

Tenemos un divorcio de 2 chinos que se casaron en China y que vivían en España. Ella lo denuncia por malos tratos y en las Diligencias Previas de la Ley de Violencia de Género se acuerda su expulsión del territorio nacional durante 10 años (hace unos meses). Ahora la mujer pide el divorcio en España.

Alguna idea sobre la competencia?

En principio es la del último domicilio común, que es España, pero el demandado no podrá entrar a España para celebrar el juicio...

Sobre la ley aplicable, creo que pidiendo la traducción de la ley china sobre el divorcio al Consulado chino sería lo correcto, no?

XX

**Establece el art 36.1 LEC**, que la extensión y límites de la jurisdicción de los Tribunales civiles españoles, que se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los Tratados y Convenios internacionales en los que España sea parte.

Conforme al [art. 3.1.2º del Reglamento \(CE\) 2201/2003](#) se puede atribuir la competencia a los juzgados de España del procedimiento de divorcio presentado con independencia de la nacionalidad de los esposos y lugar de celebración del matrimonio, los foros ex art 3 del citado Reglamento son:

- 1º) La residencia habitual de los cónyuges.
- 2º) El último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí.
- 3º) La residencia habitual del demandado.
- 4º) En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges.
- 5º) La residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.
- 6º) La residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su domicilio.
- 7º) La nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del domicilio común.

Cuando según dicho Reglamento, ningún tribunal de un Estado comunitario sea competente entrarán en juego los foros de competencia del [art. 22 de la LOPJ](#).

Conforme a estos, son competentes los tribunales españoles en materia matrimonial en los siguientes casos:

- 1º) Cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda (art. 22.3 LOPJ).
- 2º) Cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España (art. 22.3 LOPJ).
- 3º) Cuando los cónyuges tengan nacionalidad española, sea cual sea su residencia, siempre que se promueva la petición de mutuo acuerdo o por uno con consentimiento del otro (art. 22.3 LOPJ).
- 4º) Cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22.2 LOPJ).
- 5º) Cuando ambos cónyuges se hayan sometido a los tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ).

En virtud de lo dispuesto en los art. 107.2 b) y 9.2 del Código Civil la separación y el divorcio se regirá por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual del matrimonio, y, si los esposos tuvieran residencia habitual en diferentes estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.

La manera de acreditar el "derecho chino" en principio es cuestión de la parte que lo invoca, respecto a los efectos de su no acreditación al final reseñaré la jurisprudencia de aplicación.

Para el supuesto de interesarse el Juzgado por el derecho chino el [TRATADO BILATERAL ENTRE EL REINO DE ESPAÑA Y LA REPUBLICA POPULAR CHINA SOBRE ASISTENCIA JUDICIAL EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL \(«BOE núm. 26/1994, de 31 de enero de 1994»\)](#) en su art. 2.4 contempla la información en materia jurídica, a petición de la otra Parte.

Y tendría que solicitarse por Comisión Rogatoria dirigida al Ministerio de Justicia de España para que la eleve el Ministerio de Justicia de China conforme a su art 3: **Autoridades Centrales.**

1. La asistencia judicial se prestará a través de las Autoridades Centrales de ambas Partes, salvo que otra cosa se disponga en el presente Tratado.
2. Las Autoridades Centrales de ambas partes se transmitirán las solicitudes y documentos a que se refieren los párrafos 1, 2 y 4 del artículo 2, así como el resultado de la ejecución de la solicitud.
3. Las Autoridades Centrales de ambas Partes son sus respectivos Ministerios de Justicia. Y la forma se establece en su art 6:

Formalidades de la solicitud.

1. La solicitud será formulada por la autoridad central de la Parte requirente conforme al párrafo 2 de este artículo. La Autoridad Central de la Parte requerida remitirá el documento al destinatario.
2. Las solicitudes se formularán en el impreso previsto en el Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial. Los documentos se remitirán en doble ejemplar acompañados de una traducción al idioma de la Parte requerida o al francés o al inglés.

Respecto a citaciones emplazamientos y notificaciones al demandado se contempla en el citado convenio: Art. 2. **Ámbito de la asistencia judicial.**

A los efectos del presente Tratado, la asistencia judicial en materia civil y mercantil comprende:

1. La notificación y entrega de documentos judiciales y extrajudiciales.
2. La ejecución de comisiones rogatorias para práctica de pruebas y actos de instrucción.
3. El reconocimiento y ejecución de decisiones de Tribunales y de laudos arbitrales.
4. La información en materia jurídica, a petición de la otra Parte.

**La declaración del demandado que no puede asistir a juicio por la expulsión se puede solucionar con una videoconferencia** tramitándose por:

**Comisiones rogatorias**, Art. 10. **Ámbito de aplicación.**

Los órganos judiciales de ambas Partes se auxiliarán para la práctica de comisiones rogatorias que tengan por objeto medidas de instrucción, tales como las encaminadas a la audiencia de los interesados, testigos, peritos, reconocimiento judicial u otras pruebas no prohibidas por la legislación de la Parte requerida.

#### **Art. 11. Formulario y lengua.**

Las solicitudes relativas a comisiones rogatorias se extenderán en los impresos conforme al formulario modelo anexo al presente Tratado; las partes en blanco se rellenarán en la lengua de la Parte requerida, o en francés o en inglés.

Los documentos que las acompañen deberán ir acompañados de una traducción en la lengua de la Parte requerida o en francés o en inglés.

**Respecto a la acreditación del derecho extranjero** reproduzco el razonamiento de la sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, sec. 2ª, S 7-10-2009:

"Al respecto, como ya ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sección en la Sentencia de 28 de mayo de 2008, cuyos Fundamentos reproducimos:

"La STS de 5 de marzo de 2002 recopila la doctrina de la Sala Iª de dicho Tribunal en orden a la [aplicación de un derecho extranjero](#) estableciendo que «Dado que por los recurrentes se dice desconocer esta doctrina, conviene recordar el contenido de las siguientes resoluciones de esta Sala: Las de 11 de mayo de 1989 y de 3 de marzo de 1997 que consideran al derecho extranjero como cuestión de hecho que, por tanto, [corresponde alegar y probar a la parte que lo invoca.](#) Las de 9 de noviembre de 1984 y 10 de marzo de 1993, que afirman que [los órganos judiciales tienen la facultad, pero no la obligación de colaborar a la determinación del contenido del Derecho](#)

extranjero en su caso invocado, con los medios de averiguación que consideren necesarios. Finalmente, la sentencia de 31 de diciembre de 1994, que ha establecido la necesaria distinción entre las normas de conflicto (que se limitan a indicar cuál es el derecho material aplicable a una relación jurídica controvertida) las cuales según el párrafo primero del art. 12 del Código Civil deben ser observadas de oficio, y el propio derecho material, al que no se refiere dicho precepto y que en ningún caso puede ser determinado por el Tribunal».

**La falta de acreditación del contenido y vigencia de las normas sustantivas del Derecho extranjero determina que la cuestión debatida se resuelva conforme a las normas de nuestro propio ordenamiento jurídico** (STS de 7 de septiembre de 1990 y 11 de mayo de 1989, 13 de diciembre de 2000.

Y ello, porque como precisa la STS de 17 de julio de 2001: «... esta Sala tiene reiteradamente declarado que cuando a los Tribunales españoles no les es posible fundamentar con seguridad absoluta la aplicación del Derecho extranjero, habrán de juzgar y fallar según el Derecho patrio (entre otras, SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991 y 23 de marzo de 1994, lo que es consecuencia de la doctrina jurisprudencial relativa a que la aplicación del Derecho extranjero es cuestión de hecho y como tal ha de ser alegado y probado por la parte que lo invoque, siendo necesario acreditar, no sólo la exacta entidad del Derecho vigente, sino también su alcance y autorizada interpretación, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los órganos judiciales españoles, y todo ello mediante la pertinente documentación fehaciente (por todas, SSTS de 4 de octubre de 1982 y 12 de enero de 1989)»

A mayor abundamiento, sostiene el Tribunal Constitucional que la doctrina jurisprudencial de que en defecto de prueba del derecho extranjero debe estarse al Derecho español y no desestimarse la demanda, pues dicha solución es más respetuosa con el contenido del art. 24.1 de la Constitución española: «dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige» (STC 155/2001, de 2 de julio " )