

CRISIS MATRIMONIALES INTERNACIONALES Y LA DISPERSIÓN DEL PLEITO

por

Javier Carrascosa González

PROFESOR TITULAR DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Universidad de Murcia

SUMARIO: I. El contexto legal o las "arenas movedizas". II. "Casos nacionales": la unidad del pleito relativo a las crisis matrimoniales. III. Casos internacionales: ¿"unidad del pleito" o "dispersión del pleito" relativo a las crisis matrimoniales? 1. Competencia judicial internacional. A) "Dispersión jurisdiccional" del pleito. a) El Reglamento 1346/2000 y la *Vis Attractiva Divortii*; b) El Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 octubre 1961. B) Construcción de un sistema de "unidad jurisdiccional" del pleito. 2. Ley aplicable. A) Fragmentación de la Ley aplicable. B) Construcción de un sistema de "unidad legal del pleito". IV. Conclusiones.

I. El contexto legal o las "arenas movedizas".

1. En el momento de redactar estas modestas líneas, octubre de 2003, el tema que es aquí objeto de estudio aparece regulado por una disciplina jurídica *muy inestable*.

2. Por eso es preciso dejar claro que, en el momento presente, octubre 2003, están en vigor en el ordenamiento jurídico español las siguientes normas jurídicas relevantes para el presente estudio: 1º) El Reglamento comunitario 1347/2000 de 29 mayo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, en su versión originaria (*DOCE* núm. L 160, de 30 junio 2000). Aunque una "versión nueva del Reglamento" amenaza con hacerse realidad, al día presente, no es más que una "propuesta de Reglamento" que arrastra ya un considerable retraso y cuya fecha de aprobación y entrada en vigor es hoy un misterio; 2º) El convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en cuestión de protección de menores (BOE núm.199 de 20 agosto 1987¹). La Conferencia de La Haya de

¹ Vid. sobre este convenio, *inter alia*, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "La tutela y demás instituciones de protección del menor en DIPr.", *BIMJ*, 1996, núm. 1766, pp. 7-30; R. ALLINGER, *Das Haager Minderjährigenschutzabkommen. Probleme, Tendenzen und Perspektiven*, 1988; R. ARENAS GARCÍA, "Dimensión internacional de la tutela por ministerio de la Ley", *RJC*, núm.3, 1998, pp. 349-385; I. BARRIÈRE-BROUSE, "L'enfant et les conventions internationales", *JDI Clunet*, 1996, pp. 843-888. J.M. BAUDOIN, "La protection du mineur étranger par le juge des enfants", *RCDIP*, 1994, pp. 483-503; ST. BOELCK, *Reformüberlegungen zum Haager Minderjährigenschutzabkommen von 1961*, Tübingen, 1994; G.A.L. DROZ, "La protection des mineurs en Droit international privé depuis l'entrée en vigueur de la convention de La Haye du 5 octobre 1961", *JDI Clunet*, 1973, vol.100, pp. 603-643; A. DURÁN AYAGO, "Comentario al Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre protección de menores", en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Legislación de DIPr. comentada y con jurisprudencia*, Ed.Colex, Madrid, 2002; G. ESTEBAN DE LA ROSA, *El acogimiento internacional de menores. Régimen jurídico*, Granada, Ed.Comares, 2000; J. KROPHOLLER, "Gedanken zur Reform des Haager Minderjährigenschutzabkommnes", *RabelsZ.*, 1994, pp. 1-19; ID., *Das Haager Abkommen über den Schutz Minderjähriger*, 2ª ed., Bielefeld, 1977; ID., "Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das

Derecho internacional privado ha elaborado un nuevo Convenio que deberá sustituir al antes citado Convenio de 5 octubre 1961. Se trata del "Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores"². Aunque la Comunidad Europea ha recomendado a los Estados comunitarios que firmen y se adhieran al Convenio de 1996 "en interés de la Comunidad Europea", al día de hoy, octubre 2003, el citado Convenio de 19 octubre 1996 no está en vigor para España, pero puede estar lo en un futuro no lejano; 3º) El art. 107.2 del Código Civil en su redacción dada por la Ley orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros (BOE núm. 234 de 30 septiembre 2003); 4º) El Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 12 de 16 enero 2001 y corrección de errores que afecta al art. 34.2 del Reglamento en su versión española en DOCE L 176 de 5 julio 2002).

II. "Casos nacionales": la unidad del pleito relativo a las crisis matrimoniales.

3. En los *casos internos o nacionales* de "crisis matrimoniales" de los padres, es regla admitida generalmente que el juez que acuerda el divorcio, la nulidad o la separación matrimonial, es también competente para acordar *otros efectos indirectos* derivados de la "crisis matrimonial". De este modo, en la *misma sentencia*, el *mismo juez* decide las siguientes cuestiones: a) La disolución o relajación del vínculo matrimonial; b) Las medidas de protección de los hijos comunes; c) Los alimentos debidos a los hijos; d) La pensión compensatoria debida,

anzuwende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5.10.1961", en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR. Kindschaftsrechtliche Übereinkommen; Art 19 EGBGB*, 13ª revisión, Berlin, 1994, pp. 7-215; F. LEBORGNE, "Les règles de compétence des autorités dans la Convention de La Haye de 1961 sur la protection des mineurs et leur application dans la jurisprudence française", *Rev. Jur. Ouest*, 1997, pp. 10 ss.; Y. LEQUETTE, "Le Droit international privé de la famille à l'épreuve des Conventions internationales", *RCADI*, 1994-II, pp. 51-99; ID., *Protection familiale et protection étatique des incapables*, París, 1976; M. MOYA ESCUDERO, "Retirada por España de la reserva prevista en el art. 15 del Convenio X de La Haya de 5 octubre 1961", *RGD*, 1995, pp. 9675-9703; H. OBERLOSKAMP, *Haager Minderjährigenschutzabkommen. Erläuterungen für die Praxis*, Köln, 1983; H. ROTH, "Ausländische Rechtshängigkeit und perpetuatio fori im Umfeld des Haager Minderjährigenschutzabkommens", *IPrax*, 1994, pp. 19 y ss.; M.W. VON STEIGER, "La protection des mineurs en droit international privé", *RCADI*, 1964-II, pp. 469-525; ID., "Rapport explicatif", *Actes et Documents de la Neuvième Session. Tome IV. Protection des mineurs*, 1960, pp. 219 ss.; L. TOPOR, *Les conflits de lois en matière de puissance parentale*, París, 1971; M. VERWILGHEN, "Conflits de lois relatifs a la protection de la personne des mineurs", *Rev. trim. droit de la famille*, 1980, pp. 5-49; ID., *La protection de la personne des mineurs dans les relations internationales*, Louvain, 1978; M. VERWILGHEN / H. VAN HOUTTE, "Conflits d'autorités et de Jurisdictions relatifs a la protection de la personne du mineur", *Rev. belge de droit international*, 1980, pp. 240-260; A.E. V. OVERBECK, "La reconnaissance des rapports d'autorité ex lege selon la Convention de La Haye sur la protection des mineurs", *Festgabe für Henri Deschenaux*, Friburgo, 1977, pp. 447-467; U. WANNER-LAUFER, *Inhalt und Bedeutung von Art 3 Haager Minderjährigenschutzabkommen*, Frankfurt am Main, 1992.

² Vid. sobre este convenio, *inter alia*, S. GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional de autoridades*, Colex, 2003; A. BONOMI, "La convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori: un riesame dopo la ratifica italiana e l'avvio dei lavori di revisione", *RDIPP*, 1995, pp. 607-656; A. DURÁN AYAGO, "La protección de menores en la era de la globalización: del conflicto de Leyes a las técnicas de flexibilización", en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 213-236; P. LAGARDE, "La nouvelle convention de La Haye sur la protection des mineurs", *RCDIP*, 1997, pp. 217-238; P. PICONE, "La nuova convenzione dell'Aja 19.X.1996 sulla protezione dei minori", *RDIPP*, 1996, pp. 705-748.

en su caso, a un cónyuge; e) El uso y disfrute de la vivienda familiar; f) La disolución del régimen económico matrimonial. Es el llamado "sistema de acumulación de competencias".

4. El "sistema de acumulación de competencias" es el recogido en el importantísimo art. 91 Cc. español, un precepto "mitad sustantivo", "mitad procesal". Este precepto debe ponerse en relación con el art. 89 Cc. (= precepto que indica que la sentencia de divorcio produce un *efecto nuclear*: la disolución del vínculo matrimonial), y con el art. 97 Cc. (= artículo que señala que el juez debe fijar, en la resolución de divorcio, separación o nulidad, *en su caso*, la "pensión compensatoria" que recoge el citado art. 97 Cc.). En definitiva, el "juez del divorcio" decide sobre el "núcleo del divorcio" (= la *disolución* del vínculo matrimonial) y sobre una serie de "efectos colaterales" o "efectos indirectos" del mismo, y todo ello, *en la misma sentencia*³. En el "sistema de acumulación de competencias" acogido por el Código Civil español, el juez decide sobre tales cuestiones en defecto de pacto entre los cónyuges, o cuando dicho pacto no se haya redactado con arreglo a la Ley, lo cual ha de ser apreciado, de nuevo, por el mismo juez. Sólo dos precisiones más son necesarias: a) Habrá cuestiones sobre las que el juez no deba pronunciarse en casos concretos, como por ejemplo, las medidas en relación con los hijos cuando no existen hijos comunes, o la disolución del régimen económico matrimonial cuando el régimen económico matrimonial de los cónyuges es el de separación de bienes, o la pensión compensatoria post-divorcio, si ningún cónyuge la solicita (STS 2 diciembre 1987); b) Aunque se trata de una cuestión doctrinalmente discutida, parece sostenible afirmar que en los extremos contemplados por el art. 91 Cc., no opera el *principio de justicia rogada* o *principio dispositivo*, principio inspirador por excelencia del proceso civil, ni tampoco opera, en su "forma pura", el *principio de congruencia*. De este modo, el juez *debe* pronunciarse sobre los extremos contemplados por el art. 91 Cc. cuando no exista pacto entre los cónyuges, cuando este pacto sea nulo, o incluso cuando el pacto contenga disposiciones perjudiciales para una de las partes y sobre todo, para los hijos, lo que, como se ha dicho, apreciará el juez que conoce del divorcio o "crisis matrimonial" en general. Queda fuera de esta afirmación la cuestión de la "pensión compensatoria", que está férreamente sujeta al *principio de Justicia rogada* o *principio dispositivo*: si la mencionada pensión no se solicita, no entrará en el debate procesal (STS 2 diciembre 1987). El juez no puede acordarla de oficio.

5. El "sistema de acumulación de competencias" en los "casos nacionales" de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, tiene una poderosa razón de ser. Encuentra su justificación en el "principio de eficiencia". Ello se demuestra con diversos argumentos: a) Ahorra "costes procesales a las partes" (= un solo pleito es necesario para resolver todos los aspectos de la crisis matrimonial); b) Ahorra "costes procesales al juez competente" (= el sistema permite al juez conocer de todos los aspectos de la crisis matrimonial, de modo que *un solo juez* procede a una "apreciación conjunta" de las circunstancias de la crisis matrimonial); c) Ahorra "costes de relación" (= el sistema proporciona una *solución global* a la crisis matrimonial, una solución que tiene presentes *todos los elementos de la crisis* y los *efectos* que produce en todos los órdenes). Parece pues, un sistema sensato y bien fundado, que evita la "peregrinación de los cónyuges por distintos tribunales". Así, si un cónyuge habita en Madrid y el otro cónyuge habita en Zaragoza y los hijos habitan con los abuelos maternos en Granada, un solo juez será competente para conocer del divorcio, separación matrimonial, nulidad del

³ E. ROCA TRÍAS, "Art. 91 Cc.", en AA.VV., *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 386-388; S. CAVANILLAS MÚGICA, "Art. 91 Cc.", en *Jurisprudencia civil comentada. Código Civil*, (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, pp. 596-597; M.J. MARÍN LÓPEZ, "Art. 91 Cc.", en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coordinador), *Comentarios al Código Civil*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2001, pp. 197-198.

matrimonio, y de todos los "efectos colaterales" a la relajación o disolución del vínculo matrimonial contemplados en los arts. 91 y 97 Cc.

III. Casos internacionales: ¿"unidad del pleito" o "dispersión del pleito" relativo a las crisis matrimoniales?

6. Pero en presencia de casos internacionales de crisis matrimoniales, la pregunta surge espontánea: ¿se sigue el *sistema de acumulación de competencias* que rige en Derecho Civil español, en los *casos internacionales* regulados por el Derecho internacional privado (DIPr.)?

7. La respuesta que se ofrezca a la cuestión debe tener en cuenta dos aspectos específicos del DIPr.: 1º) La "acumulación de competencia judicial internacional": ¿son competentes los tribunales de *un solo Estado* para decidir del divorcio y de las "cuestiones colaterales" que éste plantea, o hay tantos tribunales estatales competentes como "cuestiones" se derivan del divorcio internacional?; 2º) La "acumulación legislativa": ¿es aplicable *una sola Ley estatal* para decidir del divorcio y de las cuestiones colaterales que éste plantea, o cada cuestión se rige por su "propia Ley"?

1. Competencia judicial internacional.

8. En el plano de la competencia judicial internacional, la respuesta al primer interrogante es clara. En línea de principio, "cada cuestión" de las referidas es *jurisdiccionalmente independiente*. Por tanto, los tribunales de un Estado serán competentes para decidir sobre "cada cuestión" en función de *normas diferentes* de competencia judicial internacional. O en otras palabras: en los *casos internacionales*, el DIPr. sigue, a diferencia de los *casos internos*, un sistema de *dispersión jurisdiccional del pleito*.

9. El sistema de *dispersión jurisdiccional del pleito* que se sigue en DIPr. ha sido justificado alegando diversos motivos.

10. 1º) El *principio de proximidad*. Los "litigios internacionales" presentan elementos, por definición, dispersos en varios Estados o "conectados con varios países". Pues bien: se trata de hacer competentes a los jueces estatales del *país más próximo* a la "cuestión concreta". Ello facilita el acceso a la jurisdicción por los particulares implicados, la previsibilidad de los tribunales competentes, la práctica de las pruebas y, quizás, de las notificaciones judiciales, así como la ejecución de la sentencia. Por ello, como los pleitos de divorcio internacional hacen surgir "cuestiones diferentes", cada una de estas cuestiones presenta sus "propias vinculaciones" con concretos Estados. De este modo, "cada cuestión" puede ser decidida por tribunales de *distintos Estados*.

11. 2º) El *principio de protección de la parte débil*. El DIPr. debe utilizar instrumentos legales diferentes con foros específicos para buscar la competencia del juez "más cercano" a la parte situada en posición de debilidad y merecedora de *foros de protección* por parte del DIPr.: demandante del divorcio, peticionario de la pensión compensatoria, hijo que reclama alimentos, etc. La presencia de una o varias "partes débiles" en los pleitos de divorcio internacional puede aconsejar la "dispersión jurisdiccional del pleito". De este modo, la "parte débil" de la relación jurídica puede litigar siguiendo el sistema del *Forum Actoris* (= litiga ante los tribunales del país donde posee su residencia habitual, domicilio o, incluso, nacionalidad, y no tiene que

"desplazarse" a un país extranjero para litigar ante los tribunales del Estado correspondiente al "domicilio del demandado").

12. Pero el *sistema de la dispersión jurisdiccional del pleito internacional* comporta *consecuencias muy negativas* que complican hasta el extremo las soluciones de DIPr.

13. 1º) Los particulares tienen que litigar ante tribunales de *países diferentes* buscando, con ello, que se falle sobre todos y cada uno de los efectos que derivan de la crisis matrimonial (= *multiplicación de los tribunales estatales competentes*). Ello dispara los "costes procesales para las partes" (= múltiples procesos en múltiples países).

14. 2º) Los jueces se ven obligados a aplicar innumerables normas de *competencia judicial internacional* para saber si disponen de tal competencia en relación con todos y cada uno de los efectos legales derivados de la crisis matrimonial internacional (= *multiplicación de las normas aplicables de competencia judicial internacional*). Ello complica hasta el extremo la labor judicial. Supone un elevado "coste procesal para los tribunales".

15. Ambas *consecuencias negativas* conducen, en opinión de P. MAYER, a un "resultado aberrante"⁴: se dañan los *derechos de los particulares* (= obligados a litigar en multitud de países), y se vulnera la *claridad normativa* (= el juez debe aplicar una pluralidad muy elevada de normas diferentes de competencia judicial internacional para saber si es competente para conocer del divorcio y de sus "efectos colaterales"). Por ello, buena parte de la doctrina ha indicado que el sistema de la "dispersión del pleito" en su vertiente de "competencia judicial internacional" es muy poco recomendable y sería necesario acabar con él.

16. Así las cosas, siguiendo el *sistema de la dispersión jurisdiccional del pleito internacional*, hay que precisar que para decidir la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, son aplicables las siguientes normas⁵.

17. 1º) Para decidir la competencia judicial internacional en lo relativo a la *disolución o relajación del vínculo matrimonial*, es aplicable el Reglamento 1347/2000, o en su defecto el art. 22.3 LOPJ (foros en materia matrimonial).

18. 2º) Para decidir la competencia judicial internacional en lo relativo a las *medidas de protección de los hijos comunes* (= como la "guarda y custodia" y el "derecho de visita" de los hijos menores), es aplicable, en su caso, la norma específica contenida en el citado Reglamento 1347/2000; en su defecto, lo será el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en cuestión de protección de menores, y en defecto de este convenio, será aplicable el art. 22.3 LOPJ (foros en materia de medidas de protección de menores).

19. 3º) Para decidir acerca de la competencia judicial internacional en lo relativo a los *alimentos debidos a los hijos*, es aplicable el Reglamento 44/2001; en defecto de este

⁴ P. MAYER, *Droit international privé*, París, Montchrestien, 5ª ed., 1994, pp. 404-405, núm. marginal 622.

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho de Familia Internacional*, Ed.Colex, Madrid, 2003, pp. 145-196 y pp. 318-327; ID., *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Ed.Comares, 4ª ed., 2003, pp. 281-287 y 129-159.

instrumento, debe observarse el art. 22 LOPJ (foros en materia de alimentos).

20. 4º) Para decidir la competencia judicial internacional en lo relativo a la *pensión compensatoria* debida, en su caso, a un cónyuge, visto, -según el muy discutido criterio sostenido por el TJCE⁶-, su *carácter alimenticio*, es aplicable el Reglamento 44/2001; en su defecto, será aplicable el art. 22 LOPJ (foros en materia de alimentos).

21. 5º) Para decidir la competencia judicial internacional en lo relativo al *uso y disfrute de la vivienda familiar*, es aplicable el art. 22 LOPJ (foros en materia matrimonial).

22. 6º) Para decidir la competencia judicial internacional en lo relativo a la *disolución del régimen económico matrimonial*, es aplicable el art. 22 LOPJ (foros en materia matrimonial).

23. Este sistema de "dispersión jurisdiccional del pleito de divorcio internacional" es consecuencia de un dato preciso: el ámbito de aplicación material del Reglamento 1347/2000 es muy reducido, lo que servido en bandeja de plata críticas aceradas por parte de buena parte de la doctrina hacia el citado Reglamento 1347/2000⁷. Así, el Reglamento 1347/2000 sólo fija la competencia judicial internacional de los Estados comunitarios que participan en dicho Reglamento en materia de "declaración de divorcio, separación judicial y nulidad del matrimonio", y también en materia de "responsabilidad parental sobre los *hijos comunes* de los cónyuges", pero sólo cuando esta cuestión se plantee con ocasión de las acciones en materia matrimonial -separación, divorcio o nulidad matrimonial-. Por tanto, se excluye del *ámbito material* del Reglamento 1347/2000 la cuestión de la competencia judicial internacional en relación con *cuestiones conexas* al divorcio, nulidad matrimonial o separación, tales como el *régimen económico matrimonial*, las *obligaciones de alimentos*, la *pensión compensatoria post-divorcio*, o la atribución del uso y disfrute de la vivienda habitual. Tanto los *Considerandos* del Reglamento 1347/2000 como el *Informe explicativo* al precedente convenio de 1998 indican que la competencia sólo cubre las cuestiones de divorcio, separación y nulidad matrimonial y la responsabilidad parental, quedando excluidas todas las demás cuestiones. La doctrina española ha intentado "extender" el ámbito material del Reglamento 1347/2000, porque su criterio

⁶ El Reglamento 44/2001 mantiene un concepto amplio y *autónomo* de "alimentos", independiente de lo que entienden por tal los Derechos de los Estados partes. Se consideran "alimentos", para el Reglamento, todas aquellas prestaciones que la Ley establece con el objetivo de paliar la necesidades económicas de ciertas personas y que se imponen sobre ciertos parientes que disponen de mayores recursos económicos. En tal concepto deben incluirse ciertas prestaciones compensatorias entre ex-cónyuges, como la *pensión compensatoria* prevista en el art. 97 Cc., aunque se decida en el marco de un proceso de divorcio, que está excluido del Convenio: STJCE 6 marzo 1980, *De Cavel II*, STJCE 27 febrero 1997, *Boogaard* y STS 21 julio 2000. La pensión post-divorcio que para la determinación de su cuantía toma en consideración las necesidades y los recursos de cada uno de los cónyuges, debe ser considerada una pensión de "alimentos". En esta línea se ha situado nuestro TS: debe ser considerada como "alimentos" toda pensión conyugal que presenta la finalidad de la *manutención del cónyuge* (STS 21 julio 2000).

⁷ B. ANCEL / H. MUIR-WATT, "La désunion européenne: le Règlement dit *Bruxelles II*", *RCDIP*, 2001, pp. 403-457; A. BORRÁS, "Informe Convenio 28 mayo 1998", DOCE C 221 de 16 julio 1998; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000", en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Madrid, Ed. Colex, 2001, pp. 213-239; F.F. GARAU SOBRINO, "El reconocimiento en España de las resoluciones judiciales extranjeras en materia matrimonial", en *Puntos capitales de Derecho de familia en su dimensión internacional*, Madrid, 1999, 297 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, "Le Règlement n.1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000", *JDI Clunet*, 2001, pp. 381-430; P. MC.ELEAVY, "The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into Family Law", *ICLQ*, vol.51, oct. 2002, pp. 883-908; M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, "Procesos civiles de divorcio en la UE: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema", en AA.VV., *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 241-293.

restrictivo "multiplica" las normas de competencia judicial internacional que debe aplicar el juez que conoce del divorcio o crisis matrimonial (P. ABARCA JUNCO / M. GÓMEZ JENE⁸). Pero esta misma doctrina reconoce que la *ratio* del Reglamento 1347/2000 impide dicha "extensión material". El Reglamento 1347/2000 regula sólo la competencia judicial internacional relativa a la declaración de divorcio, nulidad matrimonial y la separación judicial, pero, por desgracia, nada más.

B) Construcción de un sistema de "acumulación de competencias".

24. Como se ha visto, existe un "enfrentamiento de argumentos" entre el sistema de la "acumulación de competencias" y el sistema de la "dispersión judicial del pleito" en el contexto del DIPr. Dicho enfrentamiento debe resolverse con una conclusión clara: el sistema existente *de lege lata* (= la "dispersión judicial del pleito") comporta más efectos *negativos* que *positivos*.

25. Ésta es la razón por la que diversos instrumentos normativos tratan de paliar, en cierta medida, las consecuencias negativas del "sistema de la dispersión judicial del pleito". Si este sistema funcionara bien, tales medidas tendentes a la "acumulación de competencias" no tendrían razón de ser.

a) El Reglamento 1346/2000 y la *Vis Attractiva Divortii*.

26. En efecto, para evitar esta *dispersión jurisdiccional del pleito internacional* en lo que se refiere a los mecanismos de protección de los menores, el Reglamento 1347/2000 de 29 mayo 2000 trata de reconstruir, en cierta medida, un nuevo *sistema de acumulación de competencias* en el pleito internacional derivado de una crisis matrimonial. Esta corrección del sistema de la *dispersión jurisdiccional del pleito internacional* de divorcio se basa en la conocida como *Vis Attractiva Divortii*. Sobre este sistema de "acumulación (relativa) de competencias", varios datos son relevantes.

27. 1º) En lo referente a la *competencia judicial internacional* relativa a las *medidas de protección de los menores* a adoptar en el proceso de crisis matrimonial, las normas del Reglamento 1347/2000 sustituyen a las normas del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (art. 37 R.1347/2000).

28. 2º) La regla básica de "acumulación de competencias" es la siguiente (art. 3.1 y 2 R.1347/2000): los tribunales o autoridades de un Estado miembro del Reglamento que, conforme al art. 2 R.1347/2000 sean competentes para conocer del divorcio, separación judicial o nulidad del matrimonio, *serán también competentes* para decidir sobre la *responsabilidad parental* de los hijos comunes de los cónyuges siempre que concurra cualquiera de estas dos circunstancias (E. RODRÍGUEZ PINEAU⁹): a) Que el hijo común *resida habitualmente* en dicho

⁸ P. ABARCA JUNCO / M. GÓMEZ JENE, "Medidas cautelares y provisionales en materia matrimonial: cuestiones de competencia judicial internacional", *Anales Fac. Derecho UNED*, nov. 2001, pp. 15-132.

⁹ E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Algunas reflexiones sobre las reglas de cji en materia de responsabilidad parental", en *La Unión Europea ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, BOE, Univ.Cantabria, AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 253-258.

Estado miembro; b) Incluso en el caso de que el hijo común no resida habitualmente en el Estado de las autoridades que conocen de la crisis matrimonial, siempre que el hijo común resida habitualmente en *otro de los Estados miembros* del Reglamento y que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el hijo y que la competencia de las autoridades haya sido aceptada por los cónyuges y sea conforme con el interés superior del hijo. La exigencia de estos "requisitos adicionales" (= "que al menos uno de los cónyuges ejerza la responsabilidad parental sobre el hijo y que la competencia de las autoridades haya sido aceptada por los cónyuges y sea conforme con el interés superior del hijo"), no tiene ningún sentido. En efecto: la "acumulación de competencias" debería proceder en todo caso siempre que el menor resida en un *Estado miembro* del Reglamento 1347/2000, pues la sentencia que se dicte será plenamente efectiva en dicho país, salvo casos muy excepcionales. Un ejemplo ayudará a ver cómo opera esta "acumulación de competencias": un matrimonio formado por marido español con residencia habitual en España y esposa francesa con residencia habitual en Francia, se divorcian ante juez francés. El hijo común reside en Francia con la madre. El juez francés es competente para declarar el divorcio y también para decidir sobre la "autoridad parental" del hijo común, pues éste reside en Francia. Así lo establece el Reglamento 1347/2000; el convenio de La Haya 5 octubre 1961 no es aplicable a la cuestión, evitándose la *dispersión del pleito* pero sólo en lo que se refiere a la cuestión de las "medidas relativas a los hijos comunes".

29. 3º) Hay que tener en cuenta que el Reglamento 1347/2000 sólo indica los casos en los que serán competentes para decidir sobre la crisis matrimonial y sobre las medidas de protección de los hijos comunes, las autoridades de un Estado miembro, pero no otorgan competencia a la misma *autoridad concreta*. El Reglamento 1347/2000 sólo indica, *ad ex.*, que si las autoridades francesas son competentes para conocer de un divorcio, en ciertos casos, también las autoridades francesas, -aunque pueden ser *diferentes* a las que conozcan del divorcio-, son competentes para acordar las medidas de protección de los hijos comunes. De este modo la *acumulación de competencias judiciales* a nivel internacional es solo *relativa*.

30. Pero debe decirse claramente que el sistema de *acumulación de competencias* que se contiene en el art. 3.1 y 2 R.1347/2000 presenta un escaso alcance por dos motivos.

31. *Primer motivo: sólo cubre algunos supuestos en relación con las "medidas relativas a los hijos comunes"*. Así, puede darse el siguiente caso: los tribunales de un Estado miembro en el Reglamento 1347/2000 pueden ser *competentes* para conocer de la disolución o relajación del vínculo matrimonial, pero *incompetentes* para conocer de los "mecanismos de protección" de los hijos comunes, todo ello *ex art. 3.1 y 2 R.1347/2000*. Por ejemplo, en el caso de que el hijo común resida habitualmente en un *Estado no miembro* del Reglamento 1347/2000 (= *ad ex.* cónyuge español con residencia habitual en España y cónyuge marroquí con residencia habitual en Marruecos, e hijos comunes con residencia habitual en Marruecos). En efecto: la competencia judicial internacional para decidir sobre la guarda y custodia y derecho de visita de los hijos con residencia habitual en Marruecos se rige por el art. 22.3 LOPJ. Visto que este precepto utiliza el foro de la *residencia habitual en España* del "menor", son incompetentes las autoridades españolas para decidir sobre la "guarda y custodia y derecho de visita" de los menores con residencia habitual en Marruecos. Habría, *teóricamente*, que litigar en Marruecos (= si las normas marroquíes de competencia judicial internacional así lo permiten). El recurso al art. 22.3 LOPJ, que utiliza el foro de la *residencia habitual en España* del menor, hace que aflore la *dispersión internacional del pleito*, pues habrá que litigar en otro país (= los tribunales españoles son, *de lege lata*, internacionalmente incompetentes). Por eso, buena parte de la doctrina ha indicado que siguiendo el aforismo *accessorium sequitur principale*, la "cuestión accesoria de la "medida de protección de los hijos" *debe seguir* a la "cuestión principal" de la

"crisis matrimonial". De ese modo, puede crearse un *foro de conexidad* que haga competentes a los tribunales que conocen de la crisis matrimonial también para acordar la "medida de protección" de los hijos comunes (Y. LEQUETTE). Pero esta solución, por muy deseable que sea *de lege ferenda*, no tiene apoyo *de lege lata*: sólo sería posible aceptarla si el *foro de conexidad* operase como un auténtico *foro de necesidad*, esto es, en los casos en los que resulta muy difícil o imposible litigar en el extranjero. Si los hijos tuvieran su residencia habitual en Turquía, país parte en el citado Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, pero Estado no miembro en el Reglamento 1347/2000, habría que litigar en Turquía. Nada se puede hacer para evitar este resultado. Es la *dispersión internacional del pleito*.

32. Segundo motivo: la posible y eventual acumulación de competencias sólo opera en relación a las "medidas relativas a los hijos comunes" y no en relación a otras cuestiones derivadas del divorcio internacional. En efecto: el Reglamento 1347/2000 ignora paladinamente la posible reconstrucción de un sistema de acumulación de competencias en relación con cuestiones como la pensión compensatoria, los alimentos para los hijos, el uso y disfrute de la vivienda habitual, la disolución del régimen económico matrimonial.....Como si no existieran.

33. El sistema de *acumulación parcial* de competencias que afecta a las "medidas relativas a los hijos comunes", como se ha visto antes, tiene una sola *razón de ser*: la existencia de tribunales de *otro país* ante los que se debe litigar sobre la cuestión de los "mecanismos de protección" de los hijos comunes por razón de su *proximidad al litigio*. El pleito "se distribuye" entre varios tribunales de distintos países porque ello se considera *justo*: son los tribunales del país más próximo al litigio, los que están "en mejor situación" para conocer del asunto y se trata del país en el que, probablemente, se debe ejecutar la sentencia.

34. Pero esta *razón de ser* puede quebrarse en el caso de que el sujeto demandante no pueda ejercitar la acción relativa a los mecanismos de protección de los hijos ante los tribunales del Estado del que se trate y cuyos tribunales serían teóricamente competentes o bien le resulte muy gravoso ejercitar dicha acción. En tal caso, se puede abrir un "foro de necesidad" a favor de los tribunales que conocen de la disolución o relajación del vínculo matrimonial: éstos conocerían, basándose en la *tutela judicial efectiva* (art. 24 CE) y en el *interés del menor*, no sólo de tal disolución o relajación del vínculo, sino también de los mecanismos de protección del menor. Sólo habría que exigir una condición: que la sentencia que se dictara tuviera posibilidades de producir *efectos* de algún modo en el país de residencia habitual del menor. Un ejemplo puede ayudar a comprender la urgencia de abrir un foro de necesidad en casos de divorcio internacional y medidas de protección de los hijos comunes: una mujer marroquí presenta demanda de divorcio ante juez español contra su marido marroquí. La pareja, con residencia habitual en España, tiene dos hijos menores de edad: uno reside habitualmente en España con la madre, mientras que el otro reside en Marruecos con su abuela materna. El juez español es competente *ex art. 2 R.1347/2000* para conocer del divorcio y *ex art. 3 R.1347/2000* para conocer de la responsabilidad parental del hijo que reside en España. El DIPr. español parte de la idea de que para decidir sobre los mecanismos de protección del menor cuya residencia habitual está en Marruecos, los tribunales españoles no son los que están "mejor situados" y "presupone" que están "mejor situados" los tribunales marroquíes, -país de residencia habitual del menor-, para decidir de la cuestión. Pero resulta que la mujer no puede ejercitar dicha acción en Marruecos porque según la legislación marroquí ha cometido un delito al solicitar en España un divorcio civil, lo que la privaría de libertad en Marruecos. Exigir que litigue en Marruecos es ilusorio y vulnera la *tutela judicial efectiva* en el plano internacional. Por ello, se puede sostener que, sobre la base del art. 24 CE 1978, el juez español que conoce del divorcio debe conocer también de la cuestión de la responsabilidad parental del menor residente en Marruecos,

siempre que se pruebe que la sentencia española podrá desplegar efectos de algún tipo en Marruecos.

b) El Convenio sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, hecho en La Haya el 5 octubre 1961.

35. Este convenio, publicado en el BOE núm.199 de 20 agosto 1987 y BOE núm. 267 de 7 noviembre 1987 y en vigor para España desde el 21 julio 1987, también se hizo eco del problema e intentó construir un sistema de "acumulación *relativa* de competencias", de modo que el "juez del divorcio" pudiera también pronunciarse sobre la cuestión relativa a las medidas de protección de los hijos comunes del matrimonio divorciado.

36. Pero el modo en que dicho convenio abordó la cuestión fue torpe y poco efectivo. El art. 15.I del mismo indica que "todo Estado contratante podrá reservarse la competencia de sus autoridades llamadas a dirimir demandas de anulación, disolución o atenuación del vínculo conyugal entre el padre y la madre de un menor con el fin de adoptar medidas de protección de su persona o de sus bienes". Países como España y Francia tuvieron el acierto de efectuar una "reserva" en este sentido (= lo que potenciaba la "acumulación de competencias": *Vis Attractiva Divortii*), pero más tarde ambos países cometieron el error de retirar la reserva citada (= para España *vid.* BOE 15 septiembre 1995). Resultado: el sistema de "acumulación *relativa* de competencias" construido por este convenio quedó sin efecto, y resurgió, con todos sus problemas, el sistema de la "dispersión jurisdiccional del pleito".

37. El art. 9 del Convenio de La Haya de 19 octubre 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los menores, propone una salida más razonable al problema. Posibilita, dentro de ciertos límites (*vid.* arts. 8 y 9 de dicho Convenio), la "acumulación de competencias" mediante una idea de *Forum Conveniens*, de modo que el tribunal que conoce de la crisis matrimonial puede "reclamar" su competencia también sobre las medidas relativas a los menores, solicitando "a la autoridad competente del Estado contratante de la residencia habitual del niño, directamente o con la cooperación de la Autoridad Central de este Estado, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias", como ha subrayado E. RODRÍGUEZ PINEAU¹⁰.

2. Ley aplicable.

38. En cuanto a la Ley aplicable en los supuestos de crisis matrimoniales internacionales y "efectos" de la misma, se reproduce la *multiplicación de normas de DIPr.* y la *fragmentación de la Ley aplicable* (= *dispersión legal del pleito de divorcio internacional*). Esta es la situación *de lege lata*.

¹⁰ E. RODRÍGUEZ PINEAU, "Algunas reflexiones sobre las reglas de cji en materia de responsabilidad parental", en *La Unión Europea ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas de las XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional y Relaciones internacionales, BOE, Univ.Cantabria, AEPDIRI, Madrid, 2003, pp. 253-258, esp. p. 258.

A) Fragmentación de la Ley aplicable.

39. En efecto: para determinar la Ley aplicable a la crisis matrimonial y a los múltiples efectos que se derivan de la misma, resultan de aplicación una pléyade de normas de conflicto diferentes que pueden conducir a Leyes estatales diversas aplicables a concretas cuestiones derivadas del pleito de divorcio internacional.

40. 1º) Para fijar la Ley aplicable a la *disolución o relajación del vínculo matrimonial*, es aplicable el art. 107.2 Cc. La *Ley del divorcio* o *Ley de la separación judicial* rige las siguientes cuestiones: a) *Admisión* del divorcio o separación judicial (SAP Barcelona 18 junio 2002, SAP Girona 27 mayo 2002); b) Causas de separación y divorcio; c) Efectos que produce la interposición de la demanda; d) Efectos de la reconciliación sobre el procedimiento y/o el divorcio y posible conversión de la separación en divorcio; e) La elaboración de un convenio regulador en los procedimientos de divorcio o separación de mutuo acuerdo es una *exigencia procesal* (art. 777 LEC) y, por tanto, se rige por la Ley española (art. 3 LEC) y no por la *Lex Divortii*. No obstante, el *grado de autonomía material* y los aspectos que debe regular este *convenio regulador* del divorcio o separación entre las partes son cuestiones de fondo que se rigen por la Ley que regule, *ex art. 107.2 Cc.*, el divorcio o la separación. Si la *Lex Divortii / Lex Separationis* no prevé la existencia de convenio regulador, debe prevalecer la Ley que regula el divorcio o la separación y no existirá convenio regulador, pese a la exigencia del art. 777 LEC; f) Régimen del divorcio o de la separación en caso de desacuerdo (*régimen legal supletorio*); g) Si debe procederse o no a la disolución del régimen económico matrimonial. La *Lex Divortii* regula "si debe o no" procederse a dicha disolución, pero no regula "cómo" llevar a cabo tal disolución del régimen económico matrimonial: eso es misión de los arts. 9.2 y 9.3 Cc., que rigen los *efectos del matrimonio* (art. 9.2 y 3 Cc.): SAP Las Palmas 31 mayo 1993 y SAP Las Palmas 21 julio 2000; h) Los *alimentos* derivados del divorcio o separación y la *pensión compensatoria* por desequilibrio económico se regulan también por la Ley del divorcio (A. BUCHER). Ello es así porque el art. 8 del Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre Ley aplicable a las obligaciones de alimentos remite a la Ley reguladora del divorcio o separación para fijar tales cuestiones. Si la Ley reguladora del divorcio no prevé *pensión compensatoria*, - caso de Portugal-, no parece procedente estimar que dicha Ley sea contraria al orden público internacional español; i) Si procede o no la disolución del matrimonio en virtud de la *declaración de fallecimiento* de uno de los cónyuges. La declaración de fallecimiento de un cónyuge se rige por el art. 9.1 Cc.: Ley nacional del sujeto. Los efectos que esta declaración de fallecimiento produce sobre el matrimonio, -esto es, decidir si éste se disuelve o no por la existencia de la declaración de fallecimiento-, es una cuestión no regulada en nuestro DIPr. Por analogía, procede aplicar la Ley que regule el divorcio, como muy bien ha defendido P. BLANCO MORALES LIMONES. Esta solución se sigue en otros sistemas, como el DIPr. suizo (P. VOLKEN). Posteriormente, para fijar la Ley que regula la capacidad nupcial del cónyuge supérstite, se estará a la *Ley nacional* de cada sujeto (P.-Y. GAUTIER, P. TAVERNIER, P. COURBÉ¹¹), que regula las cuestiones de capacidad de las personas (art. 9.1 Cc.); j) La asignación del uso y disfrute de la vivienda familiar y del ajuar doméstico a uno de los ex-cónyuges o ex-convivientes se rige por la Ley del divorcio (W. VON MOHRENFELS). La cuestión no se regula por la Ley rectora del régimen económico matrimonial. Como se observa, el ámbito de aplicación de la *Lex Divortii* en DIPr. español es bastante amplio, aunque no cubre todos los efectos que se derivan de la declaración de divorcio o separación judicial.

¹¹ P. COURBE, "Le divorce international, premier bilan d'application de l'article 310 du Code civil", *TCFDIP*, 1988/1989, pp. 123-140.

41. 2º) Para fijar la Ley aplicable a los *alimentos debidos a los hijos*, es aplicable el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos, que opera con carácter *erga omnes*. Esto es: dicho Convenio se aplica sean cuales fueren la nacionalidad, residencia habitual, domicilio de las partes y otras circunstancias, y sea cual fuere la Ley aplicable a la cuestión (= sea o no la Ley de un Estado parte en dicho convenio).

42. 3º) Para fijar la Ley aplicable a la *pensión compensatoria* debida, en su caso, a un cónyuge, es aplicable el citado Convenio de La Haya de 2 octubre 1973, cuyo art. 8 remite a la Ley aplicada al divorcio *ex art. 107 Cc.*

43. 4º) Para fijar la Ley aplicable a las *medidas de protección de los hijos comunes*, -como la "guarda y custodia" y el "derecho de visita"-, no es aplicable el art. 107.2 Cc. (redacción de 2003) ni el Reglamento 1347/2000 (= que no se ocupa de problemas de "Ley aplicable"), sino el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre protección de menores, antes citado, en el casode queel supuesto entre en su ámbito de aplicación (= menores con residencia habitual en los Estados contratantes del convenio en cuestión).

44. Como se observa, se trata de un *sistema de fragmentación de la Ley aplicable* a los distintos *efectos* que surgen de la crisis matrimonial (= "dispersión legal" del pleito de divorcio internacional).

45. El *sistema de fragmentación de la Ley aplicable* al divorcio internacional obedece a la razón de que existen "intereses" de diversa naturaleza que están implicados en los pleitos de divorcio internacional. Por ello, el pleito debe "fragmentarse" en distintos aspectos, y la Ley aplicable debe fijarse de modo separado: cuestión por cuestión.

46. Ahora bien, el *sistema de fragmentación de la Ley aplicable* al divorcio internacional comporta dos consecuencias negativas: 1º) Para las partes, la necesidad de fundamentar sus pretensiones en multitud de Leyes aplicables y la necesidad de probarlas (art. 281.2 LEC); 2º) Para los tribunales, se multiplican las normas de conflicto a tener en cuenta y las Leyes estatales aplicables (= sistema de DIPr. excesivamente complicado). En definitiva, el sistema se demuestra "poco eficiente".

B) Construcción de un sistema de "unidad legal del pleito".

47. Para evitar tales consecuencias negativas, algunos instrumentos legales tratan de disminuir el número de "leyes aplicables" a los distintos aspectos que presenta el divorcio internacional. Realmente, en esta perspectiva, sólo se sitúa un instrumento legal: el Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. El art. 8 de dicho convenio, antes citado, hace que la "Ley del divorcio" determinada *ex art. 107.2 Cc.* regule, además de la procedencia o no de la disolución del vínculo, la cuestión de la *pensión compensatoria* post-divorcio, siempre que se considere que dicha pensión es subumible en el concepto de "alimentos" que maneja el art. 8 del convenio citado. Disminuye el "número de Leyes aplicables", lo que beneficia tanto a las partes como al tribunal. Aunque también presenta un *lado oscuro*: visto que el art. 107.2 Cc. no es una norma de conflicto materialmente orientada a la obtención de pensión compensatoria / alimentos por parte del cónyuge en posición económica más débil, este interés se ve desatendido en casos de divorcio.

48. Pero por otro lado, debe dejarse claro que, en relación al resto de cuestiones, -alimentos debidos a los hijos, mecanismos de protección de los hijos comunes, etc.-, la Ley que rige la crisis matrimonial *ex art. 107.2 Cc.* no es aplicable: resurge la *fragmentación de la Ley aplicable*.

49. En concreto, en lo que se refiere a los mecanismos de protección del menor, el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sigue estando en pleno vigor, siempre que el caso entre en su ámbito de aplicación. Ello crea serios desajustes. Varios casos pueden distinguirse.

50. 1º) Si nace *ex lege* una "relación de autoridad" según la *Ley nacional del menor*, dicha relación se tendrá por existente, a menos que Ley nacional del menor con arreglo a la cual nace dicha "relación de autoridad" sea contraria al orden público internacional español.

51. 2º) Si no nace *ex lege* una "relación de autoridad" según la *Ley nacional del menor*, habrá que adoptar una "medida de protección del menor". Hay que diferenciar varios supuestos.

52. a) Si el menor reside habitualmente en un Estado parte del convenio de La Haya de 1961 citado, cuyas autoridades son competentes para conocer de la crisis matrimonial con arreglo al Reglamento 1347/2000, será aplicable el art. 2 del convenio de La Haya de 5 octubre 1961 y la cuestión se regirá por la Ley interna de dicho país: *Ley interna del país de residencia habitual del menor*. En este caso, -menor que reside habitualmente en el Estado cuyas autoridades son competentes para conocer de la crisis matrimonial-, ya no cabe acudir al art. 4 del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961, que deviene *inaplicable* en favor del Reglamento 1347/2000: nunca serán competentes la autoridades del país del que es nacional el menor, por lo que la Ley nacional del menor nunca será aplicable. Así *ad ex.*, si se presenta demanda de divorcio por parte de esposa holandesa residente en Holanda contra su marido español residente en Madrid y el hijo común, de nacionalidad holandesa, reside en España, los jueces españoles son *competentes* para conocer del divorcio y de la autoridad parental del menor, pues éste reside en el país de las autoridades competentes para decidir del divorcio. En cuanto a la *Ley aplicable* a la responsabilidad parental, es aplicable el art. 2 convenio de La Haya de 5 octubre 1961: regirá la Ley interna española, que es la *Ley interna del país de residencia habitual del menor*. Las autoridades holandesas no son competentes para decidir sobre la responsabilidad parental y lógicamente nunca será aplicable la Ley holandesa (Ley nacional del menor).

53. b) Si el menor reside habitualmente en *otro Estado miembro* de Reglamento 1347/2000 diferente al Estado miembro cuyas autoridades son competentes para conocer de la crisis matrimonial, pero los tribunales de dicho Estado pueden conocer de la responsabilidad parental del hijo común pese a que éste no reside en dicho Estado miembro, aflora una *laguna legal*: ¿qué Ley será aplicable a las medidas de protección del menor? El Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 no ha previsto el caso, porque partía la *total dispersión* del pleito internacional. La solución pasa por integrar la *laguna* dentro del *círculo hermenéutico del convenio* citado y recurrir al "principio básico" del mismo: la regla *Lex Fori in Foro Proprio* que se deduce tanto del art. 2 como del art. 4 del Convenio de La Haya de 5 octubre 1961. La autoridad competente aplicará a la responsabilidad parental su propia *Ley interna*, que puede no coincidir ni con la Ley del país de la residencia habitual del menor ni con la Ley nacional del menor. Por ejemplo: en el caso de una mujer belga con residencia habitual en Bélgica que presenta demanda de divorcio ante juez español contra su marido japonés y residente habitualmente en España, ante juez español, y el hijo común, de nacionalidad belga, reside en Francia con sus abuelos, las autoridades españolas son competentes para conocer del divorcio y, si se dan ciertas circunstancias, también pueden conocer de la autoridad parental del hijo menor común, pues

éste reside habitualmente en un Estado miembro del Reglamento 1347/2000. ¿Cuál será la *Ley aplicable* a las "medidas de protección" del menor? El Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 es aplicable, aunque no ha previsto el supuesto de que autoridades de un país que no son ni las autoridades del país de residencia habitual del menor ni las autoridades del país del que es nacional el menor, sean competentes para acordar "medidas de protección del menor". Solución: recurrir al *principio básico* del Convenio de 5 octubre 1961 = *Lex Fori in Foro Proprio*. La autoridad española competente aplicará la *Ley interna española* para decidir sobre la responsabilidad parental. Como se aprecia, no coincide ni con la *Ley* del país de la residencia habitual del menor ni con la *Ley* nacional del menor.

54. c) Si el menor reside en un *Estado no miembro del Reglamento 1347/2000*, este Reglamento no otorgará competencia en materia de responsabilidad parental: resurge el problema de la *dispersión jurisdiccional del pleito internacional de divorcio*. La autoridad del Estado miembro del Reglamento 1347/2000 será competente para conocer de la crisis matrimonial según las normas del Reglamento 1347/2000. Para saber si el tribunal es competente para decidir sobre las medidas relativas a los hijos comunes, habrá que recurrir al Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 o al art. 22.3 LOPJ. Si el hijo común tiene su residencia en un Estado parte de dicho Convenio o en un tercer Estado, los tribunales españoles serán incompetentes y no se planteará el problema de la "Ley aplicable". Como siempre, cabe todavía complicar más la cuestión: si el hijo común reside en un tercer Estado y el tribunal español estima que, en virtud de un *foro de necesidad*, debe pronunciarse también sobre las medidas relativas al hijo menor, resurge el problema de la "Ley aplicable". La única solución posible es aplicar a las medidas de protección del hijo, el art. 9.4 Cc. (= Ley nacional del hijo), ya que el convenio de La Haya de 5 octubre 1961 citado, que también contiene normas de *Conflict-Of-Laws* al respecto, no sería aplicable a este caso. Véase un ejemplo: una mujer portuguesa con residencia habitual en Portugal presenta demanda de divorcio contra su marido portugués residente habitualmente en Madrid. Tienen un hijo común, de nacionalidad portuguesa, pero con residencia habitual en USA, donde está escolarizado. Las autoridades españolas son competentes para conocer del divorcio pero no de la responsabilidad parental del hijo con residencia habitual en USA, pues dicho sujeto reside en un Estado no participante en el Reglamento 1347/2000. Se produce la *dispersión jurisdiccional del pleito*. Como solución excepcional, en el caso de que litigar en USA fuera muy difícil o desproporcionado, cabría estimar que, en virtud de un *foro de necesidad*, son competentes para decidir de la responsabilidad parental los tribunales españoles, competentes para decidir de la cuestión principal, el divorcio. Aplicarán a la cuestión de la responsabilidad parental, la *Ley nacional del hijo*: art. 9.4 Cc.

IV. Conclusiones.

55. El problema del sistema de la "dispersión jurisdiccional del pleito de divorcio internacional" comporta fuertes costes. En una *sociedad globalizada* (= "grado máximo de internacionalización" de la vida de los particulares), este sistema resulta gravoso para los particulares y para los órganos jurisdiccionales. Una reducción o atenuación del sistema sería conveniente, sobre todo en ámbitos internacionales donde impera una "lógica de integración" (= caso de la Comunidad Europea).

56. El problema del sistema de la "dispersión legal del pleito de divorcio internacional" es menos grave. Si *un solo tribunal estatal* es competentes para conocer del divorcio internacional y de sus efectos colaterales, el hecho de que tenga que aplicar distintas normas de conflicto y,

posiblemente, distintas Leyes nacionales, complica la cuestión y eleva los costes procesales, pero no tanto como en el caso de tener que "peregrinar" por distintos países abriendo diferentes procesos relativos a las cuestiones derivadas del divorcio. De todos modos, una cierta atenuación del principio de la "dispersión legal del pleito de divorcio internacional", sería también conveniente en homenaje al principio de eficiencia.

57. En julio 2003 falleció el Profesor Dr. D. ANTONIO MARÍN LÓPEZ, catedrático de Derecho internacional público y de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada y Profesor Emérito de la Facultad de Derecho en dicha Universidad. D. ANTONIO MARÍN LÓPEZ fue un modelo de persona dedicada a la Universidad. Por todo lo aprendido de él durante diez años de convivencia en la Universidad de Granada, -que fue mucho y bueno-, estas modestas líneas relativas al "divorcio internacional" están dedicadas a su memoria.

* * * *