeBrecht*, 5ª edic., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2005, pp. 953-963, en espec. nota marginal 3015.

CONCLUSIONES

1. En el sistema español rigen el principio de igualdad de los hijos (art. 14 C.E.), el *favor filii* (art. 39 C.E.) y la búsqueda de la verdad biológica (art. 39.2 C.E. vinculado a los arts. 10.1 y 24 C.E.). Dichos principios adquieren relevancia para enjuiciar si la reglamentación conflictual española sobre filiación satisface convenientemente los intereses subyacentes. Asimismo, aquéllos resultan trascendentales tanto en la función interpretativa, integradora y moduladora de la norma de DIPr. como en la fijación del contenido del orden público internacional y en la precisión del Derecho más vinculado a la relación de filiación. Contrariamente, en el ordenamiento jurídico marroquí rige el principio de desigualdad de los hijos (art. 148 CFM), el del *favor legitimatis* (arts. 54.3, 143, 148 y 150 CFM) o el mantenimiento de la paz familiar vinculado a la restricción de la búsqueda de la verdad biológica (arts. 143 y 145 en relación con el 149 CFM). El valor “igualdad” no viene satisfecho por el Derecho marroquí en el ámbito de la filiación, que se preocupa por distinguir entre la legítima y la ilegítima, atribuyendo únicamente efectos jurídicos a la primera. Esta discriminación se enfrenta al sistema jurídico español, al ser la igualdad de todos los hijos ante la ley un principio fundamental refrendado en la C.E. De ahí la búsqueda de un acercamiento entre ambos ordenamientos que posibilite el reconocimiento de decisiones sobre filiación.

El *favor filii*, tan presente en la institución de la filiación, parece identificarse con el establecimiento de la verdad biológica del hijo, según se desprende del art. 39.2 y 3 C.E. Este principio se puede traducir en sentido

positivo, propiciando el establecimiento de la paternidad o maternidad biológica, al entenderse que toda persona tiene derecho a conocer sus orígenes, sin olvidar que, mediante el *favor filii*, también se ofrece al operador jurídico la alternativa de no establecer la filiación cuando intervenga otro interés que así lo aconseje. Tampoco la investigación de la paternidad puede quedar reducida a un derecho exclusivo del hijo, en detrimento de la iniciativa de los progenitores.

La diversidad de variables que el *favor filii* plantea se sustenta en la denominada “teoría del vértice”, donde el interés superior del hijo se convierte en la piedra angular de una relación triangular, en la que intervienen, de un lado, los intereses de los progenitores y, del otro, la verdad biológica y la estabilidad familiar. Si bien el interés del hijo es prioritario, la intervención de distintos factores en esta relación provoca que el vértice sea susceptible de variación a criterio del operador jurídico.

Una posible solución para atenuar la rigidez y allanar el desconocido terreno al que conduce la aplicación de la norma de conflicto en materia de filiación sería la de incorporar el *favor filii* al proceso de interpretación y aplicación del art. 9.4 C.c. Ello no impide que la búsqueda de dicho interés se complique en las situaciones hispano-marroquíes, al entrar en juego el valor de la identidad cultural y religiosa del hijo, lo que evidencia el conflicto entre la cultura islámica y la occidental o entre la confesionalidad y el laicismo de los Estados. El significado del interés del hijo en la ordenación de la filiación en el Derecho marroquí contrasta con el que ofrece el Derecho español, al regir para aquél el principio del *favor legitimatis*, según el cual, la protección jurídica del hijo dependerá del carácter de la filiación. Y es que el derecho del hijo a la determinación de la filiación, formulado de forma abstracta en el art. 54.3 CFM, junto con el interés del menor tan presente en la nueva *Mudawana*, no llega a ejercer toda su fuerza en el campo del establecimiento de la paternidad natural. De aquí que la precisión del concepto de interés del hijo en las relaciones hispano-marroquíes resulte difícil, siendo, más viable la vulneración de otros principios fundamentales imperantes en el ordenamiento español por el Derecho marroquí, como el de la igualdad, lo que justifica la intervención del orden público internacional y la aplicación del Derecho español.

En los supuestos de tráfico externo ha resultado trascendental indagar si existe un derecho fundamental de la persona a la búsqueda del origen biológico,

en particular, cuando se acude a la vía judicial para establecer o impugnar la filiación. En esta investigación, se rechazó inicialmente la idea de calificar la averiguación de la verdad biológica como una norma material imperativa. De ser así, el ordenamiento español no podría permitir ningún supuesto donde prevaleciera la verdad registral frente a la biológica, como sucede en la presunción de paternidad del marido. Al concluir que el valor de la búsqueda de la verdad biológica que impregna la determinación de la filiación no alcanza el grado de imperatividad suficiente para calificarlo como norma material imperativa, se recurrirá a la norma de conflicto para resolver las cuestiones hispano-marroquíes de filiación planteadas en el foro.

El establecimiento de la verdad biológica es un principio constitucional recogido en art. 39.2 C.E. que responde a un interés social y de orden público, si bien se vincula estrechamente a ciertos derechos fundamentales, como el libre desarrollo de la personalidad y dignidad del sujeto, el tratamiento no discriminatorio frente a otros hijos o el de la tutela judicial efectiva. El itinerario seguido por la normativa internacional, europea y nacional, así como la jurisprudencia del TEDH, del TC y del TS, no esclarece la existencia de un derecho fundamental a conocer el origen biológico en el sistema español, tal y como ocurre en las regulaciones alemana o suiza. Sin embargo, se deja patente que la búsqueda de la verdad biológica, como principio esencial, cabe enmarcarla dentro de la concepción del orden público internacional, lo que provoca que actúe dicho correctivo frente a la aplicación del Derecho marroquí cuando se impida la investigación de la realidad biológica. Y es que el legislador del país vecino considera que la averiguación de la verdad pone en peligro la situación social, religiosa e ideológica imperante, al desvelar las relaciones ilícitas de los padres. De ahí que el CFM no otorgue la posibilidad al hijo, ni tampoco al progenitor, de hacer constar la paternidad ilegítima. La consecuencia es clara: el nacido de relaciones ilícitas no accederá nunca a la paternidad, ni siquiera aportando la prueba de ADN confirmatoria de la nueva realidad biológica.

Es cierto que el legislador marroquí arbitra varias posibilidades de acudir a la vía judicial para declarar o impugnar la filiación legítima. La prueba de ADN aparece como novedad en el CFM para aclarar cuestiones de filiación, aunque la jurisprudencia del TS marroquí se ha pronunciado claramente a favor de su utilización exclusiva en demandas de denegación de la paternidad legítima para comprobar si el nacimiento se produjo antes de los seis meses de celebración del

matrimonio de los progenitores y así denegar la paternidad establecida, tal y como marca el art. 154 CFM. En tales supuestos se ha considerado ventajosa la aplicación de la normativa marroquí reclamada por la norma de conflicto, por no resultar contraria al orden público español y alcanzar la ansiada continuidad en el espacio del estado civil de filiación, aunque ello diste del enfoque actual de la libre investigación de la filiación que rige en el Derecho español. Ahora bien, las autoridades españolas, ante la disparidad de principios inspiradores en materia de filiación en ambos ordenamientos jurídicos, deberán enfatizar en aquéllos con plasmación constitucional, en menoscabo del principio de estabilidad de la filiación entre ambos Estados.

2. Entre los hechos inscribibles en el Registro Civil español figuran aquéllos que afectan al estado civil de los extranjeros que residen en España, cuando tienen lugar en territorio español. Concretamente, en orden a la determinación del carácter y de los medios de establecimiento de la filiación, la autoridad registral española viene obligada a aplicar la normativa conflictual y atender a lo dispuesto en la ley nacional del hijo. En la práctica, se advierte un claro desprecio de esta exigencia legal por parte de las autoridades registrales.

Cuando la ley reguladora remita al Derecho español no presenta problemas la distinción entre la filiación matrimonial y no matrimonial, pues cumple la función de facilitar los medios para establecerla, así como de fijar las condiciones de admisibilidad y de legitimación para acudir a la vía judicial. Mayores obstáculos plantean aquellos supuestos en los que la ley nacional del hijo venga constituida por el Derecho marroquí, toda vez que, para este ordenamiento resulta esencial la determinación del carácter legítimo o ilegítimo de la filiación.

Dada la imposibilidad de hacer coincidir técnicamente el carácter de la filiación en el Derecho material de ambos sistemas jurídicos, se ha intentado adaptar, en la medida de lo posible, las nociones más afines en uno y otro ordenamiento jurídico. Así, en principio, no habrá inconveniente en equiparar la filiación legítima del Derecho marroquí a la matrimonial del Derecho español, en los casos en que exista o haya existido matrimonio entre los progenitores. Panorama distinto presenta la equiparación de la filiación legítima marroquí cuando ésta se establezca por reconocimiento voluntario o mediante sentencia

judicial en supuestos en que no se haya constatado el matrimonio de los progenitores.

Por su parte, la filiación ilegítima marroquí podría asimilarse al concepto español de filiación no matrimonial. Pero al quedar prohibida por el CFM, en ningún caso podría equipararse a la no matrimonial española, al contravenir el principio de igualdad proclamado en el art. 14 C.E. Estas discrepancia conceptuales no impedirán la correcta aplicación del art. 9.4 C.c. por parte de las autoridades registrales

Los títulos para practicar la inscripción registral de la filiación quedan al margen del ámbito de aplicación del art. 9.4 C.c., sometidos a la ley española en tanto *lex loci registrationis*. Cabe la posibilidad, ciertamente, de que se produzcan algunas divergencias entre los medios de determinación de la filiación fijados por la *lex causae* y sus vías de acceso al Registro previstas por la *lex loci registrationis*. Cuando así suceda, corresponderá a la autoridad registral española conciliar lo dispuesto en una y otra ley. En caso de absoluta incompatibilidad entre ambas, deberá prevalecer inexcusablemente lo dispuesto en la ley nacional del hijo, habida cuenta que la *lex loci registrationis* sólo recoge aspectos técnicos y formales, pero no de fondo. Se trata, en suma, de peligros ocultos de un sistema registral pensado para una realidad interna y que no se ha adaptado a la nueva sociedad multicultural. Lamentablemente, en Derecho registral español no existe un principio que evite la inadaptación entre la ley del Registro y la ley extranjera designada por el art. 9.4 C.c. Lo cierto es que en el caso concreto de las situaciones de filiación en el marco de las relaciones hispano-marroquíes, la conciliación entre la *lex causae* y la *lex loci registrationis* no se presenta tan difícil. Y ello por cuanto el legislador español contempla un amplio abanico de vías de acceso de la filiación al Registro Civil, que facilita claramente la armonía entre lo previsto en la ley española como *lex loci registrationis* y lo dispuesto en la ley reguladora de la filiación en relación con los medios de determinación de ésta última (art. 9.4 C.c.). De hecho, existe una importante correspondencia entre los medios de determinación de la filiación previstos en Derecho marroquí y los exigidos por el Derecho español para practicar la inscripción, lo que posibilita la coordinación entre la *lex causae*, cuando ésta venga constituida por el Derecho marroquí, y la *lex loci registrationis*. Sin embargo, en la práctica las autoridades españolas no suelen acudir a la ley reguladora de la filiación para su acceso al Registro Civil español, atendiendo a lo establecido en la legislación registral

española, lo que evidencia, o bien un desconocimiento en DIPr., o bien un desprecio absoluto hacia la norma de conflicto. De hecho, parece que únicamente las autoridades españolas acuden a lo dispuesto en el art. 9.4 C.c. en los casos en que la determinación de la filiación se plantea en vía judicial.

3. Desde la óptica de la autoridad registral española, la determinación del carácter matrimonial de la filiación en las relaciones hispano-marroquíes no plantea problema cuando el matrimonio de los progenitores figura en el Registro Civil español, bien por afectar a un español o por haberse celebrado en España. En tales supuestos rige la presunción de paternidad del marido, cuyo reconocimiento no plantea actualmente problemas a las autoridades marroquíes. Más incierta se presenta la determinación del carácter de la filiación cuando el matrimonio de los progenitores no tiene acceso al Registro Civil español, como sucede cuando ninguno de los contrayentes es español y el enlace se ha celebrado en el extranjero. Así, para determinar el carácter matrimonial del nacido en España en tales situaciones se suscita una cuestión previa de validez del matrimonio de los progenitores. Dicho problema se resuelve de manera flexible, al no estar en juego el efecto constitutivo del vínculo conyugal, considerando suficiente la prueba de la existencia del matrimonio para que pueda regir la presunción de paternidad del marido. Lo más adecuado, sin duda, sería eliminar la referencia del matrimonio de los padres en la inscripción de nacimiento de los hijos. De esta manera se evitaría la incongruencia que supone el escaso control de la validez del matrimonio como dato que ha de encontrar reflejo en la inscripción de nacimiento de los hijos, frente al rigor en la verificación del matrimonio como inscripción a título principal.

El nuevo CFM brinda a los residentes en el extranjero la posibilidad de contraer matrimonio, no sólo conforme a su Derecho nacional, sino también de acuerdo a la *lex loci* (arts. 14 y 15 CFM), teniendo aquél acceso al Registro Civil marroquí. En particular, tratándose de un matrimonio celebrado en España en forma civil o religiosa, su inscripción se efectúa en el Registro Civil del Consulado marroquí correspondiente al lugar de celebración del matrimonio, previa fiscalización por parte del funcionario consular del cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 14 CFM. Es posible que el enlace conyugal de los progenitores se haya celebrado ante autoridad marroquí, bien en Marruecos o en España y que, por consiguiente, ya figure inscrito en el correspondiente Registro marroquí. En cualquiera de los supuestos planteados, no habrá

dificultades para proceder a la inscripción de la filiación legítima en el Registro Civil consular correspondiente al lugar de nacimiento del hijo nacido en España. Conforme al nuevo CFM, es factible regularizar la situación matrimonial de los cónyuges que celebraron su unión a la luz de la antigua *Mudawana*, pero que no fue reconocida por las autoridades marroquíes, aún siendo válida para el ordenamiento jurídico del lugar de celebración. Como es lógico, la regularización del matrimonio conlleva también la determinación de la filiación legítima de los nacidos de estas situaciones excepcionales, aunque el legislador marroquí establece para ello un período transitorio de cinco años a contar desde la entrada en vigor de la nueva *Mudawana* (art. 16.4 CFM). Sin duda, las reformas del Derecho de familia marroquí han supuesto la mejora del estatus del hijo, al obligar a la autoridad marroquí a solucionar la cuestión previa de la validez del matrimonio celebrado fuera de Marruecos por marroquíes. Ello permitirá ampliar los supuestos para la constatación de la filiación legítima de los hijos, planteamiento impensable antes de la promulgación del nuevo CFM.

La inscripción consular de la filiación del nacido en España se presenta, en cambio, más dificultosa cuando los progenitores no están casados ni tengan voluntad de contraer matrimonio. En tales supuestos, en principio, sólo se registra la maternidad del hijo, presumiéndose que éste es de padre desconocido. Ahora bien, si los progenitores muestran una voluntad conjunta de regularizar su situación matrimonial a la luz de lo dispuesto en el CFM, terminará por inscribirse la paternidad legítima del nacido en España.

Cuando el nacimiento del hijo de progenitor marroquí tenga lugar en España, puede suceder que tal inscripción se realice primeramente en el Registro Civil Consular marroquí y, con posterioridad, en el Registro Civil español. En tal caso, la transcripción a éste último de la certificación expedida por el Registro Consular marroquí donde conste la inscripción de nacimiento y el dato de la filiación, se efectuará siempre que el Registro marroquí “sea regular y auténtico, de modo que el asiento que se certifica, en cuanto a los hechos de los que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”, según lo dispuesto por los arts. 23.2 LRC y 85 RRC. Además, dicha certificación marroquí deberá cumplir las condiciones de regularidad extrínseca exigidas a cualquier documento extranjero, si bien es cierto que algunas ellas quedan dispensadas por el C. H-M, tal y como sucede con la exigencia de legalización. Por el contrario, la traducción del documento será obligatoria, salvo que se

confirme lo dispuesto en el art. 86.2 RRC, que permite eximirlo si el Encargado del Registro Civil conoce lo contenido en dicho documento.

Por otra parte, se ha constatado que si la certificación consular marroquí donde conste la filiación no acredita ninguna declaración de voluntad, sino que la constancia de la relación filial es producto del juego de la presunción de paternidad del marido, no será necesario el control de fondo de la filiación. Sin embargo, en aquellos supuestos en que ésta última sea el resultado de un reconocimiento voluntario, el referido control de fondo sí resultará exigible, tal y como disponen los arts. 23 LRC, 81 RRC y 323.2.3º LEC. En estos preceptos se exige que no haya duda sobre la legalidad conforme a la ley española del acto incorporado en la certificación extranjera. Es cierto que tal exigencia de control se puede interpretar atendiendo a lo establecido en el art. 9.4 C.c. para el control del fondo, en el art. 9.1 C.c. para el control de la capacidad de la partes intervinientes en el reconocimiento y en el art. 11 C.c. para el control de forma del acto. En este trabajo se ha analizado la posible interpretación de la exigencia de legalidad del art. 23 RRC como un control de la no contrariedad del acto con el orden público internacional español. Por tanto, sería suficiente con la confirmación de que la filiación constatada a través de la inscripción consular marroquí no es contraria a los principios de igualdad entre los hijos y de verdad biológica que rigen en el sistema español, con independencia de cual sea la ley aplicable a la filiación. Esta solución, sin duda, facilitaría la continuidad de la filiación en el espacio, al tiempo que beneficiaría al *favor filii*. No obstante, la sobrecarga de este correctivo no evita que los interesados busquen autoridades extranjeras no vinculadas con la situación de filiación. Esta falta de proximidad obliga a una reformulación del sistema vigente. Para confirmar que la autoridad interviniente extranjera está vinculada con el asunto, es posible el uso de las conexiones vigentes en la norma de conflicto sobre filiación para la búsqueda del ordenamiento jurídico competente. De esta manera, se otorgará validez a la situación creada en de dicho ordenamiento extranjero, aunque con la salvaguarda del orden público internacional español.

4. La aplicación de la vigente norma de conflicto española sobre filiación al establecimiento o impugnación del *status filii* de un hijo de nacionalidad marroquí, principalmente cuando éste no es matrimonial, conduce a resultados insatisfactorios. En un primer momento de esta investigación se examinó la idea de un cambio de la norma de conflicto actual que tuviera en cuenta la

problemática especial de las relaciones hispano-marroquíes. Aunque en el art. 9.4 C.c. se otorga al hijo un lugar destacado, el legislador diseñó una norma de DIPr. ciega a resultados, en la que se relegan los intereses de los progenitores y se desaprovecha la oportunidad de introducir una concreción temporal en las conexiones nacionalidad o residencia habitual del hijo. Ello puede frustrar el objetivo constitucional de facilitar la averiguación de la verdad biológica. A pesar de ello, en este trabajo se ha tenido la oportunidad de demostrar que una realidad tan concreta como la relativa a las relaciones de filiación hispano-marroquí no parece proclive a reclamar la modificación de la norma general de DIPr. en la materia. Por elevado que sea el número de marroquíes residentes en España, la problemática particular que plantea la aplicación de la actual norma de conflicto a las relaciones de filiación hispano-marroquíes no es trasladable a otras en las que el hijo y progenitor ostenten otra nacionalidad diferente a la marroquí. Y es que resultaría bastante forzado instaurar una nueva solución conflictual válida para aquélla comunidad, pero no adecuada para otros supuestos de filiación mixta. No obstante, sería deseable que el legislador español introdujera en la actual reglamentación conflictual sobre filiación una cláusula interpretativa de cierre para que el intérprete jurídico atendiera al *favor filii*, lo que permitiría optimizar el resultado, con carácter general, para todo tipo de supuestos de filiación. Así, en caso de cambio de nacionalidad del hijo, se podría optar entre la ley personal de éste al tiempo del nacimiento o la ley personal posterior, en función de la más favorable al hijo.

Ante las dificultades detectadas en la aplicación de la actual normativa conflictual española a las relaciones hispano-marroquíes, tomando en consideración los principios fundamentales que influyen en este sector, el trabajo ha pretendido encauzar el sistema actual hacia soluciones más satisfactorias, recurriendo a diversas técnicas generales del DIPr. En concreto, se propone la flexibilización de la norma para obtener el mejor resultado material, cuando la aplicación del Derecho marroquí no es idónea en el asunto concreto. Entre estas técnicas se incluye la teoría de los dos escalones para afrontar la problemática que suscita la cuestión de la capacidad pasiva en el reconocimiento, cuando es la ley marroquí la que resulte aplicable. Asimismo, se considera una solución adecuada la atenuación del orden público a fin de permitir que los hijos nacidos de uniones poligámicas accedan al Registro Civil español como hijos matrimoniales.

Entre las técnicas analizadas, se reflexiona sobre la solución ofrecida por el IDI en su sesión de Cracovia de 2005, dedicada a las diferencias culturales y al orden público en el DIPr. de la familia. En cuanto al establecimiento de la filiación, el IDI invita a tener presente la teoría de la *Innenbeziehung* o la operatividad de la excepción del orden público por razón de la proximidad de la situación con el foro. Sin embargo, se concluye que no resulta adecuada para esta materia. El rechazo de esta solución se justifica en la propia naturaleza tuitiva de la institución y en los principios que la rigen, como el *favor filii* o el conocimiento de la verdad biológica de la persona. Se estima así que el orden público internacional del foro debe operar siempre que el Derecho extranjero aplicable prohíba el establecimiento de la paternidad, independientemente de que existan o no vínculos de proximidad con las autoridades que conocen del asunto. Tal es el caso del nacional marroquí no residente en España, que ejercita una acción de reclamación de paternidad natural ante la autoridad judicial española. Pese a la inapreciable proximidad del supuesto planteado con el foro, se impone el recurso al orden público internacional español y rechazar la aplicación de la ley marroquí reclamada por el art. 9.4 C.c., al no contemplarse la reclamación de la filiación. El Derecho marroquí, ante la prohibición de la reclamación de paternidad, vulnera el derecho de igualdad de los hijos y el valor constitucional de investigación biológica enmarcados en la C.E., por lo que se aplica la ley española al supuesto planteado.

Las propuestas analizadas a la luz del sistema actual de DIPr. tienen la virtualidad de remediar el problema desde la perspectiva del ordenamiento español, pero no así desde la óptica del sistema jurídico marroquí. El documento intervenido o la sentencia dictada por la autoridad española que proclame la paternidad no matrimonial, en aplicación de las soluciones apuntadas, corren el riesgo de no ser reconocidas en Marruecos. Las autoridades marroquíes se muestran claramente reacias a dar eficacia a instituciones extranjeras desconocidas para su ordenamiento en el ámbito del Derecho de familia. Esto es particularmente destacado en lo referente a la determinación de la paternidad natural. En cualquier caso, hay que manifestar la “paradoja” que supone el hecho de que los sistemas coránicos justifiquen la prohibición de la adopción, mediante la invocación de la existencia de la realidad biológica de estos hijos y, sin embargo, rechacen la paternidad ilegítima, ignorando la misma verdad biológica proclamada. No dar efectos jurídicos al establecimiento o a la reclamación de la paternidad natural implica la negativa a otorgar validez a cualquier resolución

judicial o documento extranjero en que se constata la paternidad fuera de la legalidad marroquí, en virtud de su orden público internacional basado en principios de Derecho musulmán. Esta investigación valora positivamente el hecho de que un sector progresista de la doctrina marroquí intente justificar la necesidad de un orden público no equiparable al orden público islámico. Lo indiscutible es que, en la filiación, la jurisprudencia marroquí sigue las pautas ordenadas por la doctrina clásica del Derecho musulmán, obviando la verdad biológica como valor relevante de la institución. De ahí que, la armonía internacional de soluciones sea un objetivo inalcanzable en las relaciones hispano-marroquíes en el ámbito de la determinación de la paternidad natural.

Especial consideración merece la línea de evolución de la jurisprudencia marroquí que tuvo eco en los años sesenta, incluida en la explicación del art. 148 de la guía práctica del CFM, donde se apuntaba la posibilidad de que nacido de relaciones sexuales ilícitas pudiera reclamar por responsabilidad extracontractual a su progenitor, que cometió un acto pecaminoso, los daños morales ocasionados de esta ilicitud. Lógicamente, se podría plantear un conflicto de calificaciones, si ésta fuera la solución actual. Tal tendencia jurisprudencial marroquí permitiría otorgar validez al establecimiento de la paternidad extramatrimonial del hijo marroquí llevado a cabo en España. Con este trabajo se pretende que el tribunal marroquí otorgue al documento o decisión de paternidad no matrimonial emitidos por autoridades españolas efecto probatorio, aunque nunca sea establecida jurídicamente. Esta propuesta queda sujeta a una atenuación del orden público internacional marroquí en base al interés superior del menor presente ya en la nueva *Mudawana*.

5. Como se ya ha apuntado, en esta investigación no se pretende la modificación global del art. 9.4 C.c., al entender que las conexiones previstas en la actualidad ofrecen respuestas satisfactorias en las relaciones hispano-marroquíes, con las correcciones indicadas.

Distinta valoración merece el reconocimiento voluntario de la filiación, dado su carácter independiente, intereses que involucra y el despliegue de la autonomía de la voluntad de las partes, lo que conduce a la búsqueda de una solución conflictual autónoma. Ello puede dar lugar a una quiebra en la reglamentación vigente producto de la diversificación de reglas de conflicto que con carácter general y especial confluyen, ocasionando desconcierto al

determinar la normativa aplicable. En cualquier caso, la decisión de reglamentar de forma específica tal institución no resulta ajena al art. 9.4 C.c. Piénsese en el fraccionamiento que supone su extracción del supuesto de hecho en lo relativo al nombre de las personas físicas, las medidas de protección del menor o incapaz, los alimentos, los derechos sucesorios e, incluso, los de guarda y visita objeto de debate en procesos de nulidad, separación y divorcio.

Se ha considerado que el legislador español podría ofrecer una respuesta conflictual definida para el reconocimiento voluntario de la filiación, a riesgo de los problemas colaterales que ello conlleva. La regulación específica de la citada institución viene condicionada por el considerable incremento de declaraciones voluntarias realizadas ante la autoridad española, a causa de nuevos modelos de familia determinantes de paternidades y maternidades fuera del marco del matrimonio, lo que conduce a una propuesta de “*lege ferenda*” sobre una norma de conflicto especializada para dicho reconocimiento. En todo caso, la solución conflictual que se ofrezca deberá perfeccionar la norma general vigente y resultar extrapolable a cualquier tipo de relación de filiación independientemente de la nacionalidad de las partes. Dicha respuesta podrá incorporar orientaciones y elementos materiales especialmente operativos para el perfeccionamiento de la institución.

Los reconocimientos voluntarios efectuados en España no tienen validez en Marruecos dado los límites impuestos por el Derecho clásico musulmán, cuyo núcleo se sostiene en la no permisibilidad de la paternidad fuera de matrimonio, lo que influye directamente en la capacidad activa y pasiva, así como en el fondo de la institución. De esta manera, cuando la aplicación de la norma de conflicto española lleva a Derecho marroquí, es necesario resolver tales planteamientos mediante las oportunas correcciones, como la atenuación del orden público o la teoría de los dos escalones.

En cuanto a las cuestiones de forma, el establecimiento de una solución particular exigirá el diseño de una regla especial para la forma del reconocimiento voluntario de la filiación, que facilite la validez formal del acto. A ese efecto se sugiere la posibilidad de optar alternativamente entre la ley del Estado en el que se realice el reconocimiento voluntario, la ley reguladora del fondo o a la ley nacional de cualquiera de los intervinientes. Por otra parte, a las cuestiones de capacidad activa y pasiva se aplicará la ley nacional o la de su residencia habitual,

siempre que se beneficie al *favor filii*. En cuanto al fondo se amplía el círculo de Derechos potencialmente aplicables a elegir, por un lado, entre la ley de la nacionalidad o residencia habitual del hijo y, por otro, las correspondientes al progenitor. Parece más respetuosa la técnica de introducir conexiones alternativas para localizar un mejor Derecho. En aras del *favor filii* conviene el establecimiento de una cláusula de cierre en la solución conflictual que obligue al operador jurídico a atender a este principio a la hora de seleccionar el Derecho aplicable. Tal complejidad conflictual obliga a la búsqueda de la ley que mejor convenga.

El hilo conductor de esta investigación ha sido la búsqueda del *favor filii* en conjunción con la continuidad de soluciones. Una respuesta que englobe estos dos objetivos sólo será posible cuando el operador marroquí flexibilice la norma en base al *favor filii* o se eliminen los límites impuestos en el art. 160.3 CFM. Mientras ello sucede, el objetivo a conseguir desde el punto de vista del Derecho español será establecer la filiación, siempre que favorezca al hijo.

6. El documento extranjero que contenga un reconocimiento voluntario de la filiación, en particular el originado ante autoridades marroquíes, puede plantear problemas de acceso al Registro Civil español. A tal efecto, en principio dicho documento deberá cumplir los requisitos de autenticidad y traducción exigidos por la normativa general aplicable a la eficacia en España de documentos extranjeros contenida en la LEC, a la que remite, con ciertas matizaciones, el RRC (arts. 81 y 86). En particular, para el documento marroquí, habrá que tener además presente lo dispuesto en el C. H-M. Asimismo, la autoridad registral española fiscalizará la validez del acto incorporado en el documento extranjero según lo dispuesto en el art. 323.2.3º LEC. Vuelve a resurgir la dificultad interpretativa del control de la legalidad del acto incorporado en documento extranjero. El sistema vigente de verificación queda sujeto a las normas de DIPr. españolas relativas a los aspectos de capacidad, fondo y forma (arts. 9.1, 9.4 y 11 C.c. respectivamente). Este método, llamado reconocimiento conflictual, es demasiado rígido, además fraccionar el régimen jurídico aplicable. En consecuencia, puede suscitar un desfase entre la validez del acto del reconocimiento de la filiación en el Estado de origen y en el sistema de normas de conflicto del foro, facilitando los reconocimientos de filiación claudicantes. La solución de *lege lata* aportada desde esta investigación se basa en una reducción teleológica del control de la legalidad del art. 323 LEC para

otorgar validez a los reconocimientos voluntarios de la filiación que proceden del extranjero, verificando que la situación creada en el extranjero sea válida conforme al ordenamiento competente localizado mediante el art. 9.4 C.c., siempre que dicha situación no vaya en contra del orden público internacional español.

En este trabajo se ha barajado la posibilidad de utilizar otros métodos diferentes para dar validez en España al reconocimiento de la filiación que se contiene en un documento extranjero, con las peculiaridades propias que se plantean si éste proviene de Marruecos. Para ello se ha comprobado el enfoque que otorgan las reglamentaciones europeas de DIPr. sobre las diversas metodologías de recepción del reconocimiento de la filiación llevado a cabo en el extranjero. Ahora bien, el estudio de tales métodos ha evidenciado que ninguno de ellos constituye la panacea, en relación a las situaciones hispano-marroquíes de declaraciones voluntarias de filiación. El objetivo pretendido no se logra de manera plena ni con el método de remisión al ordenamiento jurídico competente, ni con el *Herkunftslandprinzip*, así como tampoco con el de reconocimiento de situaciones, aunque la utilización de algunos de ellos puede ser útil.

Para otorgar validez al acto de reconocimiento de la filiación contenido en documento extranjero se propone una optimización del vigente régimen español. En este sentido, se ha sugerido el llamado “método de reconocimiento *fili*-céntrico de la situación creada en el extranjero”, consistente en otorgar validez al reconocimiento de la filiación emitido ante autoridad extranjera según el ordenamiento de referencia. Es conveniente el establecimiento de una norma propia del sector del reconocimiento, según la tendencia de la doctrina actual que reformula la metodología del reconocimiento, eclipsando la utilización del conflicto de leyes en el sector de la eficacia extraterritorial. En este sentido, sería útil otorgar la validez al reconocimiento de la filiación llevado a cabo en el extranjero, cuando éste sea válido en el Estado de la ley de la nacionalidad o la residencia habitual del hijo, o en el Estado de la nacionalidad o residencia habitual del autor del reconocimiento. Por tanto, esta regla de reconocimiento amplía las conexiones para la búsqueda del ordenamiento competente y así favorecer el reconocimiento de la situación creada en el extranjero. Ahora bien, el inconveniente que presenta esta regla se plasma en la localización del correcto ordenamiento competente, manifestándose en el ir y venir entre varios

ordenamientos. Para resolver tal problemática se decide incluir la cláusula de *favor filii*. Con este principio de favor, el intérprete determinará el ordenamiento que va a ser el competente para dar alcance a la situación creada en el extranjero, siempre que sea favorable al hijo. Frecuentemente, el dinamismo de las variables presentes en una declaración voluntaria de la filiación hace que se coloquen, en el mismo plano de igualdad, los intereses del hijo y del progenitor que reconoce, configurándose en la cúspide del triángulo de la denominada “teoría del vértice”, lo que llevaría a que el *favor filii* coincidiera con la validez de la situación creada en el extranjero. En determinadas ocasiones, puede ocurrir que, en beneficio del hijo, no se reconozca la declaración voluntaria de filiación realizada en el extranjero. Ello confirma la necesidad de introducir esta cláusula interpretativa en la regla propuesta.

Particularmente, cuando el reconocimiento de la filiación se constate ante una autoridad pública marroquí, y este sea el ordenamiento jurídico competente, ello no debe obstruir su validez en España, teniendo presente que si la declaración voluntaria de la filiación es conformada en Marruecos, habrá superado los dificultosos límites impuestos en este ordenamiento, tales como la razón o la costumbre (art. 160.3 CFM). El reconocimiento voluntario es un modo complejo de determinar la filiación legítima en la *Mudawana*, debido al enmascaramiento que comporta declarar la paternidad fuera del marco legal. Puede que tal situación cristalice en dicho foro sin que exista intervención de autoridad pública, mediante la declaración de la filiación en documento privado permitido por el CFM e, incluso, confirmando la constante posesión de estado de hijo. Por ello, sería conveniente añadir una segunda oportunidad en la regla creada en esta investigación para que sean reconocidas las situaciones de filiación que han cristalizado en Marruecos, aun siendo inválidas para dicho ordenamiento. La simple aplicación de remisión al ordenamiento jurídico competente puede conducir a situaciones injustas desde el punto de vista del Estado requerido. Pero mediante el manejo del método de reconocimiento de situaciones se podrá localizar su cristalización material en el sistema de referencia para otorgarle validez en España.

7. En cuanto a la reclamación o impugnación de la filiación se ha procedido al análisis de los foros de competencia judicial internacional que rigen para en el ordenamiento autónomo español y marroquí, a falta de regulación específica a nivel convencional que vincule a ambos países. Llama la atención la amplitud de

unos y otros, circunstancia ésta última que propicia foros concurrentes, posibilitando que tanto los tribunales españoles como los marroquíes se atribuyan competencia judicial internacional para conocer de un mismo asunto de filiación. Tal planteamiento ofrece a esta investigación la oportunidad de incluir en la normativa convencional vigente una regla sobre litispendencia o de conexidad aplicable a ambos sistemas. Aunque esta postura únicamente respondería a intereses parciales ajustables a la filiación matrimonial, dadas las limitaciones del ordenamiento marroquí a la hora de determinar la paternidad natural.

El efecto adyacente de los foros concurrentes en materia de filiación emerge de nuevo en el plano del reconocimiento de sentencias entre ambos países. El art. 23.1 C. H-M exige para el reconocimiento en uno de los Estados parte de las decisiones dictadas en el otro verificar que “la resolución emana de un órgano jurisdiccional competente, según las normas aplicables en el país en que hubiera sido dictada”, lo que deja abierta la búsqueda del foro más conveniente y la generación de supuestos fraudulentos en ambos Estados. Un paliativo a esta situación pudo ser la inclusión de criterios de competencia judicial internacional indirectos similares a los previstos en el Convenio franco-marroquí, como el domicilio común o, a título subsidiario, la nacionalidad común de las partes.

La revisión del actual C. H-M queda sometida al sistema de libertad vigilada bajo el control de la Comisión Europea, según el Dictamen 1/03 del TJCE de 7 de febrero de 2006 y como consecuencia del efecto colateral de la comunitarización del Derecho de familia. En España, como el resto de los Estados miembros de la UE, se restringe la capacidad para negociar Convenios con terceros países o para incorporarse a textos internacionales de alcance universal en aquéllos ámbitos en los que la UE haya legislado o esté trabajando. Con posterioridad al Dictamen 1/03, España ha suscrito con terceros Estados varios convenios de reconocimiento y ejecución de sentencias, sin que la Comisión se haya pronunciado al respecto. Pero ello no significa que no exista una vulneración de la competencia exclusiva de la Comunidad. En materia filiación podría pensarse que nada impide la conclusión de un Convenio entre España y Marruecos, por no ser un ámbito cubierto por las normas de origen comunitario. Pero la capacidad de los Estados miembros para negociar Convenios con terceros Estados es limitada, al manifestarse en el apartado 126

del Dictamen 1/03 que “es preciso tener en cuenta, no sólo el estado actual del Derecho comunitario en el ámbito afectado, sino también sus perspectivas de evolución...”. Así lo evidencia la elaboración del libro verde sobre el reconocimiento mutuo en materias vinculadas al estado civil de las personas, donde cabría el tratamiento de la determinación de la filiación.

En consecuencia, siendo la filiación una posible materia de competencia comunitaria, se excluiría la facultad que los Estados miembros suscriban unilateralmente Convenios sobre la materia que incorporen reglas que puedan entrar en conflicto con las que en su día adopten las instituciones comunitarias. De surgir la iniciativa entre España y Marruecos para la rúbrica de un convenio bilateral sobre cuestiones de familia, sería viable únicamente en supuestos de determinación de la filiación con carácter matrimonial, por la imposibilidad de acercamiento de la institución a las situaciones de Derecho marroquí.

En sede de reconocimiento, el art 23.4 y 5 del C. H-M dispone verificar la inexistencia de un proceso pendiente en el Estado requerido, con identidad partes y objeto, y que además este proceso no se haya iniciado con anterioridad al ejercicio de la acción en el Estado que originó la resolución cuyo reconocimiento se pretende. Esta causa de denegación implantada en el C. H-M viene a mitigar la ausencia de una norma de litispendencia en el régimen bilateral. La inclusión de esta causa de denegación del reconocimiento de sentencias del C. H-M, en ocasiones, puede llegar a ser de utilidad para combatir fraudes descritos por la búsqueda de foros convenientes.

Finalmente, se constata cómo la normativa convencional bilateral no impone, con carácter general, la exigencia de *exequátur* como presupuesto para obtener en uno de los Estados partes la eficacia de una decisión judicial sobre filiación dictada en el otro. En ciertos supuestos, el C. H-M, dependiendo del efecto a conseguir, exige la previa declaración de ejecutividad mediante la tramitación de un procedimiento de *exequátur*, mientras que en otros contempla la posibilidad de un reconocimiento automático. En atención a la literalidad del art. 24 del C. H-M, se puede inferir que tal exigencia de homologación se prevé para los casos en que de dichas decisiones se derive su inscripción en el Registro Civil, aunque su redacción sea oscura y ambigua. Si lo que se pretende, en cambio, es el efecto de cosa juzgada de la decisión extranjera dictada en uno de los dos Estados, el C. H-M deja claro en su art. 23 las exigencias a superar.

Pero el establecimiento de la filiación no siempre va ligado estos efectos. También, en ocasiones, se procura un efecto constitutivo que modifique una situación jurídico-material, por ejemplo hacer valer una resolución marroquí de filiación en un juicio de alimentos abierto en España, extremo que no llega a perfilarse en ninguno de los dos preceptos mencionados. Como se observa, bien por dificultades en la traducción original del texto convencional, bien por deficiente redacción, una incorrecta interpretación del C. H-M puede inducir a la elección errónea de los precedimientos a seguir para el efecto pretendido y éste es su principal impedimento.

Podría pensarse que el sistema de reconocimiento automático previsto en el art.23 C. H-M también hubiera alcanzado al efecto registral de la sentencia extranjera de filiación eximiéndola del trámite de *exequátur*, como sucede en materia de divorcio en el Reglamento 2201/2003. Sin embargo, ante los riesgos que conlleva la posibilidad de que la misma sentencia sea utilizada como cuestión incidental en otro tipo de procesos, el convenio bilateral se ha decantado por las garantías del *exequátur* como cautela registral.

8. El objetivo primordial buscado en esta investigación ha sido localizar un punto de encuentro entre ambos sistemas legislativos, sin desprestigiar la identidad del individuo en favor del respeto a su Derecho nacional. La Ley marroquí difícilmente pueda alcanzar las expectativas de la normativa española, al presentar serios obstáculos a la hora de hacer efectivos valores jurídicos de orden público como el de la búsqueda del origen biológico, estandarte del *favor filii*. Por ello, en supuestos de paternidad natural, cuando la norma de conflicto española remita al Derecho marroquí será de imposible aplicación al contravenir un valor esencial del ordenamiento español: la libre investigación de la paternidad.

Aún cuando se relajen los controles que acusa la normativa española de DIPr., si los jueces marroquíes no flexibilizan sus posiciones en la determinación de la filiación, la convergencia será nula entre ambos Estados. La armonía internacional de soluciones no depende exclusivamente del legislador español. Para conseguirla, deberá confiarse en que la regulación de la filiación, material y conlictual, sea ajustada por el legislador marroquí a los principios internacionales que informan dicha institución. Un exponente del cambio se verifica en el nuevo CFM, todavía insuficiente aunque con cierta postura

aperturista, teniendo en cuenta que Marruecos es un país constitucionalmente confesional. La reforma del Derecho de familia marroquí supuso una apertura en la interpretación de las fuentes del Islam, basada en la afirmación del principio de supremacía de la razón (*aqḷ*) frente a la tradición (*naql*). El legislador del país vecino ha realizado verdaderos esfuerzos en adaptar la *Mudawana* a las crecientes situaciones privadas internacionales, como la reglamentación del reconocimiento de los matrimonios celebrados por marroquíes en el extranjero o el avance hacia la igualdad entre cónyuges en la institución del repudio. Continuando esta línea, un cambio en la regulación de la filiación conllevaría el respeto de la dignidad humana, al Derecho de igualdad de los hijos y situaría a Marruecos dentro de los Estados respetuosos con los derechos humanos.

BIBLIOGRAFIA

OBRAS DE CARÁCTER GENERAL Y MONOGRAFÍAS

AA.VV.: *Affirmer et promouvoir les droits de l'enfant après la Convention internationale sur les droits de l'enfant*, Paris, La documentation française, 1993.

AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. IV, vol. 3º, Art. 40 al final de la ley del Registro Civil, Madrid, Edersa, 1996.

AA.VV.: *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Madrid, Cívitas, pp. 1995.

AA.VV.: *La filiación: su régimen jurídico e incidencias de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994.

AA.VV.: *Le statut personnel des musulmans*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

AA.VV.: *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 1996.

AA.VV.: *Los desafíos de la Familia Matrimonial*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2000.

AA.VV.: *Desarrollo y pervivencia de las redes de origen en la inmigración marroquí en España. Hacia la actualización del "Atlas de la inmigración magrebí en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, http://extranjeros.mtas.es/es/general/desarrollo_y_pervivencia.html

AA.VV.: *El matrimonio islámico y su eficacia en el Derecho español*, Córdoba, Servicios de Publicaciones de la universidad de Córdoba, 2003.

ABARCA JUNCO, A. P. y OTROS: *Derecho internacional privado*, vol. I, UNED, Madrid, Colex, 2006.

— *Derecho internacional privado*, vol. II, UNED, Madrid, Colex, 2006.

ABBOUD, M.: *Al wagbiḥ fil kanum dawli aljâss al maghrebi (Lecciones en DIPr. marroquí)*, Casablanca, edic. *Markaḥ zakfî al arabi*, 1994 (en árabe, traducción propia).

ADAM MUÑOZ, M. D.: *El proceso civil con elemento extranjero y la cooperación judicial internacional*, Pamplona, 1995.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M.: *Intervención consular en Derecho internacional privado*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2005.

AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho civil internacional*, vol. II, Madrid, Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1983.

AIT-ZAI, N.: *Les droits de l'enfant en Algérie*, Rapport Alternatif (40ème pré-session du Comité des Droits de l'Enfant, 08 juin 2005, Nations-Unies Genève), http://www.crin.org/docs/resources/treaties/crc.40/Algeria_ngo_report.pdf.

ALAOUI, B.: *La loi personnelle dans les relations franco-marocaines en Droit international privé français et marocain*, Thèse de doctorat, Université de Droit d'Économie et de Sciences Sociales de Paris II, pp. 9-11 (inérita).

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *El reconocimiento de la filiación natural*, Barcelona, Bosch, 1955.

ALDEE ABU-SALIEH, S. A.: *Les musulmans face aux droit de l'homme. Religion&droit&politique. Etude e documents*, Bochum, Verlag Dr. Dieter Winkler, 1994.

ALÁEZ CORRAL, B.: *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2003.

ALDEED ABU-SALIEH, S. A.: *Les musulmans face aux droits de l'homme, Religion&droit&politique. Etude et documents*. Bochum, Verlag Dr. Dieter Winkler, 1994.

ALDEEB ABU-SAHLIEH, S. y BONOMI, A.: *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux (Étude de droit comparé sur les aspects de droit international privé liés à l'immigration des musulmans en Allemagne, en Angleterre, en France, en Espagne, en Italie et en Suisse)*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1999.

ALEMANY VERDAGUER, S.: *Estudios sobre la filiación ilegítima en el Derecho español*, Barcelona, Bosch, 1974.

AL KASHBOUR, M.: *Explicación de la Mudawana de la familia, disolución del matrimonio*, t. II, 1ª edic., Casablanca, Imprimerie Najah el Jadida, 2006 (en árabe, traducción propia).

— *Al bonowa wa nasab fi modawanat al osra (bunowa y nasab en la Mudawana de la familia)*, Casablanca, Annajah al Jadida, 2007 (en árabe, traducción propia).

ALTAVA LAVALL, M.G.: *Lecciones de Derecho Comparado*, Castelló de la Plana, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2003.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: *Filiación hispano-suiza (sistemas de DIPr. y relaciones concernientes a la emigración española)*, León, Universidad de León, 1989.

— *Crisis matrimoniales internacionales y prestaciones alimenticias entre cónyuges*, Madrid, Cívitas, 1996.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A. y OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN: *Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España. Regulación legal e*

interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el periodo 1996-2002, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, http://www.tt.mtas.es/periodico/inmigracion/200611/NACIONALIDAD_HIJOS_EXT.pdf

ÁLVAREZ VÉLEZ, M^a I.: *La protección de los derechos del niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional español*, Madrid, UPCO, 1994.

AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, Tecnos, 1984.

ANCEL, B.: *Les conflits des qualifications à l'épreuve de la donation entre époux*, Paris, Dalloz, 1977.

ANCEL, B. et LEQUETTE, Y.: *Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 4 édition, Paris, Dalloz, 2001.

ARENAS GARCÍA, R.: *El control de oficio de la competencia judicial internacional*, Madrid, Eurolex, 1996.

— *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De Conflictu Legum. Estudios de Derecho internacional privado, Santiago de Compostela, 2004.

AUDIR, B.: *Droit international privé*, Paris, Economica, 1991.

AYOUBI IDRISSE, H.: *La protection de droits de l'enfant au Maroc: constances et défis*, Tesis doctoral de Derecho público, Universidad de Greboble, 1998.

AZGAR SÁNCHEZ, J.: *La doble nacionalidad. Doctrina, convenios, legislación y jurisprudencia*, Madrid, edic. Montecorvo, 1977.

BAHMANI, B.: *Jurisprudence relative aux affaires de la famille*, Rabat, Dar-essalam, 2008, (en árabe, traducción propia).

BALLARINO, T.: *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, Cedam, Padua, 1970.

BALLARINO, T. y BONOMI, A.: *Diritto internazionale privato*, 3^a edic., Padova, Cedam, 1999.

BASTIDA FREIJEDO, F. J., VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., REQUEJO RODRÍGUEZ, P. y OTROS: *Teoría general de los Derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid, Tecnos, 2004.

BATTIFOL, H.: *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Sirey, 1956.

— *Aspects philosophiques du droit international privé*, Paris, Dalloz, 2002.

BATTIFOL, H. y LAGARDE, P.: *Traité de droit international privé*, t. I, 8 édition, Paris, LGDJ, 1993.

BEHNAM, D. y BOURAOUI, S.: *Familles musulmanes et Modernité*, le défi des traditions, Paris, Publisud, 1986.

BENN HALIMA, S.: *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, Thèse doctoral, Faculté de droit et des sciences économiques, Tunis, Université de Tunis, 1980 (inédicta).

BENNIS, K.: *Dictionnaire del estatuto personal y de sucesiones*, Rabat, RDMK, 1998, (en árabe, traducción propia).

BENYAHYA, M. : *La conditions juridique des étrangers au Maroc*, colletion “textes et documents”, 1ª edic., Rabat, Publications de la Revue marocaine d’Administrations locale et de développement, 2005.

BERJAOUI, K.: *El Derecho internacional privado en materia de estatuto personal*, Rabat, Dar El Qelem, 2001 (en árabe, traducción propia).

BLANC ALTEMIR, A.: *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la Declaración Univesal*, Madrid, Tecnos, 2001.

BLANC, F. P. y ZEDGUI, R.: *Code des obligations et des contrats*, Casablanca, Najah al-jadida, 1994.

BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I.: *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, 2ª edic., Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003.

BLAZQUEZ RODRIGUEZ, I. y ADAM MUÑOZ, M.ª D.: *Inmigración magrebí y Derecho de familia*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2005.

BORD, M., PREMAND, V., SANDOZ, S. y PIOTET, D.: *Le droit à la connaissance de ses origines*, Genève-Zurich-Bâle, Schulthess, 2006.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: *El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Barcelona, Acadèmia de jurisprudència i legislació de Catalunya, 1993.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A y MERNISSI, S.: *El islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània, 1998.

BOUDAHRAIN, A.: *Derecho judicial privado en Marruecos*, Rabat, Babel, 1994 (en árabe, traducción propia).

BOULANGER, F.: *Droit civil de la famille. Aspects compartifs et internationaux*, t. II, Paris, Economica, 1994.

BOUSQUET, G. H.: *Précis de droit musulman*, 2 edic., Alger, La maison des livres, 1947.

— *L'éthique sexuelle en islam*, Paris, Maisonneuve et Larose, 1966.

BUCHER, A. y BONOMI, A.: *Droit international privé*, Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2001.

BUREAU, D. y MUIR WATT, H.: *Droit international privé/1. Partie générale*, Paris, Presses Universitaires de France, 2007.

BUSTO LAGO, J. M.: *Los procesos especiales en la LEC 1/2000. Filiación, menores y liquidación del régimen económico matrimonial*, Madrid, Marcial Pons, 2002.

CADET, F.: *L'ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2005.

CAJAL Y LÓPEZ, M.: *Ceuta, Melilla, Olivenza y Gibraltar. ¿Dónde acaba España?*, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2003.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho internacional privado*, vol. I y II, 5ª edic., Granada, Comares, 2004.

— *Derecho internacional privado*, vol. I y vol II, 6ª edic., Granada, Comares, 2005.

— *Derecho internacional privado*, vol. I y vol II, 7ª edic., Granada, Comares, 2006.

— *Derecho internacional privado*, vol. I y vol II, 8ª edic., Granada, Comares, 2007.

— *Derecho internacional privado*, vol. I y II, 9ª edic., Granada, Comares, 2008.

— *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008.

CAÑIZARES LASO, A.: *El reconocimiento testamentario de la filiación*, Madrid, Montecorvo, 1990.

CARBAJO GONZÁLEZ, J.: *Las acciones de reclamación de la filiación*, Barcelona, Bosch, 1989.

CARLIER, J-Y.: *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

CARLIER, J-Y. y VERWILGHEN, M.: *Le statut personnel des musulmans: Droit comparé et droit international privé*, Bruselas, Bruylant, 1992.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Globalización y Derecho internacional privado*, Murcia, Liberlibro.com, 2002.

CHABERT, C.: *L'intérêt de l'enfant et les conflits de lois*, Presses Universitaires Aix-en-Provence, D'aix-Marseille (PUAM), 2001.

CHAFI, M.: *Code du statut personnel annoté (textes législatifs, doctrine et jurisprudence)*, 1^{ère}. édition, Marrakech, Walili, 1996.

CHAMBOUR, R.: *Les institutions sociales, politiques et juridiques de l'Islam*, Lausanne, Méditerranéennes, 1978.

CHARIF FELLER, D.: *La garde (hadanah) en droit musulman et dans les droits égyptien, syrien et tunisien*, Genève, Librairie Droz, 1996.

CHARLES, R.: *Le droit musulman*, Paris, Presses Universitaires de France, 1956.

CHECA MARTÍNEZ, M.: *El trust angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw Hill, 1998.

CHEVALIER, J. Y BACH, L.: *Droit civil*, t. I, Paris, Sirey, 1993.

COLOMER, A.: *Droit Musulman. Les personnes-la famille*, t. 1, Rabat, La Porte, 1962.

CORDERO CUTILLAS, I.: *La impugnación de la paternidad matrimonial*, Castellón de la Plana, Publicacions de la Universitat Jaume I, 2001.

COULSON, N. J.: *Historia del Derecho Islámico* (trad. M. E. Eyra), Barcelona, Edicions Bellaterra, 2000.

CRETNEY, S. M. y MASSON, J. M.: *Principles of Family Law*, 6ª edic., London, Sweet and Maxwell, 1997.

DAHAK, A.: *Los litigios en relación con la filiación de los hijos*, Facultad de Derecho, Ciencias Jurídicas y Económicas, Universidad Mohamed V de Rabat, 2003-2004 (en árabe, traducción propia).

DE ANGULO RODRÍGUEZ, M.: *Lecciones de Derecho procesal civil internacional*, Granada, Gráficas del Sur, 1974.

DECROUX, P.: *Droit privé. Droit international privé*, t. II, Rabat y Paris, La Porte et Librairie de Médecis, 1963.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: *Eficacia de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria*, Madrid, Eurolex, 1997.

DÍAZ GARCÍA, N.: *La reforma de la nacionalidad. Comentario a la Ley 18/1990 de 17 de diciembre*, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1991.

DIEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: *Lecciones prácticas sobre Registro Civil*, Madrid, Colegios Notariales de España, 1993.

DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, vol. IV, Madrid, Tecnos, 1997.

— *Sistema de Derecho civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 9ª edic., Madrid, Tecnos, 2005.

DUTOIT, B.: *Droit international privé suisse. Commentaire de la Loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4 edic., Genève, Helbing & Lichtenhahn, 2005.

EL BAKRI, H.: *La firma en los documentos privados*, tesis en Derecho privado, Facultad de Derecho de Casablanca, 2006, (en árabe e inédita, traducción propia).

ELBAZ, M. y HELLY, D. (dirs.): *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*, Editorial Maristán, Granada, 2002.

ELGEDDAWY, K.: *Relations entre systèmes confessionnel et laïque en droit international privé*, París, Dalloz, 1971.

EL HARRAQ, A.: *La Mudawana y la autenticación adular. Estudios y comentarios*, Rabat, edic. Dar Essalama, 2005 (en árabe, traducción propia).

EL-HUSSEINI, R.: *Le droit international privé français et la répudiation islamique*, París, LGDJ, 2002.

EL-JAY, G.: *Les rapports entre parents et enfants en droit international privé marocain, la Convention de La Haye de 1996 relative à la protection des mineurs*, Mémoire d'études supérieures approfondies en droit privé, Faculté de Droit-Agdal, Rabat, 2007.

EL KOZBORI, M. y ALAOUI ABDELLAOUI, I.: *Explicación de la Mudawana a la luz del nuevo Derecho marroquí*, t. III, 2ª edic., Beirut, Dar al Kalam, 1975 (en árabe, traducción propia).

EL-TOLLAB, Z.: *Dar el-Rateb*, Beirut, 2007.

ESPINAR VICENTE, J. M.: *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, La Ley, 1988.

— *Derecho internacional privado. La nacionalidad*, vol. II, Granada, edic. Tas, 1986.

— *Curso de Derecho internacional privado español. Técnicas de reglamentación y normas*, Madrid, Universidad de Alcalá de Henares, 1991.

— *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 1996.

— *Teoría general del Derecho internacional privado. Monografías de DIPr.*, vol. I, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2000.

ESPLUGUES MOTA, C.: *Manual de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

— *El divorcio internacional. Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

ESSAID, M. J.: *Introduction a l'étude du droit*, 3 edic., Mohammedia (Fedala), Collection Connaissances, 2000.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: *El acogimiento internacional de menores: régimen jurídico*, Granada, Comares, 2000.

EUQUIER, F.: *Droit de la Famille*, París, Dalloz, 1999.

FÁBREGA RUIZ, C.: *Biología y filiación. Aproximación al estudio jurídico de las pruebas biológicas de paternidad y de las técnicas de reproducción asistida*, Granada, Comares, 1999.

FADLALLAH, I.: *La famille légitime en droit international privé*, Dalloz, París, 1977.

FALLON, M. y ERAUW, J.: *La nouvelle loi sur le droit international privé, la loi du 16 juillet 2004*, Bruxelles, Kluwer, 2004.

FERIA GARCÍA, M. C.: *La traducción fehaciente del árabe: fundamentos históricos, jurídicos y metodológicos*, Málaga, Tesis Doctoral, Facultad de Filosofía y Letras de Universidad de Málaga, 2001, (inéedita).

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.^a B.: *El reconocimiento de los hijos no matrimoniales*, Madrid, Dykinson, 1998.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. Y SÁNCHEZ LORENZO, S. A.: *Curso de Derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 1991.

— *Curso de Derecho internacional privado*, 2^a edic., Madrid, Cívitas, 1993.

— *Curso de Derecho internacional privado*, 3^a edic., Madrid, Cívitas, 1996.

— *Derecho internacional privado*, Madrid, Cívitas, 1999.

— *Derecho internacional privado*, 2^a edic., Madrid, Cívitas, 2001.

— *Derecho internacional privado*, 3^a edic., Madrid, Thomson-Cívitas, 2004.

— *Derecho internacional privado*, 4^a edic., Madrid, Thomson-Cívitas, 2007.

FOBLETS, M. C.: *Les familles maghrébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Paris, Karthala, 1994.

— *Familles-Islam-Europe: le droit confronté au changement*, Paris, L'Hartmattan, 1996.

FOBLETS, M. C. y CARLIER, J. Y.: *Familles-Islam-Europe: le Droit confronté au changement*, Paris, L'Hartmattan, 1996.

— *Le code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

FONGARO, E.: *La loi applicable à la preuve en Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2004.

FORNER DELAYGUA, J. J.: *La prueba de los hechos en el proceso: aspectos de ley aplicable*, Barcelona, Bosch, 2005.

FOYER, J.: *Filiation illégitime et changement de la loi applicable*, Paris, Librairie Dalloz, 1964.

FRANDESCAKIS, PH.: *La théorie du renvoi et les conflits des systèmes en droit international privé*, Paris, Sirey, 1958.

GANNAGÉ, L. : *La hiérarchie des normes et les méthodes du Droit international privé, étude de Droit international privé de la famille*, Paris, LGDJ, 2001.

GARCÍA CANO, S.: *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Madrid, Colex, 2003.

GARCÍA FIGUERAS, F.: *España y su protectorado en Marruecos (1992-1956)*, Madrid, CSIC, 1957.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999.

— *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá, 2001.

— *Matrimonio e inmigración. El control del consentimiento matrimonial en la reagrupación familiar*, Madrid, Colex, 2008.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.: *Sobre la norma de conflicto y su aplicación procesal*, Madrid, Tecnos, 1994.

— *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, McGrawHill, 1996.

GARRIGA GORINA, M.: *La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen. Un estudio legislativo y jurisprudencial*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2000.

GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, Comares, 1998.

GÓMEZ BENGOCHEA, B.: *Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Problemas de aplicación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980*, Madrid, Dykinson, 2002.

— *Derecho a la identidad y filiación. Búsqueda de orígenes en adopción internacional y en otros supuestos de filiación transfronteriza*, Madrid, Dykinson, 2007.

GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: *El derecho a la reproducción humana*, Madrid, Marcial Pons, 1994.

— *Derechos y libertades*, Madrid, Sanz y Torres, 2003.

GONZÁLEZ BEILFUS, C.: *El trust, la institución anglo-americana y el DIPr. español*, Barcelona, Bosch, 1997.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y OTROS: *Derecho internacional privado*, Parte especial, 2ª edic., vol. II, Oviedo, 1990.

— *Derecho internacional privado*, Madrid, Centro de estudios superiores sociales y jurídicos Ramón Carande, 1991.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: *DIPr. materiales de prácticas*, Madrid, 1983.

GRATALOUP, S.: *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, París, LGDJ, 1998.

GUZMÁN ZAPATER, M.: *El derecho a la investigación de la paternidad (en el proceso con elemento extranjero)*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1996.

— *Sociedad internacional y Derecho internacional privado. Problemas de aplicación de sus normas*, Madrid, Colex, 2006.

HACHEM EL ARBI, M. : *Leçon de droit international privé, Livre I, Les règles matérielles*, Tunis, Centre d'Études de Recherches et de Publications, 1996.

HAUSER, J. Y HUET-WEILLER, D.: *Traité de droit civil. La famille*, Paris, LGDJ, 1993.

HERRERO DE LA FUENTE, A. A.: *La Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea. Una perspectiva pluridisciplinar*, Zamora, Cuadernos del Instituto Rei Alfonso Henriques de Cooperación Transfronteriza, 2003.

HESSLER, H. J.: *Sachrechtliche Generalklausel und internationale Familienrecht: Zu einer zweistufigen Theorie des internationalen Privatrechts*, Munich, 1985.

HUGUET RAMIA, E., CARIACEDO ÁLVAREZ, A. y GENÉ BADÍA, M.: *Introducción a la investigación biológica de la paternidad*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU), 1988.

HUNTINGTON, P.: *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (traducción al español por J. P. Tosaus Abadía), Barcelona, Paidós, 1997.

Jault- SESEKE, F. : *Le regroupement familial en droit comparé français et allemand*, Paris, LGDJ, 1996.

JIMÉNEZ BLANCO, P.: *El derecho aplicable a las protección internacional de las patentes*, Granada, Comares, 1998.

KHAMLIHI, A.: *Punto de Vista, Iª parte. La familia, el niño y la mujer*, t. 2, *Osul el fiqh y el pensamiento fiqhi*, Rabat, Dar Nashr al Maârifâ, 1998 (en árabe, traducción propia).

— *Comentario sobre el Código de estatuto personal. La filiación y la representación legal*, t. II, 1995, Rabat, Imprimerie Annajah al Jadida, (en árabe, traducción propia).

KELLER, M. y SIEHR, K.: *Allgemeine Lehren des internationalen Privatrechts*, Zürich, Schulthess Polygraphischer, 1986.

KIIKERI, M.: *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Kluwer, 2001.

LABRUSSE, L. y CORNU, G.: *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Economica, 1981.

LACRUZ BERDEJO y OTROS: *Elementos de Derecho Civil*, t. IV, Derecho de Familia, Barcelona, Bosch, 1989.

— *Derecho de Familia*, 4ª edic., Barcelona, edic. Bosch, 1997.

— *Elementos de Derecho civil*, t. IV, Derecho de familia, vol. I, Barcelona, edic. Bosch, 1990.

— *Elementos de Derecho civil*, t. IV, *Familia*, Madrid, Dykinson, 2002.

— *Elementos de Derecho Civil. Familia*, t. IV, 2ª edic., Madrid, Dykinson, 2005.

LAFROUJI, M.: *Droit de la famille, série « textes législatifs et réglementaires »*, 2^e edic., núm. 50, Casablanca, *Revue marocaine de droits des affaires et des entreprises*, 2004.

LARA AGUADO, A., *El nombre en el Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 1999.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Derecho de Familia. Principios de Derecho civil IV*, Barcelona, Marcial Pons, 2008.

LEMIRINI, A., *Les droits de l'enfant à travers la réforme du code de la famille*, Unicef, 2005, http://www.unicef.org/morocco/french/Code_de_la_famille2005.pdf.

LINANT DE BELLEFONDS, Y. : *Traité de droit musulman comparé*, t. III, Paris, Mouton et Co., 1973.

LLEBARÍA SAMPER, S.: *Hacia la familia no matrimonial*, Barcelona, Cedecs, 1997.

LLEDÓ YAGÜE, F.: *Acciones de filiación*, Madrid, La Ley, 1987.

LOUSSOUARN, Y., BOUREL, P. y DE VAREILLES-SOMMIERES, P.: *Droit international privé*, 7^a edic., Paris, Dalloz, 2001.

— *Droit international privé*, 9^a edic., Paris, Dalloz, 2007.

LUCES GIL, F.: *Derecho registral civil*, tercera edición actualizada, Barcelona, Bosch, 1986.

— *Derecho del Registro Civil. Comentarios, legislación. Resoluciones de la DGRN y modelos*, Barcelona, Bosch, 2002.

MAÍLLO SALGADO, F.: *Diccionario de Derecho islámico*, Gijón Trea, 2005.

MARÍN LÓPEZ, A.: *Derecho internacional privado español*, t. I., 8^a edic., Granada, Copias Coca, 1994.

MANAF, A.: *Problèmes du couple mixte face au droit et à la société (cas franco-marocain)*, Casablanca, Imprimerie Najah et Jadida, 1990.

MANDIROLA BRIEUX, P.: *Introducción al Derecho Islámico*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

MARCHAL ESCALONA, N.: *Garantías procesales y notificación internacional*, Granada, Comares, 2001.

MARKESINIS, B. S.: *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford, Hart, 2003.

MASSIP, J.: *Le nouveau Droit de la filiation*, Paris, Defrénois, 2006.

MAUGUE, C. : *La filiation en Europe*, Haut-Conseil de la Population et de la Famille, 1989.

MAYER, A. E.: *Islam and Human Rights. Tradition and Politics* (3^a edic.), Boulder & San Francisco, Westview Press, 1999.

MAYER, P. y HEUZÉ, V.: *Droit international privé*, 8^e édition, Paris, Montchrestien, 2004.

MEIER, P. Y STETTLER, M.: *L'établissement de la filiation (art. 252 à 268 C.c.)*, 2^e edic., Genève, edic. Universitaires Fribourg Suisse, 2002.

MÉLIN, F. : *Mémento-Droit international privé. Conflits de juridictions, conflits de lois*, Paris, Gualino éditeur, 2002.

MERCIER, P. : *Conflits de civilisations et Droit international privé. Poligamie et répudiation*, Ginebra, Droz, 1972.

MERGHANIM, A. : *Droit international privé*, Tunis, Cérès éditions, 1991.

MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol. II, 10^e edic., Madrid, 1987.

MILLIOT, L. y BLANC, F. P. : *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2^a edic. Paris, Dalloz, 2001.

MONÉGER, F. : *Droit international privé*, 2^e édition, Paris, Litec (GroupeLexis Nexis), 2003.

MORALES LEZCANO, V.: *España y el Norte de África: el protectorado en Marruecos (1912-1956)*, Madrid, UNED, 1986.

MOSCÓN, F.: *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e contratti*, Turín, Utet, 1997.

MOSLEH, H. : *La procréation naturelle au Maroc*, Mémoire pour l'obtention du diplôme d'études supérieures en sciences juridique, Rabat, Université Mohamed V, Faculté de sciences juridiques, économiques et sociales, 1993, (inédicta).

— *La protection de droit de l'enfant au Maroc: contances et des défis*, Thèse, Faculté de Droit, Université Pierre Mendes Francia, 1998 (inédicta).

MOTILLA, A. y LORENZO, P.: *Derecho de familia islámico. Problemas de adaptación al derecho español*, Madrid, Colex, 2002.

MOULAY RCHID, A. : *La condition de la femme au Maroc*, Publication de la Faculté de Droit, Rabat, La Porte, 1985.

— *L'exequatur des jugements étrangers en droit international privé du protectorat à 1972*, Mémoires de DES. Droit privé, Faculté des Sciences juridiques économiques et sociales, Rabat, 1973 (inédicto).

MOYA ESCUDERO, M.: *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998.

NAJM, M. C.: *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005.

NEIRINCK, C. : *Le droit de la l'enfance après de la Convention des Nations Unies*, 1^a edic., Delmas, Paris, 1993.

NIBOYET, J.: *Traité de droit international privé français*, t. VI, *Le conflit des autorités, le conflit de juridictions*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1949.

NIBOYET M. L. y DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, G.: *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2007.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Investigación de la paternidad. Acciones de filiación. Investigación de la paternidad. Prueba Biológica*, Madrid, Actualidad Editorial, 1993.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Pamplona, Aranzadi, 2002.

OSÁCAR IBARROLA, A.: *Registro Civil*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001.

OUHIDA, J.: *2º Curso del Estatuto Personal. El matrimonio*, t. I, Soussi-Rabat, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, 2001 (en árabe, traducción propia).

PAMBOUKIS, C.: *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, LGDJ, 1993.

PANSIER, F. J. y GUELLATY, K. : *Le droit musulman*, Paris, Puf, 2000.

PARROT, K.: *L'interprétation des conventions de droit international privé*, Paris, Dalloz, 2006, pps. 360-370.

PATOCCHI, P. M.: *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel: de quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe*, Genève, Georg edic., 1985.

PAZ AGÜERAS, J. M.: *La adopción consular*, Madrid, Ministerio de Asuntos Exteriores, 1990.

PEARL, D. y MENSKI, W.: *Muslim Family Law*, London, Sweet&Maxwell, 1998.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: *Lecciones de Derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004.

PERE RALUY, J.: *Derecho del Registro Civil*, t. I, Aguilar, Madrid, 1962

PÉREZ MONGE, M.: *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 2002.

PÉREZ VERA, E.: *Intereses del tráfico jurídico externo y Derecho internacional privado*, Granada, Universidad de Granada, 1973.

PÉREZ VERA, E. y OTROS: *Derecho internacional privado*, 5ª edic., Madrid, UNED, 2005.

PERLINGIERI, P.: *La persona e i suoi diritti. Problema del diritto civile*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane s.p.a., 2005.

PICONE, P.: *Ordinamento competente e Diritto internazionale privato*, Padua, Cedam, 1986.

PILOTTI, F.: *Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto*, <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/cursos/cursounicef.html>.

POZO VILCHEZ, J.: *El reconocimiento de la filiación. Sus requisitos complementarios*, Madrid, Trivium, 1993.

— *El reconocimiento de hijo no matrimonial de mujer casada*, Madrid, Trivium, 1993.

PRIETO-CASTRO Y ROUMIER, F.: *La nacionalidad múltiple*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas Instituto “Francisco de Vitoria”, 1962.

PRUVOST, L.: *L'établissements de la filiation dans le droit tunisien*, Thèse doctoral, Université de Paris II, 1978 (inédita).

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000.

— *Legislación sobre matrimonio, divorcio y sucesiones*, t. I: África del Norte y América Latina, Barcelona, Atelier, 2006.

— *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en el Derecho internacional privado*, Barcelona, Atelier, 2007.

REQUEJO ISIDRO, M.: *Ley local y forma de los actos en DIPr.*, Madrid, Eurolex, 1998.

REMIRO BROTONS, A.: *Derecho internacional público*, Madrid, Tecnos, 1987.

REZGUI, M. S.: *Droit international privé*, Tunis, Imprimerie Officielle de la République Tunisienne, 2001.

RIGAUX, F.: *La théorie des qualifications en droit international privé*, Paris, Dalloz, 1956.

RIGAUX, F. y FALLON, M.: *Droit international privé*, 3ª edic., Bruselas, Larcier, 2005.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *La presunción de paternidad legítima. Estudios de Derecho comparado y Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1971.

— *Los conflictos de paternidad en Derecho comparado y Derecho español*, Barcelona, Ariel, 1971.

— *El interés del menor*, Madrid, Dykinson, 2000.

ROCA SASTRE, E.: *Familia y el cambio social (de la “casa” a la persona)*, Madrid, Cuadernos cívitas, 1999.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Cuadernos de Derecho judicial, VIII-2002, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995.

ROMEO CASABONA, C. M.: *El convenio de derechos humanos y biomedicina: su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*, Bilbao, Cátedra de Derecho y Genoma Humano, 2002.

- RUBIO LLORENTE, F.:** *Derechos fundamentales y principios fundamentales*, Madrid, edic. Ariel, 1995.
- RUIZ DE ALMODÓVAR y SEL, C.:** *El Derecho privado en los países árabes. Códigos de estatuto personal*, Granada, Universidad de Granada y Fundación Euroárabe de Altos Estudios, 2005.
- RUIZ MORENO, J. M^a.:** *El proceso especial de filiación, paternidad y maternidad*, Madrid, La Ley, 2000.
- SALAS LARRAZÁBAL, R.:** *El protectorado de España en Marruecos*, Madrid, MAFRE, 1992.
- SALEM, G. :** *Problèmes de la filiation en droit musulman et solutions de la jurisprudence tunisienne*, núm. 3, Hamburg, Mitteilungen des Deutschen Orient-Instituts Imverdung Deutsches, 1973.
- SÁNCHEZ FERRÍZ, R.:** *Estudio sobre las libertades*, 2^a edic., Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. A.:** *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002.
- SANCHO SORIA, J. L.:** *Aportación a la prueba positiva de la investigación de la paternidad*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 1987.
- SCHWENZER, I. y DIMSEY, M.:** *Model Family Code*, Oxford, Intersentia, 2006.
- SFEIR, K. A.:** *Droit international privé comparé*, t. I, Beirut, Sader éditeurs, 2005.
- SNOUSSI, B.:** *Les textes de la sécurité sociale*, Casablanca, Les Editions Maghrébines, 1^a edic., 2000.
- TALAVERA FERNÁNDEZ, P. A.:** *La unión de hecho y el derecho a no casarse*, Granada, Comares, 2001.
- TAHON, M-B.:** *Vers l'indifférence des sexes? Union civile et filiation au Québec*, Montréal, Boréal, 2004.
- TAOUFIK, A.:** *Jurisprudencia del TS en materia de estatuto personal y materia inmobiliaria*, 1^a edic., Casablanca, Al-Maktaba Al-Ganuniya, 2002.
- ULLOA JIMÉNEZ, M.:** *Entre el Magreb y España. Voces y miradas femeninas*, Madrid, ACSUR-Las segobias, 2004, en <http://acsur.org/acsur/>.
- VASSILAKAKIS, E.:** *Orientations méthodologique dans les codifications récents du droit international privé en Europe*, Paris, LDGJ, 1987.
- VIDAL MARTÍNEZ, J.:** *El hijo legítimo. Su concepto y determinación en el Código civil español*, Madrid, Montecorvo, 1974.
- VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J.:** *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2^a edic., Madrid, Cívita-Thomsom, 2007.
- VITTA, E.:** *Diritto Internazionale Privato*, vol. I, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1972.

— *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, 5ª edic., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1995.

VON BAR, CH.: *Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehre*, t. I, Munich, Verlag C. H. Beck, 1987.

VON IHERING, R.: *Der Zweck im Recht*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1893, traducción al castellano, *El fin en el Derecho*, Buenos Aires, edic. Heliasta S.R.L., 1978.

ZAGOURI, A.: *Du mariage en droit hebraïque*, LGDJ, Paris, 1960.

ZOUGARHI, A.: *Mudawanat al Osra*, Rabat, edic. Dar Assalam, 2008 (en árabe, traducción propia).

ZUMAQUERO, J. M. Y BAZÁN, J. L.: *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, vol. II, 1978-1998, Pamplona, Eunsa, 1998.

ARTÍCULOS EN REVISTAS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS

ABARCA JUNCO, P.: “La regulación de la sociedad multicultural”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 163-179.

— “Un ejemplo de materialización en el Derecho internacional privado español: la reforma del art. 107 del Código Civil”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1095-1115.

ADROHER BIOSCA, S.: “Matrimonio islámico y Derecho internacional privado español”, *Hominum causa omne ius constitutum est: escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. J. M. Díaz Moreno*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Comillas, 2000, pp. 879-900.

AGHDID, M.: “El reconocimiento de la paternidad (*istibak*)”, *Jornada especial de estudio del Código de Familia, núm. 5, serie de Conferencia, jornadas de estudio y encuentros*, Rabat, Ministerio de Justicia e Instituto Superior de Justicia marroquí, 2004, pp. 31-54.

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, A.: “El estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad”, *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Alcalá de Henares, Servicio de publicaciones de la Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315-335.

— “El matrimonio consular”, *BIMJ*, 2003, núm. 1937, pp. 5-30.

— “Artículo 9, apartado 1”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, art. 8 a 16 del C.c., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1995, pp. 163-180.

AGUILAR RUIZ, L.: “El derecho del adoptado a conocer su origen biológico en Italia”, *AC*, 2006, núm. 6, pp. 645-673.

AIT-ZAI, N.: “L’enfant illegitime dans la société musulmane”, *Droit de l’enfance et de la famille*, 1990-1, núm. 29, pp. 287-303.

— *Les droits de l'enfant en Algérie*, Rapport Alternatif (40ème pré-session du Comité des Droits de l'Enfant, 08 juin 2005, Nations-Unies Genève), pp. 1-38, http://www.crin.org/docs/resources/treaties/crc.40/Algeria_ngo_report.pdf.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: “Filiación”, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia*, 9ª edic., Barcelona, Bosch, 2002, pp. 199-252.

ALBERDI VECINO, F.: “Registro Civil y elemento extranjero. Problemática en cuanto a la ley aplicable”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 39-81.

AL BOUHIR, Y.: “Reflexiones sobre la situación de los derechos humanos en la ley de nacionalidad marroquí”, *Trabajos de Jornadas sobre la Ley de la nacionalidad. Estudios y comentarios*, 1ª edic., Asociación Marroquí de Derechos Humanos, Rabat, 2004, pp. 29-58 (en árabe, traducción propia).

ALDEEB ABU-SAHLIEH, S.: “Le droit international privé suisse face aux systèmes des pays arabes et musulmans”, *Rev. suisse DIDE*, 1992, vol. 1, pp. 33-73.

— “Conflits entre droit religieux et droit étatique chez les musulmans dans les pays musulmans et en Europe”, *Rev. int. dr. comp.*, 1997-4, pp. 813-834.

— “Dispositions relatives au droit international privé dans le projet de code arabe unifié des transactions préparé par la Ligue des Etats arabes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984-II, pp. 386-400.

ALENDIA SALINAS, M.: “Derecho de familia musulmán en un país de inmigración: entre el desconocimiento y la normalidad del instituto matrimonial islámico en España”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y Derecho comparado. Actas del IX Congreso internacional de Derecho eclesiástico del Estado*, S. Sebastián, 2000, pp. 299-315.

ALONSO PÉREZ, M.: “La familia entre el pasado y la modernidad; reflexiones a la luz del Derecho civil”, *AC*, 1998, núm. 1, pp. 1-29.

ALONSO UCEDA, A.: “Valoración práctica de la negativa a someterse a las pruebas biológicas en los procesos de determinación de la filiación: criterios a tener en cuenta y alternativas a considerar”, *RGD*, 1999, núm. 654, año LV, pp. 1797-1812.

ÁLVAREZ GARCÍA, M. D.: “Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales”, *AC*, 1996 (BIB 1996/9).

— “Determinación judicial de la filiación: aspectos procesales”, *Cuadernos de derecho judicial. La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pp. 95-154.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S.: “Nota del ATS de 26 de octubre de 1987”, *REDI*, 1989-1, pp. 299-301.

— “Objeto del DIPr y especialización normativa”, *ADC*, 1993, pp. 1109-1151.

— “Artículo 11”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, arts. 8 al 16 del C.c., 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 841-842.

— “Art. 12.1º C.c.”, *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, t. I, vol. II, Arts. 8 al 16 C.c, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 842-880.

— “Igualdad, competencia y deslealtad en el sistema español de Derecho interregional”, *REDI*, 2001-1 y 2, vol. LIII, pp. 47-74.

— “Derecho interregional: claves para una reforma”, *AEDIPr*, 2003, t. 3, pp. 7-37.

— “Artículo 9, apartado 4º”, *Comentarios del Código y Compilaciones Forales*, 2ª edic., t. I, vol. 2, arts. 8 al 16 del C.c., Madrid, Edersa, 1995, pp. 205-242.

— “Comentario a la STS de 22 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2485)”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, 2000, núm 53, pp. 863-878.

— “Filiación, orden público y conexión anticipada a la nacionalidad del hijo”, *ADIPr*, 2002, pp. 876-882.

— “Nota a la Sent. Juzgado de Primera Instancia de Navarra de Pamplona núm. 182/2001, de 26 de octubre”, *REDI*, 2002-1, vol. LIV, pp. 447-449.

— “El proyecto de Ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *AC*, 2007, núm. 22, pp. 2597-2618.

ÁLVAREZ RUBIO, J. J.: “La vecindad civil como conexión general del sistema de Derecho interregional y el Derecho civil vasco: análisis en clave funcional”, *REDI*, 2001-1, vol. LIII, pp. 75-103.

— “La ausencia de coordinación entre instancias legislativas en el ámbito del derecho interregional. Aproximación a la problemática planteada en el País Vasco”, *AC*, 2000, núm.7, pp. 247-267.

— “La necesaria reforma del sistema español de Derecho interregional”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1997, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1998, pp. 275-321.

AMMAR, G. A.: “Du *Tenzil* et du testament”, *RMD*, 1958, pp. 1-15.

AMORES CONRADÍ, M. A.: “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 L.O.P.J.”, *REDI*, 1989-1, vol. XLI, pp. 113-156.

— “Comentario al art. 9.1 del C.c.”, *Comentario al Código Civil*, t. I, Madrid, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 76-79.

AMOROS DORTA, F. J.: “Comentario introductorio al capítulo III del Título P”, en O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a las Leyes políticas*, t. IV, arts. 39-55, Madrid, Edersa, 1984, pp. 3-16

ANCEL, B.: “Les règles de droit international privé et la reconnaissance de décisions étrangères”, *Riv. dir. int. privé proc.*, 1992, núm. 1, pp. 201-220.

— “Regards critiques sur l'érosion du paradigme conflictuel”, *Cursos de Derecho internacional privado y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* 2005, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 2006, pp. 345-415.

— “Décision de la Cour de Cassation (1re. Ch. civ.), 13 octobre 1998”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999-II, pp. 281-284.

ANCEL, B. y MUIR WATT, H.: “L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005-IV, pp. 569-605.

— “Les jugements étrangers et la règle de conflit de lois”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudement-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 135-170.

AN-NA'IM, A. A.: “La Sharía en el estado secular una paradoja de separación y fusión”, *ACFS*, 2007, núm. 41, pp. 9-31.

ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, M. P.: “El artículo 12.5 del Código civil y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *Revista General de legislación y jurisprudencia*, 1978, vol. LXXVII, pp. 61-80.

ARENAS GARCÍA, R.: “El derecho internacional privado (DIPr) y el estado de la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2007, pp. 19-94.

ARMINJON, P.: “Les systèmes juridiques complexes et le conflits de lois et de juridictions auxquelles ils donnent lieu”, *Recueil des Cours*, 1949-I, t. 74, pp. 73-190.

ARROM LOSCOS, R.: “El sistema de homologación de sentencias extranjeras en la LEC”, *RGD*, 1999, pp. 14173-14206.

ARROYO MONTERO, R.: “La nacionalidad en la acción de filiación. Comentario a la STS de 22 de marzo de 2000”, *RDP*, 2000, pp. 987-992.

— “Nota a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 1990”, *REDI*, 1991, vol. XLIII, p. 235.

AYARZA SANCHO, J. A.: “La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento”, *La Ley*, 2008, núm. 6932, pp. 1-6. (LA LEY 16037/2008), en <http://diariolaley.laley.es>.

AUBERT, S.: “Contestation de reconnaissance d'un enfant naturel en droit international privé: toujours la même solution?”, *Le Dalloz*, 2000, núm. 44, pp. 898-900.

AUDIT, B.: “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois”, *Recueil des Cours*, 1984-III, t. 186, pp. 219-398.

— “Le droit international privé en quête d'universalité”, *Recueil des Cours*, 2003-V, t. 305, pp. 9-488.

BALLARINO, T.: “Le principe de proximité chez Paul Lagarde. Quelques précisions et développements récents”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 37-54.

BALTASAR, S.: “Comentario a la Sent. del Tribunal federal constitucional alemán de 13 de febrero de 2007 (1 BvR 421/05)”, *JZ*, 2007, núm. 12, pp. 629-636 y en <http://www.isdc.ch/d2wfiles/document/4580/4017/0/ISDC>.

BANDRÉS, J. M.: “Constitución, Derechos fundamentales y multiculturalidad”, *Sociedad multicultural y Derechos fundamentales*, Madrid, Cuadernos de derecho judicial, 2007, pp. 221-280.

BARATTA, R.: “Problematic Elements of an implicit Rule Providing for Mutual Recognition of Person and Family Status in the EC”, *IPRax*, 2007, pp. 4-11.

BARBÉ, N. y WATTÉ, N.: “Le nouveau droit international privé belge. Étude critique des fondements de règles de conflits de lois”, *JDI*, 2006-3, pp. 851-927.

BARBER CÁRCAMO, R.: “Hacia la pacificación de la acción de impugnación de la filiación marital”, *AC*, 2005, núm. 16 (BIB 2005/2422), en <http://westlaw.es/>.

— “La legitimación del progenitor para reclamar su paternidad”, *AC*, 2006, núm. 11 (BIB 2006/871).

BARRIÈRE-BROUSSE, I.: “Note de l’arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1993”, *JDI*, 1994-1, pp. 124-133.

BASEDOW, J.: “Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreihaiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis”, *RabelsZ*, 1995, vol. 59, pp. 1-54.

— “Souveraineté territoriale et globalisation des marchés: Le domain d’application des lois contre les restrictions de la concurrence”, *Recueil des Cours*, 1997, t. 264, pp. 9-177.

BATIFFOL, H.: “Les tendances doctrinales actuelles en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1948-I, t. 72, pp. 5-64.

BATIFFOL, H. y LAGARDE, P.: “L’improvisation de nouvelles règles de conflits de lois en matière de filiation”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1972, pp. 1-26.

BELMIR, S.: “La conflictividad de las Leyes en el Derecho internacional especial marroquí y el el Derecho internacional especial español; aplicación a los vínculos familiares, al matrimonio mixto y a la nacionalidad”, *Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos*, Rabat, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, 2002, pp. 9-28.

BENATTAR, R.: “Problèmes relatifs au droit international privé de la famille dans les pays de droit personnel”, *Recueil des Cours*, 1967-II, t. 121, pp. 5-198.

BENDA, E.: “Dignidad humana y derechos de la personalidad”, *Manual de Derecho constitucional*, presentado por C. Hesse, traducción por A. López Piña, Madrid, Marcial Pons, 1996, pp. 117-144.

BENJELLOUN, A.: “Le code de la nationalité marocaine”, *RMD*, 1959, pp. 241-262.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R.: “La patria potestad y la filiación en la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril, por la que se modifica la Compilación del Derecho civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, julio-diciembre 1988, núm. 6, vol. II, pp. 89-120.

— “Prueba biológica de paternidad”, *AC*, 2006, núm. 6 (BIB 2006/838), en <http://westlaw.es/>.

— “La investigación de la paternidad”, *AC*, 2005, núm. 14 (BIB 2005/2253), en <http://westlaw.es/>.

BERMANN, G. A.: “Le droit comparé et le droit international: alliés ou ennemis? La Conférence”, *Rev. int. dr. comp.*, 2003-3, pp. 519-537.

BLANC, F. P.: “Le désaveu de paternité en droit marocain –serment d’anathème ou preuve génétique- (À propos de l’arrêt Bellakdim c/Ijourk, rendu par la Cour d’appel d’El Jadida, 29 avril 2003)”, *REMAILD*, 2004, núm. 6, pp. 169-183.

— “La présomption *al-walad li-l-firás* et la position du droit marocain (à propos de l’arrêt Bellakhadim contre Ijourk rendu par la Cour d’appel d’El Jadida le 29 avril 2003)”, *Revue franco-maghrébine*, 2004, núm. 12, pp. 243-264, en espec. pp. 257-261.

BLÁZQUEZ RODRIGUEZ, I.: “Pluralidad de formas de celebración y matrimonio musulmán. Una perspectiva desde el Derecho internacional privado español”, *Bol. Mex. Der. Comp.*, n° 110, mayo-agosto 2004, pp.425-477.

BOLLÉE, S.: “L’extension du domaine de la méthode de reconnaissance unilatérale”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007-II, pp. 307-355.

BONBLED, N.: “Fr. R. Van Mensbrugge: l’utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-III, pp. 281-284.

BORRÁS RODRÍGUEZ, A.: “Art. 12.5º”, *Comentarios del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 145-147.

— “Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1994-V, t. 249, pp. 145-368.

— “Creación del Grupo europeo de derecho internacional privado”, *REDI*, 1991-2, vol. XLIII, pp. 596-597.

— “Nota a la STJCE de 28 marzo 1995, As. C-346/93, Kleinworth Benson Ltd. C. City of Glasgow”, *RJC*, 1995-4, pp. 271-275.

— “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la comisión especial sobre protección de los menores y de los incapaces mayores (La Haya, 11-22 de septiembre de 1995)”, *REDI*, 1994-2, vol. XLVI, pp. 913-916.

— “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la comisión especial sobre protección de los menores y de los incapaces mayores (La Haya, 11-22 de septiembre de 1995)”, *REDI*, 1995-1, vol. XLVII, pp. 314-317.

— “Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado: tercera reunión de la comisión especial sobre protección de los menores y de los incapaces mayores (La Haya, 11-22 de septiembre de 1995)”, *REDI*, 1995-2, vol. LIII, pp. 493-495.

— “La firma del Convenio de 28 de mayo de 1998 relativo a la competencia, reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia matrimonial (Bruselas II)”, *REDI*, 1998-1, vol. I, pp. 384-388.

— “Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al art. K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998)” (*DOCE* núm. C 221, de 15 de julio de 1998, pp. 27-64).

— “La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe”, en A. Borrás y S. Mernissi, *El islam jurídico y Europa. Derecho, religión y política (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània, 1998, pp. 163-198.

— “La proyección externa de la comunitarización del Derecho internacional privado: los datos del problema”, *La Ley*, 2002, año XXIII, núm. 5611, viernes 13 de septiembre de 2002, pp. 1-8.

— “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos. Derecho internacional privado, Derecho constitucional y varia*, t. II, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1287-1308.

— “Le droit international privé communautaire: réalités, problèmes et perspectives d’avenir”, *Recueil des Cours*, 2005, t. 317, pp. 317-526.

— “Comentario al Dictamen C-1/03, de 7 de febrero”, *RJC*, 2006, núm. 3, pp. 879-889.

— “Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil. Comentario al Dictamen c-1/03, de 7 de febrero de 2006”, *RGDE*, 2006, núm. 10, en <http://www.iustel.com/revistas/>.

BORRAS RODRÍGUEZ, A. y GONZALEZ CAMPOS, J. D.: “La loi national à l’heure de la réforme du droit international privé espagnol”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp., 137-153.

BOUKAISSI, F. Z.: “Du déroulement des audiences à la Section de la Justice de la famille près les tribunaux de première instance de Rabat”, *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung-FES Maroc, ImprimElite, 2007, pp. 217-271.

BOUREY, M.: “Le DIPr. du Maroc indépendant”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1962, pp. 15-246.

BOUZA VIDAL, N.: “La nueva Ley 21/187 sobre adopción y su proyección en el Derecho internacional privado”, *RGLJ*, 1987, núm. 6, pp. 897-931.

— “Art. 9.4 C.c.”, *Comentarios a las Reformas del Código civil*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 15-33.

BRUNSCHVIG, R.: “De la filiation maternelle en droit musulman”, *Studia Islamica*, IX, 1958, pp. 49-59.

BUCHER, A.: “L’ordre public et le but social des lois en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1993-II, t. 239, pp. 9-116.

— “La dix-huitième session de la Conférence de La Haye de droit international privé”, *Rev. suisse DIDE*, 1997, pp. 67-109.

— “La famille en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 2000, t. 283, pp. 9-186.

IGLESIAS BUHIGUES, J. L.: “Reflexiones entorno al objeto y función del Derecho internacional privado”, *REDI*, 1983-1, vol. XXXV, pp. 29-42.

BUREAU, M. F.: “L’Union civile et les nouvelles règles de filiation au Québec: contrepoint dissonant au éloge de la parenté désirée, Communication présentée lors du colloque sur l’union civile organisée par la Chaire du notariat de l’Université de Montréal (29 novembre 2002), <http://agora.qc.ca/arc.nsf/Services/Colloques>.”

CAMPLIGLIO, C.: “Matrimonio poligamico e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Riv.dir.int.priv.pr.e proc.*, 1990, núm. 4, pp. 853-909.

— “La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano”, *Riv. dir. int. priv. pr. e proc.*, 1999, núm. 1, pp. 21-43.

CALVO CARAVACA, A. L.: “Régimen del proceso civil con elemento extranjero y asistencia judicial internacional”, *RGD*, 1986, núm. 507, pp. 5095-5122.

— “La norma de conflicto del siglo XXI”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, t. II, edic. UAM/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1335-1374.

CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Filiación natural”, *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, pp. 197-216.

— “Aspectos internacionales de los matrimonio entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005”, *BIMJ*, núm. 2006, t. LX, de 15 de febrero de 2006, pp. 5-51.

— “Filiación natural”, *Derecho internacional privado*, vol II, 9ª edic., Granada, Comares, 2008, pp. 205-225.

CAMPIGLIO, C.: “Matrimonio poligamo e ripudio nell’esperienza giuridica dell’occidente europeo”, *Riv.dir.int.priv.pr.e proc.*, 1990, núm. 4, pp. 853-908.

— “La famiglia islamica nel diritto internazionale privato italiano”, *Riv.dir. int. priv. e proc.*, 1999, núm. 1, pp. 21-42.

CARDAHI, C.: “La conception et la pratique du DIPr. dans l’Islam”, *Recueil des Cours*, 1937-II, pp. 507-550.

CARLIER, J-Y.: “La reconnaissance en Belgique de répudiation unilaterales intervenues au Maroc ou l’ordre public répudié?”, *Journal des Tribunaux*, 1985, pp. 101-108.

— “Volonté, ordre public et fraude dans la reconnaissance des divorces et répudiations intervenues à l’étranger”, *Rev. trim. dr. fam.*, 1991, pp. 165-172.

— “Le respect du statut personnel musulman. De quell droit, par quel droit?”, *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 385-396.

— “Les conventions entre la Belgique et le Maroc en matière de droit familial”, *Rev. trim. dr. fam.*, 1994, núm. 3, pags. 447-462.

— “Autonomie de la volonté et statut personnel”, *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflits de lois: le statut personnel*, Casablanca, Cahiers des Droits Maghrebins, 1995, núm. 1, vol. 1, pp. 5-17.

— “Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, pp. 27-38.

— “Le code belge de droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005-I, pp.11-45.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Normas de Derecho internacional privado. Art. 9.4 del C.c.”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código civil, arts.1-1087*, t. I, Granada, Comares, 2000, pags. 144-149.

— “Normas de Derecho internacional privado. Art. 11 del C.c.”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada, Código civil, arts. 1-1087*, t. I, Granada, Comares, 2000, pp. 317-335.

— “Normas de Derecho internacional privado. Art. 12.5 del C.c.”, en M. Pasquau Liaño (dir.), *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil, arts.1-1087*, t. I, Granada, Comares, 2000, pp. 373-376.

— “Comentario al art. 9.4 C.c.”, en A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Legislación de Derecho internacional privada. Comentada y con jurisprudencia*, Colex, Madrid, 2002, pp. 40-42.

— “Nuevos modelos de familia y DIPr en el siglo XXI”, *AD. Universidad de Murcia*, 2003, núm. 21, pp. 109-143.

CARRILLO SALCEDO, J. A.: “Le nouveau droit international privé espagnol”, *Annuaire suisse de droit international*, 1976, vol. XXXII, pp. 9-35.

— “L’évolution du Droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974”, *Travaux du Comité français de Droit international privé*, 1991-1992 y 1992-1993, Paris, Pédone, 1994, pp. 121-138.

— “Notas sobre el significado político y jurídico de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *RDCE*, 2001, núm. 9, enero/junio, pp. 7-26.

— “Problemas a los que el TEDH se encuentra en la actualidad y remedios posibles”, *Ponencia al Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, 5 diciembre 2003, <http://www.congreso.us.es/cidc/Ponencias/humanos/carrilloSALCEDO.pdf>.

CASTELLANOS RUIZ, E.: “La ley aplicable al proceso y el art. 3 de la LEC 1/2000”, *AEDIPr.*, 2001, t. 1, pp. 239-250.

CEBRIÁ GARCÍA, M.: “El matrimonio en España en la segunda mitad del siglo XX”, *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la UE y el Derecho comparado*, Bilbao, Servicio editorial de la Universidad del País Vasco, 2000.

CHAFI, M.: “L’enfant né hors mariage au Maroc”, *RMDED*, 1989, núm. 19, pp. 133-151.

— “L’insémination artificielle comme moyen de procréation: positions de l’Eglise et de l’Islam”, *RMDED*, 1987, núm. 4, pp. 131-140.

CHAMBERLAND, L.: “Famille homoparentales”, *Le Regroupement inter-organismes pour une politique familiale au Québec*, *Penson famille*, vol. 14, núm.72, mai 2003, <http://www.familis.org/riopfq/publication/pensons72/chamberland.html>

CHARFI, M.: “L’influence de la religion dans le droit international privé des pays musulmans”, *Recueil de Cours*, 1987-III, t. 203, pp. 321-454.

COLLINS, I.: “Provisional and Protective Measures in International Litigation”, *Recueil des Cours*, 1992, t. 234, pp. 9-239.

COMBALIA, Z.: “Los ordenamientos europeos ante las minorías musulmanas: aproximación al estudio de los derechos humanos en las declaraciones islámicas”, *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, vol. XII, 1996, pp. 481-510.

— “Estatuto de la mujer en Derecho matrimonial islámico”, *AequAlitas*, núm. 6, 2001, pp. 14-20.

CONFORTI, B.: “Cours general de droit international public”, *Recueil des Cours*, 1988-V, t. 212, pp 21- 210.

COURBE, P.: “L’ordre public de proximité”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 227-239.

DARMICH, A.: “La valeur du jugement étranger à la lumière du droit marocain et des conventions internationales”, *Revue des avocats*, 1982, núm. 20, pp. 56-90 (en árabe y traducción propia).

DE ANGULO RODRÍGUEZ, M.: “Artículo 8”, *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, Madrid, Edersa, 1978, pp. 127-134.

DECROUX, P.: “Le droit international privé marocain son évolution de 1956 a 1981”, *RJPEM*, 1981, núm. 10, pp. 153-170.

— “La Convention franco-marocain du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”, *JDI*, 1985, pp. 49-101.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: “De la paternidad y filiación”, en M. Albaladejo y S. Díaz de Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 1-40.

— “Artículos 108 a 111”, en M. Albaladejo y S. Alabat (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 108 a 141 del C.c.*, t. III, vol. 1º, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 41-100.

— “Artículos 112 a 114”, en M. Albaladejo y S. Alabat (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones Forales. Artículos 108 a 141 del C.c.*, t. III, vol. 1º, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 101-175.

— “Artículos 115 a 119”, en M. Albaladejo y S. Alabat (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, Artículos 108 a 141 del C.c.*, t. III, vol. 1º, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 176-296.

— “Artículos 120 a 126”, en M. Albaladejo y S. Alabat (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1º, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 296-491.

— “Artículos 127 a 130”, en M. Albaladejo y S. Alabat (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1, 2ª edic., Madrid, Edersa, 2000, pp. 492-568.

— “Artículos 131 a 135”, en M. Albaladejo y S. Díaz (coord.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1º, arts. 108 a 141, segunda edición, Edersa, 2000, pp. 569-795.

— “Artículos 136 a 141”, en M. Albaladejo y S. Díaz (coord.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. III, vol. 1º, arts. 108 a 141, segunda edición, Edersa, 2000, pp. 796-963.

DEL ALMEIDA NASCIMENTO, A.: “Las relaciones entre la Unión Europea y el Reino de Marruecos: el marco general y el Acuerdo Euromediterráneo de Asociación”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, núm. 10, pp. 545-593

DEL NIDO Y TORRES, M.: “De la paternidad y la filiación”, *Derecho Musulmán*, segunda edición, Tetuán, edic. Hispano-Africana, 1927, pp. 91-111.

DEL VALLE GÁLVEZ, A.: “España-Marruecos: una relación bilateral de alto potencial conflictivo, condicionada por la Unión Europea-panorama con propuestas”, *Las dimensiones internacionales del Estrecho de Gibraltar. Les dimensions international du Détroit de Gibraltar, Serie de Estudios Internacionales y Europeos de Cádiz*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 121-147.

DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: “La ausencia y la declaración de fallecimiento en DIPr.”, *REDI*, 1995-2, vol. XLVII, pp. 41-70.

— “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *RDP*, 1998, pp. 541-558.

— “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *AEDIPr*, 2001, t. I, pp. 37-87.

— “Revisión del sistema de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras”, *AEDIPr.*, 2000, t. 0, pp. 337-366.

DE NOVA, R.: “Diritto interlocale e diritto internazionale privato: ancora un raffronto”, *Riv.dir.int.priv. e proc.*, 1976, pp. 5-15.

DÉPREZ, J. : “Maroc. Pluralisme des statuts personnels. Conflits interpersonnels”, fasc. I, *Juris-Classeur*, 1975, pp. 1-20.

— “La réforme de l’organisation judiciaire et de la procédure au Maroc (*Dahir* du 15 juillet et 28 septembre 1974) et le droit international privé”, *RJPEM*, 1977, núm. 3, pp. 1-45 y *RJPEM*, 1978, núm. 4, pp. 49-93.

— “Bilan de vingt cinq années de droit international privé au Maroc”, *RJPEM*, 1981, núm. 10, pp. 125-151.

— “Droit international privé et conflits entre les status personnels”, *Juris-Classeurs*, fasc. IV, Cahier-1 y 2, 1981-8, pp. 1-16.

— “Le droit international privé marocain à travers les livres”, *RJPEM*, 1977, núm. 2, pp. 265-275.

— “Droit international privé et conflits de civilisations. Aspects méthodologiques (les relations entre systèmes d’Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel)”, *Recueil des Cours*, 1988-IV, vol. 211, pp. 9-372.

— “Le droit international privé marocain entre la fidélité à l’Umma et l’appartenance à la communauté internationale”, *Droit et environnement sociale au Magreb*, Casablanca, Fondation du Roi Abdul Aziz Al Saoud pour les études islamiques et les sciences humaines, Casablanca, CNRS, 1989, pp. 282-330.

— “La réception du statut personnel musulman en France”, *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflits de lois: le statut personnel*, Casablanca, Cahiers des Droits Maghrebins, 1995, núm. 1, vol. 1, pp. 19-63.

— “Statut personnel et pratiques familiales des étrangers musulmans en France: aspects de droit international privé”, *Familles-Islam-Europe. Le droit confronté au changement*, Paris, L’Harmatta, 1996, pp. 57-151

— “Autorité parentale, filiation, adoption et religion en droit international privé”, *Relations familiales interculturelles*, edic. Fons Strijbosch & Marie-Claire Foblets, Gipuzkua, Oñati Papers, 1999, pp 139-163.

— “Maroc. Pluralisme des statuts personnels. Conflit interpersonnels”, *Juris-Classeur*, vol. 2, Dalloz, Paris, 2002, pp. 1-20.

DESANTES REAL, M.: “Nota a la STC (Sala 2ª) 54/1989”, *REDI*, 1989-2, vol. XLI, pp. 625-630.

DE VAREILLES-SOMMIÈRES, P.: “La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires”, *Rev. crit., dr. int. pr.*, 1996-III, pp. 397-437.

DIAGO DIAGO, M.ª P.: “Repercusiones de la nueva Mudawana en la inmigración marroquí”, en A. Vicente (edic.), *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, Instituto de Estudios Islámicos y del Oriente Próximo, 2004, pp. 141-167 y en <http://www.webislam.com>.

— “La nueva Mudawana marroquí y el Derecho Internacional privado”, *REDI*, 2004-2, vol. LVI, pp. 1078-1083.

— “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *AequiAlitas*, 2001, núm. 6, pp. 6-13.

— “La dot islamique à l’épreuve du conflit des civilisations sous l’angle du droit international privé espagnol”, *Annales de Droit de Louvain*, 2001, núm. 4, p. 407-442.

— “La mundialización y las relaciones jurídicas entre padres e hijo”, en A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 143-176.

— “Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado”, *geriatrianet.com*, 2001, vol. 3, núm. 1.

— “La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad”, en A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, Colex, 2004, pp. 271-294

DÍAZ ALABART, S.: “La edad mínima para reconocer hijos”, *RDP*, 1983, pp. 531-540.

DÍEZ GARCÍA, E.: “De las funciones del Derecho: organización y cambio social”, *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Aurelio Menéndez*, vol. IV, Madrid, Cívitas, 1996, pp. 5444-5445.

DÍEZ PICAZO, L.: “La filiación matrimonial y no matrimonial”, en L. Díez-Picazo y A. Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho civil. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, vol. IV, 9ª edic., Madrid, Tecnos, 2005, pp. 239-242.

DOGLIOTTI, M.: “Che cosa è l’interesse del minore”, *Il Dir. Fam. e Pers.*, 1992, núm. 4, p. 1093.

DOCQUIR, P. F.: “M. Fallon: l’utilisation de la méthode comparative en droit international privé et en droit européen”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-III, pp. 285-292.

DOMÍNGUEZ LOZANO, P.: “Internal conflicts and Interregional law in the Spanish legal system”, *SYIL*, 1997, pp. 43-72.

— “Nuevas tendencias en Derecho de familia: el caso de las uniones de personas del mismo sexo”, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1395-1422.

DOMÍNGUEZ PLATAS, J.: “Las acciones de filiación. Encuadramiento general y funciones de la posesión de estado”, *RDP*, 1996, pp. 436-463.

DROZ, G. A. L.: “L’activité notariale internationale”, *Recueil des Cours*, 1999, t. 280, pp. 21-133.

— “Regards sur le droit international privé comparé”, *Recueil des Cours*, 1991-IV, t. 229, pp. 27-421.

DURÁN AYAGO, A.: “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 295-318.

DURÁN RIVACOBIA, R.: “La eficacia del reconocimiento de la filiación extramatrimonial del menor o incapaz”, *ADC*, 1987-1, pp. 139-194.

EL ARBI HACHEM, M.: “Le code tunisien de droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999-II, pp. 227-244.

EL ATOUABI, M.: “Une révolution nommée ADN”, *Marco-Hebdo*, número 642, Semaine du 4 au 10 Mars 2005.

ELHOUEISS, J. L.: “Retour sur la qualification *lege causae* en droit international privé”, *JDI*, 2005-2, pp. 281-313.

EL-HUSSEINI, R.: “Le droit international privé et répudiations islamique”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1999-III, pp. 427-468.

ELWAN, O.: “L’Islam et les systèmes de conflits de lois”, *Le statut personnes des musulmans. Droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 313-342.

ESPÍN CANOVAS, D.: “Artículo 39”, en O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a las Leyes políticas*, t. IV, arts. 39-55, Madrid, Edersa, 1984, pp. 19-45.

ESPINAR VICENTE, J. M.: “Sociedad multicultural y Derecho internacional privado”, *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural (Melilla, 6-9 de abril de 1999)*, Madrid, Universidad de Alcalá, 1999, pp. 181-204.

ESPINIELLA MENÉNDEZ, A.: “La competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano”, *AEDIPr.*, 2006, t. VI, pp. 493-518.

ESPLUGUES MOTA, C.: “Todos somos extranjeros en algún lugar del mundo: incidencia de la extranjería en el Registro Civil español”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Monterio*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 43-65.

ESTEBAN DE LA ROSA, F.: “Nota al Auto Juzgado de primera instancia núm. 1 de Loja (Granada), de 19 de marzo de 1996”, *REDI*, 1997-1, vol. XLIX, pp. 223-229.

ESTEBAN DE LA ROSA, G.: “El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre protección del niño: exclusión del acogimiento preadoptivo de su ámbito de aplicación material. Reflexiones en torno al art. 4 letar b)”, *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 1997-4, pp. 849-872.

— “La forma del matrimonio como requisito integrativo de su válida celebración y sus consecuencias con respecto al reconocimiento de los matrimonios celebrados en el extranjero: los artículos 49 y 50 del Código Civil español”, *Temas actuales de Derecho civil*, Trujillo, *Normas Legales SAC*, 2005, pp. 769-796.

— “La multiculturalidad (de inmigración) relevante para el sistema español de Derecho internacional privado”, *Dereito, Revista Jurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, 2007, núm. 2, vol. 16, pp. 5-26.

ESTEBAN DE LA ROSA, G. y OUALD ALI, K.: “Divorcios de matrimonio marroquí residente en España”, *AEDIPr*, 2006, t. VI, pp. 983-987.

ESTEVE GONZÁLEZ, L., LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A. y MORÁN GARCÍA, M. E.: “La familia multicultural: entre el conflicto de civilizaciones y el servicio a la paz entre los pueblos”, *Estudios en homenaje al Profesor Martínez Valls*, vol. II, Universidad de Alicante, 2000, pp. 843-861.

FÁBREGAS RUIZ, C.: “Las pruebas biológicas de la paternidad. Aspectos científicos y jurídicos de las mismas”, *ADC*, 1998, t. LI, fasc. II, pp. 633-679.

FADLALLAH, I.: “Vers la reconnaissance de la répudiations par le juge musulman”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1981-I, pp. 17-29.

FALLON, M.: “La nueva ley belga conteniendo el Código de Derecho internacional privado”, *REDI*, 2004-2, vol. LVI, pp. 821-835.

— “La matérialisation du nouveau droit international privé belge”, en AA.VV., *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1493-1511.

— “Le principe de proximité dans le droit de l’Union européenne”, *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 241-263.

FAUVARQUE-COSSON, B.: “Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques a travers l’exemple des droits fondamentaux”, *Rev. int. dr. comp.*, 2004-IV, pp. 797-818.

FERRAJOLI, L.: “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, *Revista internacional de filosofía política*, 2007, núm. 30, pp. 57-64.

FERIA GARCÍA, M. C.: “Algunas reflexiones en torno a las reformas del Derecho de Familia en Marruecos”, *Hespería*, 2005, núm. 2, pp. 21-35.

— “Convivencia e interacción de tradiciones jurídicas en Marruecos. La fe pública: sofrim, notarios y adules”, *Anraq*, vol. XXIV, 2007, pp. 241-285.

FERNÁNDEZ DOMINGO, J. I.: “Reconocimiento de la filiación no matrimonial”, Madrid, *AC*, 1998, núm. 2, pp. 453-479.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M^a. B.: “La igualdad constitucional en materia de filiación”, *AC*, 2004, núm.2, pp. 1749-1757.

FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, en *Gaceta Jurídica de la Unión y de la Competencia*, 2001, núm. 214, pp. 15-30.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C.: “Art. 12.6º”, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I., vol. 2, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 973-1082.

— “Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª edic., t. 1, vol. 2, arts. 8 al 16 del C.c., Madrid, Edersa, 1995, pp. 1-95.

FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “Artículo 9, apartado 9º”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 2, arts. 8 a 16 C.c., Madrid, Revista de Derecho Privado, 1995, pp. 392-428.

FERRANDO, G.: “Il contributo della Corte europea dei diritti dell’uomo”, en M. C. Andrini, *Un nuevo Derecho di famiglia europeo*, Padua, Cedam, 2007, pp. 135-158

FOBLETS, M. C.: “Conflicts conjugaux et immigration. Libérer la femme marocaine musulmane malgré elle?”, *Annales de droit de Louvain*, 1999, pp. 45-68.

— “El estatuto personal ante los tribunales. Un reconocimiento”, *AequAlitas*, enero-junio 2006, núm. 18, pp. 6-19.

FOBLETS, M.C. y LOUKILI, M.: “Mariage et divorce dans le nouveau code marocain de la famille: quelles implications pour les marocains en Europe?”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006-III, pp. 521-555.

FONT I SEGURA, A.: “Una lectura comunitaria del principio *Lex Fori Regit Processum*”, *AEDIPr.*, 2001, t. 1, pp. 283-313.

FONTÁN SILVA, E. J.: “El *exequatur* de las decisiones dictadas por los Tribunales de Marruecos”, *AC*, 1998, núm. 4, núm. 36 a 48.

FORNER DELAYGUA, J.-J.: “La familia árabe ante la legislación española de nacionalidad y extranjería”, en A. Borrás y S. Mernissi, *El islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d’Estudis i Cooperació, 1998, pp. 199-243.

FOYER, J.: “Problèmes de conflits de lois en matière de filiation”, *Recueil des Cours*, 1985-IV, t. 193, pp. 9-118.

— “Note de l’arrêt du Corte de Casación, de 3-nov.-1988”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989-III, pp. 495-502.

— “Note de l’arrêt de la Cour de cassation du 10 février 1993”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993-IV, pp. 620-632.

FRAISSEX, P.: “La protection de la dignité de la personne en biomédecine: Convention d’Oviedo”, *Rev. int. dr. comp.*, 2000-2, pp. 371-416.

FRANCESCAKIS, PH.: “Les questions préalables de statut personnel dans le droit de la nationalité”, *RabelsZ*, 1958, vol. 23, pp. 148-251.

— “Quelques précisions sur les lois d’application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 1-18.

FRANK, R.: “La signification différente attachée à la filiation par le sang en droit allemand et français de la famille”, *Rev. int. dr. comp.*, 1993-3, pp. 636-655.

— “L’examen biologique sous contraire dans le cadre de l’établissement de la filiation en droit allemand”, *Rev. int. dr. comp.*, 1995-4, pp. 905-920.

— “L’établissement et les conséquences de la filiation maternelle et paternelle en droit européen”, *Rev. dr. int. comp.*, 1999-1, pp. 29-50.

— “Le centenaire du BGB: le droit de la famille face aux exigences du raisonnement politique, de la Constitution et de la cohérence du système juridique”, *Rev. int. dr. comp.*, 2000-4, pp. 819-842.

— “Observations comparatives sur la contestation de paternité”, *Rev. int. dr. comp.*, 2005-1, pp. 85-102.

FUENTES CAMACHO, V.: “Atribución de la nacionalidad española *iure sanguinis* y ley aplicable al establecimiento de la filiación por naturaleza”, *Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 403-417.

FULCHIRON, H.: “«Ne répudiez point...»: pour une interprétation raisonnée des arrêts du 17 février 2004”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-1, pp. 7-26.

FURKEL, F.: “La recherche de paternité naturelle en droit allemand et français”, *Rev. int. dr. comp.*, 1975-2, pp. 321-348.

— “Le nouveau droit de l’enfance en République Fédérale d’Allemagne”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1998-3, pp. 804-820.

— “L’identification par empreintes génétiques en matière civil en République Fédérale d’Allemagne”, *Rev. int. dr. comp.*, 2004-2, pp. 389-416.

GANNAGÉ, P.: “La coexistence des droits confessionnels et de droits laïques dans les relations privées internationales”, *Recueils des Cours*, 1979-III, t. 164, pp. 339-423.

— “La pénétration de l’autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1992-III, pp. 425-454.

GARCÍA GUTIÉRREZ, L.: “El doble escalón del Derecho internacional privado: sobre la toma en consideración de otro ordenamiento jurídico en la interpretación del Derecho material aplicable”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J. D. González Campos*, t. II, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1547-1561.

GARCÍA POVEDA, G.: “El principio de prueba en los juicios sobre filiación”, *RDF*, 2003, núm. 20, pp. 279-297.

— “Constitucionalidad de las pruebas biológicas”, *RDF*, 2004, núm. 25, pp. 61-96.

GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: “La celebración del matrimonio en una sociedad multicultural: formas e *ius connubi* (especial referencia a la poligamia)”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Cuadernos de Derecho judicial. CGPJ, Madrid, 2002, pp. 143-221.

GARCÍA RUBIO, M.^a P.: “Parejas de hecho y lealtad constitucional”, en www.mujeresjuristasthemis.org/novedades/CONSTITUCIONAL.PDF.

GARCÍA-VASO PÉREZ-TEMPLADO, C.: “El repudio islámico: posibles soluciones ante su reconocimiento”, en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*. Madrid, Colex, 2004, pp. 411- 426.

GARCÍA VICENTE, J. M.: “Los principios del Derecho de las acciones de filiación”, *AC*, 2004, núm. 5, pp. 15-29 y en (BIB 2004/480), en <http://westlaw.es/>.

— “La impugnación de la paternidad matrimonial en el Código civil: en particular, algunas dudas de constitucionalidad sobre su *dies a quo* de ejercicio”, *DPyC*, 2001, núm. 15, pp. 107-142.

— “Los maridos pueden impugnar su paternidad sin plazo. Comentario a la STC 138/2005, de 26 de mayo”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2005, núm. 688 (BIB 2005/2116), en <http://westlaw.es/>.

— “Comentario a la STS núm. 669/2004, de 12 de julio (RJ 2004/5356)”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, enero-abril 2005 (BIB 2004/1903), en <http://westlaw.es/>.

GARRIDO DE PALMA, V. M.: “El reconocimiento de hijos”, Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XXV, *RDP*, 1983, pp. 11-42.

GAUDEMMENT-TALLON, H.: “De quelques souhaits pour une meilleure cohérente des règles de conflits de lois”, *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J. D. González Campos*, vol. II, Madrid, edic. UAM/Eurolex, pp. 1593-1618.

— “De l’utilité d’une unification du droit international privé de la famille dans l’Union européenne?”, *Estudos em homenagem à Isabel de Magalhaes Colaço*, Coimbra, Almedina, 2002, pp. 159-187.

GÓMEZ VALENZUELA, E.: “Reconocimiento en España de los matrimonios celebrados por los/as inmigrantes en el país de origen (situación en la provincia de Jaén), *Estudios e informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén 2005-2006. Observatorio permanente sobre la inmigración en la provincia de Jaén*, Granada, Comares, 2008, pp. 269-283.

GONZÁLEZ BEILFUS, C.: “La protección de adultos en DIPr.”, *Estatuto personal y multicultural*, Madrid, Colex, pp. 85-102.

— “La aceptación del Estatuto de la Conferencia de La Haya por Marruecos y sus consecuencias”, *REDI*, 1994-1, pp. 451-454.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.: “Filiación por naturaleza”, *Derecho internacional privado. Parte especial*, vol.II, Oviedo, Apel, 1984, pp. 200-214.

— “Nota al ATS de 2 de marzo de 1987”, *REDI*, 1988-1, pp. 208-211.

— “Comentarios al art. 9.4 C.c.”, en *Comentario del Código Civil*, t. I, Madrid, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991, pp 84-87.

— “Artículo 8”, *Comentario del Código civil*, t. I, Madrid, Centro de publicaciones del Ministerio de Justicia, 1991, pp. 71-76.

— “Filiación y alimentos”, *Derecho internacional privado. Parte Especial*, 6ª edic. revisada, Madrid, Eurolex, 1995, pp. 355-377.

— “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. IV, Cívitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270.

— “La reforma del sistema español de DIPr. Algunas propuestas para un debate”, *REDI*, 2000-2, vol. LII, pp. 351-370.

— “Las relaciones entre *forum* y *ius* en el Derecho internacional privado. Caracterización y dimensiones del problema”, *ADI*, 1977-78, vol. IV, pp. 89-136.

— “Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé”, *Recueil des Cours*, 2000, t. 287, pp. 9-426.

— “Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en Droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1997, t. 156, pp. 233-375.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y CALVO CARAVACA, A. L.: “Art. 8.2º”, *Comentario al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 2, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 110-163.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.: “Artículo 11”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. I, vol. 2, art. 8 a 16 del C.c., Madrid, edic. Revista de Derecho Privado, 1995, pp. 838-842.

GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y ORTIZ ARCE DE LA FUENTE, A.: “Artículo 11”, *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, t. I. Madrid, Edersa, 1978, pp. 386-427.

GRANET-LAMBRECHTS, F.: “La réforme du droit de la filiation: l’Ordonnance n° 2005-759 du 4 juillet 2005 et la Circulaire du 30 juin 2006”, <http://www.cdpf.u-strasbg.fr/Frédérique%20Grante.htm>

GUYON-RENARD, I.: “El fraude en materia de estado civil en los Estados miembros de la CIEC”, *BIMJ*, año LI, 1 de septiembre de 1997, núms. 1803-04.

GUZMÁN ZAPATER, M.: “Nota a la SAP de Ávila de 4 de mayo de 1995”, *REDI*, 1996-1, vol. XLVIII, pp. 359-362.

— “Filiación por naturaleza y adopción”, *Derecho internacional privado*, t. II, 2ª edic., Madrid, UNED, 2000, pp. 159-193.

— “Nota a la STS de 22 de marzo de 2007”, *REDI*, 2001-1 y 2, vol. LIII, pp. 541-547.

— “Sobre la función del Derecho internacional privado y técnicas de reglamentación”, *Pacis Artes. Obra homenaje al Profesor J. D. González Campos*, Madrid, edic. UAM/Eurolex, 2005, pp. 1619-1643.

— “Competencia de la Unión Europea para concluir tratados internacionales en materia de Derecho internacional privado (A propósito del Dictamen del TJCE 1/2003, de 7 de febrero de 2006)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2007, núm. 14, en <http://www.reci.org/>.

HAMMJE, P.: “Droits fondamentaux et ordre public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997-I, págs. 1-31.

HANDAM, M. E.: “Sexualité et famille: approche anthropologique”, en D. Borrillo, E. Fassin et M. Iacub (dir.), *Au-delà du PaCS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, Presse Universitaires de France, 2000, pp. 245-259.

HASCHER, M. D.: “Comité français de droit international privé. Compte rendu des travaux de l'année 2004-2005”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 2006-I, pp. 217-221.

HERRERA CAMPOS, R.: “La filiación”, en F. J. Sánchez Calero (dir.), *Curso de Derecho civil, IV, Derechos de familia y sucesiones*. 4ª edic., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 307-308.

HESSLER, H. J.: “Datum-Theorie und Zweistufigkeit des internationalen Privatrechts”, *Albert A. Ehrenzweig und das internationale Privatrechts. Symposium veranstaltet vom Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg am 17. Juli 1984*, Heidelberg, 1986.

HOLLEAUX, G.: “Remarques sur la preuve de la filiation paternelle en droit allemand, suisse et français”, *Rev. int. dr. comp.* 1953-3, pp. 475-496

IGLESIAS BUIGUES, J. L. y DESANTES REAL, M.: “Extensión y límites de la jurisdicción española. Influencia del Convenio de Bruselas de 1968 en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985”, *Las relaciones de vecindad, (IX Jornadas de profesores del Derecho internacional y relaciones internacionales 1985)*, Bilbao, Argitarapen Zerbitzua Euskal Herriko Unibertsitatea, 1987, pp. 453-463.

JAHEL, S.: “La lente acculturation du droit maghrébin de la famille dans l'espace juridique français”, *Rev. int. dr. comp.*, 1994-1, vol. 46, pp. 31-58.

JAUHAR, M.: “Prueba y negación de la filiación. Entre la medicina e incógnita”, edición especial, jornadas sobre la familia marroquí, entre la doctrina malikí y el derecho positivo, *RMDED*, 2004, núm. 50, pp. 152-165 (en árabe y traducción propia).

JAYME, E.: “Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne”, *Recueil des Cours*, 1995-I, t. 251, pp. 33-265.

— “Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation”, *Recueil des Cours*, 2000-V, t. 282, pp. 9-40.

— “Diritto di famiglia: società multiculturali e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato”, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1993-2, pp. 295-304.

JELLAL, A.: “Algunos aspectos de la protección del niño en Marruecos”, *RJPEM*, 1979, núm. 5, pp. 9-48 (en árabe, traducción propia).

JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros”, *AEDIPr*, 2001, t. 1, pp. 365-404.

JUÁREZ PÉREZ, P.: “Hacia un Derecho internacional privado intercultural”, *Globalización y derecho*, Madrid, Colex, 2003, pp. 331-351.

KHAMLI, A. y MOULAY RCHID, A.: “La *Moudawana* 25 años después de su promulgación”, *RJPEM*, 1981, núm 10, pp 31-86 (en árabe, traducción propia).

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “El Derecho humano a conocer el origen biológico y el Derecho a establecer vínculos de filiación. A propósito de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos humanos del 13/2/2003, en el caso “*Odièvre c/France*”, en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004.

KREUZER, K.: “La propriété mobilière en droit international privé”, *Recueil des Cours.*, 1996, t. 259, pp. 27-317.

— “International Instruments On Human Rights And Shariah Law”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 343-361.

KINSCH, P.: “L’autolimitation implicite des normes de Droit privé material”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2003-III, pp. 403-435.

LABACA ZABALA, M.^a L.: “La familia poligámica y pensión de viudedad” (BIB 2005/721), en <http://westlaw.es/>.

— “El matrimonio polígamo y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español”, *Noticias Jurídicas*, 2005, en <http://noticias.juridicas.com>.

LABRUSSE, C.: “Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne fédérale: (à propos de la decision du Tribunal Constitutionnel federal du 4 mai 1971)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1974, pp. 1-46.

LADRÓN DE CEGAMA Y FERNÁNDEZ, C.: “Los hijos no matrimoniales y el Registro Civil”, *BIMJ*, 1984, núm. 1340, pp. 3-20 y continuación en *BIMJ*, 1984, núm. 1341, pp. 3-13.

LAGARDE, P.: “La règle de conflit applicable aux questions préalables”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1960, pp. 461-484.

— “Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain”, *Recueils de Cours*, 1986-I, t. 196, pp. 9-239.

— “La théorie de l’ordre public international face à la polygamie et à la répudiation. L’expérience française”, *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruyant, 1993, pp. 263-283.

— “Différences culturelles et ordre public de la famille. Rapport provisoire (mars 2003, révisé juillet 2004). Session de Cracovie. Première partie. Travaux préparatoires”, *Annuaire de l’Institut de droit international*, 2004, vol. 71, pp. 13-115.

— “Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille. 9ème commission, Institut de Droit international (Session de Cracovie-2005)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2005-IV, pp. 859-860.

— “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, pp. 225-243.

— “Informe explicativo sobre la propuesta de convenio relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de familia y sucesión, elaborada por el grupo europeo de Derecho internacional privado (proyecto de Heidelberg)”, *REDI*, 1994-1, vol. XLVI, pp. 466-474.

— “La Convention de la Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2000-II, pp. 159-179.

— “La reconnaissance mode d’emploi”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 478-501.

LALIVE, P.: “Tendances et méthodes en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1977-II, t. 155, pp. 1-424.

LAPANNE-JOINVILLE, J.: “La reconnaissance de paternité de l’enfant issu du concubinage legal”, *RMD*, 1952, pp. 153-166.

— “La filiation maternelle naturelle en droit musulman malekite”, *RMD*, 1952, pp. 256-267.

LARA AGUADO, A.: “Nacionalidad e integración social (a propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre”, *La Ley*, núm. 5694, enero 2003, pp. 1-11.

— “El caso Niebüll o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras”, *La Ley*, núm. 6560, 29 de septiembre de 2006, pp. 1-7.

— “Adopción internacional: relatividad de equivalencia de efectos y sentido común en la interpretación del Derecho extranjero”, *REDI* (en prensa).

— “El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil (a propósito de la Sentencia del TJCE de 14 de octubre de 2008: Grunkin-Paul y Standesamt Stadt Niebüll)”, *La Ley*, 2009, núm. 7104, pp. 1-7.

LARDEUX, G.: “Droits civils français et allemand: entre convergente matérielle et opposition intellectuelle”, *Colloque sur droits civils en cours de globalisation, organisé à Séoul le 3 décembre 2005 par le College of Law de la Korea University*, pp. 1-46, en espec. pp. 5 y 6, http://www.rrj.u-3mrs.fr/data-img/files/1161356574_06-2Lardeux.pdf.

LAROCHE-GISSEROT, F.: “Le nouveau code marocain de la famille: innovation ou archaïsme?”, *Rev. int. dr. comp.*, 2005-4, pp. 335-355.

LEFORT, D.: “Tribunal de Grande Instance de Paris (1^{re}. Ch.), 7 avril 1981”, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1981-II, pp. 510-523.

LENAERTS, L.: “Le droit comparé dans le travail du juge communautaire”, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2001, núm. 3, vol. 37, pp. 487-528.

LEQUETTE, Y.: “Le droit international privé de la famille à l’épreuve des conventions internationales”, *Recueil des Cours*, 1994-II, t. 246, pp. 9-234.

— “De l’utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille”, *Mélanges en l’honneur de Y. Loussouarn*, Paris, Dalloz, 1994, pp. 245-264.

LEROY-FORGEOT, F.: “Nature et contre-nature en matière d’homoparentalité”, en M. Gross (dir.), *Homoparentalités, état des lieux: Parentés et différence des sexes*, Paris, ESF éditeur, 2000, pp. 140-153.

LEWALD, H.: “La théorie du renvoi”, *Recueil des Cours*, 1929-IV, t. 29, pp. 515-620.

LLEDÓ YAGUË, F.: “El contenido básico de la filiación y sus efectos”, *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson, 2002, pp. 281-366.

LÓPEZ CASTILLO, A.: “Algunas consideraciones en torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista de Estudios Políticos*, 2001, núm. 113, julio/septiembre, pp. 43-73.

LÓPEZ GARCÍA, B.: “Las migraciones magrebíes y España”, *Territorio, economía y sociedad*, núm.91-92, Madrid, Alforz, 1992, pp. 52-59.

LÓPEZ GARCÍA, B. y HERNANDO DE LARRAMENDI, M.: “España y el Norte de África: hacia una “estabilidad dinámica”, *Paix et sécurité internationales*, 2003, núm. 3, pp. 31-55.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: “Acciones de filiación. Algunos aspectos sustantivos”, *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación. Cuadernos de derecho judicial*, Madrid, CGPJ, pp. 155-179.

LÓPEZ MOSTEIRO, R.: “La poligamia y algunas prestaciones de Seguridad Social”, *Sentencias del TSJ y AP y otros tribunales*, núm. 19/2001, 2002 (BIB 2002/24), en <http://westlaw.es/>.

LOUFI, M-H.: “Égypte. Capacité. Mariage. Filiation”, *Juris-Classeur*, 1996, pp. 1-23.

LOUSSOUARN, Y.: “Le role de la méthode comparative en droit international privé français”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1979, pp. 307-339.

— “La dualité des principes de nationalité et de domicile en droit international privé”, *Annuaire IDI*, 1987, vol. 62-I, pp. 295-381.

MAILA, J.: “¿Son los derechos humanos impensables en el Mundo Árabe?”, *El Islam jurídicos y Europa*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d’Estudi i Cooperación, 1998, pp. 123-153.

MANSEL, H-P.: “Anerkennugn als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *RabelsZ*, 2006, pp. 651-731.

MANSOURI, A.: “Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-3, pp. 173-196.

NANTEL, A.: “Las minorías en el DIPr.; algunos aspectos específicos de la situación en Israel”, en I. García Rodríguez (edic.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315-334.

MARCHAL ESCALONA, N.: “La Ley de reforma de Derecho internacional privado italiano de 31 de mayo de 1995”, *REDI*, 1996-1, vol. XLVIII, pp. 474-500.

— “Matrimonio religioso y la Instrucción de 10 de febrero de 1993 de la DGRN”, *La Ley*, 1996, núm. 4175, pp. 1-7

— “El repudio ante la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *RFD Univ. Gr.*, 2002, vol. 5, pp. 367-377.

MARQUES DOS SANTOS, A.: “Nacionalidade e efectividade”, *Estudos em memoria do Professor Doutor Joao de Castro Mendes*, Lisboa, Faculdade de Direito de Lisboa, 1995, pp. 429-453.

MARMO, L.: “Rapport explicatif de l’avant-projet de Convention de La Haye de protection de mineurs”, *Actes et Documents de la Neuvième Session de La Conférence de la Haye, Tome IV, Protection des mineurs*, pp. 210-245; P. Lagarde, *Rapport explicatif de la Convention du 19 octobre 1996, concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l’exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants*, pp. 32-124.

— “La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997-II, pp. 217-238.

MARÍN LÓPEZ, A.: “La filiación”, *Derecho internacional privado español*, t. II., 8ª edic., Granada, Copias Coca, 1994, pp. 189-233.

— “La cuestión incidental en el Derecho internacional privado”, *REDI*, 1956, vol. IX, pp. 125-146.

MARTÍN GONZÁLEZ, M.: “El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos”, *Revista de Derecho Administrativo*, 1967, núm. 54, pp. 197-292.

MARTÍN MUÑOZ, G.: “La igualdad entre los sexos y la cuestión de los derechos humanos y del ciudadano en el mundo árabe”, *Mujeres, democracia y desarrollo en el Magreb*, Madrid, Fundación Pablo Iglesias, 1995, pp. 3-18.

MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES, J.: “Estudio Preliminar”, pp. 1-34, en espec. pp. 20 y 21, <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/FuturoEuropa/TratadodeLisboa2007>

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.: “A propósito de una interpretación jurisprudencial del art. 111 C.c.”, *ADC*, 1988-1, pp. 589-605

MASEDA RODRÍGUEZ, J.: “El concepto de documento público: jurisdicción territorialmente competente para la ejecución en el marco del Convenio de Bruselas de 1968”, *La Ley: Unión Europea*, 1999, núm. 4829, pp. 1-6.

MAYER, P.: “Évolution du statut de la famille en droit international privé”, *JDI*, 1977-2, pp. 447-469.

— “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de P. Lagarde*, Dalloz, 2005, pp. 547-574.

MATOZZO DE ROMUALDI, L. A.: “La biotecnología y el derecho a la identidad”, *Cuadernos de Bioética del Grupo de investigación en Bioética de Galicia*, vol. VII, núm. 25, 1996, en <http://www.infovida.org.ar/temas/fertilización/biotecnologia-identidad.htm>.

MELIÁ LLACER, R.: “La protección internacional de los derechos de los niños”, *RGD*, 1989, núm. 536, pp 2907-2928.

MENEU, P.: “Derecho comparado y Derecho internacional”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, pp. 1-19.

MERNISSI, S.: “Quelques aspects du statut personnel marocain”, *Le statut personnel des musulmans. Droit compare et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992.

— “La filiation de l’enfant en droit musulman”, *Islamic Law and its Reception by the Courts in the West*, Congress from 23 to 24 october 1998 in Osnabrück, Berlin, Carl Heymanns Verlagkg, 1999, pp. 119-135.

MESSAOUDI, L.: “Tentative d’application du code de procédure civil sous l’angle du droit international privé”, *RDE*, 1990, núm. 6, pp. 169-211 (en árabe, traducción propia).

— “La discrimination a l’égard de la femme en droit international privé marocain”, *RDE*, 1991, núm. 7, pp. 43-54.

— “La discrimination a l’égard de la femme en droit international privé marocain”, *Rev. int. dr. comp.*, 1992-4, pp. 947-957, en espec. pp. 948-951.

MEZGHANI, A.: “Les innovations du code tunisien de droit international privé”, *RabelsZ*, 2001, núm. 65, pp.78-125

— “Le juge français et les institutions du droit musulman”, *JDI*, 2003-3, pp. 721-765.

— “Le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels”, *Mouvements du droit contemporain: Mélanges offerts au professeur Sassi Ben Halima*, Tunis, Centre de Publications Univertitaires, 2005, pp. 651-682.

— “Quelle tolérance pour les répudiations?”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-1, pp. 61-100.

MEZIOU, K.: “Maghreb: évolution du droit de la famille et perspectives comparatives”, en M.C. Flobet *Familles-Islam-Europe* (éd.), *Le Droit confronté au changement*, Paris, L’Harmattan Editions, 1996, pp. 218-220.

MIAJA DE LA MUELA, A.: “Sobre los principios rectores de las reglas de competencia territorial de los tribunales internos con elemento extranjero”, *REDI*, 1968, vol. XXI, pp. 733-762.

— “Les principes directeurs des règles de compétence territoriale des tribunaux internes en matière de litiges comportant un élément international”, *Recueil des Cours*, 1972-I, t. 135, pp. 5-93.

MICHINEL ÁLVAREZ, M. A.: “La sentencia extranjera ante el cambio de circunstancias (con especial referencia a la condena de prestación periódica de alimentos)”, *REDI*, 2002-2, vol. LIV, pp. 641-668.

MIRALLES, P. P.: “La ratificación por España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño”, *AC*, 1991, núm. 39, pp. 525-538.

MONÉGER, F.: “La Convention franco-marocaine du 10 août 1981 relative au statut des personnes et de la famille et à la coopération judiciaire”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984-I, pp. 2-69 y *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1984-II, pp. 267-288.

— “Vers la fin de la reconnaissance de la répudiation parle juge français”, *JDI*, 1992, pp. 347-355.

— “Note de l’arrêt de la Cour d’appel de Lyon”, *JDI*, 2002-2, pp. 475-483.

MORERE, M.: “Statut personnel étranger”, *RMD*, 1965, pp. 43 y 44.

MORO ALMARAZ, M.^a J.: “Art. 108 al 141”, *Jurisprudencia civil comentada. Código civil*, t. I. arts. 1 a 1087, Granada, Comares, 2000, pp. 631-713.

MOSCONI, F.: “Qualche interrogativo in tema di uniformità internazionale delle soluzioni e di criterio della cittadinanza”, *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1999, núm. 3, pp. 421-436.

MOTILLA DE LA CALLE, A.: “La filiación natural y adoptiva en el Derecho islámico y en los Códigos de Marruecos, Argelia y Túnez. Relevancia en el Derecho español”, en A. L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 585-595.

— “Eficacia civil del matrimonio celebrado en el extranjero conforme a la ley islámica”, *El matrimonio islámico y su eficacia en el sistema español*, Córdoba, Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2003, pp. 156-162.

— “La última reforma del Derecho de Familia en el Reino de Marruecos”, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2006, vol. XXII pp. 435-459.

MOULAY RCHID, A.: “Les grandes lignes du droit international privé marocain en matière de statut personnel”, *RDE*, 1991, núm. 7, pp. 7-54.

— “Droit des personnes. La nationalité marocaine”, *Droit international privé*, Cours polycopiés, 4 année, Faculté des Sciences, Juridiques Economiques et Sociales, Université Mohammed-V Souissi, Rabat, 1992-1993 (fotocopiado).

— “Les relations internationales entre personnes privées”, *Droit international privé*, Cours polycopiés, 4 année, Faculté des Sciences, Juridiques Economiques et Sociales, Université Mohammed-V Souissi, Rabat, 1992-1993 (fotocopiado).

— “Les conflits de juridictions”, *Droit international privé. Cours polycopiés*, 4 année, des Sciences, Juridiques Economiques et Sociales, Université Mohammed-V Souissi, Rabat, 1992-1993 (fotocopiado).

— “Le Droit international privé du Maroc indépendant en matière de statut personnel”, en J-Y. Calier y M. Verwilghen (dirs.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et Droit international privé*, Bruselas, Bruylant, 1992, pp. 143-180.

— “Le droit familial à travers les relations Maroc-Europe”, *L’Annuaire de l’Émigration*, 1994, pp. 602-605.

— “Quelles solutions pour le statut personnel des émigrés marocain en Europe?”, *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflits de lois: le statut personnel*, Casablanca, *Cahier des Droits Maghrébins*, núm. 1, vol. 1, 1995, pp. 109-135.

— “Les droits de l’enfant”, *Recueil des Cours*, 1997, t. 268, pp. 9-290.

MOYA ESCUDERO, M.: “El derecho del extranjero a conocer su origen biológico”, *RFD Univ. Gr.*, núm. 4, 2001, pp. 439-453-

— “Competencia judicial y reconocimiento de decisiones en materia de responsabilidad parental: el Reglamento Bruselas II”, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado en Europa*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 105-130.

MUIR-WATT, M.: “La fonction subversive du droit compare”, *Rev. int. dr. comp.*, 2003-3, pp. 503-527.

— “La Convention de la Haye du 29 mai 1993 sur la protection des enfants et la coopération en matière d’adoption internationale”, *Travaux du Comité Français de DIPr.*, 1993/1995, pp. 49-62.

NAFEÍ, O.: “El sistema del estado civil en Marruecos”, *Publicaciones de la asociación de desarrollo de la investigación y de los estudios jurídicos*, Rabat, *Al Maârif al jadida*, 1997, pp. 90-174 (en árabe, traducción propia).

NANCLARES VALLE, J.: “Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza”, *AC*, 2008, núm. 7 pp. 1-17, (BIB 2008/579), en <http://westlaw.es/>.

NIBOYET, M. L.: “Regard français sur la reconnaissance en France des répudiations musulmanes”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-1, pp. 27-46.

NOREÑA SALTO, J. R.: “Acerca del contenido esencial de los derechos fundamentales de configuración legal”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2003, núm. 18 (BIB 2003/1523), <http://westlaw.es>.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.: “La Doctrina de la DGRN en materia de reconocimiento registral de los matrimonios extranjeros, con especial referencia al matrimonio consular”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor R. Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 276-283.

ORTIZ ARCE, A.: “Normas de Derecho internacional privado”, *Comentarios al Código civil, I, título preliminar*, Barcelona, Jose María Bosch editor, pp. 263-358.

OUNNIR, A.: “Les justiciables dans le circuit judiciaire relatif au contentieux de la famille”, *Le code de la famille. Perceptions et pratique judiciaire*, Casablanca, Friedrich Ebert Stiftung-FES Maroc, ImprimElite, 2007, pp. 89-139.

— “La reconnaissance et l’exécution des jugements étrangers au Maroc”, *Estudios e informes sobre la inmigración extranjera en la provincia de Jaén, 2005-2006. Observatorio permanente sobre la inmigración en la provincia de Jaén*, Granada, Comares, 2008, pp.451-469.

OUHIDA, J.: *2º Curso del Estatuto Personal. El matrimonio*, t. 1º, 2001, Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Soussi-Rabat, pp. 96-104, en espec. 103-104 (en árabe, traducción propia).

OUZZANI CHAHIDI, H.: “Les sources constitutionnelles des droits de l’enfant en tant que principes généraux du droit”, *RMDED*, 1980, núm. 4, pp. 174-188.

PALAO MORENO, G.: “Jornada sobre la reforma del sistema español de Derecho internacional privado”, *REDI*, 2002-1, vol. LIV, pp. 520-522.

PALAZZO, A.: “Il diritto a conoscere le proprie origini”, *La filiazione*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2007, pp. 145-203.

PALSON, L.: “Rules, Problems and Trends in Family Conflict of Law”, *Recueil de Cours*, 1986, t. 199, pp. 342-413.

PAMBOUKIS, P.: “L’acte quasi public en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1993-II, pp. 565-590.

— “Nota a la sentencia de la Cour de casación (1er. Ch. civ.), 12 janvier 1994”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1994-III, pp. 557-568.

— “La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2008-III, pp. 513-560.

PECOURT GARCÍA, E.: “La voluntad de las partes y su posible virtualidad en la determinación de la competencia judicial internacional”, *REDI*, 1964, pp. 60-80.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M.: “De la determinación y prueba de la filiación”, en *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 828-1023.

— “La nacionalidad española: introducción”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. 3º, arts. 17 a 41 del Código civil, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1993, pp. 1-136.

— “La intervención de la autoridad judicial en los reconocimientos de la filiación”, *Cuadernos de Derecho Judicial, La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 57-63.

PÉREZ BEVIÁ, J. A.: “La protección del menor en el Consejo de Europa”, *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 51-81.

PÉREZ JIMÉNEZ, M.ª T.: “La búsqueda de la verdad biológica: negativa a las pruebas de paternidad”, *AC*, 2005, núm. 21, pp. 2654-2664.

PEREZ VERA, E.: “El Convenio de los Derechos del Niño en el marco de la protección internacional de los Derechos humanos”, *Garantía internacional de los Derechos sociales*, edic. Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1990, pp. 169-185.

— “A propósito de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *AD. Universidad de La Laguna*, 2001, núm. 18, pp. 291-307.

PICARD, É.: “L’état du droit comparé en France en 1999”, *Rev. int. dr. comp.*, 1999-4, pp. 885-915.

PICONE, P.: “La méthode de la référence à l’ordre juridique compétent en droit internationale privé”, *Recueil des Cours*, 1986, t. 197, pp. 229-419.

— “I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del Diritto internazionale italiano”, *Riv. dir. int.*, 1990, vol. LXXIII, fasc. 3, pp. 639-691.

— “Comentario a la Ley de reforma de Derecho internacional privado italiano de 31 de mayo de 1995”, *REDI*, 1996-1, vol. XLVIII, pp. 9-38.

— “La nuova Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori”, *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 1996, núm. 4, pp. 705-748.

— “Le norme di conflitto alternative italiane in materia di filiazione”, *Riv. dir. int.*, 1997, vol. LXXX, fasc. 2, pp. 277-350.

— “Senteze stranieri e norme italiane di conflitto”, *Riv. dir. int.*, 1997, vol. LXXX, fasc. 3, pp. 913-954.

— “Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1999, t. 276, pp. 9-296.

— “Il rinvio all’ordinamento competente nel diritto internazionale privato”, *Studi di Diritto internazionale privato*, Nápoles, Jovene Editore, 2003, pp. 301-376.

— “Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti”, *Diritto internazionale privato e Diritto comunitario. A cura di Paolo Picone*, Padua, Cedam, 2004, pp. 485-525.

PILOTTI, F.: “Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto”, <http://www.publicacionescdh.uchile.cl/cursos/coursounicef.html>.

POILLOT-PERUZZETTO, S.: “L’incidence du droit communautaire sur le Droit de la famille”, en *La dynamique de la démarche communautaire dans la construction européenne*, journées CEDES, Poitiers, octobre 2000 (a publicar), en F. Cadet, *L’Ordre public en Droit international de la famille*, étude comparée France/Espagne, Paris, L’Harmattan, 2005, p. 36.

QUESADA GONZÁLEZ, M.^a C.: “El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico”, *ADC*, 1994, pp. 237-303.

— “De nuevo las pruebas biológicas, a propósito de la STC 7/1994, de 17 de enero”, *RJC*, 1994, núm. 3, pp. 666-680.

QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: “Nota del ATS (Civil) de 23 de julio de 1998”, *REDI*, 1999-1, vol. LI, pp. 203-207.

— “Comentario a la STSJA, de 10 de julio de 1998”, *REDI*, 1999-2, vol. LI, pp. 744-747.

— “La reception du nouveau code de la famille marocain (*Moudawna*, 2004) en Europe”, *Riv.dir.int.priv.e proc.*, 2004-3, pp. 877-900.

— “El estatuto personal de los inmigrantes musulmanes en Europa: exclusión, alternancia y coordinación de sistemas”, *Derecho internacional y relaciones internacionales en el Mundo Mediterráneo. XVII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales (1997)*, Madrid, BOE, 1999, pp. 181-194.

— “Propositions pour la formation, la reconnaissance et l’efficacité international des unions conjugales ou de couple”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2007-II, pp. 357-382.

— “Aplicación del nuevo Código de familia marroquí (2004) a supuestos de disolución del matrimonio”, *AEDIPr.*, 2006, t. VI, pp. 977-979.

— “Ressortissant des pays islamiques résidant en Europe: que droit de la famille?”, *Migration et citoyenneté*, Actes du Colloque international organisé pour la Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales, Rabat-Agdal, les 25-26 avril 2003, Rabat, Publications des l’AMERM, 2004, pp. 158-177.

RAYNAUD, P.: “Le rôle de la volonté individuelle dans l’établissement du lien de filiation: état du droit positif français”, en C. Labrusse y G. Cornu (dir.), *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, Paris, Economica, 1981, pp. 87-99.

GEIMER, R.: *Internacionales CivilprozeßBrecht*, 5ª edic., Colonia, Dr. Otto Schmidt, 2005.

RIAD, R.: “Pour un code européen de droit musulman”, en J.-Y. Carlier y M. Verwilghen, *Le statut personnel des musulmans : droit comparé et droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 379-382.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “La filiación”, *La reforma del Derecho de familia. Fascículo I. Régimen económico del matrimonio, filiación y patria potestad*, Madrid, Secretaria de Estado para el desarrollo constitucional e Instituto Nacional de Prospectiva, 1979, pp. 99-144.

— “La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial”, *Filiación a finales del siglo XX, II Congreso Mundial Vasco*, Madrid, Trivium, 1988, pp. 141-170.

— “Art. 124”, *Comentarios del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 472-475.

— “Las pruebas biológicas en los procesos de filiación y su relación con ciertos derechos fundamentales”, *Poder Judicial*, 1992, núm. 25 de marzo de 1992, pp. 55-58.

— “Artículo 127”, *Comentarios al Código civil*, t. I, Madrid, edic. Ministerio de Justicia, 1993, pp. 479-480.

— “Una nueva doctrina sobre la obligación de someterse a las pruebas biológicas en los procesos de filiación (comentario a la STC 7/1994, de 17 de enero)”, *Poder Judicial*, 1994, núm. 33, pp. 355-365.

— “La filiación en general”, en J. L. Lacruz Berdejo y otros, *Derecho de Familia*, 4ª edic., Barcelona, edic. Bosch, 1997, pp. 419-538.

— “¿*Mater semper certa est?* Problemas de la determinación de la maternidad en el ordenamiento español”, *ADC*, 1997, pp. 5-96.

— “Título V. De la paternidad y la filiación. Capítulo I, de la filiación y sus efectos”, en J. Rams Albesa, *Comentarios al Código civil*, II, vol. 2º, Libro Primero, Barcelona, Bosch editor, 2000, pp. 1073-1143.

— “La filiación en el umbral del siglo XXI”, *RFD Univ. Gr.*, 2001, núm. 4, pp. 99-141.

— “De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto Odièvre (STEDH de 13 de febrero de 2003)”, *AC*, 2003-2, pp. 593-632.

RODRÍGUEZ BENOT, A.: “El reconocimiento de las medidas de protección del menor en un entorno multicultural (un estudio comparado de la eficacia extraterritorial de la adopción y de la *kafala*)”, *RGD*, núm. 667, 2000, pp. 4419-4448.

— “Primer encuentro judicial hispano-marroquí (Rabat, 27-29 de junio de 2001)”, *REDI*, 2001-1, vol. LIII, pp. 740-742.

— “Informe sobre Estatuto personal común. Seminario hispano-marroquí”, *Encuentro entre la Corte Suprema de Marruecos y el Consejo General del Poder Judicial (España)*, Rabat, 27 a 29 de junio de 2001 (sin publicar).

— “Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento español”, *La multiculturalidad: especial referencia al islam*, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, CGPJ, 2002, pp. 15-84.

— “El estatuto personal común”, Primer encuentro judicial hispano-marroquí organizado por el Consejo General del Poder Judicial (España) y la Corte Suprema de Marruecos, Rabat, Centre de Publication et de Documentation Judiciaire, 2002, pp. 43-105.

— “La filiación y los alimentos”, *Lecciones de Derecho civil internacional*, Madrid, Tecnos, 2006, pp. 165-208.

RODRÍGUEZ GAYÁN, E.: “La simulación en España de nacimientos acaecidos en el extranjero: una cuestión de prueba”, *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 175-195.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, M.ª E.: “Institución de herederos a favor del cónyuge y de la descendencia: preterición de hija extramatrimonial e incidencia de la separación conyugal”, *Revista de Derecho patrimonial. Parte comentario*, 2005-2, núm. 15 (BIB 2005/1516).

RODRÍGUEZ MATEOS, P.: “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, 1988-1, vol. XL, pp. 79-126.

— “La protección jurídica del menor en la Convención sobre derechos del niño de 20 de noviembre de 1989”, *REDI*, 1992-2, vol. XLIV, pp. 465-498.

— “La doble nacionalidad en la sistemática del DIPr.”, *REDI*, 1990-2, vol. XLII, pp. 463-493, en espec. pp. 470-472.

— “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *REDI*, 1988-1, vol. XI, pp. 79-126.

— “Nota a la SAP de Valencia (Sala de lo Civil) de 16 de mayo de 1989, *REDI*, 1990-1, vol. XLII, pp. 234-238.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A.: “Nota a la SAP de Cádiz, de 20 de enero de 1998”, *REDI*, 1999-1, vol. LI, pp. 224-227.

RODRÍGUEZ VEGA, L.: “Los límites del derecho a conocer la propia identidad (Comentario a la STEDH de 13/2/2003, caso *Odièvre* contra Francia”, *Repertorio Aranzadi del TC*, núm. 4/2003 (BIB 2003/509), en <http://westlaw.es>.

ROMANO, G. P. : “La bilatéralité éclipse par l’authorité. Développement récents en matière d’état des personnes”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2006-III, pp. 457-519.

ROMERO COLOMA, A. M.^a: “Derecho a la intimidad e identidad genética”, *RDF*, 2005, núm. 270, pp. 63-70.

ROUCHARD-JOËL, A. M.: “La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004-I, pp. 1-48.

ROY, A. : “La filiation homoparentale: esquisse d’une réforme d’une réforme précipitée”, *Revue Internationale Enfances, Familles, Générations* (publiée par le Conseil de développement de la recherche sur la famille du Québec), n° 1, 2004, <http://www.erudit.org/revue/efg/2004/v/n1>.

— “Les enjeux de la réforme du droit de la filiation”, *Colloque Regards sur la diversité des familles*, organisée par le Conseil de la Famille, mai 2005, <http://agora.qc.ca/colloque/cfe2005.nsf>.

RUBIDO DE LA TORRE, J. L.: “La investigación de la paternidad en el Derecho vigente. La prueba biológica y las consecuencias de su negativa”, *RGD*, 1995, núm. 608, pp. 4837-4841.

RUBIO LLORENTE, F.: “Una Carta de dudosa utilidad”, en Matia Portilla, F. J. (dir.), *La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Madrid, Cívitas, 2002, pp. 169-201.

RUBIO TORRANO, E.: “Inconstitucionalidad del art. 133, párrafo 1º, del Código civil”, *AC*, 2005, núm.17 (BIB 2005/2546), en <http://westlaw.es>.

— “Inconstitucionalidad del art. 136.1, *in fine*, del Código civil”, *AC*, 2005, núm. 9 (BIB 2005/1382).

— “Filiación extramatrimonial y prueba biológica de la paternidad”, *AC*, 2005, núm. 4 (BIB 2005/941), en <http://westlaw.es/>.

— “Madre no hay más que una”, *AC*, 2006, núm. 12 (BIB 2006/1283), en <http://westlaw.es/>.

— “Reconocimiento de Complacencia”, *AC*, 2005, núm. 4, (BIB 2005/401), en <http://westlaw.es/>.

RUEDA ESTEBAN, L.: “Filiación”, *Instituciones de Derecho Privado*, t. IV, Familia, Vol. 1º, Madrid, Cívitas, 2001, pp. 491-617.

RUEDA VALDIVIA, R.: “Las decisiones de divorcio y separación matrimonial en el tráfico jurídico entre España y Marruecos”, (en prensa).

RUÍZ DE ALMODÓVAR y SEL, C.: “La representación legal en los Códigos de Estatuto Personal de los países árabes”, *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-islam*, 2002, vol. 51, pp. 273-286.

— “Reforma del Código jordano de Estatuto Personal”, *Miscelánea de Estudios Árabes y Hebraicos, Sección Árabe-Islam*, 2007, núm. 56, pp. 269-272.

RUÍZ MIGUEL, C.: “Los derechos humanos en el Magreb: apariencia y realidad”, *Revista de estudios políticos (Nueva época)*, 2002, núm. 117, pp. 125-143.

RUÍZ-RICO RUÍZ, J. M., DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.^a S. y LUQUE JIMÉNEZ, M.^a C.: “Reflexiones sobre la protección de menores en el ordenamiento jurídico español”, *RDF*, 2002, núm. 17, pp. 53-86.

RUÍZ SUTIL, C.: “Globalización y adquisición de la nacionalidad: el caso de los nacidos en España de progenitores marroquíes”, *RFD Univ. Gr.*, núm. 7, 2004, pp. 447-472.

RUÍZ SUTIL, C. y RUEDA VALDIVIA, R.: “Matrimonio de la marroquí”, en C. Ruiz Sutil y R. Rueda Valdivia (coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 2008, pp. 155-179.

SADEK, H. y EL HADDAD, H.: “Les règles matérielles de droit musulman en matière de statut personnel en Égypte”, *Le statut personnel des musulmans. Droit Comparé et Droit International Privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 39-66

SAÏDI, K.: “La réforme du droit algérien de la famille: pérennité et rénovation”, *Rev. int. dr. comp.* 2006-1, pp. 119-152.

SALAH-BEY, M. C.: “Algérie”, *Juris-Classeur*, 1997, pp. 1-20.

SALAH, M. M. O. M. y BEDDY, M. E. H. O.: “Mauritanie”, *Juris-Classeur*, 1998, pp. 1-18.

SALVADOR GUTIÉRREZ, S.: “Derecho a la identidad”, *AC*, 1999, núm. 45, pp. 1469-1497.

— “Registro Civil, inmigración y matrimonio”, *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, CGPJ, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 2004, pp. 257-355.

SÁNCHEZ FERRÍZ, R.: “Origen y evolución de los Derechos. Generaciones de derechos”, en Y. Gómez Sánchez (coord.), *Los Derechos en Europa*, Madrid, UNED, 1997, pp. 1-21.

SÁNCHEZ LORENZO, S.: “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del Prof. Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 247-275.

— “Postmodernismo y Derecho internacional privado”, *REDI*, 1994-2, vol. XLVI, pp. 557-585.

— “Artículo 12.5º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, 2ª edic., Madrid, Edersa, 1995, pp. 943-973.

— “Postmodernismo integracional en el Derecho internacional privado de fin de siglo”, *Curso de Derecho internacional de Vitoria-Gastéis de 1996*, 1997, pp. 149-174.

— “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 115-157.

— “Globalización, pluralidad cultural y Derecho internacional de la familia”, *AHLADIPr*, 2005, núm. 17, pp. 87-130.

— “Necesidad y virtud del Derecho comparado en el siglo XXI”, *elDial.com Biblioteca Jurídica on line*, Lunes, 5 de junio de 2006, año XI: http://www.eldial.com/suplementos/privado/tcdNP.asp?id=2278&id_publicar=1161&fecha_publicar=26/05/2006&camara=Doctrina.

— “El Derecho europeo de sociedades y la sentencia Centros: la relevancia de la sede real en el ámbito comunitario”, *AEDIPr*, 2000, t. 0, pp. 115-157.

— “La mujer marroquí ante el matrimonio de conveniencia”, en C. Ruiz Sutil y R. Rueda Valdivia (coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, pp. 181-192.

SÁNCHEZ LORENZO, S. y ARROYO MONTERO, R.: “Nota a la Resolución de la DGRN de 7 de febrero de 1990”, *REDI*, 1991, vol. XLIII, p. 235.

SANTOS PRIZ, J.: “La filiación”, *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Derecho de familia*, Barcelona, Bosch, 2003, pp. 255-303.

SANZ CABALLERO, S.: “La Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en la Convención sobre el Futuro de la UE: un encaje de filigrana”, *Noticias de la Unión Europea*, 2003, núm. 221, pp. 47-58.

SARDAR ALÍ, S.: “Development of the International Norm of Non-Discrimination on the Basis of Sex: an Evaluation of Women’s Human Rights in Islam and International Law”, *Gender, Law and Social Justice: International Perspectives*, London, Oxford University Press, 2000, pp. 45-68.

SAREHANE, F.: “Filiation”, *Législation comparée: Maroc, fasc. 2-1, Juris-Classeur*, 1999, pp. 1-28.

— “Maroc. Le statut personnel. Droit commun. Capacité, mariage et filiation”, *Juris-Classeur*, 2002, vol. 2, pp. 1-28.

— “Le nouveau code de la famille”, *Gazette du Palais. Chronique Judiciaire*, núm. 247-248, 3-4 de septembre de 2004, pp. 2792-2805.

— “La répudiation, quels obstacles pour les marocains résident en France ? (exercice au Maroc et reconnaissance en France)”, *Rev. int. dr. comp.*, 2006-1, pp. 47-59.

SAREHANE, S. y LAHLOU-RACHDI, N.: “Maroc. Conflits de lois. Conflits de juridictions”, fasc. 4, núm. 67, *Juris-Classeurs*, 1994, pp. 1-23.

— “Réflexions sur quelques règles de conflit de lois à l’épreuve de la pratique”, *Le droit international privé dans les pays maghrébins. Le conflits de lois: le statut personnel*, Casablanca, Cahiers des Droits Maghrebins, 1995, núm. 1, vol. 1, pags. 81-108.

SAROLEA, S.: “Le code de droit international privé et le droit familial: le grand nettoyage de printemps”, <http://www.ajn.be/textes/dipe/sarole.pdf>.

SCHMIDT, T. S.: “The Incidental Question in Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1992-II, t. 233, pp. 309-415.

SCHWIND, F.: “Aspects et sens du droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1984-IV, t. 187, pp. 9-144.

SKKALI, A.: “Novedades en el ámbito de los derechos del niño en el Código de Familia: novedades y perspectivas”, *Trabajos de Jornadas Científicas*, edic. Facultad Moulay Ismael, núm. 5, 2004, pp. 45-50 (en árabe y traducción propia).

SMIT, H.: “Les conflits de jurisdiction en procédure civile”, *Rev. int. dr. comp.*, 1990-3, pp. 871-889.

SENES MOTILLA, C.: “Sistema de competencia judicial internacional en el ámbito civil: el art. 22 de la L.O.P.J.”, *Justicia* 86, 1986-III, pp. 683-704.

SPINDLER, G.: “Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht-Binnenmarktintegration ohne Harmonisierung?”, *RabelsZ*, 2002, pp. 633-709.

STRUYCKEN, A. V. M.: “*Locus regit actum*. Un nouvel avatar hollandais”, *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 765-779.

THÉRY, I.: “Familles recomposées”, *Couple, filiation et parenté aujourd’hui, le droit face aux mutilations de la famille et de la vie privée*, Paris, La documentations française/Odile Jacob, 1998.

TORREJÓN RODRÍGUEZ, J. D.: “Las relaciones entre España y Marruecos según sus tratados internacionales”, [http://www.reci.org/recei%2011/JD.Torrejon\(recei11\).pdf](http://www.reci.org/recei%2011/JD.Torrejon(recei11).pdf).

— “Las relaciones entre España y Marruecos según sus tratados internacionales”, *Las dimensiones internacionales del Estrecho de Gibraltar. Les dimensions international du Détroit de Gibraltar*, Serie de Estudios Internacionales y Europeos de Cádiz, Madrid, Dykinson, 2006.

VAL TENA, A. L.: “Matrimonio polígamo y pensión de viudedad”, *AequAelitas*, 2002, núm. 10-11, pp. 68-70.

VALLS GOMBAU, J. F.: “Determinación legal de la filiación por sentencia firme”, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, arts. 556-827, Barcelona, Iurgium editores, 2001, pp. 3476-3494.

VAN ITERSÓN, D.: “La nouvelle loi néerlandaise règle les conflits de lois en matière de filiation”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2004-I, pp. 46-51.

— “La nueva Ley holandesa reguladora de los conflictos de leyes en materia de filiación”, *REDI*, 2002-2, vol. LVV, pp. 1069- 1073.

VEIGA NICOLE, E.: “La reforma del régimen jurídico de la filiación en nuestro Derecho. La verdad biológica como principio rector de la investigación de la paternidad y la maternidad”, *La filiación: su régimen jurídico e incidencia de la genética en la determinación de la filiación. Cuadernos de Derecho judicial*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1994, pp. 13-44.

VERWILGHEN, M.: “Les problèmes juridique soulevés par l’inmigration musulmane”, *Le statut personnel des musulmans. Droit Comparé et Droit International Privé*, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 21-33.

VILÀ COSTA, B.: “Comentario a la Resolución DGRN de 10 de enero de 1984, Resolución DGRN de 25 de marzo de 1985 y Resolución DGRN de 11 marzo de 1985”, *REDI*, 1986-1, vol. XXXVIII, pp. 302- 308.

VIÑAS FARRE, R.: “Las menciones de identidad de ciudadanos de países árabes y musulmanes en el Registro civil español”, *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, pp. 343-362.

— “Problemas relativos a las menciones de identidad de los ciudadanos de países árabes y musulmanes, especialmente marroquíes, en el Registro Civil español”, *BIMJ*, 1998, 1 de junio, núm.1822, pp. 1327-1340.

VIRGÓS SORIANO, M.: “Art. 9.9 C.c.”, *Comentarios del Código Civil*, t. I, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, pp. 98-101.

— “Nota a la resolución DGRN de 10 de enero de 1984”, *REDI*, 1984-2, vol. XLVI, pp. 670-674.

VON OVERBECK, A. E.: “Les question générales du droit international privé à la lumière des codifications et projets récents. Cours générales du droit international privé”, *Recueil des Cours*, 1982-III, t. 176, pp. 9-258.

— “L’intérêt de l’enfant et l’évolution du Droit international privé de la filiation”, *Liber amicorum A. F. Schnitzer (offert à l’occasion de son 90e. anniversaire le 30 juillet 1979 par la Faculté de Droit de l’Université de Genève)*, Ginebra, Georg, 1979, pp. 361-380.

VRELLIS, SP.: “La justice matérielle dans une codification du droit international privé”, *Liber amicorum G.A.L.*, Droz, La Haya, Kluwer Law International, 1996, pp. 541-562.

WENGLER, W.: “Die Vorfrage im Kollisionsrecht”, *RabelsZ*, 1934, pp. 148-251.

— “Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1952, pp. 595-622 y 1953, pp. 37-60.

— “The General Principles of Private International Law”, *Recueil des Cours*, 1961-III, t. 104, pp. 278-469.

— “Nouvelles réflexions sur les questions préalables”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1966, pp. 165-215.

WINKLER VON MOHRENFELS, P.: “Kollisionsrechtliche Vorfrage und materielle Recht”, *Rechts Z*, 1987, vol. 51, pp. 20-32.

YNTEMA, H. E.: “Los objetivos del DIPr.”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1959, pp. 1-28.

ZABALO ESCUDERO, E.: “Nota a la SAP de Málaga de 5 de junio de 1993”, *REDI*, 1994-1, vol. XLVI, pp. 363-365.

— “Pluralidad legislativa y conflictos de leyes internos en el ordenamiento español”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz* 1994, Bilbao, Servicio de publicaciones de la Universidad del País Vasco, 1995, pp. 252-302.

— “Efectos del matrimonio y sociedad multicultural”, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000.

ZEKRI, H.: “El nuevo Código de Familia Marroquí a la luz de las relaciones bilaterales hispano marroquíes”, *REDI*, 2004-1, vol. LVI, pp. 201-313.

— “Perspectiva jurídico-religioso de la jurisprudencia marroquí”, *RFD Univ. Gr.*, 2008, núm. 11, pp. 339-348.

— “La disolución del vínculo matrimonial en las relaciones bilaterales hispano-marroquíes”, en C. Ruiz Sutil y R. Rueda Valdivia (coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, IAM y Consejería para la Igualdad y Bienestar Social, 2008, pp. 245-268.

ZERMATTEN, J.: “Interés superior del niño. Del análisis literal al alcance filosófico”, *Informe de trabajo núm. 3, 2003. Institut international des droit de l'enfant*, en http://www.childsrights.org/html/documents/wr/2003-3_es.pdf.

ZUMAQUERO, J. M. Y BAZÁN, J. L.: *Textos Internacionales de Derechos Humanos*, vol. II, 1978-1998, Pamplona, Eunsa, 1998.