

II. NOTAS

EL INTERÉS DEL MENOR EN LOS FOROS DE COMPETENCIA JUDICIAL PARA LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD PARENTAL EN EL REGLAMENTO (CE) NÚM. 2201/2003

José Joaquín VARA PARRA

SUMARIO

I. DOS PRESUPUESTOS GENERALES: RESPONSABILIDAD PARENTAL Y MATERIALIZACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.—II. EL FORO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.—III. EL MECANISMO DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA.—IV. LA REGLA DE COMPETENCIA EXTENDIDA O AMPLIADA DE LA *VIS ATRACTIVA* DE LA CRISIS MATRIMONIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL. V. EL FORO DE LA «PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA» DEL ARTÍCULO 12.3 DEL REGLAMENTO.—VI. EL «PRINCIPIO DE LA *PERPETUATIO IURISDICTIONIS*» Y EL CAMBIO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR.—VII. LA MATERIALIZACIÓN DE LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL EN INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.—VIII. CONCLUSIONES.

I. DOS PRESUPUESTOS GENERALES: RESPONSABILIDAD PARENTAL Y MATERIALIZACIÓN DE LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. El Derecho de los menores moderno se construye sobre la base de dos grandes pilares: la extensión del *principio de igualdad* —entre el padre y la madre— da paso a un *criterio protector de la persona* —cuyo destinatario es el hijo— y, por tanto, superador de un criterio jerárquico coronado por la anacrónica figura del *paterfamilias*. Así, en Francia, la Ley de 4 de junio de 1970¹ concede *al padre y a la madre* igual *autoridad parental*²: «l'autorité (parentale) appartient aux père et mère pour protéger l'enfant dans sa sécurité, sa santé et sa moralité»³. Igualmente,

¹ «Des événements du printemps 1968 mettent en exergue les valeurs de liberté et d'égalité, non seulement pour régir l'organisation de la vie politique, mais aussi pour déterminer les structures familiales». COURBE, P., *Droit de la famille*, 3.^e édition, París, 2003. Éd. Armand Colin, p. 7.

² VERDIER, P., *L'autorité parentale. Le droit en plus*, París, 1993, pp. 13-14.

³ HAUSER, J., y HUET-WEILLER, D., *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille. Mariage-Concubinage-Filiation-Autorité parentale*, 2.^e édition, París, 1993, p. 821.

en España, merced a la Reforma de 1981⁴, ambos progenitores comparten la patria potestad⁵.

A renglón seguido conviene advertir que la comprensión o la percepción de la *potes-tad* como *derecho* ha perdido su significado originario derivado de la concepción del hijo como un bien personal de los padres⁶. El interés que debe ser reconocido a los padres es más bien sobre todo el ejercicio de su deber (*ufficio: officium*)⁷. Este deber o *ufficio* debe realizarse por los padres en interés preeminente del hijo⁸. En este sentido la doctrina científica española enfatiza la dicción del artículo 154.II CC según la cual, la patria potestad se ejercerá siempre *en beneficio de los hijos* de acuerdo con su personalidad⁹. Esta evolución en la posición del hijo en el seno de la familia¹⁰ se puede aprehender incluso desde una óptica de aproximación tan sutil como concisa derivada de la terminología empleada. Así, el Derecho de familia francés ha adoptado las siguientes expresiones para delimitar los diferentes estadios evolutivos antes advertidos: *puissance paternelle*¹¹, *autorité parentale*¹² y *responsabilité parentale*¹³. Y otro tanto cabe decir del Derecho de familia italiano con sus *potesà matrimoniale*, *patria potestà* y *potesà dei genitori*¹⁴.

⁴ Ley 11/1981, de 13 de mayo, sobre modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial.

⁵ La patria potestad como *función dual* inscribe decididamente la tradición jurídica española en la poderosa corriente comparatista de la patria potestad conjunta. DE ASIS SANCHO REBULLIDA, F., «Capítulo XII. La patria potestad», en LACRUZ BERDEJO, J. L.; DE ASIS SANCHO REBULLIDA, F.; LUNA SERRANO, A.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., y RAMS ALBESA, J., *Derecho de familia. Elementos de Derecho civil*, IV, 4.ª edición, Barcelona, 1997, pp. 573-574.

⁶ «L'autorité parentale confère à ses titulaires un certain nombre de prérogatives qui ne peuvent être analysées en termes de droits subjectifs. Ces attributs sont, en effet, indissociablement des droits et des devoirs, que les père et mère n'exercent pas dans leur intérêt mais dans l'intérêt de l'enfant». COURBE, *op. cit.*, p. 407.

⁷ La familia está concebida funcionalmente. La familia es función luego la patria potestad es función. ROCA, E., *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, 1999, p. 223. «L'autorité parentale ce n'est pas un droit, c'est une mission éducative. Les parents n'ont pas de droit de propriété, ils ont une mission à remplir, une responsabilité à assumer». VERDIER, *op. cit.*, p. 13. Asimismo, el artículo 371-1 del *Code civil* en su redacción conforme a la *Loi n.º 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale* indica que «l'autorité parentale est une fonction ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant».

⁸ MASSIMO BIANCA, C., *Diritto civile. II. La famiglia-le successioni*, Milán, 1985, pp. 242-243. «The guiding principle for parents exercising parental care is the child's best interests». MARTINS, R., «Parental responsibilities versus the progressive autonomy of the child and the adolescent», en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, K. Boele-Woelki (Ed.), Oxford, 2003, p. 369.

⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., «Capítulo II. Capacidad y protección de los incapaces», en *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed. rev, Madrid, 1995, p. 123. En sede constitucional la remisión normativa se proyecta sobre los artículos 39.2 y 39.4 CE. Cfr. HERRANZ BALLESTEROS, M., *El interés del menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Valladolid, 2004, p. 41. Así, F. DE ASIS SANCHO REBULLIDA afirma que la Reforma de 1981, como respuesta al artículo 39.3 CE, trata de acentuar el carácter de *officium* de la patria potestad. DE ASIS SANCHO REBULLIDA, *op. cit.*, p. 571.

¹⁰ Vide sobre el particular, BUCHER, A., «La famille en droit international privé», *Recueil des Cours*, t. 283, 2000, p. 31.

¹¹ El término de *puissance paternelle* recuerda a la *patria potestas* romana. RAISON, A., *Le statut des mineurs et des majeurs protégés, Troisième édition*, París, 1978, p. 29.

¹² En Francia, la gran ley en materia de Derecho de familia es la de 4 de junio de 1970 que reemplaza la «puissance paternelle» por la «autorité parentale». HUET-WEILLER, D., «De la puissance paternelle à la responsabilité parentale», en *Le droit de la famille en Europe, Strasbourg*, 1992, p. 406.

¹³ Con todo, la evolución no está culminada: el término «autorité» no es suficiente hoy en día para aprehender el contenido actual de la institución y la doctrina científica francesa aboga por la utilización de la expresión relativa a la «responsabilité parentale». Ibídem, p. 407.

¹⁴ FERRI, L., *Della potestà dei genitori*, Roma, 1988, p. 1. Asimismo véanse BUCCIANTE, A., *Trattato di Diritto privato 4. Persone e Famiglia-III*, Torino, 1982, p. 467, y STATERA, G., «La condizione

2. Estando así las cosas, cabe señalar que las enseñanzas precedentes cobran especial relevancia por cuanto que el Estado social, con sus valores y objetivos sustantivos o materiales, ha penetrado en los dominios de la función general del Derecho internacional privado¹⁵. Y dada la neutralidad clásica y tradicional de los sistemas estatales de DIPrivado, esta influencia o esta acción se ha articulado merced al fenómeno de la «materialización» del DIPrivado¹⁶. Fenómeno que tiene por objeto establecer puentes y lazos de unión entre la operatoria del DIPrivado –en lo que aquí interesa destacar, por lo que se refiere al conflicto de jurisdicciones– y su fuente originaria, esto es, el Derecho sustantivo o material¹⁷.

3. Pues bien, ya en sus primeras explicaciones sobre «[L]a matérialisation des règles de droit international privé»¹⁸, J. D. González Campos valora, a modo de prominente ejemplo de este fenómeno relativo a «[L]a pénétration des objectifs et des valeurs du droit matériel»¹⁹ en la operatoria clásica, tradicional y neutra –y meramente localizadora («conflict justice»)– del paradigma savigniano de la regla de conflicto de DIPrivado, la transposición del «interés superior del menor» del artículo 3.1 del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 en el Preámbulo del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996²⁰ (en adelante Convenio LH 1996). Se comprueba, por consiguiente, que, en este punto, el Preámbulo del Convenio LH 1996 –*l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale*– responde al importantísimo fenómeno de la materialización en DIPrivado²¹. Como ha puesto de relieve la doctrina respecto al artículo 3 del Convenio de 1989²². Apreciación que cabe extender al *Reglamento (CE) núm. 2201/2003*, de 27

dei minori in Italia. Introduzione generale», en *I minori in Italia. Prima relazione del Consiglio Nazionale dei Minori*, Milán, 1989, p. 104.

¹⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *Recueil des Cours*, t. 287 (2000), pp. 22-23, núm. 4, *in fine*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 63, núm. 35.

¹⁷ *Ibidem*, p. 314, núm. 224.

¹⁸ *Ibidem*, capítulo V, pp. 309 y ss.

¹⁹ *Ibidem*, epígrafe B de la p. 314.

²⁰ *Ibidem*, nota núm. 860 de la p. 315. *Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños*. Como señala A. Borrás, el proceso de materialización del Derecho internacional privado encuentra una manifestación clara en el ámbito de la protección del menor. La problemática específica del tráfico privado internacional no permite limitarse a la existencia de unas cuantas reglas de carácter neutro, sino que exige una consideración especial al valor protegido, el interés superior del menor. BORRÁS, A., «El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado. Discurs d'ingrés. Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya*, Barcelona, 1994, Any XCIII, núm. 3, p. 927, núm. 12.

²¹ Frente a la relación de autoridad *ex lege* del artículo 3 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores (en adelante Convenio LH 1961), el Convenio LH 1996 clarifica y actualiza la noción hablando de atribución o de extinción de pleno derecho de una responsabilidad parental (arts. 16 a 18). LAGARDE, P., *Informe explicativo del Convenio de la Conferencia de La Haya 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 de 1996*, pp. 2-3, núm. 6 y p. 4, núm. 14.

²² Téngase en cuenta que «[L]a Convención de 1989 expresa la culminación de un proceso de positivación de los Derechos Humanos referidos a la infancia». RODRÍGUEZ MATEOS, P., «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989», *R.E.D.I.*, vol. XLIV (1992), 2, p. 472. Sobre la notable relevancia de este instrumento convencional vide también

de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental²³ (en adelante, el Reglamento) si tenemos en cuenta no sólo su Considerando 33²⁴ sino también, en particular, su Considerando 12, en el que se declara que «[L]as normas de competencia que establece el presente Reglamento en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor y, en particular, en función del criterio de proximidad. Esto significa por lo tanto que son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes en primer lugar, excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental». El objetivo de este trabajo es el de examinar si estas afirmaciones son o no ciertas y, en su caso, en qué medida.

4. Los valores sustantivos del Ordenamiento jurídico tendrán así traducción al conflicto de jurisdicciones y de leyes, incluso por lo que atañe a la determinación del elemento básico de la noción relativa al criterio de atribución o de conexión respectivamente. En efecto, «[L]e premier degré d'intensité est présent dans ce que l'on peut appeler la «matérialisation» des rattachements, c'est-à-dire des facteurs pour arriver à la localisation, car ceux-ci sont choisis non pas en raison des liens de la situation avec un ordre juridique donné, comme c'est le cas dans le procédé traditionnel, mais en fonction d'un objectif ou d'une valeur du droit matériel que le législateur veut sauvegarder»²⁵.

De este modo, en el presente trabajo de investigación, se procederá a examinar el grado de satisfacción del valor tuitivo del interés superior del menor en la operatoria de los diferentes criterios de atribución de los foros de competencia internacional de autoridades del Reglamento²⁶. Y es que «les règles de droit international privé ne

BARRIÈRE-BROUSSE, I., «L'enfant et les conventions internationales», *Journal du Droit International (Clunet)* 1996, núm. 4, p. 875, y GARCÍA CANO, S., «La evolución de los instrumentos jurídicos internacionales relativos a la protección del menor: luces y sombras del sistema», *Revista de Derecho de familia*, núm. 21, octubre 2003, pp. 272-273 y 286-287. Asimismo consúltese GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Discurso de investidura como Doctor «Honoris Causa» por la Univesidad de Salamanca», Secretaría General, 2000, p. 41, donde anuda la universalidad de los derechos humanos con, a título de ejemplo, el interés superior del menor.

²³ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

²⁴ «El presente Reglamento reconoce los derechos fundamentales y observa los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Concretamente, pretende garantizar el respeto de los derechos fundamentales del menor enunciados en el artículo 24 de dicha Carta.»

²⁵ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification...», *op. cit.*, epígrafe «Section II. Le résultat matériel gouverne la localisation» (p. 345), p. 346, núm. 248. Asimismo consúltese p. 347, núm. 249. «En todo caso, —en expresión de A. Borrás—, se realiza una «localización» protectora para alcanzar una solución globalizadora que, en aras de la protección, abarque Derecho material interno y Derecho internacional privado». BORRÁS, A., «El «interés del menor» como factor de progreso...», *op. cit.*, pp. 920-921, núm. 3.

²⁶ «La primera forma en que el Derecho internacional privado pretende proceder a la protección del menor y atender a su interés primordial es estableciendo reglas de competencia judicial internacional y de competencia de autoridades». *Ibíd.* (Epígrafe *III Métodos de protección. 1. Competencia de tribunales y de autoridades*, p. 933 y ss.), p. 933, núm. 27. «L'idée d'intérêt de l'enfant est progressivement apparue, mettant au premier plan la nécessité de contrôler judiciairement l'exercice de la puissance paternelle et d'en sanctionner les abus». EUDIER, F., *Droit de la famille*, 2.^e édition, París, 2003, pp. 343-344. Esta última directriz, trasladada al tráfico privado externo, desembocará en el problema de la determinación de la competencia internacional de autoridades. Al hilo de esta puntualización hay que decir que la evolución del concepto jurídico de fami-

peuvent aucunement frustrer la mise en oeuvre d'un objectif ou d'une valeur de l'ordre juridique. Ce qui implique que les objectifs de protection dans un secteur du droit matériel, [...], sont directement transférés de celui-ci au droit international privé, dans le domaine tant du procès que du droit applicable»²⁷. Por consiguiente procede examinar las siguientes reglas de competencia internacional de autoridades siguiendo un orden decreciente en función de la intensidad con la que el dogma del interés del menor informa su contenido y su funcionamiento:

1.º Artículo 8.1 del Reglamento: foro de la residencia habitual del niño (art. 5.1 del Convenio LH 1996).

2.º Artículo 15 del Reglamento: *forum non conveniens tasado* (arts. 8 y 9 del Convenio LH 1996: *forum non conveniens*).

3.º Artículo 12.1 del Reglamento: foro matrimonial [arts. 10 y 8.2.c) del Convenio LH 1996].

4.º Artículo 12.3 del Reglamento: prórroga de la competencia.

5.º Artículo 9 del Reglamento: foro de la *perpetuatio iurisdictionis* (art. 5.2 del Convenio LH 1996: negación de la *perpetuatio*).

6.º Artículo 19.2 del Reglamento: litispendencia y acciones dependientes (art. 13.2 del Convenio LH 1996).

II. EL FORO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR

5. Verdaderamente la sentencia en materia de responsabilidad parental se podría decir que, —más que en ningún otro caso—, es una «sentencia a la carta»: una sentencia concreta, particular y personalizada a las necesidades, a la situación, a la vida del niño en cuestión y sus circunstancias. Pues bien, si este razonamiento directo, sustantivo o material se traduce en una pauta interpretativa en pos de un determinado foro de competencia internacional de autoridades, este criterio de atribución no puede ser otro que aquél que toma como base fáctica o de localización geográfica *la residencia habitual del niño*, esto es, su centro vital. Así, las autoridades competentes son, en principio, las del Estado de la residencia habitual del menor (art. 8.1.º del

lia admite otras manifestaciones como el surgimiento hacia el exterior del elemento de la litigiosidad o de la conflictividad familiar. En efecto, antiguamente la familia era un ámbito de lo privado en el sentido de que de ella estaban ausentes el Derecho exterior o público y los órganos públicos y se consideraba un error el sometimiento de los problemas de la familia a los órganos jurisdiccionales del Estado. Hoy se puede hablar (felizmente) de un ocaso de este tipo de concepción. Lo que se pone de relieve en la continua llamada por el legislador al juez para que resuelva los conflictos o las controversias en las leyes de reforma del Código Civil. Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil. Volumen IV: Derecho de familia*, 8.ª edición, Madrid, 2001, p. 33. A mayor abundamiento cabe señalar que España se ha decantado por el «sistema europeo de cláusula abierta del interés superior del menor». Dicho sistema europeo o sistema evolutivo social es absolutamente esclavo de las circunstancias que rodean al supuesto práctico en cuestión, lo que unido a la trascendental valoración *in casu* de ese valor jurídico reafirman la relevancia de la determinación de la competencia internacional de autoridades en los casos en que esta materia de la responsabilidad parental penetra en el tráfico jurídico externo y redundan en la gran importancia de un sistema sólido de determinación de foros de competencia internacional en la materia.

²⁷ GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification...», *op. cit.*, p. 354, núm. 256.

Reglamento; art. 5.1.º del Convenio LH 1996), sin perjuicio de notables precisiones previstas para el caso de ausencia de residencia habitual (art. 13 del Reglamento; art. 6 del Convenio LH 1996) o de desplazamiento ilícito del niño (art. 10 del Reglamento; art. 7 del Convenio LH 1996).

Se comprende así que la doctrina científica haya establecido un canal de comunicación directa e inmediata entre el valor jurídico del interés superior del menor y el criterio de atribución de su residencia habitual. En este sentido A. Borrás señala que el artículo 5.1.º del Convenio LH 1996 es la *norma básica* que establece, como *regla general*, la competencia de las autoridades del Estado de la residencia habitual²⁸. Asimismo, en el marco normativo institucional, E. Rodríguez Pineau entiende que la *regla básica* del artículo 8 del Reglamento ha sido elegida como la solución que mejor responde al «interés del menor»²⁹.

Queda claro, por tanto, que, *a priori*, el criterio de atribución de la residencia habitual del niño constituye el foro por excelencia y la máxima realización del fenómeno de la materialización del DIPrivado en sede del conflicto de jurisdicciones en el marco de la responsabilidad parental.

III. EL MECANISMO DE TRANSFERENCIA DE COMPETENCIA

6. Ejemplo práctico: un niño francés vive con sus padres franceses en España. Los padres mueren en un accidente de tráfico. Ante la situación de desamparo del niño, las autoridades judiciales españolas pretenden, sobre la base del artículo 8.1 del Reglamento, ejercer la competencia para organizar, —con carácter general y estable, al margen de la coyuntura inicial de urgencia e inmediatez—, las medidas de protección del menor. Sin embargo, dado que los parientes del niño viven en Francia y son quienes se harán cargo de su cuidado y protección, las autoridades españolas

²⁸ BORRÁS, A., «Información y Documentación. El Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación respecto a la responsabilidad parental y las medidas de protección de los niños», *R.E.D.I.*, vol. XLVIII (1996), 2, p. 360. En el mismo sentido Silberman afirma que «the authorities of the State of habitual residence are in the best position to ascertain the needs of protection for minor children». SILBERMAN, L., «The 1996 Convention on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in Respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children: A Perspective from the United States», en *Private law in the international arena. Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haya, 2000, p. 710. Consúltase también MOURA RAMOS, R. M., «La protección de los menores en el ámbito internacional. Las nuevas normas convencionales de La Haya aplicables a la protección de menores en supuestos de conexión múltiple», en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (Dirs.), Madrid, 2002, p. 73. Y, finalmente, a propósito de una hipotética *perpetuatio iurisdictionis* del foro matrimonial en materia de responsabilidad parental, P. Lagarde califica de «naturelle» la competencia de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño. LAGARDE, P., «La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs», *Rev. crit. dr. internat. privé*, 86 (2) avril-juin 1997, p. 228, núm. 14.

²⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, E., «El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental», *Diario La Ley. Unión Europea*, año XXV, núm. 5944, viernes, 30 de enero de 2004, p. 3. Asimismo, la *Guide pratique pour l'application du Règlement (CE) núm. 2201/2003* advierte que «[L]e principe fondamental du Règlement est que le for le plus approprié en matière de responsabilité parentale est la juridiction de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant». Cfr. p. 12. *Règle générale-la résidence habituelle de l'enfant. Article 8*.

sabiamente propondrán a las autoridades francesas la transferencia de la competencia en cuestión, en aplicación de la letra c) del artículo 15.3 del Reglamento.

En esta hipótesis, el conocimiento de la adopción de medidas de protección sobre el niño por las autoridades del Estado miembro de su (frágil) residencia habitual pone de manifiesto una proximidad ficticia como lo probaría la necesidad de recurrir al sector del contenido del DIPrivado relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones y también una débil estabilidad ante el cúmulo de circunstancias que apuntan indefectiblemente al ulterior e inmediato conocimiento del asunto por las autoridades de la nacionalidad del niño. Son, en realidad, en estas autoridades en las que confluyen propiamente las acepciones de *estabilidad* del estatuto jurídico del niño y de *proximidad* del valor jurídico del *interés superior del menor* medidos en términos de *conflicto de jurisdicciones*.

7. Ciertamente el Derecho de familia moderno asiste a un proceso de judicialización del que no se muestra ajeno el conflicto de jurisdicciones. Dos elementos coadyuvan en esta dirección: la complejidad de la realidad social que hay que regular³⁰ y la materialización³¹. Pues bien, en estas coordenadas debe entenderse el mecanismo del *forum non conveniens* presente tanto en el Reglamento como en el Convenio LH 1996 animado por el valor jurídico del interés superior del menor³². En este sentido la referencia inicial del contenido del Considerando 13 del Reglamento, en lo que atañe a la figura del «*forum non conveniens* tasado» que esta normativa institucional alberga, es clara y evidente. Se asiste, en consecuencia, al fenómeno de la materialización en DIPrivado en sede del conflicto de jurisdicciones: un valor sustantivo o material es capaz de hacer mudar el foro dotado de competencia internacional y de impulsar un mecanismo de transferencia de competencia en el ámbito del conflicto de jurisdicciones.

8. Pues bien, de cuanto precede se deduce otra enseñanza y es que las limitaciones en las posibilidades de transferencia de competencia, —como acontece en el artículo 15.3 del Reglamento—, tendrán por efecto, —en la materia concreta de la responsabilidad parental y al margen de la eterna dialéctica entre el principio de seguridad jurídica (previsibilidad de las soluciones) y la flexibilidad en la determinación del foro dotado de competencia³³—, un menoscabo del interés superior del menor *in casu*.

³⁰ «Préoccupé par l'adaptation des normes à la diversité des situations particulières, le législateur confie au juge le soin d'en réaliser la mise en oeuvre. Ainsi, la loi multiplie les références à des *notions vagues*: *intérêt de l'enfant*, *intérêt de la famille*, *filiation la plus vraisemblable*, *motifs graves*. Il appartient au juge d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, le contenu concret de telles notions». COURBE, *op. cit.*, p. 12.

³¹ El interés del menor y la amplia autonomía concedida al juez se erigen en las piezas maestras del sistema de protección de los menores tanto en el plano interno como en el internacional. FERNÁNDEZ ROZAS, *op. cit.*, p. 122.

³² En este sentido R. Moura Ramos vincula directamente el interés superior del menor del mecanismo de transferencia de competencia de los preceptos 8 y 9 del Convenio LH 1996 con la exigencia que al respecto establece, —en sede originaria—, el apartado 1 del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. MOURA RAMOS, *op. cit.*, p. 75. Véase también L. Silberman en los siguientes términos: «A unique concept emerged in the 1996 Convention permitting a transfer of jurisdiction by the State of habitual residence to specified Contracting States that may be *better placed in a particular case to assess the best interests of the child*». SILBERMAN, *op. cit.*, p. 715.

³³ A renglón seguido cabe precisar que no se pueden desconocer los problemas de constitucionalidad relativos al principio de seguridad jurídica o a la previsibilidad del juez natural de la persona que lleva

Pues bien, en esta ocasión, el listón lo pone el precepto 8.2.d) del Convenio LH 1996, cuyo valor se acrecienta por cuanto que el Informe aclara que dicho apartado «résume et dépasse les trois cas précédemment cités qui n'en sont que des illustrations»³⁴. Por consiguiente, este artículo 8.2.d), que es el núcleo o el corazón de los mecanismos de transferencia de competencia de los artículos 8 y 9 del Convenio LH 1996, constituye, junto con el artículo 5.1, la mayor realización, en sede del conflicto de jurisdicciones, del *interés superior del menor*. Sin embargo, el Reglamento se encuentra huérfano de la primera de esas apreciaciones.

9. Finalmente, a mayor abundamiento, y desde una perspectiva puramente formal o de funcionamiento interno, cabe recalcar el *doble examen* o la *doble apreciación* que del interés superior del menor realizarán las autoridades de los Estados miembros en virtud del artículo 15 del Reglamento³⁵. Al hilo de esta cuestión se podría decir que, funcionalmente, se asiste a un desarrollo sustantivo o material del principio de la soberanía estatal aún vigente en sede de determinación de la competencia judicial internacional.

IV. LA REGLA DE COMPETENCIA EXTENDIDA O AMPLIADA DE LA VIS ATRACTIVA DE LA CRISIS MATRIMONIAL EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

10. Ejemplo práctico: un matrimonio compuesto por una francesa y un alemán viven en Berlín y tienen un hijo. A raíz del nacimiento del niño, no querido por el cónyuge alemán, que declina, en el plano fáctico, el ejercicio de las facultades inherentes a la responsabilidad parental, el matrimonio se degrada hasta un punto en que la madre francesa decide regresar a su país con su hijo de corta edad. La reacción del marido alemán no se hace esperar y acciona ante los Tribunales de Berlín: el foro de interposición de la demanda de divorcio se corresponde con el criterio de atribución de la crisis matrimonial más usual en la práctica relativo al lugar de la residencia habitual del matrimonio cuando uno de los cónyuges aún reside allí.

11. Ciertamente existe una solución sólidamente arraigada en Derecho comparado consistente en la acumulación procesal de la acción matrimonial y de la acción de responsabilidad parental y también en la acumulación sustantiva o material de las

aparejados la crítica aquí formulada, pero ni éste es el lugar ni el autor es la persona más indicada para tratarlos. Vide, a este respecto, GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification...», *op. cit.*, p. 272, núm. 198, donde alude al límite en que se traduce el «principe constitutionnel d'une protection judiciaire effective des droits des parties». BORRÁS, A., «Información y Documentación...», *op. cit.*, p. 362, donde advierte de la distinción entre el *forum non conveniens* del Common Law y este mecanismo de transferencia de competencia que califica de «institución de jurisdicción objetiva con cierto grado de flexibilidad». Y, finalmente, BORRÁS, A., «El "interés del menor" como factor de progreso...», *op. cit.*, p. 966, 4.ª, *in fine*, de sus Conclusiones, donde realiza una encendida defensa de la flexibilidad en aras de la protección de los menores frente al principio de seguridad jurídica.

³⁴ LAGARDE, P., *Informe...*, *op. cit.*, p. 14, núm. 55.

³⁵ Tal como señala la *Guía práctica*, «[L]es deux juridictions doivent être convaincues qu'un renvoi est dans l'intérêt supérieur de l'enfant», *op. cit.*, p. 20. «Cet intérêt supérieur donne donc lieu à un double examen de la part de l'autorité initialement saisie et de la part de l'autorité requise». LAGARDE, P., *Informe...*, *op. cit.*, p. 14, núm. 56.

respectivas regulaciones jurídicas³⁶. Y tras la lectura del Considerando (6) del Reglamento se comprende que el legislador institucional es consciente de esta realidad de Derecho comparado de los Estados miembros. En consecuencia, y en el terreno del conflicto de jurisdicciones, el legislador del Reglamento ha optado también por la acumulación, en este caso, de los foros por crisis matrimonial y por responsabilidad parental. Cosa que hace en el artículo 12.1 por relación al artículo 3 del Reglamento en términos de fijación de la competencia extendida o ampliada de la crisis matrimonial sobre la responsabilidad parental³⁷.

12. Habitualmente la doctrina científica trae a colación el valor jurídico de la economía procesal para justificar la referida acumulación procedimental³⁸. Ahora bien cabe presentar una óptica de aproximación capaz de introducir en el razonamiento el propio dogma del interés superior del menor. Ciertamente en los progenitores concurren las dos condiciones de padres y de cónyuges o pareja y, aunque sea preciso distinguir ambos ámbitos y conocer sus límites, —como hace la doctrina científica francesa distinguiendo modernamente entre la «couple conjugal» y la «couple parental»³⁹—, es indudable el vínculo, el nexo o el ligamen efectivo que existe entre la crisis matrimonial y la estructura y, sobre todo, el *ejercicio* post-crisis de la responsabilidad parental⁴⁰: así pues, no hay sólo economía procesal. Efectivamente, existe, —sin que ello se traduzca en una sumisión o en una suerte de accesoriedad o de subordinación perpetua—, una evidente vinculación expresada merced a los conocidos binomios de *acción-reacción* o de *causa-efecto* entre la crisis matrimonial y la materia de la responsabilidad parental.

De este modo, en palabras de C. Neirinck-Campredon, «[L]e divorce, qui met fin à l'union des parents, implique que le mineur va désormais habiter avec un seul de ses auteurs puisqu'il n'y a plus communauté de vie. Dans l'intérêt de l'enfant il faut tenir compte de cette situation et aménager en conséquence les droits du parent gardien»⁴¹.

³⁶ *Tout juge compétent pour la désunion ne devrait-il pas avoir automatiquement compétence pour connaître du sort des enfants au moment de cette désunion?*, GAUDEMET-TALLON, H., «Le Règlement núm. 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: "Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs"», *Journal du Droit International*, 2001, núm. 2, p. 394, núm. 30. *Il est dans l'ordre des choses que le for du divorce soit compétent pour prendre des mesures de protection des enfants et tout spécialement pour statuer sur la garde et sur le droit de visite*. LAGARDE, P., «La nouvelle convention...», *op. cit.*, p. 227, núm. 13.

³⁷ «Le Règlement rassemble dans un texte unique les dispositions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale», *Guide pratique...*, *op. cit.*, p. 4. El foro de la *vis atractiva* de la crisis matrimonial en materia de responsabilidad parental del artículo 12.1 constituye así la «corresponsabilidad conflictual» del ámbito de aplicación *ratione materiae* del Reglamento.

³⁸ Por toda ella véase ANCEL, B., y MUIR WATT, H., «La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"», *Revue critique de droit international privé*, núm. 3, 2001, p. 424, núm. 17.

³⁹ *Quels que soient la structure juridique et le devenir du couple, les parents doivent continuer à assumer en commun leurs responsabilités à l'égard de leur(s) enfant(s): c'est la prééminence du couple parental. En effet, à la différence du «couple conjugal», le «couple parental» doit être indestructible*. EUDIER, *op. cit.*, p. 20.

⁴⁰ «Même si tout l'effort du législateur moderne a été de détacher divorce des parents et sort de l'enfant, on ne peut ignorer ce lien». HAUSER, J., y HUET-WEILLER, D., *Traité de Droit civil. La famille. Fondation et vie de la famille. Mariage-Concubinage-Filiation-Autorité parentale*, París, 1993, p. 855, núm. 1230.

⁴¹ NEIRINCK-CAMPREDON, C., *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*, París, 1984, p. 262, núm. 286. «Le juge du divorce, tribunal de grande instance dans sa formation collégiale ou juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires matrimoniales, procède à l'attribution du

Y en la misma dirección apunta el parecer de Courbe para quien, «juridiquement, la séparation ne doit plus apparaître comme une coupure dans l'exercice de l'autorité parentale, mais comme une simple donnée rendant nécessaire un aménagement des modalités d'exercice de celle-ci»⁴². Pues bien, el foro matrimonial extendido o ampliado tanto en el Reglamento como en el Convenio LH 1996 responde a esta idea de adaptación, de ajuste de la materia de la responsabilidad parental como consecuencia de la crisis matrimonial. Aunque la «dimensión parental» de la responsabilidad parental sobreviva a la «dimensión conyugal» y quede inalterada tanto en su titularidad como en su ejercicio, es obvio que la ruptura de la vida en común o del proyecto de vida en común de los padres exige una nueva componenda *inmediata e instantánea* en materia de responsabilidad parental.

Finalmente, para reforzar este razonamiento, cabe traer a colación el parecer de H. Stalford, para quien «[T]he substance and procedures espoused by English family law in particular have long since moved beyond the view that divorce is merely about renegotiating the relationship between two adults towards a prioritised concern to facilitate the ongoing relationship between parents and their children»⁴³. A propósito de esta dicción cabe recordar que el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Niños promueve el derecho del niño a mantener un contacto directo y fluido con su padre y con su madre. Pues bien, tras la ruptura de la vida en común del matrimonio, el juez de la crisis matrimonial será la primera autoridad que procederá a la efectividad de tal precepto en materia de responsabilidad parental. No sólo se trata, en consecuencia, de tutelar el valor jurídico de la economía procesal. Tras esta acumulación procesal late también el interés superior del menor.

13. Ahora bien, en la construcción del foro de la *vis atractiva* de la crisis matrimonial, se observa que las bases o los cimientos los suministra una regla de competencia (el art. 3 del Reglamento) donde brilla por su ausencia el interés superior del menor. Así pues, los inicios, aunque dotados de una lógica aplastante, son un poco desalentadores. En este sentido A. Borrás aclara que «[L]os foros de competencia adoptados (en materia puramente matrimonial) responden a necesidades de carácter objetivo, están adaptados a los intereses de las partes, entrañan una regulación flexible, adaptada a la movilidad de las personas y, en definitiva, tratan de favorecer a las personas sin que se pierda seguridad jurídica»⁴⁴. La pluralidad de foros en materia matrimonial descansa en el deseo del legislador de garantizar el principio de la tutela

droit de garde. Cette décision est d'autant plus importante pour l'enfant que l'autorité parentale est désormais exercée par celui des père et mère «à qui le tribunal a confié la garde de l'enfant, sauf le droit de visite et de surveillance de l'autre» (art. 373-2 Code civil). *Ibidem*, p. 275, núm. 307.

⁴² COURBE, *op. cit.*, p. 392.

⁴³ STALFORD, H., «Brussels II and beyond: a better deal for the children in the European Union?», en *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, K. Boele-Woelki (Ed.), Oxford, 2003, p. 474.

⁴⁴ BORRÁS, A., *Informe explicativo del Convenio celebrado 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* (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás, Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona. *Diario Oficial* núm. C 221 de 16 de julio de 1998 (p. 35. Título II. B. Competencia judicial. Sección 1. Disposiciones generales), p. 35, núm. 27.

judicial efectiva⁴⁵ así como la satisfacción del derecho humano al divorcio (*favor divortii*)⁴⁶. Siendo esto así, es decir, ausente en esta primera fase el interés superior del menor, los problemas de orden práctico son aún más preocupantes para el conflicto de jurisdicciones en materia de responsabilidad parental: implicaciones derivadas del riesgo de *forum shopping*⁴⁷ y de la libertad que se desprende del principio de igualdad interconyugal⁴⁸.

No obstante, es menester señalar que tanto el legislador institucional del artículo 12.1 del Reglamento como su colega convencional del artículo 10 del Convenio LH 1996 han sabido reconducir la situación hacia extremos tolerables para el interés superior del menor. En este sentido, P. Lagarde, en los Debates del 24 de marzo de 1999 posteriores a la Comunicación de H. Gaudemet-Tallon, en una explicación aplicable por igual al artículo 3.2.º del Convenio de Bruselas de 1998 y al artículo 10 del Convenio LH 1996 advertía que «comme il y a beaucoup plus de compétences possibles en matière de divorce qu'il ne doit y en avoir en matière de protection des mineurs, il se pourrait qu'il y ait en matière de divorce, un tribunal qui soit compétent pour le divorce mais qui n'ait pas de lien très précis avec les enfants»⁴⁹ y de ahí los requisitos sentados en dichos preceptos. Requisitos tendentes a hacer compatible, *in casu*, la economía procesal y la *vis atractiva* del procedimiento por crisis matrimonial con el interés superior del menor. Aquí descansa la *ratio* de los requisitos impuestos por el legislador institucional y convencional al foro matrimonial en materia de responsabilidad parental. Tiene lugar así la construcción de un complejo edificio o estructura de competencia internacional de autoridades donde el legislador institucional trata de ensamblar sendas estructuras normativas o complejos normativos cada uno de ellos dominado por sus principios informadores:

- artículo 3 del Reglamento: *favor divortii*, principio de igualdad interconyugal y movilidad de las personas; principio de existencia de una real vinculación entre una persona y un determinado Estado miembro.
- artículo 12.1.a) y b) del Reglamento: interés superior del menor.

⁴⁵ «Es imprescindible, en las materias que se refieran a la vida íntima o cotidiana de las personas, la previsión de un amplio acceso a la justicia». LAGARDE, P., «Informe explicativo 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), *R.E.D.I.*, vol. XLVI-1994. Núm. 1, p. 469, núm. 7.

⁴⁶ Vide GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification...», *op. cit.*, p. 364, núm. 265 *in fine*.

⁴⁷ Respecto de esta cuestión B. Ancel y H. Muir Watt sostienen que «le choix entre les divers fors proposés est parfaitement libre pour le demandeur, à qui il ne saurait être reproché de saisir le tribunal qui, des points de vue de la géographie, des coûts de procédure ou du fond, lui paraît le mieux à même de le décharger des chaînes d'un mariage éteint. Le *forum shopping* n'est évidemment pas condamnable lorsqu'il n'est que l'exercice d'une option entre des chefs de compétence reposant chacun sur un lien jugé *a priori* suffisant (...)». ANCEL y MUIR WATT, *op. cit.*, pp. 415-416.

⁴⁸ «Des situations de litispendance ou de quasi-litispendance seront fréquentes en raison de la multiplicité des critères de compétence retenus par le règlement. En effet, lorsqu'il s'agit d'un divorce international, il est fréquent que chacun des époux intente une action devant le tribunal qui lui convient le mieux». GAUDEMET-TALLON, H., «Le Règlement...», *op. cit.*, p. 399, núm. 44. El énfasis es nuestro.

⁴⁹ GAUDEMET-TALLON, H., «La Convention dite «Bruxelles II»: Convention concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale», en *Droit International Privé. Travaux du Comité français de Droit international privé. Années 1998-1999, 1999-2000*, París, 2001, p. 115.

14. Procede, en consecuencia, un análisis breve y conciso de los «requisitos de compatibilidad sustantiva o material» de las letras *a)* y *b)* del apartado 1.º del artículo 12 del Reglamento. Pues bien, cabe adelantar que el foro del artículo 12.1 del Reglamento responde, si bien en líneas generales, al fenómeno de la *materialización* en el campo de la responsabilidad parental⁵⁰. En efecto, por definición, y porque ahí radica su razón de ser, el foro de la crisis matrimonial no cuenta, en el terreno de las vinculaciones o de las localizaciones geográficas, con el criterio de atribución de la residencia habitual del menor y, en el terreno del Derecho sustantivo o material, con el derecho o la facultad de guarda y custodia. Pero, a partir de ahí, el legislador institucional de las letras *a)* y *b)* del artículo 12.1 y convencional del artículo 10 se ha preocupado de rodear al foro matrimonial de todos los elementos de DIPrivado y de Derecho sustantivo de que se nutre o de que se compone la materia de la responsabilidad parental. Incluso el examen de la conformidad de la competencia extendida o ampliada con el interés superior del menor [art. 12.1.b) *in fine* y artículo 10.1.b) *in fine*] toma elementos claros y evidentes del fenómeno general de la materialización del DIPrivado.

15. Por lo que atañe a la letra *a)* la primera condición *implícita* consiste en que al menos uno de los padres tenga su residencia habitual en el país donde la demanda de divorcio ha sido interpuesta. Esta residencia habitual debe haber existido al inicio del procedimiento, pero no se exige que dure a todo lo largo del procedimiento.

Ciertamente esta flexibilidad se acomoda o se ajusta al principio de la movilidad de las personas que informa al sub-sistema de criterios de atribución alternativos en materia de crisis matrimonial. En consecuencia, se podría decir que, en estos momentos, este foro híbrido de la competencia extendida o ampliada se encuentra más próximo a la materia matrimonial que a la materia de la responsabilidad parental. Efectivamente, este requisito desarrolla sus efectos mucho más en el campo de la crisis matrimonial que en el campo de la responsabilidad parental y sólo serviría, –tal como indica P. Lagarde en su estudio⁵¹–, para evitar que el foro de la nacionalidad común de los cónyuges pueda, por ese sólo hecho, entender de las medidas de protección de los hijos. Se persigue, por tanto, una localización geográfica, –y no ficticia o jurídica–, a la que arraigar la materia de la responsabilidad parental, pero esta pretensión se trunca a continuación como se va a comprobar de inmediato. Y la condición

⁵⁰ La Comisión especial de la Conferencia de La Haya, en el marco del Ante-proyecto de lo que luego sería el Convenio LH 1996, sólo había previsto la competencia del juez del divorcio para adoptar medidas de protección del niño a título subsidiario, en el marco limitado de los artículos 8 y 9. LAGARDE, P., *Informe...*, *op. cit.*, p. 15, núm. 61. De aquí ya se infiere el mérito del legislador convencional de situar el foro matrimonial en materia de responsabilidad parental dentro de la senda de la *materialización* que informa, con carácter general, al DIPrivado contemporáneo, y que preside, con carácter particular, y en lo que aquí interesa destacar, el sistema de competencia internacional de autoridades del Convenio LH 1996. Así, nociones tales como la competencia de principio de las autoridades de los artículos 5 ó 6, el doble examen o la doble apreciación del interés superior del menor de los artículos 8 y 9 consiguen colocar al foro matrimonial del artículo 8.2.c) dentro del campo de la compatibilidad con la tutela de dicho valor jurídico superior sustantivo o material dentro del conflicto de jurisdicciones. Pero lo más notable es que el legislador convencional hace extensiva esta idea o esta preocupación de compatibilidad al enunciado o al contenido del foro matrimonial del artículo 10 del Convenio LH 1996 introducido con ocasión de la Conferencia diplomática. De tal modo que un foro heterogéneo logra su encaje en la materia de la responsabilidad parental en sede del conflicto de jurisdicciones.

⁵¹ LAGARDE, P., «La nouvelle convention...», *op. cit.*, p. 227, núm. 13.

expresa de la letra a) es que al menos uno de los padres ejerza la responsabilidad parental con respecto del niño, *pero no necesariamente aquél que tiene su residencia habitual en el Estado del divorcio*⁵².

Sin embargo, en esta ocasión, esta flexibilidad del legislador institucional y convencional se ajusta mal con la materialización en el campo de la responsabilidad parental y, por ende, con la satisfacción, *in casu*, del interés superior del menor. Es obvio que resulta muy conveniente que alguna porción del ejercicio de la responsabilidad parental se desarrolle en el territorio de la jurisdicción del foro matrimonial para que éste cuente con unos antecedentes fruto de la experiencia más inmediata antesala y garantía de la solución más adecuada y tuitiva de las exigencias de protección del niño post-crisis matrimonial⁵³.

Verdaderamente, en este «segundo tiempo» de la estructura de este foro híbrido, la penetración de la materia de la responsabilidad parental y, con ella, del interés superior del menor debería haber sido mayor exigiendo algún bagaje al foro matrimonial en su ejercicio. Ésta debe ser la *ratio* de esta sub-exigencia de la letra a) más allá de la evidente falta de idoneidad del foro matrimonial para el ejercicio de la competencia extendida o ampliada cuando ambos progenitores se hallan privados de todas las facultades en que consiste la responsabilidad parental, en donde se detiene, sobre el particular, el Informe al Convenio LH 1996 del Ponente⁵⁴.

Pues bien, confrontando estas reflexiones con las circunstancias descritas en el ejemplo práctico con el que inició su singladura el presente epígrafe se desprende que el eje, no sólo de la crisis matrimonial sino también, lo que resulta muy dudoso en términos de protección y de materialización, de la responsabilidad parental, gira en torno a un foro (alemán, berlinés para más señas) huérfano de los más notables elementos del Derecho de los menores. Es evidente que el Estado francés hacia el que compelen factores económicos y culturales que presumirán el deseo de arraigo permanente de la madre con el niño muestra un mayor interés en la materia de la responsabilidad parental. Mayor interés que puede ponerse de relieve en la escasa vigencia temporal de las medidas de protección adoptadas por el foro alemán de la crisis matrimonial.

Así pues, el legislador institucional y convencional deberían haber cualificado aún más los requisitos con ánimo de fortalecer este foro de cara a lograr una superior virtualidad para el futuro no sólo a corto sino también a medio y largo plazo del estatuto jurídico del niño. La excesiva flexibilidad y laxitud de la redacción actual del foro de competencia del artículo 12.1 del Reglamento y del artículo 10 del Convenio LH 1996 puede trastocar los principios informadores que pretende aglutinar en su interior pudiendo, *in casu*, adolecer de una escasa proximidad con el objeto complejo del litigio.

16. Pues bien, la citada cualificación vendría dada merced a la exigencia de que ambos progenitores ostenten o desarrollen su protagonismo en la responsabilidad parental del niño, –ya merced a una partición meramente fáctica del derecho de guarda y custodia y del derecho de visita y de vigilancia, ya merced a la novedosa custodia compartida–, o,

⁵² El énfasis es nuestro.

⁵³ Se trata así de realizar en la práctica el parecer de R. Moura Ramos para quien «[E]sta competencia (ampliada o extendida del foro matrimonial para la adopción de medidas de protección del menor) parece justificada por el control que ejercen las autoridades de que se trata sobre la situación derivada del divorcio y el profundo conocimiento que tienen de la situación del menor». MOURA RAMOS, *op. cit.*, pp. 75-76.

⁵⁴ LAGARDE, P., *Informe...*, *op. cit.*, p. 16, núm. 64.

como mínimo, aquél que reside en el foro de la crisis matrimonial⁵⁵. Residencia que, desde la óptica de aproximación expresada de la responsabilidad parental, habrá de observarse a lo largo de todo el procedimiento. Exigencia que servirá de base para el fortalecimiento de la referida presunción de estabilidad del estatuto jurídico del niño.

17. Y las condiciones de la letra *b*) representan la confluencia de las dos ideas-fuerza del Derecho de familia moderno desde la óptica de aproximación del análisis del foro de la crisis matrimonial. El consentimiento de los progenitores y de cualquier tercero titular de alguna facultad de la responsabilidad parental del niño se inscribe dentro de la corriente general de la privatización del Derecho de familia moderno en la creencia de que la autocomposición por las propias partes interesadas constituye el mecanismo capaz de otorgar la regulación más adecuada al supuesto en cuestión. Ahora bien, el riesgo evidente de que esta presunción quede tergiversada en la práctica, el riesgo de abuso de Derecho y de fraude de Derecho compelen en la formación acabada del *binomio* con el elemento público del Derecho de familia moderno presente en el foro matrimonial de los artículos 12.1 del Reglamento y 10 del Convenio LH 1996 merced al análisis *in casu* de la salvaguarda del interés superior del menor por el órgano jurisdiccional conocedor de la crisis matrimonial⁵⁶. Además, los razonamientos vertidos a propósito del examen de la letra *a*) precedente tienen por efecto colateral reforzar, —en la letra *b*) *in fine*—, el arraigo de la materia de la responsabilidad parental dentro del territorio de la jurisdicción de la crisis matrimonial, pues sólo así se podrá realizar una valoración adecuada y oportuna *in casu* del interés superior del menor.

V. EL FORO DE LA «PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA» DEL ARTÍCULO 12.3 DEL REGLAMENTO

18. Ejemplo práctico: un niño alemán vive en España con sus padres alemanes. En virtud del artículo 12.3 del Reglamento, sus padres, titulares de la responsabilidad

⁵⁵ Es menester reconocer que esta condición de mínimos en realidad oculta en su interior una condición de máximos porque equipara el foro matrimonial extendido o ampliado con el foro de la residencia habitual del menor habida cuenta de las implicaciones sustantivas o materiales que se derivan del derecho o de la facultad de guarda y custodia. Se comprende así que esta modulación o esta cualificación no aparezca en el texto reglamentario y convencional. Sin lugar a dudas, la debilidad —consciente y querida— de estos requisitos del foro de la *vis atractiva* tiene que ver con la intromisión de un cierto componente político en el establecimiento y en la articulación de la referida competencia extendida o ampliada buscando su promoción práctica. Los antecedentes históricos protagonizados por el Convenio LH 1961 y por la elaboración del Convenio LH 1996 apuntan en esta dirección.

⁵⁶ El convenio regulador post-crisis matrimonial del Derecho civil español reproduce la idea de que los padres, los interesados, son los que mejor conocen su situación personal y patrimonial así como la situación y las necesidades de sus hijos en su interés superior. Pero, al igual que ocurre con los requisitos de la letra *b*) del artículo 12.1 del Reglamento, el juez no está obligado a aceptar y dar por buenos los pronunciamientos alcanzados por los cónyuges y padres en su convenio regulador, sino que el legislador le atribuye al órgano judicial una labor de homologación, de fiscalización y aprobación de su contenido. Se asiste a la presencia simultánea y a la acción complementaria del elemento privado y del elemento público del Derecho de familia moderno. Letra *b*) (y a su través, todo el foro del artículo 12.1) que, en consecuencia, constituye un trasunto directo al conflicto de jurisdicciones de los dogmas imperantes en el Derecho de familia sustantivo o material. Vide ROCA, *op. cit.*, p. 66 donde reproduce la idea de complementariedad y p. 68 donde alude al concepto de «sistema mixto».

parental, se dirigen de común acuerdo a las autoridades judiciales alemanas para ventilar ante ellas una pretensión referente a la responsabilidad parental sobre el menor.

19. El artículo 12 del Reglamento recoge sendas excepciones (*possibilité limitée*⁵⁷), —las previstas en el artículo 12.1 y 12.2, por un lado, y en el artículo 12.3, por otro—, a la regla general de competencia de la residencia habitual del niño (art. 8.1). Siendo así, habrán de ser objeto, no sólo de interpretación estricta y restrictiva en la práctica sino también es menester que el legislador haya tenido en cuenta la citada nota de la excepcionalidad a la hora de fijar el contenido de dichos foros de competencia a fin de no vulnerar el sistema completo de competencia que el Reglamento construye en su capítulo II: lo que no se puede afirmar que así haya acontecido en ambos casos, si bien con diferentes grados de intensidad. Excepcionalidad que, obviamente, será preciso vincularla, en cualquiera de sus acepciones *a priori* o *a posteriori*, con el objeto, la función y los principios informadores del instrumento normativo en cuestión: en una palabra, con las exigencias derivadas del interés superior del menor en sede del conflicto de jurisdicciones.

20. Formulada la advertencia precedente cabe realizar una valoración crítica de la denominación empleada en el encabezamiento del artículo 12 del Reglamento «Prórroga de la competencia». Del mismo modo que en el Reglamento (CE) núm. 1347/2000 el adjetivo «exclusivos» calificativo de los foros de competencia en materia matrimonial era el destinatario de la crítica de H. Gaudemet-Tallon⁵⁸ y de la precisión del Informe de A. Borrás⁵⁹, la expresión «Prórroga de competencia» del artículo 12 del Reglamento deberá ser objeto de idénticas acciones tendentes, por un lado, a facilitar la comprensión sobre su operatoria interna y, por otro, a distinguirla de otras categorías sólo nominalmente idénticas.

A tal efecto, es menester advertir que si la presencia del *elemento subjetivo* consistente en el consentimiento de los titulares de la responsabilidad parental en la letra *b*) del apartado 1 del artículo 12 del Reglamento no da pie a calificar jurídicamente este criterio de atribución a través del principio de la autonomía de la voluntad (sumisión expresa o tácita), la presencia de idéntico elemento subjetivo en el foro de

⁵⁷ «Le Règlement introduit une possibilité limitée de saisir une juridiction d'un État membre dans lequel l'enfant n'a pas sa résidence habituelle, soit parce que la question est liée à une procédure de divorce en cours, soit parce que l'enfant a un lien étroit avec cet État membre». *Guide pratique, op. cit.*, p. 17: (c) *Prorogation de compétence. Article 12*.

⁵⁸ «Personnellement, il nous semble qu'il aurait été préférable de dire que l'énumération figurant aux articles 2 et suivants était limitative, car le terme «exclusif» impliquerait une incidence sur la reconnaissance et l'exécution, ce qui n'est pas le cas». GAUDEMET-TALLON, H., «Le Règlement...», *op. cit.*, p. 395, núm. 35.

⁵⁹ Los criterios adoptados en el artículo 2 (*Divorcio, separación legal de los cónyuges y nulidad del matrimonio*) del Convenio de Bruselas de 28 de mayo de 1998 son objetivos, alternativos y exclusivos, en el sentido que se especifica a continuación. BORRÁS, A., *Informe explicativo...*, *op. cit.*, p. 35, núm. 27. Los criterios enunciados en este artículo son los únicos utilizables para la materia incluida, lo que permite calificarlos de «exclusivos». Ahora bien, el sentido de este término no puede ser entendido en el mismo sentido del Convenio de Bruselas de 1968 donde, para determinadas materias, previstas en su artículo 16, sólo los Tribunales de un determinado Estado son competentes, quedando los otros criterios en una jerarquía inferior. En este caso, el término «exclusivo» debe ser entendido en el sentido de que sólo los criterios enunciados pueden ser utilizados, siéndolo de forma alternativa y sin ninguna jerarquía entre ellos. Significa, pues, que se trata de una lista exhaustiva y cerrada. *Ibidem*, p. 36, núm. 29. Cfr. igualmente pp. 41-42, núm. 44 (*Artículo 7. Carácter exclusivo de las competencias de los artículos 2 a 6*).

competencia del artículo 12.3.b) no autoriza tampoco a hablar de prórroga de competencia en el sentido de los preceptos 17 y 18 del Convenio de Bruselas de 1968⁶⁰.

Ahora bien, desde el momento en que se niega que el artículo 12.3 del Reglamento se corresponda con el foro de la autonomía de la voluntad en materia de responsabilidad parental, surgen de inmediato problemas de relación con el artículo 15 (*forum non conveniens tasado*), porque, una vez desprovisto el artículo 12.3 del protagonismo absoluto del elemento subjetivo, este leve vacío será rellenado por el elemento objetivo de la proximidad y de la materialización. El mismo que hace acto de aparición en el foro de la transferencia de competencia del artículo 15. Pero si tal es el objetivo perseguido y el punto de llegada del camino emprendido, los instrumentos facilitados por el legislador institucional para acometer esta empresa en el artículo 12.3, —a diferencia del artículo 15—, no se muestran coherentes con los fines, funciones y objetivos del conjunto del Reglamento comunitario en materia de responsabilidad parental, pues cabe dudar muy seriamente de que el elemento subjetivo del artículo 12.3.b) garantice el interés superior del menor como lo hace la tutela judicial del artículo 15. Interés superior del menor que se revela el auténtico principio informador supremo del complejo normativo institucional en cuestión.

En este sentido se podría decir que el artículo 12.3 constituye igualmente un supuesto de *forum non conveniens tasado* donde, no obstante, el elemento subjetivo goza de gran fuerza, mientras que el artículo 15 acoge más posibilidades en algunas de las cuales el elemento subjetivo pierde fuerza en la misma medida en que la gana el órgano judicial. Claramente el artículo 15 se muestra coherente con la idea de equilibrio de las dos ideas-fuerza (elemento público y elemento privado) del Derecho de familia moderno. Reflexión que no cabe hacer extensiva al artículo 12.3, donde la garantía de tutela del órgano judicial *in casu*, queda sustituida por el establecimiento —*a priori* y en un marco meramente teórico de actuación— de unos criterios de proximidad adicionales al de la residencia habitual del niño del artículo 8. La única garantía de funcionamiento del artículo 12.3 dentro del sistema del Reglamento queda depositada en la referencia o alusión a lo que no es sino su principio informador: el interés superior del menor.

21. Pues bien, cabe afirmar que el artículo 12.3 lesiona la idea principal del Reglamento en sede del conflicto de jurisdicciones relativa a la *competencia general* de las autoridades de la residencia habitual del niño, que, al ser las más próximas a su persona y a sus circunstancias, son las que se encuentran en mejor posición para valorar y tasar *in casu* el interés superior del menor⁶¹. Esta competencia de principio del artículo 8.1, que se reproducirá las más de las veces en la práctica en el organigrama de actuaciones del artículo 15, cede su lugar a las autoridades señaladamente del Esta-

⁶⁰ Así, la *Guide pratique*, al explicar el elemento subjetivo del artículo 12.3 remite a «la même condition dans situation 1», es decir, a la competencia del foro del divorcio para conocer de la materia de la responsabilidad parental (art. 12.1 y 12.2). *Guide pratique...*, op. cit., p. 18.

⁶¹ Conviene precisar que en el sistema de competencia en materia de medidas de protección de la persona o de los bienes del niño del Reglamento, las autoridades dotadas de la competencia general son las del Estado de la residencia habitual del niño (art. 8.1). Además, si las autoridades de otros Estados pueden intervenir en la protección del niño, será, en ciertos casos, con el acuerdo o la petición de las autoridades del Estado de la residencia habitual del niño. Luego en el Reglamento el foro de la residencia habitual del niño es mucho más que eso, constituye la garantía de tutela del interés superior del menor y, con ello, la garantía de funcionamiento del sistema de competencia del capítulo II Reglamento.

do de la nacionalidad del menor de suyo más alejadas teóricamente de las necesidades del menor. Con lo cual la apreciación del interés del menor, –posiblemente la única garantía de funcionamiento *in casu* del interés superior del menor en el artículo 12.3–, puede ser más deficiente en el referido precepto que en el artículo 15 conculcando así las estructuras normativas institucionales en cuestión.

Retomando el ejemplo práctico correspondiente a este foro de competencia, inmediatamente cabe cuestionarse si, en contraposición a las autoridades judiciales españolas de la residencia habitual del menor, las autoridades alemanas de la nacionalidad del niño [art. 12.3.a)] se encuentran en mejor posición para valorar el interés del menor no ya por lo que atañe al conocimiento del fondo de la controversia sino por lo que se refiere a la llamada que en este sentido realiza el legislador institucional en el marco de la operatoria práctica del foro de competencia internacional de autoridades del artículo 12.3.b). De este modo, un frágil elemento objetivo y, posiblemente, «defectuoso» en la práctica junto con el elemento subjetivo son capaces de evitar el principio general de competencia del artículo 8.1 del Reglamento que, en Derecho comparado, es el máximo exponente de la protección y de la materialización del interés superior del niño.

22. Así pues, la garantía del foro de la residencia habitual del niño del artículo 15 del Reglamento queda sustituida por la presencia de un elemento subjetivo muy intenso en el artículo 12.3, lo que no se puede decir que promueva el interés superior del menor sino, las más de las veces en la práctica, el interés, medido en términos de conflicto de jurisdicciones, de sus progenitores y de cuantos terceros ostenten la titularidad de alguna de las facultades u obligaciones que componen la responsabilidad parental. En este sentido téngase en cuenta además que las dos localizaciones más precisas y más próximas recogidas en el artículo 12.3 del Reglamento se reproducen a continuación en el artículo 15, por lo que cabe cuestionarse si tiene sentido y si no trastoca los principios informadores del sistema de competencia del Reglamento el establecimiento de sendos regímenes jurídicos profundamente diferentes (arts. 12.3 y 15) para idénticos criterios de atribución de competencia internacional de autoridades en materia de responsabilidad parental⁶².

Téngase en cuenta finalmente que el artículo 15 también se califica jurídicamente de excepción⁶³, pero el contenido de este foro se muestra coherente con el principio informador del interés superior del menor. La noción de la excepcionalidad no debe confundir los planos de actuación –operativo y conceptual– y no puede llegar a debilitar los principios informadores sustantivos o materiales. Y, a renglón seguido, la fragilidad del elemento objetivo de tutela jurisdiccional en materia de responsabilidad parental del artículo 12.3 puede incluso verse acrecentada con el riesgo evidente en el que ha incurrido el legislador institucional con su llamada al elemento subjetivo de su letra b) con vistas, no a afianzar el foro de competencia en cuestión, sino para «forta-

⁶² Así por ejemplo, es cierto que en el Convenio LH 1996 el foro matrimonial encuentra sendos cauces de expresión en el artículo 10 y en el artículo 8.2.c), pero en ambos casos queda a buen resguardo el principio informador supremo en la materia del interés superior del menor por lo que sólo se trata de dos caminos diferentes para llegar a idéntico punto tanto en términos cuantitativos (criterios de atribución) como cualitativos (principios informadores). Noción esta última que no se puede hacer extensiva al binomio normativo institucional formado por los artículos 12.3 y 15 del Reglamento.

⁶³ Cfr. *Guide pratique*, op. cit., p. 19: 3. *Renvoi à une juridiction mieux placée. Article 15.*

lecer» la fragilidad del referido elemento objetivo. Obviamente todo ello trastoca lo que ha de ser, en rigor jurídico, el establecimiento del contenido limitado y la interpretación restrictiva y estricta propia e inherente a toda excepción.

En suma, en un orden decreciente o negativo, incluso jerárquico a efectos didácticos en función de la satisfacción del interés superior del menor, el artículo 12.3 se sitúa por debajo del foro matrimonial de la *vis atractiva* a la vista de los requisitos plasmados en los apartados 1 y 2. Y es que, a partir de aquí, se inicia el ocaso del valor jurídico del interés superior del menor en el sistema de competencia del Reglamento. Curiosamente esta deriva se produce cuando el legislador institucional se separa del legislador convencional de La Haya.

VI. EL «PRINCIPIO DE LA *PERPETUATIO IURISDICTIONIS*» Y EL CAMBIO DE LA RESIDENCIA HABITUAL DEL MENOR

23. El examen que se va a realizar en este epígrafe sobre la *perpetuatio iurisdictionis* y sus implicaciones en la materia de la responsabilidad parental admite una doble óptica de aproximación: durante la pendencia del procedimiento y una vez obtenida una resolución jurisdiccional sobre medidas de protección del niño. Análisis que se va a acometer, obviamente, bajo la premisa de la máxima satisfacción del dogma del interés superior del menor en sede del conflicto de jurisdicciones.

24. Tal como afirma P. Lagarde, «[L]e cas de changement de résidence habituelle [...] est plus délicat sur le plan juridique»⁶⁴. Por ello, cabe comenzar por la hipótesis más sencilla, esto es, la prevista en el artículo 9.1 del Reglamento. Pues bien, conforme a la *Guide pratique pour l'application du Règlement (CE) núm. 2201/2003*, «[L]a notion de résidence habituelle [...] ne devrait pas être interprétée conformément au droit interne, mais par rapport à l'objectif et au but du Règlement»⁶⁵.

Por consiguiente, el concepto de residencia habitual del niño, dentro del específico ámbito de aplicación material del Reglamento, debe ser interpretado con arreglo a los principios informadores de la materialización, la protección y el interés superior del menor que dominan la orientación y la función del instrumento normativo institucional en cuestión. Pero este razonamiento no habría de detenerse aquí, en sede del foro de competencia del artículo 8.1, sino que habría de penetrar también en el problema de la determinación de la competencia internacional de autoridades en la hipótesis de cambio de la residencia habitual del niño. De donde se infiere que, si el concepto de la residencia habitual del niño ha de contar con ese bagaje en el propio Reglamento, su artículo 9.1 no respeta esa exigencia de la *Guide pratique* relativa a la sumisión del concepto de la residencia habitual «à l'objectif et au but du Règlement». El artículo 9.1 del Reglamento es, así pues, un cuerpo extraño que no responde al interés superior del niño sino a intereses políticos heterogéneos de reforzamiento del derecho de visita⁶⁶. Ámbito sustantivo o material en el que también se inserta el prin-

⁶⁴ LAGARDE, P., «La nouvelle convention...», *op. cit.*, pp. 223-224, núm. 9.

⁶⁵ *Guide pratique...*, *op. cit.*, p. 12.

⁶⁶ Vide el contenido de los Considerandos 2 y 4 del Reglamento.

cipio del reconocimiento mutuo de los artículos 40 y 41 del Reglamento⁶⁷. Existen unos elementos políticos, –ajenos, externos o heterogéneos para el conflicto de jurisdicciones–, de potenciación del derecho de visita post-crisis matrimonial o convivencial. Lo que se percibe en el foro de la *perpetuatio iurisdictionis* del artículo 9.1 del Reglamento⁶⁸.

En efecto, el legislador institucional se ha preocupado, en la redacción de la norma de aplicación del artículo 9.1 del Reglamento, de «blindar» su operatoria a la acción del interés superior del menor. Dado que se trata de una excepción, por cuanto que la competencia internacional corresponde a las autoridades de un Estado miembro en el que el niño no tiene su residencia habitual, el único recurso que quedaría para la satisfacción del interés superior del menor consistiría en someter los requisitos del artículo 9.1 y 9.2 del Reglamento a una interpretación estricta y restrictiva intentando deslizar la competencia, *in casu*, a la competencia general *ratione materiae* de fondo del artículo 8.1 del Reglamento: por ejemplo, cabe considerar la posibilidad de que, en el Derecho de familia, el consentimiento del otro titular de la responsabilidad parental, –*con todas sus consecuencias*–, al desplazamiento del niño equivalga, en sede del conflicto de jurisdicciones, a la prestación del consentimiento del artículo 9.2 del Reglamento.

25. Por otro lado, este déficit de materialización del Reglamento vuelve a ponerse de manifiesto con ocasión de la virtualidad de la *perpetuatio iurisdictionis* durante la pendencia del procedimiento. En efecto, en el Reglamento, –y en contraposición al Convenio LH 1996, cuya dicción al respecto es muy clara y terminante⁶⁹–, «[U]ne fois qu’une juridiction compétente a été saisie, elle conserve en principe sa compétence même si l’enfant acquiert une résidence habituelle dans un autre État membre au cours de la procédure (principe de *perpetuatio fori*). Un changement ultérieur de la résidence habituelle de l’enfant n’implique donc pas un changement de compétence»⁷⁰.

Es menester advertir que esta postura obliga, si se pretende reconducir la situación hacia la materialización en el Reglamento, a recurrir al mecanismo de transferencia de competencia para lograr el sometimiento del principio de la *perpetuatio fori*, –si el niño adquiere una residencia habitual en otro Estado miembro durante la pendencia del proceso sobre medidas de protección [art. 15.3.a) del Reglamento]–, al *interés superior del menor* del artículo 15.1 *in fine* del Reglamento⁷¹. Economía de

⁶⁷ Cónsultese el Considerando 23.

⁶⁸ En clara contraposición con el Convenio LH 1996, donde «[E]l cambio de residencia habitual priva a las autoridades de la antigua residencia habitual de su competencia para adoptar medidas de protección del niño». LAGARDE, P., *Informe...*, *op. cit.*, p. 10, núm. 41. En este sentido, la Conferencia ha descartado una propuesta de la delegación americana (Documento de trabajo núm. 25) según la cual, bajo determinadas condiciones, las autoridades de la antigua residencia habitual del niño conservarían una competencia exclusiva durante un período de dos años. *Ibidem*, p. 10, núm. 41.

⁶⁹ La Conferencia ha admitido de forma unánime el principio según el cual, salvo desplazamiento ilícito, el cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante tenía por efecto jurídico (en el conflicto de jurisdicciones) convertir a partir de ahora competentes a las autoridades jurisdiccionales de este otro Estado. *Ibidem*, p. 10, núm. 41 (Art. 5.2.º *Convenio LH 1996*). Vide también LAGARDE, P., «La nouvelle convention...», *op. cit.*, pp. 223-224, núm. 9.

⁷⁰ *Guide pratique...*, *op. cit.*, p. 13.

⁷¹ «Néanmoins, si tel est l’intérêt de l’enfant, l’article 15 permet de renvoyer une affaire, sous réserve de certaines conditions, aux juridictions de l’État membre dans lequel l’enfant a déménagé». *Ibidem*, p. 19 (3. *Renvoi à une juridiction mieux placée. Article 15*).

remisión de la que hace gala el Convenio LH 1996, puesto que las bases de las que parte su sistema de competencia, en relación a esta cuestión de la *perpetuatio iurisdictionis*, son mucho más sanas: se defiende el valor de la materialización del criterio de atribución de la residencia habitual aun en el supuesto de su cambio fáctico.

26. Como se comprueba, el Convenio LH 1996, en este campo concreto, se muestra capaz de exhibir una superior penetración de la materialización. Además esta percepción está en línea con una de las ideas-fuerza del Convenio LH 1996 puesta de manifiesto con ocasión de las discusiones de las delegaciones de los Estados parte de la Conferencia⁷²: la negación de la *perpetuatio fori*. Ahora bien, en coherencia con este deseo, y en un sentido lato, ¿el legislador convencional ha conseguido excluir todos los supuestos propios o *conexos* de *perpetuatio fori*?

Efectivamente, hay un problema de base, el concepto de residencia habitual, al que ni el Reglamento ni el Convenio LH 1996 no han sabido dar una respuesta materialmente orientada, al menos en la hipótesis cualificada de cambio geográfico de la citada localización. Porque, precisamente, fruto de los particularismos jurídicos de los Estados parte sobre la noción de residencia habitual y su adquisición, se puede producir un cambio en el entorno vital y en la realidad fáctica del menor sin que ello lleve aparejado y reflejado su correspondiente cambio jurídico en sede del conflicto de jurisdicciones, lo cual, si bien no constituye un supuesto propio de *perpetuatio fori*, sí participa de su esencia y sí se asimila desde un punto de vista funcional.

27. Ejemplo práctico: un niño y su progenitor custodio dejan de vivir en Rabat y se establecen en Madrid: habrá un período de provisionalidad o de ajuste que durará seis meses⁷³ durante el que, en aplicación del artículo 5.1 y 5.2 del Convenio LH 1996, de suscitarse alguna cuestión de responsabilidad parental sobre ese menor, seguirán siendo competentes los órganos judiciales de Rabat. En sede del conflicto de jurisdicciones la distancia geográfica no redundará en beneficio ni en interés del menor.

28. Desde una óptica muy amplia la *perpetuatio fori* significa que un cambio en las circunstancias fácticas no obtiene su correspondiente trasunto en el mundo jurídico: es una fractura o una ficción jurídica. Y las construcciones apoyadas en estos inestables elementos sólo pueden ir en perjuicio del interés superior del menor. Téngase en cuenta, en este sentido, que la *perpetuatio fori* constituye la defensa de una competencia internacional de autoridades, en lo que aquí interesa destacar, en materia de responsabilidad parental, que ha perdido toda base y todo contacto con la realidad fuente de los presupuestos en los que se apoyan los criterios de atribución de los foros de competencia internacional. Razón por la que cabe presumir que la *perpetuatio fori* vulnera el valor jurídico sustantivo o material del interés superior del menor en sede del conflicto de jurisdicciones.

Sin ir más lejos una *perpetuatio fori*, bien *propia* o bien *conexa*, en las hipótesis o circunstancias del artículo 6.1 tendría resultados demoledores y catastróficos para el niño y su interés superior. Ésta es la razón por la que el legislador convencional excluye en dicho precepto toda suerte de *perpetuatio fori* merced al «recurso de equivalen-

⁷² LAGARDE, P., *Informe...*, op. cit., p. 10, núm. 41-42.

⁷³ Téngase en cuenta que, en el ordenamiento jurídico español, el elemento temporal de la noción de la residencia habitual procede del Derecho fiscal (seis meses), excusado es decirlo, completamente ajeno a los principios informadores de la materia específica de la responsabilidad parental.

cia» de la residencia efectiva a la residencia habitual *a los solos efectos jurídicos del conflicto de jurisdicciones*. Pero los artículos 5.1 y 5.2, al permitir una suerte de *perpetuatio fori impropia* o *conexa*, resultarán criticables en algunos supuestos prácticos de desajustes en los cambios de entorno del niño de un Estado parte a otro.

Ciertamente la «solución de asimilación» del artículo 6.1 del Convenio LH 1996 es coherente dado el contexto cualificado de su específico ámbito de aplicación subjetivo: niños refugiados y niños desplazados por conflictos en su país de residencia habitual. Por ello esta solución debería extenderse a todos los supuestos fácticos de cambio de la referida localización del artículo 5 del Convenio LH 1996 abarcando todo el ámbito de aplicación subjetivo del instrumento convencional. Como bien se desprende del artículo 6.1, el artículo 6 se puede observar como una «pauta interpretativa funcional» del relevante artículo 5.2 del Convenio LH 1996 en el sistema de competencia de su capítulo II.

29. Por todo ello, la Conferencia de La Haya, desmarcándose de su tradición jurídica al respecto, y tratándose de una materia tan materialmente orientada como es la responsabilidad parental, debería de haber establecido una norma sustantiva o directa, con su ámbito de aplicación limitado a esta materia, tan simple en su enunciado como el siguiente: «el cambio de residencia de un niño de un Estado contratante a otro Estado contratante tiene por efecto jurídico para el conflicto de jurisdicciones la adquisición inmediata de la residencia habitual en este último Estado»⁷⁴. Se trataría de una norma sustantiva, material o directa de aplicación de la norma reguladora de competencia internacional de autoridades del artículo 5.1.º del Convenio LH 1996. Además se trataría de una norma materialmente orientada en una materia especialmente afecta por esta característica o tendencia general del DIPrivado contemporáneo, pues garantizaría, –incluso en los períodos de tiempo de *ajuste* de la pérdida de la antigua residencia habitual y la adquisición de una nueva en otro Estado contratante producto de la delegación que efectúa el legislador convencional en favor de los particularismos jurídicos de los Estados contratantes en la cuestión relativa a la fijación de la noción de la residencia habitual especialmente por lo que atañe a su óptica de aproximación temporal–, el conocimiento de la controversia que gira en torno a las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño por los órganos jurisdiccionales o autoridades que se encuentran en la mejor posición para valorar *in casu*, y también, muy importante, para hacer un seguimiento en una materia sumamente contextual o ambiental, del interés superior del menor. Lo que significa asimismo que la efectividad de la decisión dictada se va a producir en el lugar más indicado y más apropiado para ello.

El cambio de residencia habitual dispondría así de un régimen jurídico particularizado materialmente orientado en el campo de la responsabilidad parental extensible únicamente al conflicto de jurisdicciones (fijación de la competencia internacional de autoridades; efectividad de la resolución judicial) mientras que en otras materias como el Derecho fiscal o Derecho civil continuaría con el suyo propio.

⁷⁴ Es más, de la propia exposición del Informe se percibe claramente la querencia del Ponente por la hipótesis en que el cambio de residencia fáctica provoca un cambio inmediato jurídico de la residencia habitual, citando a título de ejemplo el desmembramiento de una familia. LAGARDE, P., *Informe...*, *op. cit.*, p. 10, núm. 41.

VII. LA MATERIALIZACIÓN DE LA LITISPENDENCIA INTERNACIONAL EN INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

30. La regla general de solución de los conflictos de competencia prevista en el artículo 19.2 del Reglamento y en el precepto 13.1 del Convenio LH 1996 queda formulada en términos próximos a la litispendencia⁷⁵. Ciertamente las preocupaciones que laten tras el mecanismo de la litispendencia, que tienen que ver con la armonía internacional de soluciones, el deseo de evitar situaciones o resoluciones claudicantes, la eficacia uniforme de las decisiones en el ámbito de aplicación institucional y convencional territorial, se muestran ajenas, —al menos en un primer tiempo inmediato, directo e instantáneo—, con el principio sustantivo o material informador de la materia de la responsabilidad parental relativo al interés superior del menor. La propia solución general acogida por el legislador institucional y convencional, la regla «prior tempore potior iure», se erige en el mayor exponente de esta deriva ajena al fenómeno de la materialización.

Con todo es menester reconocer que la regla del *prior tempore*, mostrándose ajena a la materia de la responsabilidad parental, opera sobre la base de unos foros y de unos criterios de atribución que sí aparecen informados, con carácter general, por los principios y dogmas de la materia en cuestión. Únicamente espaciarían de esta *vis atractiva* sustantiva o material las circunstancias concretas particulares del caso en cuestión. Ésta es la razón por la que, para poder englobarlas dentro del problema de la determinación de la competencia internacional de autoridades, el legislador convencional prevé, en el artículo 13.2, una suerte de diálogo o de comunicación cuya clara fuente de inspiración es el *mecanismo* y los *finés* de la transferencia de competencia de los artículos 8 y 9 del Convenio LH 1996. El objetivo evidente del artículo 13.2, dentro de la materia de la litispendencia, es la «completación del círculo» por lo que al valor jurídico del interés superior del menor se refiere⁷⁶.

Ahora bien, no disponiendo el sistema de competencia del Reglamento de esa «consumación del razonamiento», la protección del valor jurídico sustantivo o material, en el marco de la litispendencia, habrá de quedar relegado a la propia construcción de los foros de competencia que, empero, no podrá jugar ningún papel en la dinámica concurrencial inherente a la litispendencia ni en las circunstancias del caso práctico en cuestión, mucho más complejo al reunir en su seno dos dimensiones de competencia internacional de autoridades.

Frente a esa complejidad, la excesiva sencillez de la regla del *prior tempore* del artículo 19.2 lleva consigo la necesidad de prescindir de valiosos elementos como el del interés superior del menor en la fase concurrencial de la litispendencia. Por eso el Reglamento fomenta en mucha mayor medida que el Convenio LH 1996 la carrera hacia los Tribunales lo que no siempre redundará en beneficio del interés superior del menor.

A imagen y semejanza con el mecanismo de la transferencia de competencia de los artículos 8 y 9 del Convenio LH 1996, por cuanto que aquí existe una única competencia internacional que es menester ubicar en sede de la autoridad más idónea y apropiada para ello habida cuenta del interés superior del menor, el supuesto concurrencial de competencias del artículo 13, como las diferentes letras o posibilidades del

⁷⁵ Ibídem, p. 19, núm. 79.

⁷⁶ Un autre moyen de mettre fin au conflit de compétences consiste, pour l'autorité saisie la première, de transférer la compétence à l'autorité saisie la seconde. Elle le fera si elle estime que cette dernière est la mieux placée pour apprécier l'intérêt supérieur de l'enfant. Ibídem, p. 19, núm. 80.

artículo 8, no se debería observar como algo negativo sino como una hipótesis cualificada, aunque ciertamente más compleja, de satisfacción del interés superior del menor. Ahora bien, sólo el Convenio LH 1996 con su artículo 13.2 completa todo el recorrido; ello contrasta con los riesgos evidentes de quedarse a mitad del camino como hace el legislador institucional del Reglamento en el artículo 19.2, obviamente desde la óptica de aproximación de la materialización del DIPrivado. Y aunque la rigidez de esta regla se suaviza merced al contenido del apartado 3 *in fine*, donde cabe advertir una flexibilidad y una suavización en el contenido sustantivo o material de las acciones afectadas por el mecanismo de la litispendencia, no ocurre lo mismo en lo que atañe al aspecto procedimental de la regla de la prioridad temporal y la problemática que resulta su confrontación con el valor jurídico superior del interés del menor.

Así pues, a diferencia del artículo 13.2 (y la influencia *indirecta* que sobre el mismo pueda efectuar los principios y funciones de los mecanismos de transferencia de competencia de los arts. 8 y 9) del Convenio LH 1996, la penetración del interés superior del niño en los artículos 19.2 y 19.3 del Reglamento no es total. Lo que resulta criticable habida cuenta simplemente de los principios informadores de la materia de la responsabilidad parental. Efectivamente, desde la óptica de la satisfacción de los principios informadores de la materia de la responsabilidad parental, se equivoca el legislador en el artículo 19.3 *in fine* del Reglamento porque aquí no hay un problema de fondo sino de forma, no se trata de un problema de contenido sino de procedimiento que tiene por objeto la determinación del foro dotado de competencia internacional de autoridades que más satisface el interés superior del menor. Distinción que el legislador institucional no percibe y, por ende, no resuelve en el caso de que confrontemos su construcción con un ámbito materialmente orientado como es el caso, que aquí nos ocupa, de la responsabilidad parental.

31. Finalmente, para salvar, con carácter general, la materialización de la que hace gala el Reglamento y, con carácter particular, el interés superior del menor que brilla por su ausencia en el mecanismo *clásico y tradicional* de la litispendencia de su artículo 19.2, cabe proponer una interpretación muy laxa y flexible consistente en que, en el diálogo entre órganos judiciales, que organiza el citado precepto, no se limiten las «premisas de fiscalización» o las «pautas de subordinación» al cumplimiento formal de los foros de competencia sino que se profundice en el análisis enriqueciéndolo con el examen del cumplimiento sustantivo o material del principio informador del interés superior del menor. Dicha interpretación serviría indudablemente para tender lazos y puentes de unión, en este particular, con el Convenio LH 1996 y su notable artículo 13.2. Precepto que, junto con el criterio de atribución de la residencia habitual del menor, se erige en un verdadero icono de la tutela del interés superior del menor en sede del conflicto de jurisdicciones.

VIII. CONCLUSIONES

32. El examen que se ha llevado a cabo nos muestra que las afirmaciones contenidas en el Considerando 12 del Reglamento deben ser matizadas, en el sentido siguiente:

1.º El interés del menor, ciertamente, está presente en el foro del artículo 8.1.º del Reglamento.

2.º No ocurre otro tanto o, si se quiere, la intensidad de este criterio es más reducida en los foros de transferencia de competencia del artículo 15 del Reglamento en razón de la intromisión de factores exógenos al interés superior del menor impulsados por el principio de seguridad jurídica, en general, y de previsibilidad del juez natural de la persona, en particular (art. 15.3).

3.º De cara a una eventual revisión del Reglamento, sería conveniente modificar algunas de las soluciones adoptadas. En concreto, el criterio del interés superior del menor debería desplegar una mayor intensidad en sede de la competencia extendida o ampliada de la crisis matrimonial en materia de responsabilidad parental [art. 12.1.a)], exigiendo que alguna manifestación de esta última se verifique en la práctica en el territorio de la jurisdicción conocedora de la compleja controversia. La tarea del legislador institucional será la de evitar solapamientos y, por ello, ineficiencias, con el foro de la residencia habitual del menor habida cuenta de sus repercusiones en sede del Derecho de familia sustantivo o material. Además del derecho clásico y tradicional de visita y de vigilancia, la moderna tendencia de Derecho comparado relativa a la custodia compartida irá, sin duda, en auxilio del legislador al acometer la referida empresa.

Precisamente ese riesgo de ineficiencia por duplicidad acontece, a fin de cuentas, entre el artículo 12.3 y el artículo 15 siendo este último el que goza de una superior elaboración y calidad técnica, lo que se pone de manifiesto en la mayor intensidad con que el valor jurídico del interés superior del menor informa al foro del artículo 15, en contraposición a la debilidad fáctica a la que se encuentra expuesto en el artículo 12.3. Sin lugar a dudas la solución drástica de la supresión se impone respecto al precepto 12.3.

Por otro lado la solución referida debería también aplicarse al foro del artículo 9.1.º en razón de su contaminación por intereses y motivaciones políticas de potenciación del derecho de visita y todo lo que lleva aparejado, como una cierta petrificación del foro emisor de la resolución judicial que fija su régimen jurídico-práctico *in casu*, por desatender el paradigma del interés superior del menor. Con un alcance más general, debería precisarse por el legislador institucional, mediante una directriz sustantiva o material, que, a los solos efectos de la determinación de la competencia internacional de autoridades, en los supuestos de cambio de residencia habitual del menor de un Estado miembro a otro la adquisición de la nueva residencia habitual deviene inmediata, como una manifestación más, en este caso colateral, del dogma del interés superior del menor tendente a combatir cualquier forma de *perpetuatio fori* en materia de responsabilidad parental.

Finalmente, en el campo de la litispendencia internacional, el legislador institucional debería atemperar la acción de la regla clásica y tradicional *prior tempore potior iure* (art. 19.2) introduciendo muy superiores cotas de materialización, más allá de la que se deriva de la articulación de los propios foros en materia de responsabilidad parental, a través de la flexibilidad observada por el legislador convencional del Convenio LH 1996 en su artículo 13.2.