

DOBLE NACIONALIDAD Y *FORUM PATRIAE* EN DIVORCIOS INTERNACIONALES (NOTAS A LA STJUE DE 16 DE JULIO 2009, *HADADI*, AS. C-168/08)

PILAR MAESTRE CASAS

*Profesora titular de Derecho internacional privado
Universidad de Salamanca*

Recibido: 16.07.2010 / Aceptado: 27.07.2010

Resumen: Al TJCE se le plantea la cuestión de determinar la jurisdicción competente para conocer del divorcio de personas con doble nacionalidad común y si hay que tener en cuenta únicamente la nacionalidad del Estado con el que los cónyuges mantienen los vínculos más estrechos o si, por el contrario, deben tenerse en cuenta ambas nacionalidades otorgando la competencia a los tribunales de ambos Estados, a elección de los demandantes. La respuesta es que los criterios de competencia judicial internacional en acciones de nulidad, separación y divorcio son totalmente alternativos, sin ninguna jerarquía entre ellos. El *forum patriae* contenido en el artículo 3.1, letra b) del Reglamento 2201/2003 no permite hacer primar a la nacionalidad del foro, ni puede limitarse a la nacionalidad más efectiva. Por tanto, el demandante puede elegir, a su criterio, ante qué tribunales plantear su demanda.

Palabras clave: Competencia y reconocimiento de decisiones en materia matrimonial, disposiciones transitorias del Reglamento 2201/2003, doble nacionalidad común de Estados miembros.

Abstract: The Court then analyses the question of whether, in order to determine the court which has jurisdiction in respect of the divorce of persons having the same dual nationality, only the nationality of the Member State with which those persons have the closest links is to be taken into account, or whether, on the contrary, both nationalities are to be taken into account, so that the courts of those two Member States can have jurisdiction on that basis, at the choice of the persons concerned. The Court establishes that the grounds set out in matrimonial matters are alternatives, without any hierarchy between them. A person possessing dual nationality can choose between the courts of two Member States which are competent exclusively on grounds of nationality. This necessarily entails a right of choice on the part of the applicant.

Key words: Jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters, transitional provisions of Regulation 2201/2003, dual nationality of two Member States.

Sumario: I. Consideraciones generales. 1. Hechos. 2. Problemas planteados. II. Régimen de reconocimiento. 1. Convenio bilateral y régimen institucional. 2. Ámbito temporal y disposiciones transitorias del Reglamento 2201/2003. 3. Control de la competencia judicial internacional del juez de origen. III. Competencia judicial internacional para acciones de divorcio en el Derecho comunitario europeo. 1. Naturaleza y función de los foros contenidos en el Reglamento 2201/2003. 2. El foro de la nacionalidad común de los cónyuges y concurrencia entre nacionalidades de Estados miembros. IV. La doble nacionalidad en el espacio judicial europeo. 1. Rechazo de la preferencia de la nacionalidad del foro y de la nacionalidad efectiva. 2. Interpretación funcional del concepto "nacionalidad". V. Reflexiones finales.

I. Consideraciones generales

1. Hechos

1. El Sr. Hadadi y la Sra. Mesko, ambos de nacionalidad húngara, contrajeron matrimonio en el año 1979. Al año siguiente trasladaron su residencia a Francia, adquiriendo en 1985 la nacionalidad francesa por naturalización, y sin perder, ninguno de los dos cónyuges, la anterior nacionalidad húngara. Por tanto, ambos gozan de doble nacionalidad: húngara y francesa.

2. El 23 de febrero de 2002, el esposo, Sr. Hadadi, interpone una demanda de divorcio ante los tribunales de Pest (Hungria).

A su vez, la esposa, Sra Mesko (Hadadi, de casada), interpone una demanda de divorcio por culpa ante los tribunales de Meaux (Francia), el 19 de febrero de 2003, cuando ya sabía de la demanda interpuesta por el esposo en Hungria, pues tuvo conocimiento seis meses después.

El 4 de mayo de 2004 se pronuncia el divorcio, con carácter definitivo, por los tribunales húngaros. Queda probado que la esposa se personó en el procedimiento ante los tribunales húngaros.

3. A consecuencia de esta decisión húngara, el 5 de noviembre de 2005, se declara la inadmisión de la demanda de divorcio en Francia. Inadmisión que es recurrida en apelación, declarando la Cour d'Appel de París, el 15 de octubre de 2006, que la sentencia húngara no podía reconocerse, con lo que se acuerda admitir la demanda de divorcio interpuesta por la Sra Mesko.

No queda claro si la razón de admitir la demanda de divorcio en Francia fue por considerar a los cónyuges únicamente franceses, y no húngaros, o porque el criterio de competencia del Tribunal de Pest se basaba en la nacionalidad húngara del demandante¹.

4. El Sr. Hadadi plantea un recurso de casación contra la decisión de la Cour d'Appel de París. El recurso lo fundamenta en el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (en adelante Reglamento 2201/2003)².

Según el recurrente, la Cour d'Appel sólo ha considerado uno de los foros de competencia contenidos en el Reglamento, en concreto, el de la residencia habitual de los cónyuges contenido en su artículo 3.1, letra a), ignorando el artículo 3.1, letra b), que permite interponer la acción de divorcio ante los tribunales de la nacionalidad común de los cónyuges.

5. En este contexto, mediante sentencia de 16 de abril 2008, la Cour de Cassation francesa se dirige al TJCE para que resuelva problemas relacionados con la doble nacionalidad común de dos Estados miembros del Reglamento 2201/2003 y el criterio de competencia contenido en el artículo 3.1, letra b) del mismo (= *forum patriae*).

Como los cónyuges son a la vez franceses (nacionalidad del foro) y húngaros (nacionalidad del estado de origen de la decisión cuyo reconocimiento incidental se pretende), hay que resolver, siguiendo el orden escalonado de las preguntas si, en casos de doble nacionalidad común de los cónyuges, debe prevalecer la nacionalidad del foro, o si debe atenderse a la nacionalidad más efectiva de entre las que se ostenten, o si el *forum patriae*, ofrece, en cualquier caso, una opción adicional a los cónyuges.

La respuesta dependerá, primero, de la aplicabilidad del Reglamento 2201/2003, segundo, de la naturaleza y función de los criterios de competencia contenidos en la norma comunitaria y, tercero, de cómo se resuelva la concurrencia entre nacionalidades de Estados miembros.

¹ *Vid.* apartado 34 de la Sentencia, aludiendo a la nacionalidad húngara del demandante como "criterio muy endeble" mientras que la competencia del tribunal del domicilio conyugal, situado en Francia, era en comparación "particularmente sólida".

² DO L 338 de 23 diciembre 2003.

2. Problemas planteados

6. Una vez obtenida la decisión definitiva de divorcio en Hungría, el Sr. Hadadi la hace valer, con carácter incidental, ante los tribunales franceses. Si la sentencia húngara puede producir efectos en Francia, impedirá volver a plantear una nueva demanda ante los tribunales franceses.

La admisibilidad o no de la demanda de divorcio en Francia, posterior en el tiempo a la interpuesta ante los tribunales húngaros, plantea un problema de reconocimiento de decisiones con carácter incidental. Pero, primeramente, debemos fijar el régimen de reconocimiento aplicable.

7. Las fechas en que discurren los hechos que dan lugar a la Sentencia comentada no dejan de tener cierta complejidad, de ahí que en el apartado anterior nos detuviéramos en su exposición. La aplicabilidad o no del Reglamento 2201/2003 queda afectada por el régimen de transitoriedad previsto en su Capítulo VI, artículo 64.

8. Finalmente aparece un problema de control de la competencia judicial internacional del juez de origen, cuya resolución es la que da lugar a la sentencia comentada.

La particularidad del supuesto es que los tribunales franceses deben verificar la competencia de los tribunales húngaros y no la suya propia, lo que deberán valorar a la luz de las normas contenidas en el Reglamento comunitario³.

Con una regla similar a la contenida en nuestro Código civil (artículo. 9.9), para los tribunales franceses, si únicamente tuvieran que aplicar las reglas del Derecho interno francés, las personas con más de una nacionalidad, incluida la francesa, han de ser tratadas únicamente como nacionales franceses, ignorando las demás nacionalidades. Es lo que hace la Cour d'Appel, dar prioridad a la nacionalidad del foro, por lo es preciso concretar el criterio de competencia judicial internacional basado en la nacionalidad común de los cónyuges y resolver la concurrencia de nacionalidades a la luz del derecho procesal comunitario.

II. Régimen de reconocimiento

1. Convenio bilateral y régimen institucional

9. Es probable que en su razonamiento para admitir la demanda de divorcio de la Sra. Mesko, la Cour d'Appel estuviera aplicando el Convenio bilateral entre Hungría y Francia, aunque ni en el texto de la sentencia del TJUE ni en las Conclusiones de la Abogado General, Sra. J. Kokott, se haga referencia a ello⁴. En este convenio bilateral, el reconocimiento es posible siempre que el tribunal que dictó la decisión fuere competente "*según las reglas de competencia internacional admitidas en el Estado requerido*"⁵.

Seguramente, hasta que el esposo plantea el recurso de casación, ni siquiera se pensó en la doble nacionalidad húngara de los cónyuges, haciendo prevalecer siempre la nacionalidad francesa a efectos de primar la competencia del foro. De ahí que se aluda al criterio "endebles" de la nacionalidad del marido frente al criterio "sólido" del domicilio conyugal⁶.

10. De acuerdo con el artículo 59.1 del Reglamento 2201/2003, éste sustituye, para los Estados miembros, a los convenios existentes en el momento de la entrada en vigor del mismo celebrados entre dos o más Estados miembros y relativos a materias que en él se regulan.

³ Vid. C. BRIÈRE, "Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*", *RCDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 191.

⁴ Convenio bilateral sobre asistencia judicial en cuestiones de Derecho civil y de familia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y asistencia judicial en materia civil y penal, firmado en Budapest el 31 de julio de 1980. Este Convenio se encuentra entre los enumerados en el artículo 69 del Reglamento 44/2001 (Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil).

⁵ Cf. C. BRIÈRE, "Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*", *RCDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 191.

⁶ Vid. apartado 34 de la Sentencia.

Así pues, dada la primacía del Ordenamiento comunitario, en el momento que Hungría es Estado miembro del Reglamento 2201/2003 el Convenio bilateral franco-húngaro de 31 de julio de 1980 es sustituido, en las materias coincidentes, por el régimen comunitario. Bien es cierto que en esa fecha el Reglamento en vigor era el Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (en adelante Reglamento 1347/2000)⁷. No obstante, es bien sabido que éste fue derogado por el Reglamento 2201/2003 a partir de su fecha de aplicación, lo que se produjo el 1 de marzo de 2005⁸.

2. **Ámbito temporal y disposiciones transitorias del Reglamento 2201/2003**

11. El Reglamento se aplica en todos sus elementos a las acciones judiciales ejercitadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos entre partes, posteriores al 1 de marzo de 2005 (apartado 1 del artículo 64).

Respecto de las acciones judiciales anteriores al 1 de marzo de 2005, para las que no es aplicable el Reglamento 2201/2003, las disposiciones transitorias, a efectos de aplicar el régimen de reconocimiento contenido en el mismo, distinguen tres categorías de resoluciones, dependiendo de la situación de transitoriedad⁹:

1) Resoluciones judiciales dictadas después del 1 de marzo de 2005, como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a esta fecha pero después de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 (artículo 64.2);

2) Resoluciones judiciales dictadas antes del 1 de marzo de 2005, como consecuencia de acciones ejercitadas con posterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 en asuntos que forman parte de su ámbito de aplicación (artículo 64.3);

3) Resoluciones judiciales dictadas antes del 1 de marzo de 2005, pero después de la fecha de la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000, como consecuencia de acciones ejercitadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento (artículo 64.4).

Para estas tres categorías se aplicará el régimen de reconocimiento del Reglamento 2201/2003, siempre que la competencia del tribunal de origen de la decisión respete las normas de competencia del Reglamento 2201/2003 o del Reglamento 1347/2000 o de un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro de ejecución.

12. Por lo que se refiere a los diez Estados miembros que entraron a formar parte de la Unión Europea el 1 de mayo de 2004, entre ellos Hungría, la fecha pertinente para determinar la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 es el 1 de mayo de 2004¹⁰. El Reglamento 1347/2000 quedó derogado a partir de la fecha de aplicación del Reglamento 2201/2003, es decir, su aplicación lo fue desde el 1 de marzo de 2001 hasta el 1 de marzo de 2005¹¹.

En el caso que nos ocupa se trata de una demanda anterior a la adhesión de Hungría a la Unión Europea, así, necesariamente estamos ante una acción ejercitada con anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento 1347/2000. Pero, ¡oh casualidad!, la sentencia húngara de divorcio, es de fecha 4 de mayo de 2004, o sea, posterior a la entrada en vigor para Hungría del Reglamento 1347/2000.

⁷ DO L 160 de 30 junio 2000. El Reglamento 1347/2000 entró en vigor el 1 de marzo de 2001 (artículo 46). La primacía del Derecho comunitario se establece en su artículo 36.

⁸ Cf. Artículos 71 y 72 del Reglamento 2001/2003.

⁹ Vid. en http://ec.europa.eu/civiljustice/parental_resp/parental_resp_ec_vdm_es.pdf. La *Guía práctica* para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II (Reglamento (CE) n° 2201/2003), elaborada por los servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, pp. 6-7. Es muy gráfico el diagrama contenido en la p. 8.

¹⁰ Vid. el "Acta relativa a las condiciones de adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión", DO L 236 de 23 de septiembre 2003, p. 987.

¹¹ El 1 de agosto de 2004 se produjo la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003 siendo aplicable, a excepción de los artículos 67, 68, 69 y 70, a partir del 1 de marzo de 2005 (artículo 72).

Por tanto, el asunto concierne a una resolución dictada antes del 1 de marzo de 2005 pero después de la fecha de entrada en vigor del Reglamento 1347/2000 en acciones ejercitadas antes de su entrada en vigor.

Conclusión, la sentencia húngara cae de plano en la situación contemplada en el apartado 4 del artículo 64.

13. Por tratarse de una situación de transitoriedad, el régimen de reconocimiento no puede ser, sin más, el del Reglamento 2201/2003, sino que esas decisiones se van a ver sometidas a consideraciones adicionales: sólo si se cumplen los requisitos del apartado 4 del artículo 64, la sentencia húngara se beneficiará del régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento 2201/2003.

3. Control de la competencia judicial internacional del juez de origen

14. Para las decisiones dictadas como consecuencia de acciones ejercitadas después de la entrada en vigor del Reglamento 2201/2003, se prohíbe el control de la competencia del juez de origen¹². Tampoco puede invocarse el orden público del artículo 22, letra a) para llevar a cabo este control, tal y como dejó sentado el Tribunal en el caso *Krombach* en el marco del Reglamento 44/2001¹³.

La particularidad de la transitoriedad es que ese control de la competencia va a ser la regla¹⁴, y únicamente se aplicará el régimen de reconocimiento del Reglamento 2201/2003 si las reglas de competencia del tribunal de húngaro se ajustan a las de este Reglamento (o del Reglamento 1347/2000) o de un convenio en vigor entre Francia y Hungría.

15. La cuestión prejudicial surge porque el Reglamento 2201/2003 contiene el foro de la nacionalidad común de los cónyuges, y según la interpretación que se haga de la doble nacionalidad común permitirá el reconocimiento de la decisión húngara y la paralización del proceso seguido en Francia¹⁵.

A partir de aquí, el problema se centra en la interpretación del *forum patriae* de los cónyuges para aclarar si debe entenderse de forma diferente el criterio de la nacionalidad común cuando los cónyuges tienen una sola nacionalidad común y cuando tienen más de una nacionalidad común, en este caso de dos Estados miembros del Reglamento 2201/2003.

III. Competencia judicial internacional para acciones de divorcio en el Derecho comunitario europeo

1. Naturaleza y función de los foros contenidos en el Reglamento 2201/2003

16. Sin entrar en un análisis detallado de los criterios de competencia del Reglamento 2201/2003, puesto que nuestro trabajo se limita a analizar los problemas planteados en la sentencia comentada, baste señalar que, por lo que se refiere a las disposiciones en materia de divorcio, éstas son continuidad de las reglas contenidas en el Reglamento 1347/2000¹⁶. Así pues, las reglas de competencia en materia

¹² Artículo 24 Reglamento 2201/2003. Igualmente en el equivalente artículo 17 Reglamento 1347/2000.

¹³ STJCE de 28 de marzo 2000, *Dieter Krombach*, As. C -7/98, *Rec.* 2000 p. I-1935.

¹⁴ En el marco del Convenio de Bruselas, los tribunales españoles desaprovecharon esta posibilidad en el Auto AP Vizcaya (sección 4ª) de 19 de junio de 1996, Caso *Matrici*. con comentario de V. FUENTES CAMACHO Y P. DE MIGUEL ASENSIO en *RCEA*, 1996, pp. 83-88.

¹⁵ Como afirma L. D'AVOUT, "Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*", *JDI Clunet*, 2010-1, pp. 163-183, en particular pp. 168 y 171, la cuestión tiene una débil incidencia práctica en este sentido, pues, evidentemente, el control sólo es posible en situaciones de transitoriedad.

¹⁶ La continuidad, por lo que a las acciones de divorcio se refiere, se menciona en el Considerando tercero del Reglamento 2201/2003 aludiendo a la coincidencia del contenido del Reglamento 1347/2000 con el del Convenio de 28 de mayo 1998, precedente del mismo, y a la toma en cuenta del "Informe Explicativo del Convenio de 28 de mayo de 1998, 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", preparado por la profesora A.

matrimonial de ambos son idénticas, por lo que es indiferente referirse al artículo 2 del Reglamento 1347/2000 o al artículo 3 del Reglamento 2201/2003¹⁷.

Es sobradamente sabido que el artículo 3 del Reglamento 2201/2003¹ establece un sistema completo de criterios de competencia para determinar los órganos jurisdiccionales de qué Estado miembro tienen la competencia judicial internacional en asuntos de nulidad, separación y divorcio, siendo únicamente reglas de competencia judicial internacional y dejando a las legislaciones estatales la cuestión de la competencia territorial¹⁸.

Son criterios con carácter exclusivo¹⁹, lo que no puede interpretarse en el sentido de que no permita que otra jurisdicción pueda conocer pues esta exclusividad concierne a las relaciones entre las reglas de competencia de origen comunitario y las reglas de competencia de fuente estatal²⁰.

Así un cónyuge que tiene su residencia habitual en un Estado miembro o que es un nacional de un Estado miembro (o que tiene su “domicile” en el Reino Unido o Irlanda) sólo puede ser demandado en otro Estado miembro de conformidad con las reglas de competencia del Reglamento²¹. Únicamente cuando ningún otro tribunal de otro Estado miembro sea competente, podrá determinarse la competencia con arreglo a las normas internas de competencia judicial internacional (artículos 6 y 7 Reglamento 2201/2003)²².

17. Básicamente, los criterios retenidos se basan o en la residencia de los cónyuges o de uno de ellos, o en la nacionalidad común de ambos²³. Son criterios que parten del principio de que exista un vínculo real entre la persona y un Estado miembro²⁴

BORRÁS RODRÍGUEZ (*DOCE C 221* de 16 de julio 1998, p. 27).

¹⁷ De ahí que nos sirvan los estudios tanto del Reglamento 1347/2000 como el *Informe Explicativo* del Convenio. *Vid.*, entre otros, H. GAUDEMET-TALLON, “Le Règlement n° 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’”, *JDI Clunet*, 2001-2, pp. 386-390. M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Procesos civiles de divorcio en la U.E: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 241-293; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 213-239; M. GÓMEZ JENE, “El Reglamento Comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-131, Tomo 4.

¹⁸ Para un estudio más minucioso del Reglamento 2201/2003, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 2, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 158-167.

¹⁹ B. ANCEL Y H. MUIR WATT, “La desunión européenne: le Règlement dit ‘Bruxelles II’”, *RCDIP*, núm. 3, 2001, pp. 403-419, lamentan que el legislador comunitario no haya utilizado otra terminología diferente para evitar confusiones.

²⁰ *Vid.*, ampliamente, M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. la oscura redacción de sus artículos 7 y 8”, en A.L. CALVO CARAVACA Y ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 741-774.

²¹ Ejemplo de los problemas de comprensión del su ámbito de aplicación es la SAP Barcelona (sección 18) de 15 diciembre 2005 (*JUR*\2006\96862), que deja de aplicar el Reglamento 2201/2003 por tratarse de un matrimonio de nacionalidad moldava.

²² En la *Guía Práctica*, pp. 50-51, se representa muy gráficamente el proceder de un órgano jurisdiccional ante el que se presenta una demanda de divorcio: ¿Tengo competencia de conformidad con los artículos 3-5? Si es que no, habrá que comprobar si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro tiene competencia conforme al Reglamento (artículo 17), si es que sí me declararé de oficio incompetente (artículo 17). Si ningún órgano jurisdiccional es competente conforme al Reglamento puedo serlo conforme a mi legislación nacional (“competencia residual”) (artículo 7).

²³ Con estos foros, los cónyuges pueden presentar una demanda ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: -su residencia habitual, o -su último lugar de residencia habitual, siempre que uno de ellos aún resida allí, o -la residencia habitual de uno de los cónyuges, en caso de demanda conjunta, o -la residencia habitual del demandado, o -la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o -la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro; o b) la nacionalidad de ambos cónyuges (en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del “domicile” común).

²⁴ Como se pone de manifiesto en el *Informe Explicativo* “la decisión sobre la inclusión de unos determinados

Entre estos foros no existe ninguna jerarquía, son alternativos entre sí, y tampoco existe, a diferencia del Reglamento 44/2001, una norma general de competencia en materia matrimonial como la del domicilio del demandado.

La alternatividad de los foros provoca, obviamente, que varios tribunales puedan conocer de un mismo asunto. Al demandante se le ofrecen múltiples tribunales a los que acudir. Es un sistema que no pretende excluir las competencias múltiples, al contrario, se ha previsto expresamente la coexistencia de varios tribunales competentes²⁵.

Indudablemente, esta alternatividad de los foros incentiva la litigiosidad y la carrera a los tribunales²⁶ y la elección indirecta de ley aplicable al divorcio siendo ésta protegida en sede de reconocimiento al impedir el control de la ley aplicada²⁷.

Estas consecuencias están presentes en las alegaciones de la Sra. Mesko para oponerse a la equiparación de las dos nacionalidades comunes que ostentan los cónyuges, la húngara y la francesa²⁸. Ciertamente, el tribunal competente determinará conforme a sus propias reglas de DIPr la ley rectora del divorcio. Si se puede optar por uno u otro tribunal, lo que se consigue es predeterminar el Derecho rector del fondo²⁹. Es esta última consecuencia la que provoca la carrera a los tribunales y no los criterios de competencia como tales que, muy al contrario, pueden sintonizar bien con el *favor divorcii*³⁰.

2. El foro de la nacionalidad común de los cónyuges y concurrencia entre nacionalidades de Estados miembros

18. Respecto del foro de la nacionalidad común de los cónyuges o del “*domicile*”, en el *Informe explicativo* ya se apuntaba que merecía una atención y comentario particular. Se rechaza la posibilidad de que conozcan los tribunales de la nacionalidad de uno sólo de los cónyuges “puesto que se trataría de un *forum actoris* puro, en muchas ocasiones sin ningún tipo de vinculación real con el Estado en cuestión y que, por tanto, sería contrario al espíritu del Convenio”³¹. Y se añade que el Convenio no dice nada sobre las consecuencias de la doble nacionalidad “*por lo que los ór-*

riterios responde a su existencia en los distintos ordenamientos internos y a su aceptación por los demás o al esfuerzo por encontrar puntos de acuerdo aceptables por todos” (Apartado 30, pár. 2º). Y, en términos similares, se reproduce en el Considerando 12 del Reglamento 1347/2000. De acuerdo con M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 230, son criterios que atienden a circunstancias subjetivas por tratarse de cuestiones que determinan el estatuto personal de los sujetos.

²⁵ Como ponen de relieve A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 2, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 162, esto favorece el acceso a la Justicia del demandante de divorcio pero es criticable por favorecer lo que denominan los divorcios “*EuroStar*” además de otorgar, en ciertos casos, competencia a tribunales alejados de las partes, convirtiéndolos, por imprevisibles, en foros exorbitantes.

²⁶ Como tempranamente puso de relieve en la doctrina española J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 235.

²⁷ M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Procesos civiles de divorcio en la U.E: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 261.

²⁸ Entiende la Sra Mesko que se abre la puerta al abuso de derecho basado en el “*forum shopping*” (apartado 45 de la Sentencia y punto 44 de las Conclusiones de la Abogado General). Opinión del abuso compartida por el Gobierno Polaco, pero basándose en que esta equiparación provoca la facultad de elección de tribunal, que no tienen los que no disfrutaban de una doble nacionalidad, y en que mantener la competencia de tribunales de un Estado donde los cónyuges ya no viven podría suponer un obstáculo para la eficacia y equidad de las resoluciones judiciales y propiciar el “*forum shopping*” (apartado 45 de la Sentencia).

²⁹ De hecho, la Abogado General (punto 50) hace alusión a que la Sra. Mesko lo que en el fondo critica es la aplicación del Derecho húngaro y así evitar las consecuencias que el Derecho francés prevé para los divorcios por culpa.

³⁰ Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 236.

³¹ Apartado 33, pár. 2º del *Informe Explicativo*.

*ganos jurisdiccionales de cada Estado aplicarán sus normas internas, en el marco de la normativa comunitaria general al respecto*³² (la cursiva es nuestra).

Con estos antecedentes, para controlar la competencia del tribunal húngaro y valorar si se ajusta a los criterios de competencia contenidos en el artículo 3 del Reglamento 2201/2003, o, en su caso, en el artículo 2 del Reglamento 1347/2000, el debate pasa por la concreción del foro de la nacionalidad común de los cónyuges.

19. Como se puso de manifiesto anteriormente, en ningún momento se nos dice conforme a qué criterio se atribuyó la competencia el juez húngaro, lo cual, a la postre, es irrelevante, pues basta con comprobar si las normas del artículo 3 habrían reconocido la competencia de los tribunales húngaros, ya que “el artículo 64, apartado 4, pretende garantizar un amplio alcance a las disposiciones del Reglamento para el reconocimiento de resoluciones de todos los órganos jurisdiccionales que hubieran sido igualmente competentes en aplicación de normativas armonizadas o acordadas en convenios”³³.

A priori, la respuesta no puede ser más que en sentido afirmativo, dada la nacionalidad común húngara de los cónyuges³⁴.

20. Pero, en el caso analizado, la nacionalidad común es doble. Por tanto, si se sigue la propuesta del *Informe explicativo* de determinar la nacionalidad por el derecho interno de cada Estado, podría pensarse que cada tribunal puede dar preferencia a su propia nacionalidad, ignorando todas las demás concurrentes, o, en el mejor de los casos, atender a la nacionalidad efectiva³⁵.

Según cómo se resuelva este concurso de nacionalidades la sentencia húngara podrá beneficiarse del reconocimiento incidental en Francia.

IV. La doble nacionalidad en el espacio judicial europeo

1. Rechazo de la preferencia de la nacionalidad del foro y de la nacionalidad efectiva

21. En sus cuestiones prejudiciales el tribunal francés, siguiendo el orden en que se plantean, propone tres opciones para resolver la concurrencia de nacionalidades:

- 1-dar preferencia a la propia nacionalidad, sea o no la más efectiva;
- 2-Estar a la nacionalidad efectiva;
- 3-Dejar elegir a los cónyuges entre sus nacionalidades.

22. El TJCE, abogando por una solución funcional, se aparta de la solución ofrecida en el *Informe Explicativo* de estar a las reglas internas de cada Estado y lo hace siguiendo el argumento mantenido por la Abogado General de que si ésta era una solución válida para un Convenio (=acto de cooperación intergubernamental) no puede trasladarse el razonamiento a un acto normativo comunitario, en este caso al Reglamento 2201/2003³⁶.

³² Apartado 33, pár. final del *Informe Explicativo*.

³³ Apartado 23 de las Conclusiones de la Abogado General.

³⁴ Igualmente de acuerdo se manifiesta S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009)”, *Diario LA LEY*, núm. 7312, 30 de diciembre 2009, Ref. D-397 (ap.III).

³⁵ Soluciones que, como principios de Derecho internacional, recoge el Convenio de Naciones Unidas, firmado en La Haya, de 12 de abril 1930 sobre ciertas cuestiones relativas al conflicto de leyes de nacionalidad (artículos 3 y 5).

³⁶ Cf. Apartado 37 de las Conclusiones de la Abogado General: “... Cuando se trata de un acto jurídico comunitario ha de darse una interpretación autónoma, que atienda al espíritu y finalidad de la norma. Además, el propio informe señala que el Derecho nacional debe respetar la normativa comunitaria general”. En la misma línea, R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales internacionales (Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español)*, Santiago de Compostela, 2004, nota 240 en p. 142. Pensamos que en este mismo sentido deben interpretarse las palabras de A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La expansión comunitaria: penetración

Dado que el Reglamento no contiene ninguna remisión expresa al Derecho nacional para interpretar el término nacionalidad como criterio de competencia, la solución pasa por “*mantener una interpretación autónoma del concepto de nacionalidad*” (la cursiva es nuestra).

Veamos cómo se argumenta la inoperatividad de la preferencia por la propia nacionalidad y de la nacionalidad efectiva para concluir en el derecho de opción que se atribuye a los cónyuges para litigar ante los tribunales de una u otra nacionalidad común.

23. En el ámbito comunitario europeo la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad está más que consolidada, prohibición que alcanza al ámbito de aplicación de los Tratados, vinculándose de esta forma la prohibición general de discriminación con las libertades fundamentales de circulación y residencia en el territorio de la Unión³⁷. No está de más recordar que los titulares de estas libertades son los ciudadanos de la Unión, condición que únicamente poseen quienes ostenten la nacionalidad de un Estado miembro, siendo la ciudadanía de la Unión complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional³⁸.

La determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, que en el marco de integración comunitaria debe ejercerse respetando el Derecho comunitario.

Esta regla de la competencia exclusiva de los Estados para definir quiénes son sus nacionales permanece intacta, también para establecer los criterios de privación de la misma, incluso si la pérdida de la nacionalidad arrastra una privación de la condición de ciudadano de la Unión³⁹.

24. En tanto en cuanto las normas del Reglamento 2201/2003 utilizan la nacionalidad como criterio de competencia, era de esperar que al Tribunal se le exigiera un pronunciamiento sobre este foro de la nacionalidad común cuando se pretende su utilización por una persona que ostenta simultáneamente dos nacionalidades de Estados miembros.

Es notorio que no es esta la primera vez que el TJCE se pronuncia en cuestiones relacionadas con la nacionalidad de las personas físicas.

La particularidad, en esta ocasión, es que se está interpretando una regla de Derecho internacional privado unificada, elaborada en el marco del espacio judicial europeo.

25. En la primera ocasión que el TJCE en el archiconocido caso *Micheletti*⁴⁰ resolvió un problema de doble nacionalidad de Estado miembro y de tercer Estado, a propósito del ejercicio de la libertad de establecimiento, el pronunciamiento fue tajante al expresar que “las disposiciones del Derecho comunitario en materia de libertad de establecimiento se oponen a que un Estado miembro deniegue dicha libertad al nacional de otro Estado miembro que ostenta al mismo tiempo la nacionalidad de un Estado tercero, basándose en que la legislación del Estado miembro de acogida lo considera nacional del Estado tercero”⁴¹. El TJCE dejó claro que una vez que un Estado miembro, respetando el Derecho comunitario, ha atribuido su nacionalidad a una persona, no es posible admitir que otro Estado miembro pueda restringir los efectos de tal atribución exigiendo requisitos adicionales para reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales

en el ámbito del Derecho de familia y sucesiones”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 65-90, en particular la nota 25 en p. 73, donde se afirma la utilidad del *Informe* siempre que se considere sometido a dos límites; por supuesto, el primero a que coincida el texto de la norma del Convenio y del Reglamento, y, el segundo, “derivado de la función de unificación en la interpretación y aplicación del Derecho comunitario que corresponde al Tribunal de Justicia, ya que lo dicho en el Informe sólo podrá tomarse en consideración mientras el Tribunal no se haya manifestado”. Ella misma manifiesta que “las opiniones ahora expresadas no coinciden necesariamente con el contenido de aquel Informe, ya que tuvo que ser aprobado por el Grupo de trabajo que preparó el Convenio”.

³⁷ Artículo 18 TFU (antiguo artículo 12 TCE).

³⁸ Artículo 20 TFU (antiguo artículo 17 TCE).

³⁹ *Vid.* STJCE de 20 febrero 2001, *Kaur*, As. C-192/99 y STJUE 2 marzo 2010, *Rottman*, As. C-135/08.

⁴⁰ STJCE de 7 de julio 1992, *Micheletti*, As. C- 369/90, *Rec.* p. I-04239, comentada por N. BOUZA VIDAL, “El ámbito personal de aplicación del derecho de establecimiento en lo supuestos de doble nacionalidad”, *RIE*, vol. 20, núm. 2, 1993, pp. 563-581.

⁴¹ Pronunciamiento del Tribunal en STJCE de 7 de julio 1992, *Micheletti*.

previstas en el Tratado, tanto más cuanto que admitir tal posibilidad supondría que el ámbito de aplicación personal de las normas comunitarias podría variar de un Estado miembro a otro⁴².

Posteriormente, en el caso *García Avello*⁴³, afectando a dobles nacionales españoles y belgas, por tanto de Estados miembros y en una materia como la transmisión de los apellidos, ajena a la competencia de la Unión, el TJCE se pronunció sobre la nacionalidad en tanto que conexión aplicable por la norma de conflicto de ambos Estados. Ante la práctica belga de hacer primar la ley del foro, el TJCE, tras declarar que “la ciudadanía de la Unión, prevista en el artículo 17 TCE, no tiene por objeto extender el ámbito de aplicación material del Tratado también a situaciones internas que no tienen ningún vínculo con el Derecho comunitario”⁴⁴, vincula la materia con el Derecho comunitario por tratarse de nacionales de Estados miembros titulares de las libertades de circulación contenidas en el Tratado⁴⁵. Queda claro que, en este caso, no se reprocha el uso de la conexión nacionalidad sino la preferencia que se da a la nacionalidad belga sobre la española. La consecuencia es que las dos nacionalidades están en posición de igualdad y han de ser los afectados los que elijan la ley estatal que deba regir su nombre y apellidos.

Si bien la materia de los apellidos es competencia de los Estados, lo que pone de manifiesto el caso *García Avello* es que, incluso utilizando un mismo punto de conexión para determinar la ley aplicable a los apellidos, pueden producirse obstáculos a las libertades fundamentales de circulación y residencia de los ciudadanos comunitarios⁴⁶. También en el caso *Grunkin-Paul*⁴⁷, pero ya no como problema de plurinacionalidad de Estados miembros, el TJCE nuevamente vincula con el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros la falta de reconocimiento en el Estado miembro del que es nacional del apellido adquirido en el Estado miembro de nacimiento y de residencia⁴⁸.

26. Debemos insistir que en el caso *Hadadi*, a diferencia de los anteriores, nos movemos en el espacio judicial europeo, que persigue facilitar el ejercicio de los derechos de los particulares a través del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales⁴⁹, cuyos beneficiarios no son únicamente los ciudadanos comunitarios⁵⁰.

⁴² Apartados 10 a 12 de la STJCE de 7 de julio 1992, *Micheletti*.

⁴³ STJCE de 2 de octubre 2003, *García Avello*, As. C-148/02, *Rec.* p. I-11613. *Vid.* los comentarios de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, núm. 5876, 22 de octubre 2003, Ref. D-234.

⁴⁴ Apartado 26 de la STJCE de 2 de octubre 2003, *García Avello*.

⁴⁵ Apartado 27 de la STJCE de 2 de octubre 2003, *García Avello*.

⁴⁶ Resulta interesante la apreciación de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, de cómo este caso demuestra que la unificación de normas de conflicto no resuelve los problemas que genera el tráfico jurídico externo intracomunitario. *Cf.* “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europea en la construcción de un espacio judicial”, *AEDIPr*, t.IV, 2004, p. 130 y p. 167.

⁴⁷ STJCE de 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*, As. C-356/06. *Vid.* en www.uc3m.es/cdt los comentarios de M.D. ORTÍZ VIDAL, “El caso *Grunkin-Paul*: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008” en *CDT*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 143-151, y “Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul*”, en *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 357-366.

⁴⁸ Ambos pronunciamientos han dado lugar a sendas Instrucciones de la DGRN, la primera de 23 de mayo 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles (*BOE* de 4 julio 2007) y, la segunda, de 24 de febrero 2010, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros civiles de otros países miembros de la Unión Europea (*BOE* de 10 marzo 2010).

⁴⁹ El mantenimiento de la redacción en los mismos términos que hacía el Artículo III-269 del Proyecto de Constitución, nos permite mantener las críticas que hacía el profesor J.D. GONZÁLEZ CAMPOS al artículo 81 TFUE (antiguo artículo 65 TCE), para quien se evidencia que el espacio judicial europeo, en la dimensión de cooperación judicial en materia civil, seguirá estando al servicio del mercado interior pues se mezclan se dos nociones que pertenecen a mundos distintos: una, que mira hacia la cooperación entre Estados en lo que respecta a la actividad de sus órganos judiciales (la cooperación judicial) y otra, claramente orientada a facilitar el ejercicio de los derechos de los particulares (el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales)”. *Vid.* J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El proyecto de Constitución para Europa y el DIPr”, *La constitucionalización del proceso de integración europea*, Colección Escuela Diplomática núm. 9, 2005, p. 89 y “La Constitución Europea y el Derecho internacional privado comunitario: ¿un espacio europeo de justicia en materia civil complementario del mercado interior?”, *REEI*, núm. 9, 2005, <http://www.reei.org/reei9/reei9.htm>.

⁵⁰ Para una visión completa del significado del espacio judicial europeo en las fuentes del DIPr, *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 1, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 49-56.

Tampoco se plantea un problema de discriminación por razón de nacionalidad, pues no se cuestiona que el establecimiento de una regla de competencia basada en la nacionalidad común de los cónyuges plantee dificultades de compatibilidad con el Derecho comunitario⁵¹.

Lo que se está cuestionando es un criterio atributivo de competencia, la nacionalidad común de los cónyuges, contenido en una norma de DIPr unificada, cual es el Reglamento 2201/2003.

En este marco de cooperación judicial, es la solución que se da a la doble nacionalidad de Estados miembros lo que puede plantear problemas de compatibilidad con el Derecho comunitario si para resolverla se da preferencia a la nacionalidad de un Estado miembro frente a la de otro Estado miembro⁵².

27. El TJCE para resolver la concurrencia de nacionalidades no razona en términos de conflicto de nacionalidades, sino que aboga por una solución funcional. De ahí que no valgan soluciones como las contenidas en el artículo 9.9 de nuestro Código civil⁵³, válidas en caso de conflicto de nacionalidades para preferir una u otra, pero no a efectos de determinar la nacionalidad de una persona⁵⁴, ni a efectos de atribución de competencia⁵⁵.

28. La norma de preferencia por la propia nacionalidad no obliga a ignorar que otro Estado miembro cuya nacionalidad también posea dicha persona puede tratarla, a su vez, como si sólo tuviera su propia nacionalidad.

Por eso no puede mantenerse la preferencia de la nacionalidad del foro⁵⁶. El tribunal del Estado requerido, tribunal francés, no puede ignorar que para el tribunal del Estado de origen, tribunal húngaro, también son sus nacionales y, por tanto, si hubieran tenido que comprobar su propia competencia, en términos de competencia directa, habrían debido declararse competentes.

29. También se rechaza la nacionalidad efectiva, se dice que para evitar la complejidad en su determinación y la inseguridad jurídica⁵⁷.

⁵¹ Como señala C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial”, *AEDIPr*, t.IV, 2004, p. 126, la utilización de la nacionalidad como foro o como punto de conexión no implica *per se* una discriminación por razón de nacionalidad. Para algunos ejemplos en que es dudosa la no discriminación por razón de nacionalidad, *vid.* M. GÓMEZ JENE, “El Reglamento Comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad”, *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-131, Tomo 4.

⁵² *Cf.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial”, *AEDIPr*, t.IV, 2004, p. 131.

⁵³ Opinión contraria, probablemente por influencia del *Informe Explicativo*, encontramos en M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Procesos civiles de divorcio en la U.E: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 234 y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 221. De hecho, en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 2, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 165, vemos corregida esta solución explicando que el artículo 9.9 Cc sólo regula la determinación de la nacionalidad prevalente a efectos de determinar la ley aplicable en los casos internacionales.

⁵⁴ Producto de esta confusión fue el caso que dio lugar a la STJCE de 7 de julio 1992: *Micheletti* As. C- 369/90, aplicando las soluciones del Artículo 9.9 Cc. español.

⁵⁵ Siguiendo a M. VIRGÓS SORIANO, la solución del artículo 9.9 Cc “no juega en el campo de la competencia judicial de nuestros tribunales (sólo la nacionalidad española cuenta) ni del reconocimiento de decisiones extranjeras (cualquiera de las nacionalidades puede servir como *forum patriae* extranjero); *Cf.* M. VIRGÓS SORIANO, “Artículo 9.9”, en C. PAZ-ARES RODRÍGUEZ Y OTROS (dir.), *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, 1993, pp. 98-101, especialmente p. 101. En el mismo sentido en M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, pp. 230-231, se afirma que en supuestos de doble nacionalidad española-extranjera prevalecerá siempre la española, solución que se aparta parcialmente de la contenida en el Artículo 9.9 Cc. y que se justifica por la función de que cumple la nacionalidad en el ámbito de la competencia judicial internacional, que no es otra que abrir la competencia de nuestros tribunales al actor.

⁵⁶ Apartado 41 de las Conclusiones de la Abogado General. Igualmente en el apartado 28 de la STJCE de 2 de octubre 2003, *García Avello*.

⁵⁷, Apartados 60-62 de las Conclusiones de la Abogado General.

Si a la nacionalidad se le exigen aditivos, criterios adicionales como el de la residencia habitual, entendiéndose que ésta es la que genera la vinculación más estrecha con los tribunales (=principio de proximidad), ello provocaría la pérdida del efecto útil del criterio de la residencia habitual de los cónyuges (=nacionalidad efectiva), además de provocar una jerarquía entre foros no pretendida por el Reglamento 2201/2003. El resultado sería que los cónyuges que poseen una sola nacionalidad común tiene dos opciones: tribunales de la residencia y tribunales de la nacionalidad, mientras que los que poseen una doble nacionalidad común, aplicando el criterio de la nacionalidad más efectiva verían eliminado el foro de la nacionalidad, al coincidir nacionalidad más efectiva con el primero de los criterios de competencia basados en la residencia, o sea, residencia habitual de los cónyuges, artículo 3.1, letra a) del Reglamento 2201/2003⁵⁸.

2. Interpretación funcional del concepto “nacionalidad”

30. Aunque las razones del TJCE para el rechazo, tanto de la preferencia por la nacionalidad del foro, como de la nacionalidad efectiva atienden, sobre todo, a la literalidad del precepto, pues se basan en que “el artículo 3, apartado 1, del Reglamento 2201/2003 no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el alcance exacto del criterio relativo a la «nacionalidad»” (apartado 39), lo cierto es que la inclusión de la interpretación autónoma puede dar lugar a pensar que se está generando un concepto propio de nacionalidad a los efectos de precisar el *forum patriae*, pero, como veremos, nada más lejos de la realidad⁵⁹.

31. Con el rechazo de la nacionalidad del foro y de la nacionalidad efectiva, el TJCE lo que hace es obviar el razonamiento en términos de conflicto de nacionalidades para optar por una solución que tenga en cuenta las diferentes nacionalidades⁶⁰.

Así, lo que está ofreciendo indirectamente el TJCE es una opción más a los litigantes, pues las distintas nacionalidades comunitarias que ostente un sujeto están en situación de igualdad⁶¹.

En realidad con este resultado no se aparta de la regla según la cual la nacionalidad sigue siendo competencia exclusiva de los Estados miembros. Y los Estados miembros están obligados a respetar las atribuciones de nacionalidad realizadas por los demás Estados miembros.

32. Ciertamente debe garantizarse una aplicación uniforme de las disposiciones sobre competencia del Reglamento comunitario en todos los Estados miembros, y para ello se recurre a la ya tradicional interpretación autónoma⁶², para lo cual debe tenerse en cuenta la finalidad de la norma y el contexto de la misma⁶³. No obstante, en realidad, lo que se está pretendiendo es, en el contexto de la norma, no privarle de su efecto útil. Idea que enlaza directamente con la movilidad de las personas en un espacio judicial europeo y el carácter alternativo de los foros de competencia en materia de divorcio⁶⁴.

⁵⁸ Apartado 54 de la Sentencia. Como manifiesta F. GARAU SOBRINO, en caso de doble nacionalidad no se puede atender, como pretenden los Tribunales franceses, a criterios extra reglamentarios que permitan “corregir” este foro, como es la apelación a una nacionalidad “efectiva”. Aparte de ir contra el tenor literal del Reglamento y de no encontrar apoyo ni en el resto del articulado ni, incluso, recogerse mención alguna en su exposición de motivos, el uso de un correctivo semejante iría contra el elemental principio de confianza mutua en el que se basa el Reglamento, en <http://conflictuslegum.blogspot.com/>, entrada del día 12 de marzo de 2009

⁵⁹ Vid. la crítica demoledora al método seguido en la decisión en L. D’AVOUT, “Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *JDI Clunet*, 2010-1, pp. 163-183, en particular pp. 173 a 176.

⁶⁰ Cf. C. BRIÈRE, “Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *RCDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 197.

⁶¹ Cf. C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial”, *AEDIPr*, t.IV, 2004, p. 168.

⁶² El TJCE ya ha tenido ocasión de pronunciarse respecto del concepto de residencia habitual del menor, a los efectos de atribución de competencia, y lo ha hecho reteniendo, igualmente, una concepción autónoma (vid. STJUE 2 abril 2009, *A*, As. 523/071, particularmente apartados 34 y 35).

⁶³ En el *Informe Explicativo* (apartado 27) se mantiene que “los foros de competencia adoptados 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”.

⁶⁴ De ahí que la Abogado General señale que “estos objetivos apuntan en el sentido de que las personas que

33. En este concreto caso, el problema no es la norma de competencia en sí, ni la circunstancia de que puedan conocer dos tribunales de un mismo asunto, algo que, por otra parte, no es ni exclusivo de las normas comunitarias ni excepcional, desde el momento en que existen foros concurrentes de competencia judicial internacional. Ya pusimos de relieve que la alternatividad de los foros incentiva la litigiosidad y la carrera a los tribunales⁶⁵ y la elección indirecta de ley aplicable al divorcio siendo ésta protegida en sede de reconocimiento al impedir el control de la ley aplicada⁶⁶.

Y este es el problema, no que los tribunales húngaros dictaran el divorcio sino la ley rectora de ese divorcio, pues la Sra Mesko basa todas sus alegaciones, para oponerse a la equiparación de las dos nacionalidades en que ello desataría la carrera a los tribunales y abriría la puerta al abuso de derecho basado en el “*forum shopping*”⁶⁷.

El verdadero problema son los efectos colaterales de la falta de normas uniformes de conflicto de leyes para determinar el derecho aplicable al divorcio. El tribunal que sea competente determinará conforme a sus propias reglas de DIPr la ley rectora del divorcio. En consecuencia, si se puede optar por uno u otro tribunal, lo que se consigue es predeterminar el Derecho rector del fondo. Y es esta consecuencia la que provoca la carrera, no los criterios en sí de competencia⁶⁸. Por lo que compartimos la opinión de la Abogada General de que “no sería correcto compensar la falta de una normativa uniforme de conflictos de leyes mediante una interpretación contraria a los objetivos y a la sistemática de las actuales disposiciones en materia de competencia”⁶⁹.

Por todo lo anterior, el TJCE entiende que no es abusivo el hecho de iniciar el procedimiento ante un tribunal competente en virtud del Reglamento 2201/2003, ni siquiera cuando no exista ningún otro punto de conexión con dicho Estado miembro⁷⁰. La solución a la que se llega puede no ser la más justa, pero todo sea por la seguridad jurídica⁷¹. Está claro que para el TJCE prevalece la seguridad jurídica sobre la proximidad⁷².

34. Para paliar esta carrera a los tribunales, recientemente se ha presentado la propuesta de Reglamento (UE) del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁷³. Sin ánimo de entrar a valorar la propuesta⁷⁴, pues excedería

hagan uso de su libertad de circulación *deben poder elegir flexiblemente el foro de competencia* (apartado 58 de las Conclusiones).

⁶⁵ Como tempranamente puso de relieve en la doctrina española J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 235.

⁶⁶ M.A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Procesos civiles de divorcio en la U.E: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema”, en A.L. CALVO CARAVACA Y J.L. IRIARTE ÁNGEL (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, p. 261.

⁶⁷ Ver nota 26 *supra*.

⁶⁸ Igualmente A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. 2, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, p. 165.

⁶⁹ Apartado 68 de las Conclusiones.

⁷⁰ Apartado 57 de la sentencia y apartados 69-71 de las Conclusiones de la Abogada General.

⁷¹ *Vid.* J. DILGER, “EuEheVO: Identische Doppelstaater und *forum patriae* (Art. 3 Abs. 1 lit. b)”, *IPRax*, 30, 1, 2010, pp. 54-58.

⁷² Crítico con esta solución se muestra W. HAU, “Doppelte Staatsangehörigkeit im europäischen Eheverfahrensrecht”, *IPRax*, 30, 1, 2010, pp. 50-53, especialmente p. 53, al recordar que la Sra Mesko tuvo que consentir en ser divorciada sin su consentimiento en un Estado miembro con el que los cónyuges estaban vinculados únicamente en los papeles. Se muestra partidario de que el *forum patriae* sea reconsiderado y de que el criterio de competencia basado en la nacionalidad común de los cónyuges no se entienda por sí sólo sin que se tome en cuenta la residencia habitual.

⁷³ Documento COM (2010) 105 final, Bruselas, 24.3.2010. Documento acompañado del Documento COM (2010) 104 final, Bruselas, 24.3.2010, con la Propuesta de Decisión del Consejo nº.../2010/UE por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal.

⁷⁴ Para un amplio estudio de la materia, nos remitimos a A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *CDT*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 36-71, esp. p. 49, en <http://www.uc3m.es/cdt>, que se muestran muy optimistas proclamando que “la unificación de las

los límites de nuestro comentario, únicamente queremos señalar que, puesto que, en defecto de elección de ley aplicable, el artículo 4, letra c) de la Propuesta recoge el criterio de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, se pueden plantear problemas de concreción de ley aplicable en casos de doble nacionalidad, al igual que en competencia⁷⁵. Aquí sí podrían mantenerse la aplicación de las soluciones del artículo 9.9 Cc, pues sólo una ley aplicable es posible⁷⁶.

V. Reflexiones finales

35. Tras las páginas que han precedido este análisis del caso *Hadadi*, aunque compartamos los argumentos, pues son técnicamente impecables, no deja de rondarnos en la cabeza una pregunta: ¿Cómo va a resolverse la doble nacionalidad cuando afecte a nacionales de Estados miembros y de terceros Estados?⁷⁷

36. Porque es claro que el espacio de libertad, seguridad y justicia que configura el Derecho comunitario va dirigido a las personas, independientemente de que los individuos implicados sean o no ciudadanos comunitarios⁷⁸. Está claro, tras lo visto, que no es contraria al Derecho comunitario la multiplicación de tribunales competentes a los que dirigirse para interponer una demanda de divorcio. Nos surge la duda de si esta alternatividad entre las reglas de competencia directa debe ser trasladable a las reglas de competencia indirecta, pues no olvidemos que el problema en la sentencia comentada se plantea en sede de reconocimiento.

37. Cuando la posible litispendencia que provoca la coexistencia de varios tribunales competentes se plantea en términos de competencia directa y, siempre que sea entre tribunales de Estados miembros, se resolverá conforme a las reglas del artículo 19 del Reglamento 2201/2003⁷⁹. Para los demás casos de litispendencia habrá que estar al régimen común de DIPr de los Estados.

Más complicado parece resolver el problema de litispendencia con tribunales de terceros Estados cuando exista competencia a favor de tribunales de Estados miembros basada en las reglas del Reglamento 2201/2003. Si la alternatividad es trasladable supone que el hecho de que un Tribunal de un Estado miembro pueda ser competente, no debe impedir el reconocimiento de decisiones dictadas por otro Estado miembro, o incluso por un tercer Estado⁸⁰.

Esto plantea un problema nada desdeñable. ¿Van a poder inhibirse los jueces de Estados miembros a favor de tribunales de terceros Estados en caso de doble nacionalidad común de Estado miembro y de tercer Estado o, para estos supuestos el Reglamento es imperativo y va a prevalecer siempre la nacionalidad común de Estado miembro?

normas de conflicto de los Estados miembros en materia de divorcio garantizará la seguridad jurídica y acabará con el *Forum Shopping*⁷.

⁷⁵ Cf. C. BRIÈRE, “Nota a la STJCE 16 julio 2009, *Hadadi*”, *RDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 198.

⁷⁶ La misma propuesta en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *CDT*, vol. 1, núm. 1, 2009, p. 63, en <http://www.uc3m.es/cdt>

⁷⁷ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (A propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009)”, *Diario LA LEY*, nº 7312, 30 de diciembre de 2009, Ref. D-397, apartado IX, se pregunta si hay identidad de razón para los casos de doble nacionalidad común mixta.

⁷⁸ Vid. E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360.

⁷⁹ La redacción del apartado 1 del artículo 19 difiere ligeramente de los apartados 1 y 2 del artículo 11 del Reglamento 1347/2000, sin cambios sustanciales.

⁸⁰ Vid. la Sentencia de la Cour de Cassation (1er. Ch. civ.) de 17 de junio 2009, anotada por E. PATAUT, en *RDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, pp. 171-178 la sentencia admite la excepción de litispendencia con un proceso ante los tribunales islandeses. Se trataba de un matrimonio, ambos de nacionalidad francesa; mientras que la esposa interpone la primera demanda en Islandia, el esposo lo hace en Francia. En primera instancia, el tribunal francés se atribuye la competencia conforme al artículo 2.1 b) del Reglamento 1347/2000: *forum patriae*. El Tribunal de Casación afirma que la competencia de los tribunales franceses basada en la nacionalidad francesa de los esposos, conforme al artículo 2.1, b) del Reglamento 1347/2000, no tiene carácter universal excluyendo cualquier otra competencia internacional.

38. El principio de seguridad jurídica y protección de las personas establecidas en la Comunidad no permitiría el desistimiento a favor de tribunales de Estados no miembros⁸¹. La incompatibilidad que aprecia el TJCE entre seguridad jurídica y desistimiento a favor de un tribunal de tercer Estado puede poner en riesgo la cooperación entre la UE y terceros Estados⁸². De hecho en los trabajos de revisión del Reglamento 44/2001 no ha pasado desapercibido este problema⁸³.

Quizá, a propósito de la elaboración del llamado Reglamento Roma III, se ha perdido una buena ocasión para revisar el Reglamento 2201/2003, porque no son pocas las voces que piden una reducción de foros dada la expansión del Derecho comunitario⁸⁴.

La preocupación actual debe ser construir el espacio de libertad, seguridad y justicia pero no en detrimento de terceros Estados. Que un tribunal de un Estado miembro sea competente no tiene que impedir el reconocimiento de la competencia del tribunal de un Estado tercero. El sistema judicial europeo no puede convertirse en una fortaleza, lo que está en juego son las relaciones entre particulares⁸⁵.

⁸¹ Criterio mantenido a ultranza por el TJCE en Sentencia de 1 marzo 2005, *Owusu*, As. C-281/02 (apartado 4).

⁸² E. Pataut, nota a la Sentencia de la Cour de Cassation (1er. Ch. civ.) de 17 de junio 2009, *RCDIP*, vol. 99, núm. 1, 2010, p. 174.

⁸³ *Vid.* apartado 3.2 del “Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *COM* (2009) 174 final, Bruselas, 21 de abril 2009. También El Grupo Europeo de DIPr (GEDIP) en su sesión de Hamburgo de 2007 y de Bergen, 2008, pone de manifiesto la preocupación sobre las reglas de competencia judicial internacional comunitarias y su aplicación a las relaciones externas, en http://www.gedip-egpil.eu/gedip_documents.html

⁸⁴ Entre otros, *vid.* F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milán, Giuffrè Editore, 2007, pp. 267-278; *Id.* “Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et la loi applicable au divorce”, *Mélanges M. Revillard*, París, Defrénois, 2007, pp. 245-255; R. ARENAS GARCÍA, “Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales”, en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, p. 46.

⁸⁵ De imperialista califica a la expansión comunitaria D. P. Fernández Arroyo en “Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales”, *RCADI*, t. 323, 2006, esp. pp. 207-209.