

# PLURINACIONALIDAD Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE AL DIVORCIO

## *MULTIPLE NATIONALITY AND PARTY AUTONOMY CONCERNING THE APPLICABLE LAW TO DIVORCE*

MARÍA ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ\*

Sumario: I. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. CONEXIÓN DE LA NACIONALIDAD Y PLURINACIONALIDAD. II. TRATAMIENTO DE LA PLURINACIONALIDAD. EL CONSIDERANDO (22) DEL REGLAMENTO (UE) 1259/2010. III. IMPACTO DE LA OPERATIVIDAD DEL CONSIDERANDO (22) EN EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. IV. CONSIDERACIONES FINALES.

RESUMEN: El objeto del presente trabajo es el análisis del impacto que presenta la operatividad de la vía establecida en el considerando (22) del Reglamento (UE) 1259/2010 en el ámbito de la autonomía de la voluntad que introduce en su art. 5. Con esta finalidad, el análisis comienza por la precisión de las cuestiones que plantea la plurinacionalidad en el contexto de la elección de la ley aplicable al divorcio (apartado I). Esta delimitación permite abordar el alcance de la respuesta que aporta el considerando (22) para el tratamiento de las situaciones de plurinacionalidad (apartado II). Se trata de la base esencial sobre la que se aborda el posterior análisis de la repercusión que presenta esta solución en las diversas situaciones de plurinacionalidad. Sus resultados permiten constatar las limitaciones que afectan a la conexión de la nacionalidad, y su paralelo “contagio” al criterio de la autonomía de la voluntad en la que esta conexión se comprende (apartado III). La valoración de las consecuencias que derivan de este desarrollo, así como el planteamiento de la salida necesaria para superarlas, es el objeto de las consideraciones finales (apartado IV).

*ABSTRACT: The aim of this paper is to analyse the impact caused by the applicability of the procedure established in the Regulation (EU) 1259/2010 for multiple nationals – recital (22)— in terms of the party autonomy regarding the choice of the applicable law to divorce introduced by art. 5 of the above-mentioned Regulation. To this end, this analysis begins by specifying the questions raised by multiple nationality in the field of the party autonomy (I). Such precision allows for a subsequent analysis of the response given by recital (22), with the objective of evaluating its scope and consequences (II). This constitutes the essential foundation upon which the impact of this solution for the different situations of multiple nationality will be considered. The results of this analysis allow to confirm the limitations of the choice of the applicable law to divorce on the basis of the connecting factor of nationality and, consequently, the limitations of the party autonomy (III). The evaluation of the consequences derivated from this development as well as the consideration of the appropriate solution for overcoming them is the main objective of the final considerations (IV).*

---

Fecha de recepción del trabajo: 5 de julio de 2019. Fecha de aceptación de la versión final: 1 de octubre de 2019.

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Murcia.

PALABRAS CLAVE: Autonomía de la voluntad. Ley aplicable al divorcio. Reglamento (UE) 1259/2010. Plurinacionalidad.

KEYWORDS: Party Autonomy. Applicable law to divorce. Regulation (EU) 1259/2010. Multiple nationality.

## I. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. CONEXIÓN DE LA NACIONALIDAD Y PLURINACIONALIDAD

El criterio de la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable al divorcio es un elemento clave sobre el que se sustenta la unificación conflictual del Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>1</sup>. Su art. 5 atribuye a los cónyuges la posibilidad de elegir la ley aplicable a su divorcio (o separación judicial) entre alguna de las que expresamente recoge<sup>2</sup>: (a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio; (b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio; (c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio; (d) la ley del foro, o ley del Estado cuyos tribunales tienen competencia para conocer del divorcio en virtud de los foros del art. 3 del Reglamento 2201/2003<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010.

<sup>2</sup> El margen de elección que introduce el art. 5 es amplio, no obstante, considera DIAGO M<sup>a</sup>. P., que no cubre todas las posibles normas con las cuales los cónyuges pueden tener estrecha vinculación, a pesar de que ésta es la motivación principal del legislador de la Unión Europea para la predeterminación de las normas objeto de elección. DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup>. P. “El matrimonio y sus crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *Revista Española de Derecho Internacional*, n<sup>o</sup> 2, 2014, pp. 49-80 (en esp. p. 69). En todo caso, y aun con estos límites, los argumentos favorables a la autonomía de la voluntad como criterio conflictual han motivado el acogimiento recibido en los posteriores Textos reglamentarios en Derecho de familia, como destacan: AÑOVEROS TERRADAS, B. (2013), “La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia”, en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C., VIÑAS FARRÉ, R., (Eds.), *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del derecho internacional privado. Liber amicorum Alegría Borrás*. Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, 2013, pp. 119 ss.; PERTEGÁS M. “Beyond nationality and habitual residence: other connecting factors in European private international law in family matters”, en MEEUSEN J. PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G., SWENNEN, F. (Eds), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, Amberes-Oxford, 2007 pp. 319 ss. (en esp., pp.336-339).

<sup>3</sup> Reglamento 2201/2003, 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) núm. 1347/2000”. DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003. Este Texto será sustituido a partir del 1 de agosto de 2022 por el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019 (DOUE L 178, de 2 de julio de 2019), de acuerdo con el art. 104 de este último –aunque su entrada en vigor se produjera a los veinte días de su publicación (art. 105)--. En todo caso, es importante señalar, a los efectos del presente trabajo, que el nuevo Reglamento no modifica los foros de competencia, que son los que ahora se consideran.

Entre los anteriores criterios conflictuales, el relativo a la nacionalidad es merecedor de la especial consideración que ahora se le dedica<sup>4</sup>. En el ámbito del art. 5 implica que los cónyuges pueden elegir, de común acuerdo, la ley del país de la nacionalidad que ostente cualquiera de ellos<sup>5</sup>. Por lo tanto, en función de cuál sea dicho país, la elección, y con ella la ley sustantiva reguladora del divorcio, puede ser la de un Estado miembro, o no miembro de la Unión Europea (en adelante UE). Se trata de la consecuencia de la «aplicación universal» a la que se refiere el art. 4 del propio Reglamento cuando establece que la «ley designada por el presente Reglamento se aplicará, aunque no sea la de un Estado miembro participante». En este contexto se puede comprender la trascendencia del planteamiento de las cuestiones que surgen ante las situaciones en las que uno o ambos cónyuges ostenten más de una nacionalidad. Una importancia que se incrementa si, desde un punto de vista cuantitativo, se atiende a la frecuencia de los casos de plurinacionalidad, ya sea referida a dos (o, en su caso, más) Estados miembros, como a Estados no miembros, o bien a un Estado miembro y otro no miembro de la UE (en adelante, situaciones de doble nacionalidad mixta)<sup>6</sup>. Estos últimos requieren la particular atención que se les dedica en el presente trabajo, tanto por la entidad de las cuestiones que plantean,

---

<sup>4</sup> El criterio de la nacionalidad en el ámbito de la Unión Europea parece haber sido estigmatizado, como indica BASEDOW que destaca, por ello, la importancia de considerar que el principio de proximidad con el derecho aplicable, sustenta y justifica el recurso a este criterio conflictual en sectores vinculados al estatuto personal, en los que tradicionalmente ha sido utilizado. BASEDOW, J., “Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l’Union Européenne”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, n.º 3, 2010, pp. 446-447. En sentido similar se expresa BODGAN, M., “The EC Treaty and the use of nationality and habitual residence as connecting factors in international family Law”, en MEEUSEN J. (ed.) *International family law for the European Union*, Intersentia, 2007, pp. 303-317 (en esp., pp. 308 y ss.); MARTINY, D., “Objectives and values of private international law in family Law”, en Meeusen J (ed.) *International family law for the European Union*, Intersentia, Antwerpen, 2007, pp.69-99 (en esp. p. 88); MEEUSEN, J., “Instrumentalisation of private international law in the European Union: towards a European conflict revolution”, *European Journal of Migration and Law*, n.º. 3, 2007, pp. p. 287-305 (en esp. 291 y ss).

<sup>5</sup> A diferencia del criterio de la nacionalidad comprendido en el art. 8 del Reglamento, cuya operatividad, prevista en defecto de elección por los cónyuges de la ley rectora de su divorcio, exige su articulación sobre la base de la nacionalidad común, en el ámbito del art. 5, la consideración de la nacionalidad de uno sólo de los cónyuges es la consecuencia de la necesidad del acuerdo (entre ambos) que exige la elección de dicha ley. Se trata del elemento fundamental por ser el que permite considerar que, en el contexto de la autonomía de la voluntad, el criterio de la nacionalidad de uno de los cónyuges no presenta discriminación, como ha sido destacado por la doctrina. En este sentido, BASEDOW, J., “Le rattachement...”, *Cit.*, pp. 446 ss; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º.2, 1997, pp. 413-445; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 4, 2004, pp. 117-186; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., “Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el derecho comunitario”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 10, 2001, pp. 645-661; RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Identidad y Nacionalidad”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2013, núm. 17, pp. 207-236; STRUYCKEN, A.V.M., “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 232, 1992, pp. 256-383.

<sup>6</sup> El incremento de los casos en los que coinciden en un sujeto los elementos para la atribución de la nacionalidad de diferentes Estados miembros viene favorecido por el derecho a la libre circulación y residencia, vinculado al ámbito intraeuropeo. Este incremento es destacado en el amplio y reciente análisis realizado por ADROHER BIOSCA, S., *La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español*, Reus. Foro de Debate Jurídico, Madrid, 2019.

como por el evidente incremento que se puede constatar en el ámbito de la UE como área de fuerte inmigración. Es una realidad que personas que entran en algún Estado miembro como inmigrantes adquieren, tras la residencia durante el tiempo necesario y demás requisitos, la nacionalidad de dicho Estado (receptor), que puede coexistir con la de su país de origen en el caso en que puedan conservarla<sup>7</sup>.

Las anteriores situaciones de doble (o múltiple) nacionalidad, pueden confluir en uno o ambos cónyuges cuando pretendan acordar la ley rectora de su divorcio sobre la base de la conexión de la nacionalidad comprendida en el art. 5. En este caso, que configura el centro neurálgico del presente desarrollo, la cuestión esencial e inmediata es la relativa al alcance de la posibilidad de elección. Se trata de precisar si el criterio de la autonomía de la voluntad, sobre el que se basa el acuerdo, se extiende a la posibilidad de elección entre las distintas nacionalidades en presencia, permitiendo a los cónyuges la designación de la ley del país de cualquiera de las nacionalidades que ostente alguno de ellos.

Esta cuestión configura el punto de partida en la sistemática del presente análisis, y su respuesta pasa por acudir a los elementos que el propio Reglamento ofrece. Con este objetivo se aborda en el siguiente apartado el alcance de la vía establecida por el considerando (22) para el tratamiento de las situaciones de plurinacionalidad. Se trata de la base esencial sobre la que, posteriormente, se puede constatar el impacto que genera su operatividad en las diversas situaciones de plurinacionalidad. Sus consecuencias, por la repercusión que presenta en las posibilidades de elección derivadas de la conexión nacionalidad, permiten considerar la incidencia que presenta respecto del criterio de la autonomía de la voluntad en la que aquélla se comprende. El estudio de los anteriores aspectos permite llegar a las conclusiones que finalmente se presentan como corolario del trabajo.

---

<sup>7</sup> Pone de manifiesto WAUTELET que la aceptación de la plurinacionalidad está siendo objeto de creciente aumento en los países europeos, indicando que, entre los motivos principales, destaca la consideración de que, actualmente, son los propios nacionales los que modifican su residencia al extranjero y adquieren la nacionalidad de dicho Estado. Pone como ejemplo lo ocurrido en la legislación belga. WAUTELET, P., “L’Option de Loi et les Binationalaux: Peut-On Dépasser le Conflit de Nationalités? Choice of Law in Family Relationships and Multiple Nationalities - A Case for a New Approach?”, *Revue Générale de Droit Civil Belge*, vol. 26, n° 9, 2012, pp. 414-430 (en esp. p. 418). Sobre la evolución de los Estados hacia una apertura del reconocimiento de los casos de doble nacionalidad *vid.* HAILBRONNER, K., “Multiple Nationality and Diplomatic Protection”, en ARKAN, S., YONGABK, A. (Eds.), *Liber Amicorum Tugrul Ansay*, Kluwer, 2006, pp. 117- 124. En el caso español, las situaciones de doble nacionalidad han venido institucionalizadas sobre la base tradicional de una identidad común de los pueblos hispano-americanos, como indica RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Identidad...”, *Cit.*, p. 210. Sobre el origen y justificación del sistema español de doble nacionalidad, VIRGÓS, M. Y RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La doble nacionalidad y los vínculos especiales con otros Estados: la experiencia española», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Civitas, Madrid, 2003, pp. 6323-6347 (p. 6325), y ADROHER BIOSCA, S., *La plurinacionalidad...*, *Cit.*, (en esp. pp. 24 ss).

## **II. TRATAMIENTO DE LA PLURINACIONALIDAD. EL CONSIDERANDO (22) DEL REGLAMENTO (UE) 1259/2010**

El tratamiento de las situaciones de plurinacionalidad se aborda en el considerando (22) del Reglamento 1259/2010, cuando establece que «(e)n los casos en que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea».

Es suficiente una primera aproximación para entender que la respuesta a la plurinacionalidad por remisión a la legislación(es) nacional(es), permite su identificación con la delimitación, entre las diversas nacionalidades que ostentan los cónyuges, o uno de ellos, de aquélla que ha de considerarse prevalente a los efectos de la operatividad de la conexión nacionalidad comprendida en las normas conflictuales del Reglamento<sup>8</sup>.

### **1. PUNTO DE PARTIDA. LA OPERATIVIDAD DEL CONSIDERANDO (22) EN EL CONTEXTO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

Un aspecto merecedor de especial atención es el relativo al alcance de la operatividad del considerando (22) del Reglamento 1259/2010. En el contexto de su art. 8, previsto para el caso en el que los cónyuges no hubieran designado la ley aplicable al divorcio, su aplicación no plantea duda alguna. Es evidente la necesidad de delimitar la nacionalidad prevalente a los efectos de la operatividad del criterio de conexión de la nacionalidad común que recoge. Se trata de la consecuencia del carácter subsidiario de sus soluciones, que exige precisar si esta conexión es operativa o si, por no serlo, se ha de aplicar la siguiente. La seguridad jurídica requiere que la respuesta de la vía para la delimitación de la nacionalidad prevalente sea clara, expresa y concreta, sin resquicio para la disparidad<sup>9</sup>.

Ahora bien, la justificación de la operatividad del considerando (22) puede cuestionarse en el contexto de la autonomía de la voluntad en atención a la propia la propia finalidad a la que obedece este criterio y, en particular, a los objetivos de flexibilidad y seguridad jurídica a los que responde como indica en su considerando (15)<sup>10</sup>. La elección de la ley

---

<sup>8</sup>La determinación de la nacionalidad prevalente en el caso de la plurinacionalidad “tiene por objeto precisar la ley personal del sujeto con vistas a determinar la ley aplicable a una relación jurídica”. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, 10ª edición, Aranzadi, Navarra, 2018, p. 362.

<sup>9</sup>La justificación de la necesidad de una respuesta a través de la identificación de la nacionalidad prevalente no implica, paralelamente, que el resultado de la delimitación de la nacionalidad prevalente a la que lleva la solución del considerando (22) sea la más adecuada, precisamente, porque no tiene los caracteres que requiere para la seguridad jurídica. Sobre este aspecto y la diversidad de posturas CARLIER, J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel. Etude prospective de droit international privé*, Bruylant, 1992, GUTMANN, M., “Le sentiment d’identité. Etude de droit des personnes et de la famille”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, nº 4, 2000, pp. 974-976.

<sup>10</sup> Establece este considerando que “(a)umentar la movilidad de los ciudadanos requiere, por una parte, más flexibilidad y, por otra, mayor seguridad jurídica. Para contribuir a este objetivo, el presente Reglamento

aplicable permite a los cónyuges conocer con total certeza y antes de presentar la demanda, el derecho estatal que va a regir su separación o divorcio. Cuando la ley elegida, en virtud de la conexión de la nacionalidad comprendida en el art. 5, fuera la del país de la nacionalidad de uno de los cónyuges, y éste fuera plurinacional, la seguridad jurídica puede quedar afectada mediante la aplicación del tratamiento de la plurinacionalidad del considerando (22), dada la coincidencia que ha de apreciarse entre la ley acordada y aquélla que resulta de la operatividad de este considerando, frente a la mayor amplitud de la elección que parece derivarse de la literalidad con la que el art. 5 introduce este criterio<sup>11</sup>. Además, la reducción que implica su operatividad en la posibilidad de la elección entre las diversas nacionalidades incide también en la flexibilidad perseguida por el criterio de la autonomía de la voluntad y el objetivo del *favor divortii* que en ella se integra, al permitir a los cónyuges que elijan la ley que consideren favorable sus intereses, en tanto beneficie su divorcio o separación<sup>12</sup>. Junto a ello, otra razón fundamental deriva de la consideración de los efectos que la aplicación del considerando (22) podría tener en el equilibrio que garantiza el art. 5, esencial en el contexto de una sociedad multicultural, consecuencia de la importancia que presenta en el ámbito del estatuto personal y familiar, la articulación para la elección de la conexión conflictual de la nacionalidad y de la residencia.

Todo ello motiva la necesidad de plantear, en este momento de inicio del trabajo, la cuestión relativa a la operatividad del considerando (22) en el contexto de la conexión de la nacionalidad que introduce el art. 5. La respuesta es esencial a los efectos del análisis que ahora se realiza ya que, sólo si es afirmativa, adquiere sentido seguir avanzando en el objeto que aborda. Al respecto es preciso señalar que las razones apuntadas no permiten identificar la respuesta que ahora se busca. Esta afecta al alcance de la operatividad de este considerando, que es diferente de la justificación que dicho alcance pueda tener,

---

debe reforzar la autonomía de las partes en materia de divorcio y de separación judicial, dejándoles cierto margen para elegir la ley aplicable a su divorcio o separación.”

<sup>11</sup> La seguridad jurídica que, para los cónyuges, implica el criterio de la autonomía de la voluntad es objeto de análisis por FRANZINA, P., “L'autonomia della volontà nel Regolamento sui di conflitti leggi in materia di separazione e divorzio”, *Rivista di Diritto Internazionale*, n° 2, 2011, pp. 488-496; TORGA, M., “Party autonomy of the spouses under the Rome III Regulation in Estonia –can private international law change substantive law”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2012, n° 4, pp. 547-554. Sobre la certeza, previsibilidad y estabilidad del derecho aplicable, FRANZINA, P. “The Law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) N°. 1259/2010 of 20 december 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n° 2, 2011, pp. 85-129, VIARENGO, I., “Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n° 3, 2011, pp. 601-624. Destaca la esencial importancia para los divorcios de común acuerdo por la coherencia con el protagonismo que el divorcio por consentimiento mutuo ha ido experimentando, BONOMI, A. “Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di Regolamento Comunitario”, en S. BARIATTI / C. RICCCI (a cura di), *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruselas II a Roma III*, Atti del Convegno Milano 24 febbraio 2006, Padova, 2007, pp. 92 ss (en esp. p. 96).

<sup>12</sup> Cuando aún estaba en fase de propuesta este Texto normativo, ya se destacaba este objetivo. LARDEUX, G., “L'introduction de règles de conflit de lois”, en A. LEBORGNE, I. BARRIERE- BROUSSE (Dirs), *Actualité du droit international privé de la famille, Actes du Colloque organisé par le Centre P. Kayser (Aix-en-Provence le 21 décembre 2007)*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2009, pp. 91-124 (en esp. P.111).

aspecto al que aquellas razones se refieren<sup>13</sup>. Esta es la causa de que su desarrollo se realice en un momento posterior, al llevarse al terreno del análisis de los resultados. En este plano procede cuestionar si la vía que ofrece el considerando (22) es la más adecuada. Este configura el punto de llegada, en el que se ha de valorar la coherencia y justificación de la solución, pero no puede configurar el punto de partida. No cabe, por ello, adelantar la valoración sobre el resultado de esta solución con la pretensión de descartarla *a priori*.

El punto de partida para abordar la respuesta que ahora interesa ha de pasar, necesariamente, por considerar la delimitación que deriva del propio considerando (22) en atención a la literalidad de sus términos. En este sentido es reveladora su redacción y, en particular, la referencia a «los» casos con la que comienza. Esta alusión (en plural) permite entender que la vía que aporta para el tratamiento de los supuestos de plurinacionalidad viene referida a la operatividad del criterio de la nacionalidad comprendido en cualquier norma conflictual del Reglamento, incluyendo, por lo tanto, el criterio conflictual recogido en su art. 5 en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, y no sólo el de la nacionalidad común de su art. 8.

Esta conclusión se ve reafirmada si se consideran otros Reglamentos europeos. En particular, interesan ahora los que recogen una expresa referencia al tratamiento de la plurinacionalidad, como son el Reglamento (UE) 650/2012, relativo a las sucesiones<sup>14</sup>, así como los Reglamentos (UE) 2016/1103, relativo a los regímenes económicos matrimoniales y 2016/1104, sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas<sup>15</sup>.

El primero de ellos recoge expresamente en su art. 22 la elección de la ley aplicable sobre la base del criterio conflictual de la nacionalidad. Su apartado primero, tras establecer la posibilidad de elección de la ley del Estado de la nacionalidad –ya sea la que se ostente en el momento en que aquélla se realice, o la del momento del fallecimiento–, se refiere de inmediato al caso en el que una persona tenga varias nacionalidades, estableciendo que «podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección o en el del fallecimiento». Esta referencia expresa para los casos de doble nacionalidad, si bien parece recoger de forma amplia la autonomía de la voluntad

---

<sup>13</sup> Todas ellas vienen referidas a la restricción que puede implicar la aplicación del considerando (22), por el estrechamiento que supone para la posible elección de la ley nacional y, particularmente, las consecuencias que puede generar en el ámbito de la autonomía de la voluntad. La difícil justificación del resultado al que lleva la aplicación del considerando (22) en el contexto de la autonomía de la voluntad ha llevado a plantear la inexistencia en estos casos de un verdadero conflicto de nacionalidades, WAUTELET, P., “L'Option de Loi et les Binationalaux...”, *Cit.*, pp. 428 ss; KRUGER, T., “Rome III and Parties’ Choice”, *Familie & Recht*, 2014, pp. 5 ss. <http://www.familyandlaw.eu/tijdschrift/fenr/2014/01/FENR-D-13-00010>.

<sup>14</sup> Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo” (DOUE L 201, de 27 julio de 2012).

<sup>15</sup> Reglamento (UE) 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y Reglamento (UE) 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (ambos de 24 de junio de 2016, DOUE L 183, de 8 de julio de 2016).

para la elección de la ley nacional, queda finalmente empañada por lo previsto en el considerando (41) del propio Reglamento 650/2012, en el que establece la vía para el tratamiento de los casos de plurinacionalidad de forma similar a la prevista en el considerando (22) del Reglamento 1259/2010 sin que, más allá de una redacción más precisa, aporte novedad en relación al contenido de este último<sup>16</sup>. Sin embargo, no ocurre lo mismo si se atiende a los otros Reglamentos señalados. Son, por ello, especialmente significativos a los efectos que ahora interesan los Reglamentos (UE) 2016/1103 (sobre regímenes económicos matrimoniales) y 2016/1104 (relativo a los efectos patrimoniales de las uniones registradas).

Estos Textos introducen la posible elección de la ley aplicable de acuerdo con las conexiones que recoge su respectivo art. 22, siendo una de ellas la relativa a la «ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges (miembros o futuros miembros de la unión registrada, en el Reglamento 2016/1104) en el momento en que se celebre el acuerdo»<sup>17</sup>. La identidad de esta conexión respecto de la recogida en el art. 5 del Reglamento 1259/2010 no se aprecia, sin embargo, y aquí radica la trascendencia, en la respuesta que aquellos Reglamentos ofrecen respecto del tratamiento de los casos de plurinacionalidad en los respectivos considerandos (50) y (49) con idéntica

---

<sup>16</sup> El considerando (41) del Reglamento (UE) 650/2012 establece que, «A efectos de la aplicación del presente Reglamento, la determinación de la nacionalidad o nacionalidades múltiples de una persona debe resolverse como una cuestión preliminar. La cuestión de considerar a una persona como nacional de un Estado queda fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento y está sujeta a la legislación nacional, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, dentro del pleno respeto de los principios generales de la Unión Europea». Del mismo modo que el considerando (22) del Reglamento 1259/2010, la vía para el tratamiento de los casos de plurinacionalidad se basa en la remisión a las legislaciones nacionales y el respeto de los principios de la UE.

<sup>17</sup> El art. 22 de ambos Reglamentos, rubricado «Elección de la ley aplicable», presenta un contenido muy similar, con las diferencias necesarias como consecuencia del ámbito material de cada uno de ellos. De este modo, dicho precepto del Reglamento 2016/1103 establece: «1. Los cónyuges o futuros cónyuges podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, siempre que se trate de una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, o b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo. 2. Salvo acuerdo en contrario de los cónyuges, todo cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio solo surtirá efectos en el futuro. 3. Ningún cambio retroactivo de la ley aplicable efectuado en virtud del apartado 2 afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley». Por su parte, el art. 22 del Reglamento 2016/1104 establece: «1. Los miembros o futuros miembros de una unión registrada podrán designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión registrada, siempre que dicha ley atribuya efectos patrimoniales a la institución de la unión registrada y que se trate de una de las siguientes leyes: a) la ley del Estado en el que los miembros o futuros miembros de la unión registrada, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo; b) la ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión registrada en el momento en que se celebre el acuerdo, o c) la ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada. 2. Salvo acuerdo en contrario de los miembros de la unión registrada, todo cambio de la ley aplicable a los efectos patrimoniales de su unión registrada efectuado durante la vigencia de la unión solo surtirá efectos en el futuro. 3. Ningún cambio retroactivo de la ley aplicable efectuado en virtud del apartado 2 afectará negativamente a los derechos de terceros derivados de dicha ley».

redacción<sup>18</sup>. En ellos, tras abordar la vía para el tratamiento de estas situaciones de forma similar a la que recoge el considerando (22) del Reglamento 1259/2010, establecen *in fine* que «(e)sta consideración no debe tener ninguna incidencia en la validez de la elección de la ley aplicable de conformidad con el presente Reglamento». Aunque su redacción podría haber sido más clara, parece evidente que excluye de la solución con la que aborda la plurinacionalidad a los casos en los que ésta se constate en el contexto de la elección de la ley aplicable (autonomía de la voluntad). Esta referencia expresa, y con ella la exclusión indicada, marca la diferencia esencial con el considerando (22) del Reglamento 1259/2010, que nada establece al respecto. A los efectos de la respuesta a la cuestión sobre la que gravita el presente apartado, se trata de un resultado esencial. Si de la propia redacción del considerando (22) parece derivar, como ha quedado expuesto, una amplitud de su operatividad, esta afirmación se fortalece si se atiende a la diferencia señalada respecto de la solución recogida en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, en los que expresamente excluyen su operatividad en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Aparte de constituir un motivo para justificar el traslado de esta solución al Reglamento 1259/2010, permite concluir señalando que la vía que recoge el considerando (22) es aplicable, tanto en el contexto del art. 8, como, en lo que ahora interesa, cuando se trate de la conexión de la nacionalidad comprendida en su art. 5. De haber querido el legislador excluir a ésta última de su aplicación hubiera podido hacerlo del mismo modo que se constata en los Reglamentos considerados --no cabe excluir donde no excluye la norma-. Este resultado configura la base para abordar el análisis de los resultados que genera la respuesta del considerando (22), así como, posteriormente, las limitaciones que implica y las consecuencias que de ella se derivan en el ámbito de la autonomía de la voluntad.

## **2. LA DIVERSIDAD COMO RESULTADO DE LA APLICACIÓN DE LAS LEGISLACIONES NACIONALES**

La aplicación de las legislaciones internas de los Estados miembros participantes, únicos vinculados por el Reglamento 1259/2010, es la vía mediante la que articula en su considerando (22) el tratamiento de las situaciones de plurinacionalidad. Esta remisión permite, de acuerdo con lo que establezcan las respectivas leyes sustantivas, que la solución se aborde mediante la delimitación de la nacionalidad efectiva, esto es, de la que, entre las distintas nacionalidades que pudieran ostentar los cónyuges, o uno de ellos, ha de prevalecer a los efectos de la operatividad de la conexión nacionalidad comprendida en las normas conflictuales del Reglamento<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> El considerando (50) del Reglamento 2016/1103, así como el considerando (49) del Reglamento 2016/1104 establecen, con idéntica redacción, que «Cuando en el presente Reglamento se menciona la nacionalidad como punto de conexión, la cuestión de cómo considerar a una persona con múltiples nacionalidades es una cuestión previa que no entra en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y que debe dejarse al arbitrio del Derecho nacional, incluidos, cuando proceda, los convenios internacionales, con pleno respeto de los principios generales de la Unión. Esta consideración no debe tener ninguna incidencia en la validez de la elección de la ley aplicable de conformidad con el presente Reglamento».

<sup>19</sup> BASEDOW, J., “Le rattachement...”, *Cit.*, pp. 427 ss., FRANZINA, P., “The law applicable...”, *Cit.*, pp. 116-117); LOPES PEGNA, O. “La Proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, nº 2, 2010, pp. 126

El resultado de esta solución es la causa de su negativa valoración. La diversidad existente entre las distintas legislaciones nacionales motiva, de forma paralela, que esta misma diversidad sea el resultado que genera. La determinación de la nacionalidad efectiva puede ser distinta en función del Estado miembro participante cuya legislación sea aplicable. Esta disparidad de las soluciones nacionales para resolver la determinación de la nacionalidad prevalente incide directamente en la diversidad de la ley aplicable a la separación o divorcio<sup>20</sup>.

Se trata de un resultado que opera en contra de la pretendida unificación conflictual de ahí sus evidentes consecuencias. La primera, expresión de la más absoluta incoherencia, se identifica con la ausencia de compatibilidad entre esta diversidad y un Reglamento que pretende la unificación de los criterios conflictuales para determinar la ley aplicable al divorcio. La segunda presenta directa incidencia en la desigualdad del tratamiento de las situaciones, ya que éste depende de la legislación nacional aplicable. La tercera, a su vez consecuencia de las anteriores, la que afecta directa y negativamente a la seguridad jurídica de los cónyuges.

En todo caso, la ausencia de seguridad jurídica no sólo deriva de la misma remisión a las legislaciones nacionales con la que aborda la respuesta, sino también de la insuficiencia de esta respuesta. La parca redacción del considerando (22) muestra sus efectos más

---

ss. (en esp. p. 135), HAMMJE P. “Le nouveau règlement (UE) n°1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oeuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 100, n° 2, 2011, pp. 291 ss (en esp., p. 318).

<sup>20</sup> En el derecho español, tratándose de situaciones de doble nacionalidad no previstas (ni en nuestros convenios, ni en las leyes españolas), la solución es la prevalencia de la nacionalidad española si el sujeto ostenta, además, otra distinta y, si tuviera varias nacionalidades no siendo ninguna la española, la del país donde tiene su residencia habitual (art. 9.10 Cc., por remisión del art. 9.9 segundo párrafo Cc). En el caso de situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas, la solución pasa por aplicar la que determinen los convenios internacionales y, cuando no resulten aplicables, la nacionalidad prevalente, en virtud del art. 9.9 párrafo primero del CC, es la que coincida con la residencia habitual del interesado y, en su defecto, la última nacionalidad adquirida. Respecto de los convenios bilaterales, la solución para determinar la nacionalidad efectiva es: (a) bien la del Estado en que tengan su domicilio entendiéndose por tal, el país en que se haya inscrito la nacionalidad (art. 3. 2º y art. 4. 1º, de los Convenios con Chile, de 24 de mayo de 1958, con Perú, de 16 de mayo de 1959, con Nicaragua, de 25 de julio de 1961, con Bolivia, de 12 de octubre de 1961; art. 7. 1º, y art. 3. 1º, del Convenio con Guatemala, de 28 de julio de 1961; art. 3. 2º y art. 4 del Convenio con Honduras, de 15 de junio de 1966) (b) bien la del Estado que haya otorgado la última nacionalidad (art. 3. 3º de los Convenios con Paraguay, de 25 de junio de 1959 y con la República Dominicana, de 15 de marzo de 1968; art. 3. 4º de los Convenios con Ecuador, de 4 de marzo de 1964 y con Costa Rica, de 8 de junio de 1964, y art. 1. 2º del Convenio con Argentina, de 14 de abril de 1969); o (c) bien la del Estado en cuyo territorio se encuentre la persona interesada si así lo establece la legislación de dicho Estado (art. 4 del Convenio con Colombia, de 27 de junio de 1979). Sobre estas soluciones y, con carácter más general, sobre los efectos de la doble nacionalidad *Vid.* ADROHER BIOSCA, S., *La plurinacionalidad...*, *Cit.*, pp. 69 ss. De acuerdo con FERNÁNDEZ ROZAS, J.C, Y SÁNCHEZ LORENZO, S., (*Derecho...*, *Cit.*, pp. 361-362) se puede afirmar que las soluciones del Derecho español para la determinación de la ley personal en el caso de la doble nacionalidad son asimétricas y complejas, desvelan una “lamentable confusión entre las necesidades del Derecho de la nacionalidad y del Derecho internacional privado... Debería optarse por un criterio de determinación objetivo, común para todos los supuestos: nacionalidad efectiva, coincidente con la residencia habitual, o última adquirida...”.

trascendentes en el contexto de la autonomía de la voluntad. En este sentido, una cuestión esencial es la relativa al Estado miembro participante cuya legislación ha de ser considerada para la identificación de la nacionalidad prevalente a los efectos de la operatividad de la conexión de la nacionalidad comprendida en el art. 5.

En el contexto del art. 8, cuya operatividad exige que se haya planteado la demanda de divorcio, no cabe duda de que esta legislación ha de ser la del Estado miembro participante cuyos tribunales sean competentes para el divorcio en virtud del art. 3 del Reglamento 2201/2003. Sin embargo, esta referencia no queda clara cuando se trata de la elección (*ex.art.5*) de la ley de la nacionalidad de uno de los cónyuges (plurinacional), salvo que coincida con el momento de la demanda, o bien se realice con posterioridad a su interposición, en el curso del proceso<sup>21</sup>. Si el acuerdo para la elección se pretende celebrar con carácter previo a la demanda —la ausencia de precisión por el art. 5 del momento temporal permite el acuerdo en cualquier momento, incluso antes de que llegara a plantearse la crisis matrimonial—, es evidente que la delimitación de la (única) nacionalidad sobre la éste puede recaer, no puede realizarse con arreglo a la legislación de los tribunales del Estado miembro participante competentes para el divorcio, puesto que aún no se conocen. La ausencia de respuesta sobre la legislación de referencia para la identificación de la nacionalidad prevalente no se justifica si se considera la exigencia del considerando (22) y su incidencia en la validez de la elección. En este caso, la duda, y con ella la ausencia de seguridad jurídica, opera en un momento anterior al de la interposición de la demanda.

Si se acude al propio art. 5 se puede constatar que, en su letra c), establece que los cónyuges pueden determinar aplicable para su divorcio la ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos «en el momento de formalizar el acuerdo». Esta precisión congela el momento temporal en el que se ha de apreciar la nacionalidad elegida (momento del acuerdo<sup>22</sup>) y, por tanto, en el que ha de ser precisada la nacionalidad prevalente. Ahora bien, una cosa es la precisión del momento en el que se ha de identificar la legislación estatal aplicable, y otra la concreción del Estado miembro cuya legislación ha de ser aplicada.

---

<sup>21</sup> El mismo art. 5 señala el momento en que puede procederse a la elección de la ley por los cónyuges indicando, en su segundo apartado, que el acuerdo puede celebrarse o modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional. En su tercer apartado también permite, si la ley del foro así lo establece, que los cónyuges designen la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. En este caso, así como en el supuesto en que el acuerdo se celebre en la fecha en que se interponga la demanda, la identificación del Estado conforme a cuyos criterios se determina la nacionalidad efectiva queda clara, al coincidir con el de los tribunales que son competentes para conocer del divorcio, el problema, por ello, se presenta cuando el acuerdo sea realizado antes de la presentación de la demanda.

<sup>22</sup> El problema en estos casos se deriva de que no existe la correlación *forum-ius*. Sobre esta correlación que se busca entre las conexiones del art. 5 y los foros recogidos en el art. 3 del Reglamento 2201/2003, vid., SABIDO RODRÍGUEZ M., “La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en Derecho internacional privado español”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 45, 2013, pp. 499-534 (en esp. p. 519).

Tampoco se encuentra la respuesta en otros preceptos del Texto reglamentario como, en particular, podría ser el art. 6.1 por venir referido a la existencia y validez del acuerdo de elección de ley. Este precepto remite a la «ley por la que se regiría el convenio en virtud del presente Reglamento si el convenio o cláusula fuera válido». No resuelve la cuestión que ahora interesa puesto que, precisamente, de su respuesta depende la determinación de la ley por la que se rige la validez del acuerdo. Cuando la ley de la nacionalidad del cónyuge plurinacional sea la elegida, la determinación de la ley aplicable está condicionada, por su directa dependencia, a la previa determinación de la nacionalidad prevalente. A su vez, ésta última depende de los criterios recogidos por la «legislación nacional» (considerando 22) que es, precisamente, la que estamos buscando. No es posible romper el círculo. La respuesta no se encuentra en este precepto, ya que opera en una fase posterior a la determinación de la ley aplicable en la que se comprende la cuestión que ahora se plantea.

De coincidir en el mismo Estado miembro participante los elementos del caso, por ejemplo, la común residencia de los cónyuges en el Estado miembro cuya ley es elegida por ambos --como país cuya nacionalidad fuese una de las que ostenta el cónyuge plurinacional--, parece coherente (lo que no significa que se justifique la ausencia de respuesta en la norma) que su legislación sea la aplicable. Sin embargo, en las diversas hipótesis en las que tales elementos no coincidan, como puede ocurrir cuando, con carácter previo a la celebración del acuerdo, los cónyuges modifiquen su residencia habitual a otro Estado miembro participante, la legislación de este último ¿tendría algo que decir? Realmente, la celebración del acuerdo en el Estado miembro participante de la residencia habitual en principio incide, de acuerdo con el art. 7 del Reglamento, a efectos de la aplicación de los requisitos formales adicionales<sup>23</sup>, de ahí las dudas sobre el papel que puede desempeñar en la respuesta. En definitiva, con estas cuestiones se trata de poner de relieve el difícil encaje que presenta la operatividad del considerando (22) en el contexto de la conexión nacionalidad comprendida en el criterio de la autonomía de la voluntad. Su resultado solo puede derivar en un incremento de la falta de certeza y seguridad jurídica para los cónyuges<sup>24</sup>.

---

<sup>23</sup> El art. 7 del Reglamento 1259/2010 establece los requisitos formales adicionales en función del Estado de la residencia habitual, sin atribuir ninguna relevancia a la conexión lugar de celebración del acuerdo de elección, siendo por ello irrelevante que se celebre en un Estado distinto de aquel en el que los cónyuges (o uno de ellos) tuvieran su residencia habitual. Por otra parte, los requisitos formales vienen establecidos con el objeto de asegurar la realidad e integridad del consentimiento informado para esta designación. Sobre esta base se articula la exigencia del respeto de los mismos que establecen los apartados, segundo a cuarto del art. 7, donde se recogen. De acuerdo con RODRÍGUEZ MATEOS P., cabe señalar que las conexiones del Reglamento 1259/2010 en relación con la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio, no se refieren a la ley aplicable a la validez formal del acuerdo de elección de ley, aspecto para el que únicamente se da entrada a la conexión residencia habitual. RODRÍGUEZ MATEOS P., “La nacionalidad en el contexto del Derecho internacional privado y del Derecho europeo” en ESPULGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. (Eds), *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo blanch, 2012, pp 677 ss (en esp., p. 687).

<sup>24</sup> Destaca González Beilfuss uno de los problemas que, entiende, plantea la autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable es que no está garantizado que el acuerdo de elección sea respetado en el Estado cuyos tribunales conozcan finalmente de la disolución del vínculo conyugal. Incluso las controversias pueden venir de la propia validez del acuerdo. Indica por todo ello que el aspecto que considera más problemático es que el acuerdo de elección pueda celebrarse en cualquier momento, incluso

### 3. EL RESPETO DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA UNIÓN EUROPEA

El Considerando (22) del Reglamento 1259/2010, además de establecer la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales exige, de inmediato, el pleno respeto de los principios generales de la Unión Europea<sup>25</sup>. No se trata de un mero recordatorio de su existencia, por el contrario, su trascendencia es indudable en atención a sus consecuencias. Configura, por ello, una nueva muestra de la repercusión que presenta esta solución del Reglamento para el tratamiento de la plurinacionalidad en la falta de certeza de los cónyuges dado que, más que aportar una respuesta directa, parece, más bien, el resultado de una doble remisión (leyes estatales y principios de la UE).

La consideración de la incidencia que en los casos de doble nacionalidad presentan los principios generales de la UE, entre los que cobran singular importancia el de libre circulación y el relativo a la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (artículo 18 del TFUE), se deriva de su interpretación por el TJUE<sup>26</sup>. Su jurisprudencia permite revelar que la nacionalidad atribuida por los Estados miembros se lleva al terreno de la ciudadanía europea. La adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro es suficiente para incluir a una persona entre los ciudadanos de la UE y, a la

---

cuando el divorcio o separación conyugal son meramente hipotéticos. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho Internacional privado español: Cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, nº 1, 2012, pp. 135-194.

<sup>25</sup> Se trata de una esencial precisión ya que, la remisión a las legislaciones nacionales no presenta una sencilla compatibilidad con los principios de la Unión Europea, como indica BASEDOW, J., “Le rattachement...”, *Cit*, pp. 427 ss. En este sentido señala RODRÍGUEZ PINEAU E. (“Identidad...”, *Cit.*, p. 229) que “esta remisión a las soluciones nacionales tiene difícil encaje con la jurisprudencia del TJUE y la referida lógica de la integración y para algunos sólo se puede explicar como un compromiso político que permitiera la aprobación del Reglamento”.

<sup>26</sup> La delimitación de la nacionalidad relevante para la aplicación de las normas comprendidas en la legislación de la Unión Europea ha sido una cuestión que, en diversas ocasiones, se ha planteado ante TJUE, cuya respuesta es esencial al permitir perfilar la delimitación del alcance que tiene la aplicación de la legislación interna de los Estados miembros. En particular, cabe destacar la trascendencia de las respuestas que ofrece en los siguientes casos: Asunto C-369/90, *Micheletti c. Delegación del gobierno en Cantabria*, de 7 de julio de 1992, *Rec.* p. I-4239; (cuando existe una nacionalidad de un Estado miembro de la UE y se trata del ejercicio de libertades comunitarias, no es posible recurrir a la nacionalidad efectiva, ya que ha de prevalecer la nacionalidad europea), en el Asunto C-179/98 Estado belga c. *Fatma Mesbah* de 11 de noviembre de 1999, *Rec.* 1999, p. I-7955 (al no estar en juego el ejercicio de las libertades comunitarias, y teniendo doble nacionalidad mixta, el TJUE se pronunció en sentido afirmativo a efectos de la aplicación del criterio de la nacionalidad efectiva del Estado miembro del foro), en el Asunto C-168/08, *Hadadi c. Mesko*, de 16 de julio de 2009, C-168/08, *Rec.* p. I-06871 (en el terreno de la jurisdicción, la doble nacionalidad de dos Estados miembros diferentes impide aplicar el criterio de la nacionalidad efectiva), o en materia de nombre como en el Asunto C-148/02, *García Avelló c. Estado belga*, de 2 de octubre de 2003, *Rec.* p. I-11613, en la que viene a establecer que no se puede tratar de la misma forma a los dobles nacionales que a los que sólo ostentan la nacionalidad de un Estado miembro en esta materia, jurisprudencia continuada con el Asunto *Grunkin-Paul*, C-353/06; STJUE 2 marzo 2010. A los anteriores cabe añadir aquéllos otros casos referidos a la doble nacionalidad en relación al ejercicio de la función pública, en la que se puede incluir el Asunto 21/74, *Jeanne Airola c. Comisión*, de 20 febrero 1975, *Rec.* p. 221, o el Asunto 257/78, *Deverd*, de 14 de diciembre de 1979, *Rec.* p. 3767, o el Asunto F-6/08, *Jessica Blais*, 4 de diciembre de 2008.

vez, la ciudadanía europea es determinante, en beneficio del ejercicio de los derechos y libertades que implica, de los límites de la potestad de los Estados miembros tras la atribución de la nacionalidad.

Estos límites, en los casos de doble nacionalidad de dos (o, en su caso, más) Estados miembros, se constatan por quedar afectada la posibilidad de aplicar, para determinar la nacionalidad prevalente, las soluciones nacionales con las que resuelven los conflictos de doble nacionalidad y, en particular, las que pudieran privilegiar la nacionalidad del foro en detrimento de la de otro Estado miembro<sup>27</sup>. El límite que impone a las legislaciones estatales es de evidente trascendencia si se considera la frecuencia con la que resuelven los conflictos de nacionalidades priorizando la nacionalidad del foro<sup>28</sup>.

Ahora bien, este límite solo opera cuando las nacionalidades que se ostenten sean de Estados miembros. En el caso de doble nacionalidad mixta, la priorización de la nacionalidad del foro se admite como solución para delimitar la nacionalidad prevalente<sup>29</sup>. Se trata de la consecuencia de la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro y, con ella, de la ciudadanía europea, que impone además el necesario respeto por todos los Estados miembros de la nacionalidad atribuida por cualquiera de ellos<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> En este sentido *vid.*, BASEDOW, J., “Le rattachement...”, *Cit.*, p. 454 y p. 456); P. FRANZINA, “The Law applicable...”, *Cit.*, pp. 116-117; LOPES PEGNA, O. “La Proposta di cooperazione...”, *Cit.*, p. 135 ; P. HAMMJE, “Le nouveau Règlement...”, *Cit.*, p. 318, DE VIDO, S., “The Relevance of Double Nationality To Conflict-Of-Laws Issues Relating To Divorce And Legal Separation In Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, nº 1, 2012, pp. 222-232 (en esp., p. 229) ; RODRÍGUEZ PINEAU, P. “Identidad...”, *Cit.*, p. 226, VIARENGO, I., “Il Regolamento UE ...”, *Cit.*, pp. 601-624 ; MARTINY, D., “Objectives ...”, *Cit.*, pp. 69-99.

<sup>28</sup> Siguiendo a RODRÍGUEZ BENOT, A. (“El criterio...”, *Cit.*, p. 192), cabe constatar la frecuencia con la que la determinación de la nacionalidad efectiva se hace coincidir por las legislaciones nacionales con la preferencia de la nacionalidad del foro si ésta concurre con otra distinta. En este sentido señala que “frente a soluciones aisladas y flexibles consistentes, por ejemplo, en la consideración como efectiva de una u otra de las nacionalidades que se ostente, en atención a la materia de que se trate (caso del ordenamiento suizo), la realidad demuestra la decantación por una sola nacionalidad efectiva a todos los fines, que además suele ser la del Estado del foro”. Como indica RODRÍGUEZ PINEAU, E. (Identidad..., *Cit.*, p. 216) “tradicionalmente (desde el Convenio de La Haya de 1930 (...), las opciones pasan por preferir la nacionalidad del foro (si concurre ésta con una segunda)”.

<sup>29</sup> Cuando una de las dos nacionalidades es de un Estado miembro, se refuerza la identidad europea para garantizar el efectivo disfrute de los derechos como ciudadano europeo, haciendo prevalecer la nacionalidad de dicho Estado miembro. Como señala BASEDOW respecto de la regulación de los conflictos de nacionalidades por los Estados miembros, se constata que cuando una de las nacionalidades sea la del foro, ésta es la que prevalece. Esta prioridad, que no es posible tratándose de nacionales de dos Estados miembros, no se impide cuando se trate de la doble nacionalidad mixta. BASEDOW, J., “Le rattachement...”, *Cit.*, pp. 453-454

<sup>30</sup> Se trata de una de las consecuencias de la «fuerza atractiva» que ejerce la ciudadanía de la Unión (BASEDOW, J., “Le rattachement...”, *Cit.*, p. 434 y 442), en tanto que la adquisición de la nacionalidad de un Estado miembro es suficiente para incluir a una persona entre los ciudadanos de la Unión Europea, aunque mantenga relaciones significativas con un Estado no europeo. NASCIMBENE, B., *Nationality Laws in the European Union*, Milano, Giuffrè, 1996; CORNELOUP, S., “Réflexion sur l’émergence d’un droit de l’Union européenne en matière de nationalité”, *Journal de Droit International*, 2011, pp. 492-516 (en esp. p. 499). Es procedente recordar el conocido caso Micheletti, resuelto por la Sentencia del TJCE de 7 de julio 1992, en el que el que dejaba claro que, desde el momento en el que un Estado miembro, respetando el Derecho comunitario, atribuye su nacionalidad a una persona, no es posible admitir que otro Estado miembro pueda restringir los efectos de tal atribución exigiendo requisitos adicionales para

La incidencia que presenta todo lo anterior plasmado en el contexto que ahora se aborda muestra su evidente importancia, al permitir constatar una diversidad en la delimitación de la nacionalidad prevalente. Su resultado está en función de que la doble nacionalidad que ostente el cónyuge plurinacional sea de dos Estados miembros, o bien se trate de doble nacionalidad mixta.

De nuevo la diversidad es el resultado del considerando (22), en este caso consecuencia de la acción de los principios generales de la UE que introduce. La repercusión en la certeza del resultado y, con ella, en la seguridad jurídica vuelve al primer plano. La aplicación de las legislaciones nacionales con la que parece resolver el tratamiento de los casos de plurinacionalidad, cede el relevo, en gran parte, a la consideración de estos principios, debido a los efectos de las limitaciones que imponen en las primeras. Quizá sea esta la razón, que no la justificación, de la parquedad del considerando (22) pero, desde luego, no hay duda de que la seguridad jurídica está en jaque.

No deja de ser llamativa la especial atención que presta el propio Reglamento a la información de los cónyuges sobre las consecuencias jurídicas de la elección de la ley en los términos que recoge en su considerando (17), referidos a «los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de divorcio y separación judicial»<sup>31</sup>. Esta preocupación puede entenderse como la prueba de que el legislador europeo es consciente de la ausencia de claridad y, por lo tanto, de seguridad jurídica y certeza de sus respuestas. A pesar de ser esta la causa, revierte sobre los cónyuges la responsabilidad para la búsqueda de la información necesaria. No parece que sea ésta la manera más adecuada de suplir la garantía de seguridad que hubiera aportado la claridad de las soluciones del Reglamento. El hecho de instar a los cónyuges a la información de todos los aspectos que pueden incidir en su consentimiento no es suficiente. De hecho, es posible que no comprendan el alcance de su importancia para la celebración de un acuerdo en el que, no se olvide, se requieren escasos requisitos para su

---

reconocer dicha nacionalidad en orden al ejercicio de las libertades fundamentales 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 otro (apartados 10-12).

<sup>31</sup> El considerando (17) establece que “(a)ntes de designar la ley aplicable, es importante que los cónyuges tengan acceso a información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de divorcio y separación judicial. Con el fin de garantizar ese acceso a una información pertinente y de calidad, la Comisión actualiza periódicamente los datos del sistema de información al público a través de Internet, establecido mediante la Decisión 2001/470/CE”. Por su parte, señala el considerando (18) que “(1)a elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable. La posibilidad de elegir de común acuerdo la ley aplicable no debe afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges. Por esa razón, es importante que los jueces de los Estados miembros participantes sean conscientes de la importancia de que los cónyuges hagan una elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable”. Siguiendo a OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS P., cabe señalar que estos mecanismos sólo contribuyen al conocimiento de las leyes de los Estados Miembros. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS P., “La nueva regulación de la Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España”, *Diario La Ley*, nº 7193, 2012, pp. 1-14 (en esp., p. 13).

validez formal<sup>32</sup>. Además, no siendo especialistas en Derecho, difícilmente podrán llegar a informarse de todos aquellos elementos<sup>33</sup>. En realidad, a la vista de la ausencia de seguridad jurídica como carácter predominante de la reglamentación de los distintos aspectos que se refieren al acuerdo de elección, más que instar a los cónyuges a la información, hubiera sido necesario aconsejarles la búsqueda de un informante especialmente cualificado en el Derecho europeo<sup>34</sup>.

### III. IMPACTO DE LA OPERATIVIDAD DEL CONSIDERANDO (22) EN EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Los resultados hasta ahora constatados derivados del tratamiento de la plurinacionalidad que realiza el considerando (22), permiten mostrar un panorama caracterizado por la diversidad con la que se han de abordar las respuestas para la delimitación de la nacionalidad prevalente. Su consecuencia se identifica con el distinto alcance que presenta la conexión de la nacionalidad de uno de los cónyuges sobre la que pueden basar la elección de la ley aplicable a su divorcio. La consideración de este alcance y la incidencia más general que muestra en el contexto de la autonomía de la voluntad es el objeto del presente apartado, cuyo análisis exige atender a las distintas situaciones de plurinacionalidad. Las más relevantes consecuencias se pueden constatar en el caso de la doble nacionalidad mixta, motivo de que su específica consideración se realice tras las demás situaciones para dedicarle la especial atención que merece.

---

<sup>32</sup> A estos requisitos se refiere el art. 7, al señalar que el convenio para la elección de la ley aplicable ha de venir formulado por escrito y estar fechado y firmado por ambos cónyuges. Se considera que se ha formalizado por escrito “toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio”. En realidad, estos requisitos establecidos sobre la base de un escrito privado, ni siquiera parecen suficientes para garantizar que los cónyuges hayan sido conscientes de su acuerdo y evitar que uno de ellos impusiera su voluntad sobre el otro, lo que permite destacar la importancia que hubiera tenido de haber previsto que la validez del acuerdo exigiera un escrito del que pudieran derivarse mayores garantías. A estas cautelas se refiere F. POCAR, “Quelques remarques sur la modification du règlement communautaire n° 2201/2003 en ce qui concerne la compétence et la loi applicable au divorce”, en *Mélanges en l’honneur de M. Revillard, Liber Amicorum*, París, 2007, pp. 244 s (en esp. p. 252).

<sup>33</sup> Estamos de acuerdo con CAMPUZANO B., cuando señala que es poco realista esperar que sean los propios cónyuges los que recaben información sobre estas cuestiones, especialmente cuando se trate de personas ajenas al mundo del derecho, ello motiva la cautela adicional que afecta a las autoridades competentes que realiza el considerando (18). B. CAMPUZANO DÍAZ, “El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 39, 2011, pp. 561-587.

<sup>34</sup> La necesidad de intervención en relación al pacto de elección es objeto de consideración por P. FRANZINA que, en este sentido destaca la importancia que habría de presentar la intervención del notario a efectos de facilitar el ejercicio de la autonomía en la elección de la ley aplicable al divorcio, en tanto permitiría asegurar el respeto de las condiciones de forma especiales, eventualmente prescritas por el derecho pertinente, al poder favorecer que la elección sea informada y eficaz por conferir a la operación de elección un alto grado de seguridad jurídica que interesa a las personas directamente implicadas y a los terceros. Se integraría en la que denomina la «dimensión administrativa» de la cooperación internacional en el ámbito del derecho privado. FRANZINA, P., “Les acteurs de l’espace judiciaire européen en matière civile”, en M. DOUCHY-OUUDOT, E. GUINCHARD, *La Justice civile européenne en marche*, Dalloz, París, 2012, pp. 7 ss. (en esp. p. 8 y p. 10).

## **1. DOBLE NACIONALIDAD DE ESTADOS MIEMBROS**

La elección de la ley rectora del divorcio que acuerden los cónyuges conforme a la ley nacional de uno de ellos (art. 5), exige la aplicación de lo previsto en el considerando (22) cuando este cónyuge ostente doble nacionalidad, y ello con independencia de los países a los que ésta venga referida.

Ahora bien, tratándose de doble nacionalidad de dos (o, en su caso, más) Estados miembros, la aplicación de las legislaciones nacionales exigida por este considerando encuentra importantes limitaciones por la acción de los principios generales de la UE, cuyo respeto también impone. Como ya ha quedado expuesto, estos principios, de acuerdo con la interpretación de la jurisprudencia del TJUE, exigen el rechazo de la prioridad de la nacionalidad del foro y la consideración de las nacionalidades de los Estados miembros en plano de igualdad<sup>35</sup>.

Estos límites, impuestos a las legislaciones de los Estados miembros participantes, operan a favor de la prevalencia de la autonomía de la voluntad, al implicar, paralelamente, la desactivación de las limitaciones que de estas legislaciones puede derivarse cuando, a través de la determinación de la nacionalidad prevalente, reconduzcan la posibilidad de elección a esta (única) nacionalidad.

El resultado, en esta situación de plurinacionalidad, ha de identificarse con la posibilidad de que la elección de la ley rectora del divorcio pudiera recaer sobre cualquiera de las nacionalidades de los Estados miembros que uno de los cónyuges ostente<sup>36</sup>. La autonomía de la voluntad para la elección de la ley del divorcio queda reforzada, un resultado que contrasta con el que se aprecia en las demás situaciones, como de inmediato se constata<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup> Siguiendo a HAMMJE, P. (“Le nouveau Règlement...”, *Cit.*, p. 318) cabe afirmar que los principios generales de la Unión, en particular, del principio de prohibición de toda discriminación por razón de nacionalidad, y su interpretación y soluciones aportadas por la jurisprudencia del TJUE, pueden ser trasladadas al caso de elección de los cónyuges de la ley aplicable al divorcio cuando las nacionalidades en conflicto sean las de dos Estados miembros. En el mismo sentido, BASEDOW, J., “Le rattachement...”, *Cit.*, pp. 446 ss.

<sup>36</sup> Es necesario considerar, siguiendo a HAMMJE, que la designación de la ley aplicable descansa sobre la elección de los cónyuges, y no sobre la nacionalidad misma, que únicamente es el criterio de conexión, una de las diversas posibilidades. De este modo, la opción entre las dos nacionalidades sólo extiende la opción, sin afectar al principio de proximidad del art. 5 y los límites que sobre el mismo se articulan en este precepto. En definitiva, que razonar en términos de primacía de la nacionalidad del foro o de la nacionalidad efectiva, podría llevar a cuestionar en el momento de la demanda de divorcio la elección efectuada previamente mediante el acuerdo de los cónyuges, lo que iría contra el objetivo de previsibilidad de la norma. HAMMJE, P., “Le nouveau Règlement...”, *Cit.*, p. 318. En el mismo sentido se expresa KRUGER, T., “Rome III and Parties...”, *Cit.*, p. 6. Especial interés presenta también el análisis de RODRÍGUEZ PINEAU que, aun señalando que no resulta tan claro de la jurisprudencia qué criterio debe seguirse en los supuestos que se ven afectados por la integración europea, termina por indicar que “cuando se trata de elegir entre dos nacionalidades de la Unión, parece claro que no se puede recurrir ni al criterio del foro ni a la nacionalidad más efectiva, lo que sugeriría que el Tribunal está defendiendo un recurso a la autonomía de las partes para escoger”. RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Identidad...”, *Cit.*, p. 226.

<sup>37</sup> En todo caso, esta aparente amplitud hay que considerarla en el contexto de la concurrencia de voluntades de los cónyuges que, no se olvide, exige el acuerdo de ambos, en el que, más allá de consideraciones que

## 2. DOBLE NACIONALIDAD DE ESTADOS NO MIEMBROS DE LA UE

Tratándose de la situación de doble nacionalidad de dos Estados no miembros de la UE que ostente uno de los cónyuges, o ambos (ya sea, o no, común), la posibilidad de presentar la demanda de divorcio ante los tribunales de un Estado miembro exige su competencia, atribuida de acuerdo con los foros del art. 3 del Reglamento 2201/2003. Para ello es necesario que, al menos uno de ellos, tenga su residencia habitual en un Estado miembro.

En este caso, la elección que pretendieran realizar para que la ley rectora de su divorcio fuera la ley del país de una de las nacionalidades del cónyuge plurinacional, queda sometida, de acuerdo con la primera parte del considerando (22), a las normas nacionales de los Estados miembros. Puesto que estas situaciones escapan de los principios de la UE, a las que, por coherencia, no se refieren, la diversidad de las soluciones nacionales opera ahora en toda su extensión.

Siendo aplicable la legislación española, la nacionalidad efectiva, tratándose de doble nacionalidad no prevista por nuestras normas, se hace coincidir con el país de la residencia habitual<sup>38</sup>. Si los cónyuges o, al menos, el cónyuge plurinacional reside en España, la consecuencia es doble. Por una parte, queda inhabilitada en la práctica la posible elección de la ley del país de alguna de las nacionalidades que ostente este cónyuge. Por otra, la superposición de las conexiones nacionalidad y residencia comprendidas en el ámbito de la autonomía de la voluntad que introduce el art. 5. El resultado opera respecto de las posibilidades sobre las que puede recaer la elección de ley aplicable ya que, en este caso, siempre se reconducen a la ley material española. El ámbito de acción de la autonomía de la voluntad queda seriamente afectado.

Es más, tampoco cambia este resultado si no acuerdan la ley aplicable. En este caso, las conexiones subsidiarias del art. 8, sea por la residencia habitual de ambos o del cónyuge plurinacional (si la demanda se presenta antes del año de la modificación de la residencia del otro), determinan la aplicación de la ley española. Los cónyuges no pueden escapar de la aplicación de esta ley, incluso en el caso en el que la doble nacionalidad (de Estados no miembros) fuera común, ya que la operatividad de cualquiera de las dos primeras conexiones subsidiarias impide la consideración de la tercera.

Todo lo anterior permite constatar el resultado al que puede llevar la aplicación del considerando (22) para el tratamiento de las situaciones de plurinacionalidad. La aplicación de las legislaciones nacionales, en cuyas manos deja la determinación de la nacionalidad prevalente, puede suponer incluso una distorsión de los criterios sobre los

---

pudieran basarse en la simple conveniencia, supone la confirmación del vínculo de proximidad con el Estado cuya ley elijan para regir su divorcio.

<sup>38</sup> *Vid. Supra* nota núm. 21.

que el propio Reglamento sustenta la determinación de la ley aplicable al divorcio, además, por supuesto, de la evidente repercusión en la previsibilidad de la ley aplicable<sup>39</sup>.

### **3. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS SITUACIONES DE DOBLE NACIONALIDAD MIXTA**

En los casos de doble nacionalidad mixta, la fuerza atractiva de la ciudadanía de la UE incide en la prevalencia de la nacionalidad del Estado del foro que, unido al necesario respeto por todos los Estados miembros de la nacionalidad atribuida por uno de ellos, supone una imposición de la identidad europea<sup>40</sup> y, con ella, un límite para la configuración del propio estatuto personal. Una consecuencia que, trasladada al contexto de la autonomía de la voluntad para la elección de la ley del divorcio, permite considerar su repercusión práctica.

#### **A) AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. ENTRE LA REALIDAD Y EL ESPEJISMO**

La autonomía de la voluntad para la elección de la ley aplicable al divorcio, ya limitada por el mismo art. 5 del Reglamento 1259/2010 que la introduce, estrecha aún más sus límites cuando pretendan basar su acuerdo en la aplicación de la ley del Estado de la nacionalidad del cónyuge que ostente doble nacionalidad mixta.

La operatividad del foro de la nacionalidad requiere, de acuerdo con el considerando (22), la aplicación de las legislaciones nacionales y, con ellas, se abre la puerta a la delimitación de la nacionalidad prevalente de entre las que ostente el cónyuge plurinacional. Esta delimitación, realizada a través de la prioridad de la nacionalidad del Estado miembro, reconduce (y reduce) la posibilidad de elección a la ley de dicho Estado. En el caso de doble nacionalidad mixta, la identificación de la nacionalidad prevalente con la del Estado miembro, implica la equivalencia entre la ley de este Estado y la elección que pueden realizar los cónyuges, quedando paralelamente socavada la posibilidad de que opere la ley del otro Estado (no miembro), del que también es nacional el cónyuge plurinacional. Este resultado se constata en las situaciones en las que los cónyuges hubieran adquirido la nacionalidad de un Estado miembro, tanto si la nacionalidad de origen la hubiera podido conservar uno de ellos, como si ambos la mantienen y, en este último caso, tanto si es diferente la nacionalidad mixta que ostentan ambos, como, incluso, si es común. En todos estos posibles escenarios se constata la limitación para los cónyuges al ver impedida la elección entre las diversas nacionalidades que ostente uno de ellos, (o, en su caso,

---

<sup>39</sup> MOJAK, K., “Le critère de la nationalité en droit international privé. Ses perspectives”, ADMINISTRACJA, n° 1, 2012, pp. 55-82 (en esp., p. 80). <http://wydawnictwo.wsei.eu/index.php/znadmin/article/viewFile/225/228>

<sup>40</sup> Esta preferencia por la ley del foro tiene una importante consecuencia desde la perspectiva del desarrollo de la propia identidad, como indica RODRÍGUEZ PINEAU, E. (“Identidad...”, *Cit.*, p. 216) y es que “no permite ningún margen de autonomía a la persona que ostenta las dos nacionalidades, pues el foro necesariamente le impone «identificarse» con la del foro”.

ambos), con la correspondiente incidencia en el contexto más general del ámbito de la autonomía de la voluntad en el que dicha conexión se integra.

Desde un punto de vista comparativo, este resultado puede considerarse discriminatorio respecto de aquellos casos en los que los cónyuges (ambos o uno de ellos) tengan la nacionalidad de un único Estado (sea o no miembro de la UE), en los que la opción por esta ley nacional mantiene sus posibilidades intactas al no ser considerada en clave de prevalente<sup>41</sup>.

Esta restricción tiene una superior repercusión en atención a la posible coincidencia de la ley aplicable que, de acuerdo con las conexiones del art. 5, se puede generar cuando ambos cónyuges tengan doble nacionalidad común mixta. La identificación de la nacionalidad prevalente con la del Estado miembro del foro, que, además, en los casos más frecuentes, es también el país de la residencia habitual de los cónyuges, al ser esta residencia la base para la adquisición de la nacionalidad de dicho Estado miembro (receptor), motiva la convergencia de las distintas circunstancias sobre las que se articulan las conexiones que introduce este precepto, llevando siempre a la aplicación de la ley del mismo Estado. La consecuencia es un estrechamiento del marco permitido a los cónyuges para formalizar el acuerdo de elección de la ley aplicable a su divorcio, al quedar reducido a una sola posibilidad. Realmente, la autonomía de la voluntad sin posibilidad de opción se asemeja más a un espejismo que a una realidad. Se trata de un trascendente resultado, al que, además, se añade el que deriva de considerar que esta ley, a la que queda reducida la posibilidad de elección, coincide con la que resulta aplicable en su defecto de acuerdo con las conexiones del art. 8. En particular, en las situaciones que ahora se están considerando, resulta operativa la primera de tales conexiones, dada la residencia habitual común de los cónyuges en el mismo Estado miembro del que hubieran adquirido la nacionalidad. En definitiva, se puede constatar que los cónyuges no pueden escapar de la aplicación de la ley del Estado miembro cuya nacionalidad es una de las que ostentan, y ello, aun en el caso en que ambos tengan nacionalidad común de otro Estado no miembro. El reducto al que ha quedado limitada la posibilidad de elección de la ley aplicable, unido a la coincidencia con la ley que resulta aplicable en defecto de elección, permite señalar que la autonomía de la voluntad baja aún más su nivel, pues ahora, más que un espejismo, parece quedar en el plano puramente virtual.

Escasamente se alteran estos resultados si se incorpora un nuevo factor como es la modificación de la residencia de los cónyuges a otro Estado miembro diferente del que son nacionales. En este caso, es cierto que, al menos, el acuerdo para la elección tiene una doble posibilidad, al poder designar la ley del Estado miembro de la nacionalidad, o bien

---

<sup>41</sup> Se muestra particularmente precisa RODRÍGUEZ PINEAU, E. (“Identidad...”, *Cit.*, p. 231) cuando se refiere a la “paradoja discriminatoria en materia de nacionalidad que genera el sistema europeo. “Por una parte, no se trata de manera igual a quienes disfrutan de una doble nacionalidad europea y a aquellos binacionales que sólo tienen una nacionalidad de la Unión. Aunque esta divergencia estaría justificada por razón de la integración europea, lo cierto es que, desde el punto de vista de la identidad de las personas, se explica con dificultad”.

la del Estado miembro de la nueva residencia habitual. La autonomía de la voluntad les da cierto margen, pero no llega hasta el punto de permitirles acordar la ley del Estado no miembro de la nacionalidad común. Tampoco podrían conseguir la aplicación de esta última de no realizar acuerdo alguno, dada la operatividad de la primera de las conexiones subsidiarias del art. 8 y, con ella, la aplicación de la ley del Estado miembro de la residencia habitual común. Además, si las circunstancias concretas del caso (por ejemplo, sólo se hubiera trasladado uno de ellos a un nuevo Estado miembro en el que presenta la demanda de divorcio al cabo del año), permitieran la operatividad de la conexión de la nacionalidad común, la posible priorización de la nacionalidad de los Estados miembros teniendo los cónyuges doble nacionalidad mixta común, lleva a la identificación de la nacionalidad prevalente con la del Estado miembro cuya nacionalidad ostentan ambos. No hay posibilidad de escapatoria de la aplicación de esta ley.

Si modificamos el caso, y atendemos al de doble nacionalidad mixta de ambos cónyuges, pero no común, o bien al de doble nacionalidad mixta de uno de ellos, siendo el otro nacional de un Estado miembro, tampoco podrían conseguir que su divorcio quedara regido por la ley del país de la nacionalidad de origen (Estado no miembro) del cónyuge plurinacional, aunque quisieran acordarla ambos.

El resultado que se constata en todos los supuestos anteriores incide en el planteamiento del sentido que presenta para los cónyuges con doble nacionalidad mixta la formalización del acuerdo de elección de la ley aplicable a su divorcio. Realmente, este acuerdo tendría verdadero interés de poder elegir la ley del Estado no miembro de la nacionalidad de uno de ellos. Al quedar cerrada esta posibilidad, pierde sentido la función de la autonomía de la voluntad como mecanismo para permitir la elección de la ley del país con el que exista mayor vinculación. Es la consecuencia del estrechamiento del alcance de la autonomía de la voluntad en los casos de doble nacionalidad mixta.

## **B) LA RUPTURA DEL EQUILIBRIO ENTRE NACIONALIDAD Y RESIDENCIA**

Como al principio se adelantaba, la operatividad del considerando (22) en el contexto de la autonomía de la voluntad pasa por abordar su resultado en atención al equilibrio que introduce el art. 5 mediante los criterios conflictuales de la nacionalidad y la residencia<sup>42</sup>. La nacionalidad garantiza la multiculturalidad, al permitir la aplicación de la ley que refleja la identidad cultural<sup>43</sup>, si bien no facilita la integración de quienes no tienen

---

<sup>42</sup> El debate sobre la incidencia de la multiculturalidad en la determinación de la ley aplicable a las relaciones horizontales de familia se ha quedado congelado, como indica DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup>. P. (“El matrimonio y sus crisis ...”, *Cit.*, p. 79), “en la introducción de la autonomía de la voluntad limitada a dos opciones: ley de la nacionalidad o ley de la residencia”.

<sup>43</sup> La nacionalidad como expresión de la identidad cultural es objeto de análisis por FRANZINA, “The Law applicable...”, *Cit.*, pp. 85 ss.; GAERTNET, V., “European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the background of private international law developments”, *Journal of Private International Law*, 2006, pp. 99-136.

intención de retornar a su país de origen. Por su parte, el criterio de la residencia habitual implica la asimilación entre los sujetos que habitan en el mismo territorio, sin embargo, no atiende al respeto a la identidad cultural<sup>44</sup>. Entre estas dos conexiones puede encontrarse el inmigrante cuando tuviera un importante grado de integración en la sociedad del país de acogida en el que reside, al mismo tiempo que pudiera mantener una fuerte vinculación con el país del que conserva su nacionalidad de origen. Esta tensión entre los objetivos de cada una de estas conexiones<sup>45</sup> es resuelta por el art. 5 del Reglamento 1259/2010. La opción entre la conexión de la nacionalidad y la de residencia puede permitir a los cónyuges acordar que la ley aplicable a su divorcio sea aquella con la que se sientan más vinculados<sup>46</sup>. El Reglamento permite la posibilidad de preservar la identidad cultural<sup>47</sup>, mostrando la sensibilidad que requiere esta realidad en la UE.

El traslado de las anteriores consideraciones al caso de la doble nacionalidad mixta permite constatar la importancia que presenta la posibilidad de elección como forma de resolver la tensión entre los objetivos de las conexiones en juego<sup>48</sup>.

La adquisición por un inmigrante de la nacionalidad del Estado miembro receptor puede obedecer a muy diversos motivos. Las razones de tipo político o económico constituyen

---

<sup>44</sup> Sobre las conexiones nacionalidad y residencia para gestionar las soluciones que requieren las minorías y el papel clave que desempeña la autonomía de la voluntad *Vid.* CAMPUZANO DÍAZ, B., “El Reglamento...”, *Cit.* p. 571; DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> P. “El matrimonio y sus crisis ...”, *Cit.*, pp. 49 ss., RODRÍGUEZ BENOT, A., “El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes”, en Combalía, Z., DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> P., GONZÁLEZ-VARAS, A. (Coord.), *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 89-110; *Id.*, “El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n<sup>o</sup> 1, 2010, pp. 186-202; RODRÍGUEZ PINEAU, E. “Identidad...”, *Cit.*, pp. 207 ss.; CALVO CARAVACA, A.L., “El «Derecho internacional privado multicultural» y el revival de la ley personal”, *Diario La Ley*, n<sup>o</sup> 7847, 2012, pp. 2-5.

<sup>45</sup> DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> P. (“El matrimonio y sus crisis ...”, *Cit.*, pp. 56-57) se refiere a la fuerte tensión entre los dos posibles objetivos a alcanzar con cada una de las conexiones. Esta tensión es la que tiene que resolver el DIPr, permitiendo, como indica CALVO CARAVACA (El Derecho internacional...”, *Cit.*, pp. 2-5), “la aplicación de «modelos sociales y jurídicos de vida» inspirados en concepciones diferentes y, con frecuencia, opuestas e incompatibles. Se trata, del respeto por la «identidad cultural» que exige el “triunfo del relativismo”, en el que la autonomía de la voluntad desarrolla un evidente papel”. FRANZINA, P. (“The Law applicable ...”, *Cit.*, pp. 85 ss.), destaca el papel clave que desempeña la autonomía de la voluntad para superar la tensión entre el peso de los factores de integración y el peso de los factores culturales.

<sup>46</sup> La posibilidad de opción entre la ley nacional y la de la residencia habitual, es objeto de tratamiento en pie de igualdad por el art. 5. No obstante, este equilibrio no se mantiene en el conjunto del Reglamento. La balanza se inclina a favor de la residencia habitual, como puede constatarse en atención al conjunto de mecanismos que, como correctivos a la aplicación de la ley de la nacionalidad, permiten aplicar la ley del foro (art. 10 y art. 12, en particular).

<sup>47</sup> FRANZINA, P., (“The Law applicable ...”, *Cit.*, pp. 97-98) indica que, como era de esperar, el Reglamento evita la definición de la nacionalidad a los efectos de sus reglas. En este sentido, destaca PATAUT, la necesaria evolución del concepto de la nacionalidad como criterio de conexión en el contexto de la multiculturalidad. PATAUT, E., “La nationalité: un lien contesté”, *Les nouveaux rapports de droit*, n<sup>o</sup> 39, 2013, pp.153 ss., <https://irjs.univ-paris1.fr/irjs-editions/>. <halshs-01348946>.

<sup>48</sup> Del mismo modo, la importancia que presenta la elección se constata en el caso de inmigrantes que no hubieran adquirido la nacionalidad del Estado miembro donde residan. Ahora bien, esta elección no es posible cuando la renuncia a la nacionalidad de origen sea requisito exigido por el Estado miembro de residencia para la adquisición de la nacionalidad, y ello por muy profunda que sea la vinculación que mantengan su país de origen.

poderosos argumentos, a los que pueden añadirse los de carácter social, o incluso cultural (inmigrantes de segunda generación)<sup>49</sup>. Lo cierto es que no se puede ignorar la posible existencia de fuertes vínculos de identidad cultural, social y religiosa con su país de origen<sup>50</sup>, incluso en los casos en que hubieran debido renunciar a ella, cuanto más, en aquéllos otros en los que no hubiera sido necesaria tal renuncia. En estos últimos, deviene esencial la posibilidad de elegir la ley del país con el cual se tenga mayor vinculación, ya sea aquél donde reside y cuya nacionalidad ha adquirido, por el importante grado de integración, o bien el país del que conserva su nacionalidad de origen. El respeto de estos vínculos adquiere singular trascendencia en el ámbito de las relaciones familiares, por la posible disparidad entre la legislación europea y la de su país de origen cuando la articulación de cada una se base en parámetros muy diferentes. En estos casos, el resultado puede ser una situación claudicante como ocurriría, tratándose del divorcio cuando, cuando no fuese posible el reconocimiento en su país de origen de la decisión procedente del tribunal de un Estado miembro por no haber sido aplicada su legislación material<sup>51</sup>. Sobre esta base se puede comprender la trascendencia que presenta, en los casos de doble nacionalidad mixta, la posible elección por los cónyuges de la ley del país de la nacionalidad de origen aunque también ostenten la de un Estado miembro. Esta elección quedaría comprendida en el equilibrio entre las conexiones nacionalidad y residencia, como finalidad perseguida por el art. 5, esencial en un área de fuerte inmigración como es la UE<sup>52</sup>. Este equilibrio es el que quiebra al constatar que, realmente, los cónyuges no pueden elegir, como ley rectora de su divorcio, la del Estado no miembro (país de origen) del que es nacional uno de ellos cuando hubiera adquirido la de un Estado miembro. Es la consecuencia de la priorización de esta última a los efectos de la identificación de la nacionalidad prevalente<sup>53</sup>.

---

<sup>49</sup> Las razones que motivan la adquisición de la nacionalidad son diversas. En este sentido indica RODRÍGUEZ BENOT, A. (“El criterio...”, *Cit.*, p. 191), que “es frecuente la adquisición de la nacionalidad del Estado de acogida por los inmigrantes debida, en la mayor parte de los supuestos, a razones políticas (acceso al estatuto de ciudadano de la Unión Europea, posibilidad de ejercicio de ciertos derechos reservados a los nacionales,...), económicas (abandono del *status* de inmigrante y por ende desaparición de la obligación de obtención y/o renovación de los permisos de residencia y de trabajo), o sociales (deseo de evitar discriminaciones por parte de la comunidad en que se integran)”.

<sup>50</sup> De acuerdo con DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> P. (“El matrimonio y sus crisis...”, *Cit.*, pp. 51-52), cabe señalar que “(l)a evolución de las migraciones ha alcanzado su máximo nivel, en la medida en que muchos de esos inmigrantes han adquirido ya la nacionalidad del Estado receptor, si bien conservan su propia identidad cultural, social y religiosa. Se generan así, más allá del Estado y de su Derecho, grupos con vínculos identitarios muy poderosos que crecen y que son imposibles de ignorar. Todo ello es el resultado del “Estado avanzado de multiculturalidad en el que nos encontramos”.

<sup>51</sup> Como significativamente ocurre cuando el Derecho de su país de origen sea de base religiosa. En particular, sobre la dificultad del reconocimiento en Marruecos de las decisiones españolas sobre divorcio RUIZ SUTIL, C., “Le nouveau Règlement «Rome III»: La séparation de corps et le divorce de la population marocaine en Europe et en Espagne”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, nº 2, 2012, pp. 525-548. Siguiendo a RODRÍGUEZ BENOT, A. (“El estatuto personal...”, *Cit.*, p. 109), cabe afirmar la necesidad de una actitud de apertura por parte de jueces y autoridades europeos hacia las realidades normativas de los países magrebíes, un esfuerzo en la adopción de soluciones que no resulten claudicantes.

<sup>52</sup> Destaca CAMPUZANO DÍAZ, B. (“El Reglamento...”, *Cit.*, p. 571) la necesidad, en un área de fuerte inmigración como es la UE, de ofrecer una solución acorde al carácter multicultural de nuestra sociedad.

<sup>53</sup> En estos casos, puede afirmarse con RODRÍGUEZ BENOT, A. (“El criterio...”, *Cit.*, p. 191) que existe una disfunción entre la nacionalidad que formalmente se ostenta como nacionalidad efectiva y la que responde a la cultura que materialmente se conserva y no ha renunciado a los vínculos con su país de origen.

La ruptura de este equilibrio incide negativamente en la función que, en principio, va unida al criterio de la nacionalidad en el contexto de la autonomía de la voluntad como mecanismo por el que se permite el respeto a la identidad cultural de los inmigrantes<sup>54</sup>. No parece sencillo que los cónyuges entiendan que su divorcio no se puede regir por la ley del país de la nacionalidad (de origen) que ostenta uno de ellos (o incluso ambos), a pesar de haberles permitido conservar dicha nacionalidad al adquirir la de un Estado miembro, así como de la estrecha vinculación que ambos pudieran tener con ese país y de la esencial importancia que presenta para evitar las situaciones claudicantes que se pueden generar<sup>55</sup>.

Tampoco facilita la comprensión de este resultado, además de la confusión que puede generar a los cónyuges con la repercusión en la seguridad jurídica, la consideración que parece derivar de la articulación del criterio de la nacionalidad en el art. 5, cuya referencia a uno sólo de los cónyuges refleja la amplitud con la que aparentemente se da entrada a la elección<sup>56</sup>.

Se trata de un resultado que adolece de falta de coherencia con el respeto a la identidad cultural, a la multiculturalidad que, en principio, aporta el criterio de la autonomía de la voluntad implícito en la posibilidad de elección que el art. 5 establece. Cuesta

---

<sup>54</sup> Desde una perspectiva multicultural, se puede afirmar con RODRÍGUEZ BENOT A., (“El criterio...”, *Cit.*, p. 189) que la utilización de la nacionalidad como criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable a las instituciones derivadas del estatuto personal en general, y al Derecho de familia en particular puede ser, en principio, considerada una medida de respeto de la identidad cultural de los inmigrantes, por cuanto permitiría la aplicación del ordenamiento de su Estado de procedencia (por ejemplo un país musulmán) en el Estado de acogida a instituciones particularmente sensibles desde una perspectiva religiosa o cultural. La importancia que, en este sentido, presenta la conexión de la nacionalidad se destaca por RODRÍGUEZ PINEAU, E. (“Identidad...”, *Cit.*, p. 215) cuando señala que “a pesar del creciente uso de la conexión territorial (domicilio o residencia habitual), o incluso de la autonomía de la voluntad, se observa que la nacionalidad no resulta descartada como criterio de conexión porque garantiza una estabilidad en la ley aplicable, generando a su vez seguridad jurídica y soluciones predecibles. Además, permite mantener esa idea de la identidad cultural del individuo y respetar sus derechos fundamentales”.

<sup>55</sup> Se trata de una de las consecuencias que derivan de la preferencia de la ley del foro como respuesta a la nacionalidad prevalente. Estas situaciones claudicantes tienen especial gravedad en el supuesto que ahora se considera ya que la situación puede ser válida en el país de su segunda nacionalidad, no pudiendo ser reconocida en el de su nacionalidad de origen. Ahora bien, las situaciones claudicantes no son exclusivas de este supuesto. Como indica DIAGO DIAGO, M<sup>a</sup> P. (“El matrimonio y sus crisis...”, *Cit.*, p.70), también se aprecian como consecuencia de los límites del art. 5. En particular, por lo que se refiere a los casos de inmigrantes que hubieran adquirido la nacionalidad del país de acogida, tras la renuncia a la nacionalidad de origen, esencialmente cuando esta última sea la de un país islámico, dada la frecuente celebración del matrimonio en este país con el que conservan una fuerte vinculación. En este caso, llegado el momento del divorcio, la limitación del art. 5 (y la ausencia de conexiones como la de la “ley del lugar de celebración”) les impide la elección de la ley de su país de origen como ley aplicable a su divorcio. Se encontrarán con graves problemas para obtener el reconocimiento del divorcio en su país, respecto del cual, incluso puede que sigan siendo nacionales, aun cuando hayan adquirido otra nacionalidad y aun habiendo renunciado a ella (el caso significativo de los marroquíes).

<sup>56</sup> El hecho de que la elección permitida sobre el criterio de la nacionalidad venga referida a uno sólo de los cónyuges y no a ambos, es un aspecto destacable, de acuerdo con HAMMJE, P., (“Le nouveau Règlement...”, *Cit.*, p. 291), en tanto considera que se traduce, sin duda, en un tratamiento favorable para el divorcio.

comprenderlo en el contexto de un precepto que permite a los cónyuges la elección de su ley nacional como ley rectora del divorcio sobre la base de la existencia de vinculación como elemento esencial para la selección de sus conexiones conflictuales<sup>57</sup>.

A las consecuencias anteriores se añaden las que resultan del tratamiento discriminatorio que se puede constatar respecto de los casos en los que, al menos uno de los cónyuges tenga solo la nacionalidad de su país origen, en cuyo caso pueden acordar la aplicación de esta ley, o de aquéllos en los que ambos tengan una única nacionalidad (de un Estado no miembro), cuya operatividad no depende de que sea la prevalente.

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

El presente análisis se centra en los casos de plurinacionalidad que pudiera ostentar uno o ambos cónyuges en el momento de la celebración del acuerdo para la elección de la ley aplicable al divorcio. Su núcleo gravita en torno a la articulación entre, por una parte, la posibilidad de designar la ley del país de la nacionalidad de cualquiera de ellos de acuerdo con el criterio de la autonomía de la voluntad del art. 5 del Reglamento 1259/2010 y, por otra, el tratamiento de las situaciones de plurinacionalidad que recoge en su considerando (22). El difícil encaje entre ambos aspectos, constatado a lo largo de la evolución del trabajo, motiva la trascendencia de su objeto. Se trata de abordar el impacto que presenta la operatividad del considerando (22) como límite para la elección por los cónyuges de la ley rectora de su divorcio de acuerdo con la conexión de la nacionalidad de uno de ellos, siendo éste plurinacional.

Las consecuencias que han podido constatarse como resultado de este objetivo exigen, llegado el momento de su cierre, la expresa constatación de las consideraciones esenciales que derivan de su desarrollo. Con la intención de exponerlas de forma ordenada, es preciso comenzar destacando la negativa valoración que merece la vía (más que solución) recogida en el considerando (22) para abordar el tratamiento de las situaciones de plurinacionalidad. Se trata de la consecuencia de la diversidad que genera, que puede apreciarse en una doble vertiente. La primera es el resultado de la remisión, que deriva de su articulación, a las respectivas legislaciones nacionales de los Estados miembros participantes. La disparidad entre estas legislaciones opera en contra de la unificación conflictual, lo que parece incompatible con la propia finalidad del Reglamento, además

---

<sup>57</sup> Aunque esta argumentación puede ser frágil, como indica M.P. DIAGO (“El matrimonio y sus crisis ...”, *Cit.*, p. 71), además de que revela una clara desconfianza del legislador respecto de los cónyuges, se trata de unos límites que “presenta claroscuros”. Es especialmente interesante el estudio crítico que realiza respecto de la introducción limitada de la autonomía de la voluntad, en el que, con sólidos argumentos, a través de la aproximación metodológica mediante la Teoría Económica del Derecho, aboga por la amplitud con la que dicha autonomía habría de ser introducida como base del sistema de Derecho internacional privado en el ámbito de las relaciones entre cónyuges. Trasladando estas consideraciones al ámbito del presente análisis, esto es, dentro de los límites que introduce el art. 5, se puede afirmar que, al menos, en las conexiones comprendidas en este precepto el legislador comunitario entiende que existe la proximidad --de hecho, ha sido la base para introducirlas-- y, siendo una de ellas la nacionalidad, no se alcanza a justificar la razón de que tratándose de dobles nacionales no puedan elegir la ley del país de su nacionalidad de origen.

de afectar a la seguridad jurídica de los cónyuges necesaria para la certeza de la ley rectora de su divorcio. La segunda vertiente de la diversidad apuntada es la que resulta de la operatividad de los principios generales de la Unión Europea que exige el propio considerando (22). La acción de estos principios, de acuerdo con la interpretación del TJUE, impone determinados límites a la aplicación de las legislaciones nacionales con especial repercusión en los casos de doble nacionalidad de dos Estados miembros. En estos supuestos queda afectada la posibilidad de aplicar las soluciones nacionales que pudieran privilegiar la nacionalidad del foro. Estos límites, consecuencia de la equiparación del tratamiento entre nacionales de Estados miembros, no tienen un paralelismo en los demás supuestos de doble nacionalidad (mixta, o bien de dos Estados no miembros). El resultado se identifica con una auténtica disparidad del tratamiento de los casos de plurinacionalidad, en función de los países respecto de los que se ostente.

La diversidad que caracteriza a la operatividad del considerando (22) es motivadora de los efectos que genera tales como, la disparidad para la identificación de la nacionalidad prevalente, la complejidad de su aplicación, la ausencia de certeza del resultado y, con ella, de la seguridad jurídica para los cónyuges. Estas negativas consecuencias manifiestan su alcance con carácter general, es decir, tanto en el contexto del art.8, como del art. 5 que ahora nos afecta, si bien en este último presentan mayor amplitud. Los peores resultados se muestran en las situaciones de doble nacionalidad mixta. En estos casos, la remisión a las reglas nacionales de los Estados miembros, de acuerdo con aquél considerando, permite articular el tratamiento de la plurinacionalidad a través de la identificación de la nacionalidad prevalente delimitada sobre la base de la preferencia de la nacionalidad del Estado miembro. Esta nacionalidad, a la que se puede reconducir el tratamiento de la doble nacionalidad mixta, supone que también a ella queda reconducida (y, por tanto, reducida) la elección de la ley del país de la nacionalidad entre las que tuviera este cónyuge (o, en su caso, ambos). Este resultado es la muestra evidente del negativo impacto de la operatividad del considerando (22). La restricción que implica respecto de la posibilidad de elección permitida por la conexión de la nacionalidad, manifiesta su alcance, como vaso comunicante, al criterio de la autonomía de la voluntad en el que dicha conexión se comprende. Además, la posibilidad de resolver la delimitación de la nacionalidad prevalente sobre la base de la preferencia de la nacionalidad del Estado miembro implica que queda socavada la posibilidad de elección de la ley del Estado no miembro cuya nacionalidad también ostenta uno de los cónyuges (o incluso ambos).

La trascendencia de estos resultados se incrementa si se atiende a la discriminación que en estos casos de doble nacionalidad mixta se constata respecto de las situaciones en las que uno de los cónyuges mantenga únicamente la nacionalidad de origen, en cuyo caso pueden optar por la aplicación de esta ley, así como de aquellas otras en las que ambos tengan una única nacionalidad, cuya operatividad no depende de que sea la prevalente. Consecuencias importantes son, igualmente, las derivadas de la consideración de aquellos resultados en clave multicultural, en la que implican la quiebra del equilibrio pretendido por el art. 5 al introducir la elección de la ley del divorcio sobre la base de las conexiones de la nacionalidad y la residencia habitual. Del mismo modo, las consecuencias se constatan en atención a las posibles situaciones claudicantes que pueden generarse

cuando la decisión procedente de un Estado miembro no pudiera ser reconocida en el Estado no miembro cuya nacionalidad también ostenta uno (al menos) de los cónyuges, por no haber sido aplicada la legislación de este último en materia de divorcio.

Este escenario motiva y justifica que se defienda, como una de las conclusiones esenciales del presente trabajo, la necesidad de eliminar la operatividad del considerando (22) en el contexto de la conexión de la nacionalidad del art. 5. La amplitud de la elección como principal resultado se presenta coherente con la flexibilidad que comporta la autonomía de la voluntad y el ámbito en el que se integra, con el correspondiente reconocimiento del protagonismo de los cónyuges. La posibilidad de elección que introduce el criterio de la autonomía de la voluntad de acuerdo con las conexiones con las que el legislador ha identificado la proximidad, exige su prevalencia frente a la limitación que supone la imposición de la identidad como resultado de la determinación de la nacionalidad efectiva. La proximidad que en la conexión nacionalidad se constata respecto de cualquiera de los cónyuges exige, en los casos de plurinacionalidad, que extienda su acción a la posibilidad de elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad ostente uno de ellos: aquél con el que (ambos) se consideren más vinculados. La proximidad en la que se basan los límites con los que viene recogida la autonomía de la voluntad no queda alterada por esta elección.

La trascendencia del alcance de la solución que se propone se muestra en atención a sus consecuencias, esenciales ante la evidente internacionalización de las situaciones familiares y personales. La amplitud de la elección que se defiende permitiría superar las dificultades que entraña la articulación de un criterio común para resolver los distintos casos de plurinacionalidad. Su repercusión muestra también la trascendencia que habría de presentar en la agilidad y facilidad que supondría para la aplicación de la conexión nacionalidad de uno de los cónyuges, con la directa incidencia en la información necesaria para su elección, y con ella, en el incremento de la seguridad jurídica. La previsibilidad del resultado se alcanza de manera más evidente de ser los propios cónyuges los que pudieran determinar la nacionalidad operativa. Su importancia, por los efectos paliativos de las situaciones discriminatorias, es también evidente, a lo que se ha de añadir la directa incidencia que presentaría en clave de multiculturalidad, permitiendo evitar las situaciones claudicantes.

Estos resultados, claramente favorables para permitir la elección entre las distintas nacionalidades que ostentara el cónyuge plurinacional, no pueden quedar empañados por la causa que pudiera estar detrás de los parámetros sobre los que se basa la solución del considerando (22). Cabe entender que, realmente, lo que está en juego es el significado de la nacionalidad en su conexión con la soberanía. No obstante, este argumento no se justifica en el contexto de la autonomía de la voluntad del art. 5, y ello por una doble razón.

La primera, porque la misma posibilidad de elección de la ley del país de la nacionalidad que ostente uno de los cónyuges implica que el legislador europeo impone la superación de aquél significado, al ser la muestra de la distinción entre el derecho de la nacionalidad, y la nacionalidad como criterio de conexión en las normas conflictuales de la UE. No se

puede entender el motivo por el cual la elección que esta conexión permite a los cónyuges estrecha sus posibilidades en los casos de plurinacionalidad. La elección siempre queda limitada a las nacionalidades que ostenta uno de ellos; la opción de ley aplicable sobre la base de la nacionalidad se está permitiendo en la propia norma mediante la autonomía de la voluntad y, esta elección, aunque se refiere a la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges, tiene necesariamente que basarse en el acuerdo de ambos.

La segunda razón se constata si se atiende a los más recientes Reglamentos (UE), en particular, el Reglamento 2016/1103 en materia de regímenes económicos matrimoniales, y el Reglamento 2016/1104 en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Ambos Textos recogen el criterio de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges en el ámbito de la autonomía de la voluntad del mismo modo que en el Reglamento 1259/2010. También introducen la vía para el tratamiento de las situaciones de plurinacionalidad en sus idénticos considerandos 50 y 49 (respectivamente), en los que se puede constatar una diferencia fundamental con lo previsto en el considerando (22) del Reglamento 1259/2010. En ellos se afirma, y aquí radica lo esencial, que esta vía no tiene incidencia en la elección de la ley aplicable realizada conforme a lo previsto en el propio Texto reglamentario. La elección de la ley de la nacionalidad de uno de los cónyuges cuando ostente doble nacionalidad no está supeditada (y limitada) a la operatividad de la solución prevista para abordar las situaciones de plurinacionalidad. Esta solución queda excluida en el ámbito de la autonomía de la voluntad. La trascendencia de este resultado es evidente, primero, como prueba de la superación del argumento que, como se ha señalado, configura la base de la articulación del considerando (22) del Reglamento 1259/2010 y, segundo, por avalar la postura que ahora se defiende, permitiendo así justificar que la exclusión de la operatividad de este considerando en el contexto de la conexión nacionalidad del art. 5 no debería plantear problema para que pudiera plasmarse del mismo modo que se recoge en aquellos Reglamentos. En este sentido cabe señalar que estos Textos constituyen un buen modelo a seguir. El resultado supondría la eliminación de la restricción que, para la elección de la ley nacional, se constata en los casos de doble nacionalidad. La ampliación de la autonomía de la voluntad que este resultado genera es un paso en el trascendente papel que este criterio está llamado a representar con el que, en definitiva, quien gana es el ciudadano.