

LEGISLACIÓN SOBRE MATRIMONIO Y FAMILIA EN LA REPÚBLICA POPULAR CHINA (RPC) - I

José Eugenio Borao Mateo

1. PROLEGÓMENOS HISTÓRICOS

Al hablar de legislación de Familia en la China moderna es importante empezar haciendo una referencia general a los conceptos tradicionales del sistema legal chino, no solo para entender el trasfondo de una cultura legal que ha durado siglos, y perdura de alguna manera en la interpretación legal, sino también para comprender mejor los cambios habidos en el último siglo.

1.1 La legislación tradicional en China sobre Familia

Un punto de partida puede ser remontarnos al nacimiento de la ley en China. Ren dedica todo el primer capítulo de su libro (Ren, 2010:19-35) a delinear ese origen. Su exposición puede ser resumida del modo siguiente. La lucha por crear en China una base legal empieza hacia el siglo VII a.C. en la llamada Gran Disputa Intelectual, en la que se enfrentan la escuela legalista y la confuciana. La premisa legalista era la de “el gobierno por la ley”, y era semejante a las nociones del posterior positivismo legal occidental. Sin embargo, la amplia estructura legal creada por los legalistas se volvió contra ellos mismos por su carácter formalista, rígido y a veces cruel. Fue entonces cuando la noción confuciana de “li” (理 o código moral, no legal) entró en escena, ya que era más flexible, humanitaria, naturalística y amable. La ley se fue haciendo cada vez más confuciana y el “li” fue poco a poco asumido por la sociedad, no impuesto por el gobierno, convirtiéndose en fórmulas escritas, que aceptaron tanto la sociedad como el gobierno. Por otro lado, y como dice nuevamente Ren, el núcleo principal de la moral y de la ley china es el “familismo” (la familia como centro de la vida personal y social¹), es decir que tanto el clan como la familia trabajaron juntos con la ley del Estado para conformar a la gente con las normas de comportamiento social y para asumir los valores familiares, como los de respeto por la autoridad patriarcal, admiración de la veteranía y

¹ Con este anglicismo queremos referirnos específicamente al modelo de organización social por el que la familia y su bienestar asume una posición de prevalencia sobre los intereses individuales, por lo que la sociedad en su conjunto da importancia a las actitudes de lealtad, confianza, y cooperación.

obediencia política a los superiores. Así las obligaciones de una persona hacia su familia, clan, miembros de un mismo oficio, o comunidad vecinal era considerada no solo natural sino superior a los derechos individuales o a la libertad. Con esta modelación familiar era fácil aceptar relaciones semejantes en otras instituciones, en particular las del gobierno.

El profesor de la Universidad de Hong Kong Albert H.Y. Chen, sintetiza la posterior cristalización de los principios legales en base a las siguientes nueve características (Chen, 1998:12-16):

- (1) Los códigos y estatutos legales eran redactados si se referían a casos relacionados con lo que ahora llamamos ley penal. Aún así no existió en la China tradicional una distinción entre el derecho penal y el derecho civil propio de las sociedades agrarias, pues este no se encontraba muy desarrollado.
- (2) Las disputas civiles, como los casos de herencia y propiedad de la tierra, solían ser resueltas de modo informal a través de mediadores, normalmente los mayores de un clan, población o asociación profesional, siguiendo modos tradicionales en los que prevalecían las nociones de moralidad y armonía, por lo que se fomentaba la aquiescencia y se marginaba la litigación y la búsqueda del propio interés.
- (3) De acuerdo con la tradición confuciana, en la que el Estado promovía la moral como medida de control social, solo la ley penal será utilizada como último resorte. Además en algunos periodos los libros clásicos confucianos tuvieron gran valor de referencia, a veces por encima de regulaciones estatutarias. (Chen comenta que ambas cosas explicarían el lento desarrollo del sistema legal).
- (4) La autoridad suprema era ejercida por el emperador en todos los niveles, legislativo, ejecutivo y judicial. Las leyes no le afectaban a él y podía cambiarlas en cualquier momento por decreto.
- (5) En niveles inferiores la separación de poderes no era clara, ni siquiera la independencia judicial. Un ejemplo claro estaría en los magistrados locales, que eran tanto los jefes de la administración como los jueces de la región.
- (6) No existía la abogacía como profesión, aunque poco a poco fueron apareciendo “especialistas en litigación”, autodidactas que podían ofrecer algún tipo de consejo.
- (7) Algunos aspectos prácticos de la ley penal china eran de contenido vago, a veces se aplicaban analógicamente, en otros casos el juez actuaba como fiscal, etc. Y en general había una corrupción en el sistema, que utilizaba la tortura para obtener

confesiones, etc.

- (8) No existían los derechos del individuo o de las personas. Ciertamente, estas tenían legítimos intereses que habían de ser atendidos, pero nunca considerados como derechos que podían ser exigidos. Así las personas tenían que estar más predispuestas a aceptar la voluntad de los demás que a insistir en sus intereses. En particular, los intereses de familia, clan o comunidad habían de estar por encima de los personales². Esto era así pues un individuo no era una entidad autónoma, sino que su fuerza y armonía consigo mismo dependía de su pertenencia a un grupo.
- (9) La sociedad reflejaba un sistema feudal que protegía a los propietarios de la tierra y grandes señores. Así una ofensa cometida a estos nobles era castigada más severamente, y a la inversa era más tolerada o incluso sobreseída. Incluso la legislación de la dinastía Tang definía ocho grupos sociales (siendo la familia imperial el más alto) a los que se les concedía un trato indulgente caso de resultar convictos de un crimen.

Y con respecto a la cristalización de las relaciones familiares, Chen señalaba lo siguiente:

- (1) El sistema ponía énfasis en la autoridad del varón como esposo y padre, discriminando claramente a la mujer, siendo el ejemplo más claro el de divorcio. En este el marido podía repudiar a una mujer por los llamados “Siete motivos”, entre otros la falta de respeto filial a los suegros, incapacidad de dar a luz un hijo varón, ser celosa, tener alguna disfunción física, etc.; pero, por el contrario, la mujer nunca podía iniciar un divorcio contra su marido.
- (2) De hecho, las ofensas más comunes contempladas en la China tradicional eran las llamadas “Diez abominaciones”. Estas quedaron consolidadas en los códigos de las dinastías Sui (589-618) y Tang (618-907). Unas se referían al respeto y defensa del Estado, otras a la familia, y en este caso diferenciando claramente los grados de parentesco. Con respecto a las que vulneraban las relaciones familiares se incluían el asaltar a una persona o golpearla, en concreto a los padres de uno, o a sus abuelos, tíos, tías, hermanos mayores, hermanas mayores, esposo o familiares (padres o abuelos) del esposo, asesinato de tres o más personas de una misma familia, no cumplir con los deberes de la “piedad filial” (por ejemplo denunciar a los padres, abuelos o

² “El poder absoluto del emperador llegaba incluso al hecho de disponer a voluntad de la vida de sus súbditos o incluso de separar a los hijos de los padres” (Chen, 2003:375).

suegros)³. Las diez abominaciones podían incluso ser castigadas con la muerte, y a veces se podía aplicar una “responsabilidad colectiva”, por la que unos familiares pagaban por los errores de otro miembro del clan, muerto o desaparecido, incluso con la confiscación de bienes o la reducción al estado de esclavo.

Lo anterior ayuda a comprender la base de las relaciones familiares y su interconexión con las leyes del Estado. Ciertamente la práctica de la ley nunca jugó en la civilización china el mismo papel estructurador que tuvo en las sociedades occidentales, lo cual ayuda a entender el gran esfuerzo que los legisladores chinos hubieron de llevar a cabo en el último siglo, especialmente desde la caída del imperio Qing en 1911, para modernizar su legislación.

En este esfuerzo legislativo Chen Jiafu señala que el sistema legislativo europeo continental se fue introduciendo en China por el Guomindang a la caída del imperio manchú, pero con la llegada de los comunistas todo ese esfuerzo fue abolido, y no fue hasta 1979, cuando se aprobó la *Ley de Juzgados y Fiscalías*, en que estos empezaron a establecerse poco a poco; ese mismo año se recuperó la enseñanza del Derecho a nivel universitario, y pronto a nivel de formación profesional (Chen, 2002:308). Nuevos pasos se fueron dando, de

³ Otegui (2010:268-269) señala que el Gran Código de la dinastía Ming (1368-1644), en su edición de 2005, p. 18, las refiere del siguiente modo: (1) Conspirar una gran **rebelión**, esto es, intentar destruir el Altar de la Tierra y el Altar de los Granos (art. 277). (2) Conspirar una **sedición**, esto es intentar destruir los templos de los antepasados imperiales, los mausoleos o los palacios imperiales. (art. 277). (3) Conspirar una **traición**, esto es, traicionar a la patria (art. 278). (4) **Contumacia**, esto es, asesinar (art. 342), o planear asesinar (art. 307) a los abuelos paternos, a los padres, a los abuelos del marido o a sus padres; matar a los tíos paternos o a sus esposas, a las tías paternas; a los hermanos o hermanas mayores, a los padres maternos (art. 241) o al marido (art. 238). (5) **Depravación**. Esto es, matar a tres o más personas de una misma familia que no hayan cometido un crimen que merezca pena de muerte (art. 310); mutilar o desmembrar personas o preparar y guardar veneno, o practicar brujería (art. 312). (6) Gran **irreverencia**. Esto es, hurtar objetos destinados a los grandes sacrificios a los espíritus (art. 280); hurtar alguno de los objetos personales del emperador (art. 283); falsificar los sellos imperiales (art. 182). (7) Falta de **Piedad Filial**. Esto es, acusar en la corte (art. 360), insultar (art. 312) o maldecir (art. 352) a los bisabuelos, o los abuelos paternos, a los padres del marido ... (art. 93). (8) **Discordia**, esto es, atentar matar (art. 307) o vender (art. 298) parientes hasta el quinto grado de duelo o más cercanos; matar (arts. 338, 343) o acusar en corte (art. 360) al marido, a parientes mayores hasta el tercer grado de duelo o más cercanos... (9) Gran **injusticia**. Esto es matar al prefecto de la región a la que uno pertenece, al sub-prefecto o al juez de la corte (art. 306), también comete gran injusticia el soldado que mata al comandante de la guardia, o de su batallón o de su regimiento (art. 306); el funcionario que mata a su jefe de departamento (art. 306), o el alumno que mata a su maestro (art. 334). (10) **Incesto**. Esto es, cometer adulterio con alguno de los parientes hasta el cuarto grado de duelo o más cercano (art. 392) o con una de las concubinas del padre o del abuelo paterno (art. 392) o, para esas mujeres, si han dado su consentimiento (arts. 390-392).

modo que puede decirse que las actuales instituciones legales se consolidaron a partir de los ochenta y noventa, siendo la base de un proceso, que todavía sigue.

Pero la transición a un sistema legal moderno no es viable ni siquiera en una generación. Chen ha demostrado cómo, en el caso de Taiwan (más expuesto al contacto con el régimen legal occidental desde la ocupación de la isla por los japoneses en 1895) el compromiso ideológico de un régimen por el ‘imperio de la ley’ no es suficiente:

“En Taiwan el fermento que más ha contribuido para la implantación del ‘imperio de la ley’ ha dependido del cambio socioeconómico y en la asunción por parte de la gente de que el cambio ha tenido lugar, ... aún así en la gente común la ‘ideología legal tradicional’ continúa coexistiendo, e incluso de modo dominante, con el moderno concepto de ‘imperio de la ley’” (Chen, 2003:376).

1.2 Breve historia de la moderna legislación china sobre matrimonio

El concepto de familia en el periodo **republicano**, está bien descrito por Otegui (2010:285-306), quien, siguiendo al abogado John Wu, señala que el 95% del Código Civil de la República de China⁴ tiene su origen en el código civil alemán, el código suizo y el código suizo sobre obligaciones, de modo que el legislador se limitó a hacer una selección de textos. El Guomindang llevó a cabo una nueva legislación sobre Familia, a partir del principio de considerar “la unidad de la nación como la composición orgánica de todas las familias y clanes. Antes, la unidad de la nación estaba garantizada en la figura del emperador, que poseía poderes casi absolutos. En la nueva unidad nacional propuesta por el Guomindang es el Estado el que asume la función de cabeza para decidir y de brazo para exigir” (Otegui, 2010:289). Se abolieron legalmente las desigualdades dentro del sistema familiar, al menos en el papel, pero no significó la desaparición del autoritarismo estatal ni del utilitarismo de la ley, propios de la concepción china del concepto de ley (Chen, 2008:35-38). De todos modos la tipificación de divorcio en el nuevo

⁴ La primera parte de este código civil fue aprobada el 22 de noviembre de 1929. El código todavía vigente en Taiwan, con las naturales enmiendas, especialmente las realizadas en 2000. El Libro IV del código es sobre la Familia, artículos 967 a 1.137; fue promulgado el 26 de diciembre de 1930 y recibió enmiendas el 3 de junio de 1985. El Libro V (el último) es sobre Sucesión, artículos 1.138 a 1.225. Fue promulgado y enmendado en las mismas fechas que el Libro IV. *Major Laws of the Republic of China on Taiwan* (Chinese and English bilingual edition), Tainan (Taiwan): Magnificent Publishing Co., 1991.

Código Civil de 1929 declarando las variedades de divorcio (por consenso mutuo, o contencioso), las motivos principales para solicitarlo (crueldad, bigamia, adulterio, desertión, concubinato, etc.), creó a un intento de interacción legal y realidad social ... que llevó a muchas mujeres a exponer su caso en el juzgado, en números inimaginables durante el periodo Qing” (Bernhardt, 1994:213-214).

Durante el inicio de la época **maoísta** se promulgó la primera *Ley de Matrimonio* (1950) con la intención de promover la ideología socialista. Para ello se llevó a cabo la supresión de las ancestrales desigualdades de la familia tradicional china y se reconocieron derechos a las mujeres. Así, por ejemplo, el capítulo 1 se iniciaba diciendo: “El sistema matrimonial feudal, que se basaba en acuerdos arbitrarios y compulsivos, en la superioridad del hombre sobre la mujer, y que ignoraba el interés de los hijos, queda abolido”. A continuación se reconocieron los derechos de la mujer, la libertad de matrimonio, la igualdad de sexos, la monogamia, la protección de los intereses justos de las mujeres y de los hijos. En los artículos siguientes se prohibían los matrimonios arreglados o mercenarios, se elevaba la edad de matrimonio a 18 años para la mujer y 20 para el varón, todo lo cual hacía honor a la famosa frase de Mao: “Las mujeres sostienen la mitad del firmamento”. El artículo 8 establecía que “el marido y la mujer tienen el deber de amarse, respetarse, ayudarse y de cuidar uno del otro; de vivir en armonía, de ocuparse en tareas productivas, de encargarse de la educación de los hijos, de esforzarse por el bienestar de la familia y por contribuir a la edificación de la nueva sociedad”. Además, las mujeres obtuvieron el derecho a solicitar divorcio, pero poca gente hizo uso de ese derecho, no solo porque entonces la principal preocupación era poner comida en la mesa, sino porque era considerado inmoral y burgués por los comunistas, por eso era difícil conseguirlo e incluso mal visto especialmente en las áreas rurales. De hecho, durante los primeros años del maoísmo la mayor parte de los valores sociales en las familias siguió siendo el mismo.

Por otro lado, en el periodo maoísta (como ya había ocurrido en el republicano), y más a partir de la **Revolución Cultural** (1966-1976), los asuntos familiares pasaron a tratarse como asuntos de Estado, de manera que debían estar al servicio de la sociedad en general y de la política del Partido Comunista en particular. Quizás por eso, como observa Chen (1999:263) el contenido de estas leyes era de principios generales y de modelos de conducta. Los términos expresivos eran vagos, emocionales, y políticos, con falta de detalles, lo cual permitía flexibilidad tanto para liberalizar, como para

especialmente controlar, siguiendo en ello la tradición china. En este contexto cualquier reacción familiar contra la política de Estado era tildada de “pensamiento burgués” o de “práctica feudal”.

En 1980, ya en la época **postmaoísta**, fue aprobada en China una nueva *Ley de Matrimonio* (1980), 中華人民共和國婚姻法, la cual se considera la primera ley matrimonial propiamente moderna de China. Durante los diez caóticos años de la Revolución Cultural se habían rebajado los niveles morales de la familia a la vez que se había vuelto a viejas prácticas familiares. La Federación de Mujeres continuó sus actividades en 1978 y puso énfasis en animar a las mujeres a buscar la igualdad en el lugar de trabajo para adicionalmente conseguir igual estatus en el matrimonio y en la familia. Esta ley formaba parte de la nueva política de protagonismo de la ley en el país, y buscaba proteger derechos de los miembros de la familia, para así salvaguardar los intereses de la sociedad, y elevar su nivel moral. No obstante, los principios de la nueva ley son muy pragmáticos y basados en la doctrina socialista, por lo que se proponen desarrollar el matrimonio como una institución que contribuya a la estabilidad necesaria para la modernización y el desarrollo económico.

Incluye, además de los principios de la Ley de 1950, algunos nuevos o cambios de la anterior, por ejemplo, la edad de matrimonio se eleva a 20 años para la mujer y 22 para el varón. La elevación de la edad para casarse hizo aún mayor el problema de la citada aspiración tradicional a la celebración del matrimonio temprano. Así las autoridades respondieron imponiendo reglas estrictas de registro, y la limitación del reconocimiento jurídico de las “uniones de hecho” (事實婚姻). En realidad estas medidas restrictivas, eran ya un primer paso en el proceso de planificación familiar que se venía diseñando. De hecho, la *Ley de Matrimonio* (1980) estableció ya el control de la población como una política de Estado, así como un deber explícito para los esposos, y la *Constitución* de 1982 hizo de la planificación familiar una política fundamental de Estado. En esta ley se incluyen también provisiones sobre la propiedad familiar. Se incluyen obligaciones para sostenimiento intergeneracional (artículo 21), para así paliar el bajo nivel de seguridad social en China (sistema de pensiones, etc.): cuidado de padres a hijos, de hijos a padres, de abuelos a nietos, y de hermanos/as mayores a hermanos/as menores. Se reconocía a los niños nacidos fuera del matrimonio los mismos derechos que aquellos nacidos dentro. Se protegía la adopción, la cual fue dotada de un marco legal específico en la *Ley de Adopción* (1991). La consideración de “la pérdida del afecto mutuo” fue motivo de divorcio, para dar así mayor flexibilidad a los jueces en sus decisiones.

Y se reconocían los derechos de herencia recíproca entre esposos y entre padres e hijos. Se consideraba así que esta medida de imponer por ley el apoyo tradicional (dado en las familias extensas a sus miembros), aunque fuera opuesto a la ideología comunista, tenía la ventaja de compensar de modo práctico la falta de un sistema estatal de protección social. Pero, como veremos, el sistema se hizo contrario a los principios comunistas y hubo que modificarlo. A su vez, el divorcio pasó a ser un trámite relativamente fácil, aunque en algunos casos todavía se necesitaba el permiso del jefe de unidad, o superior administrativo para obtener el divorcio. Incluso, si se obtenía el permiso, antes de que el divorcio entrase en efecto, había que esperar un mes para seguir ponderando la decisión, e incluso se tenía que asistir a reuniones obligatorias con funcionarios mediadores, para discutir una vez más la responsabilidad de la decisión.

Según John W. Head (2009:102), la clara impresión que aparece de los estudios de los principales tratadistas de la moderna evolución de la legislación china, como Wang, Xin o Potter, es que el esfuerzo de la legislación china en los últimos treinta años podría caracterizarse por lo siguiente:

(1) ha habido un gran interés por la legislación extranjera, sus normas, operaciones e instituciones, para acomodarse en el mínimo tiempo posible a los logros de los cambios económicos que se diseñaron treinta años atrás;

(2) en consecuencia ha aparecido un sistema mixto de reformas, en la que por un lado, y especialmente en materias de tipo económico, las leyes e instituciones tienen una semejanza, al menos en la apariencia, con las leyes occidentales; mientras que por otro, como es el caso de la legislación sobre familia, la semejanza es mucho menor;

(3) incluso en el caso primero, las influencias extranjeras han estado sometidas a un proceso de filtro, a veces imperceptible⁵.

En la moderna **China del siglo XXI**, toda la anterior normativa fue recogida en la posterior *Enmienda de la Ley de Matrimonio* de

⁵ Para mejor entender el significado de “filtro” Heads (2009:103) cita a Potter: “Mientras que las estructuras de las instituciones legislativa, administrativa o de resolución de disputas es bastante reconocible para los abogados extranjeros, en realidad están lejos de lo que estos abogados familiarizados con un sistema legal liberal esperan de ellas. Eso explica la influencia de la cultura legal local actúe como un filtro normativo a través del cual se disipan las influencias de los modelos legales internacionales”. (Pitman B. Potter, *The Chinese Legal System: Globalization and Local Legal Culture*, 2001). También podría citarse Pitman B. Potter, “Globalization and Economic Regulation in China: Selective Adaptation of Globalized Norms and Practices”, *Washington University Global Studies Law Review* 119, 2003.

2001⁶, todavía vigente, que es en la que nos centraremos en nuestro estudio a partir del capítulo siguiente, completada con una importante *Revisión* (agosto de 2011) sobre la división de propiedades en el divorcio, que también comentaremos.

1.3 El *Código Civil* en la República Popular de China

Tras hablar de leyes sobre Matrimonio en China una pregunta que emerge es si la República Popular China posee o no un *Código Civil*, ya que la mayor parte de la legislación sobre Familia en muchos países se encuentra dentro de dicho código. El primer *Código Civil* chino se acabó en agosto de 1911, por lo que nunca entró en vigor ya que dos meses después cayó la dinastía Qing y sobrevino el periodo republicano. Ese mismo año la República estableció un comité de codificación de manera que –como dijimos– publicó el nuevo código por etapas entre 1929 y 1933. De hecho, este código todavía existe en la República [no Popular] de China, es decir en Taiwan, con las modificaciones pertinentes.

La China comunista abandonó dicho código y buscó algo inspirado en el modelo soviético. Hubo un intento en los años cincuenta, y otro más en los sesenta, pero “fracasaron por la fuerte influencia del nihilismo legal y [falta de] la sinceridad de las autoridades” (Xu, 2004:634). Tras 1978 en que China entró en una nueva era de reformas se hizo necesario dicho código civil, y el tercer intento se desarrolló en 1982. Pero, siguiendo nuevamente a Xu, como la economía estaba en una transición de planes centralizados a mercado libre, se decidió abandonar el proyecto y a cambio promover leyes escalonadas, así como especiales regulaciones. La esperanza de los legisladores era la de, llegado el momento, combinar todo ello en un código unitario.

Así pues, puede decirse que el *Código Civil en la RPC* es todavía una ley en proceso de compilación, de la que de momento solo están aprobados por la Asamblea Popular Nacional los *Principios Generales de la Ley Civil de la RPC*, lo cual tuvo lugar en 1986. Estos *Principios*, que comprenden 155 artículos son un punto de partida del código, pero que ya ayudan a clarificar el ámbito de la ley civil en la China comunista. Por ejemplo, el artículo 2 establece que “La ley civil gobierna las relaciones personales y de propiedad entre personas naturales y jurídicas que tengan igual estado (ciudadanos, personas

⁶ En octubre de 1995, el Comité Permanente de la VIII Asamblea Popular Nacional decidió modificar la *Ley de Matrimonio*. Se hizo un borrador de la nueva ley que fue presentado y discutido en las reuniones, 18, 19, 20 y 21 del Comité Permanente de la IX Asamblea Popular Nacional. En esta última reunión, que tuvo lugar el 28 de abril de 2001, se aprobó la modificación de la ley.

civiles, etc)”. Así pues, al presente y en contraste con otras jurisdicciones civiles, no existe en China un código civil, aunque –como acabamos de decir– el plan es ir creando leyes particulares de cada una de las ramas principales de la legislación civil para acabar consolidándolas todas en un único código, aunque parte del debate está en cuales incluir y cuáles no en dicho código. De momento la Asamblea Popular Nacional ha promulgado leyes como las siguientes:

- 1980 *Ley de Matrimonio* (enmendada en 2001 y 2011)
- 1983 *Ley de Patentes* (enmendada en 1993 y en 2001)
- 1985 *Ley de Sucesión*
- 1986 *Principios Generales de la Ley Civil*
- 1990 *Ley de Derechos de Propiedad Intelectual* (enmendada en 2001)
- 1991 *Ley de Adopción* (enmendada en 1998)
- 1993 *Ley de Empresas*
- 1994 *Ley de Registro Matrimonio* (enmendada en 2003)
- 1994 *Ley de Responsabilidad por Daños* (Ley de Garantías)
- 1996 *Ley de Cooperación entre Empresas*
- 1998 *Ley de Contratos*
- 2001 *Enmiendas a la Ley de Matrimonio*
- 2007 *Ley sobre Derechos Reales*
- 2010 *Ley de Aplicación de las Relaciones Civiles Extranjeras*

La primera parte del futuro *Código Civil* será la de “Provisiones Generales”, basada en los ya aprobados *Principios Generales de la Ley Civil* (1986), que acabamos de citar. El resto del código se hará a partir de la integración de leyes ya aprobadas de carácter civil, y se estimaba que podría estar listo para 2010, pero Xu ya preveía en 2004 un tiempo mayor ya que diversas estrategias de compilación estaban todavía en lid. No se equivocó en su profecía, por eso no es de extrañar que Xu –que en realidad es uno de los compiladores– concluyera: “Pero en el momento presente todavía no tenemos un código civil en el sentido propio. Lo cual es una vergüenza para un país dentro de la tradición legal continental” (Xu, 2004:634).

Esta legislación específica sobre la familia es una pequeña parte de toda la transformación legal que está llevando a cabo el país en los últimos años. Según la visión optimista y teleológica de Fu, la reforma legal china sigue un paradigma liberal. La última meta de la reforma es separar el Partido Comunista del Estado, y limitar el papel del Estado en la economía y en la sociedad. Visto en perspectiva histórica,

el Estado chino se está contrayendo, mientras que la economía privada se está expandiendo en tamaño e importancia, y la sociedad civil está emergiendo y ganando autonomía. En cierto sentido, la reforma legal china busca institucionalizar un Estado circunscrito. El resultado de las reformas en los últimos 30 años ha sido un gobierno más limitado y al que se le puede pedir cuentas; y a la vez un aumento del mercado, la sociedad y la autonomía individual, lo cual se va llevando a cabo a través de enmiendas constitucionales, fortaleciendo el imperio de la ley y la protección de los derechos humanos (Fu, 2008:142). Pero, ¿hasta qué tal punto es esto real, universal y no exento de paradojas? Lo iremos viendo en estas páginas.

1.4 La redacción y aprobación de las leyes en la RPC

Considerando que a lo largo de este trabajo varias veces se hará referencia a la aprobación de las leyes, regulaciones y enmiendas, por diferentes órganos legislativos de la RPC, nos ha parecido relevante hacer una breve introducción al proceso legislativo en China.

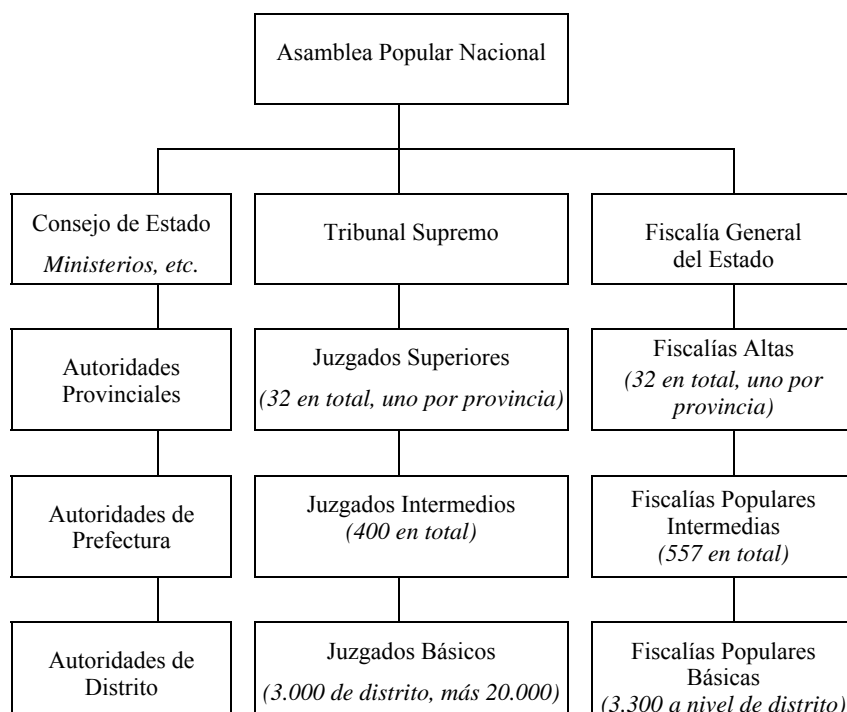
Las leyes de la RPC han sido influenciadas por fuentes diversas: la concepción tradicional china del papel de la ley, el papel de Estado socialista (y por tanto el modelo de la antigua Unión Soviética), la legislación alemana reconocible en Taiwan, elementos del derecho anglosajón llegados desde Hong Kong, y por último elementos americanos para aspectos comerciales y financieros.

A diferencia de muchos sistemas constitucionales occidentales, la *Constitución de la RPC* (1982) no emite principios generales que condicionen las regulaciones administrativas posteriores. Por el contrario, estas dependen de la *Ley sobre Legislación* (2000), de provisiones constitucionales, y de las leyes decretadas por la Asamblea Popular Nacional o por su Comité Permanente, de regulaciones decretadas por el Consejo de Estado y sus departamentos, también de leyes y regulaciones locales, de regulaciones de las zonas autónomas, de explicaciones legales y de tratados. A su vez los tratados internacionales que se firman se convierten en ley nacional, aunque la RPC se reserve la redacción de las regulaciones acerca de la provisión del tratado.

Esta variedad de órganos legislativos hace que desde Occidente se considere que en China no hay una clara división de poderes y en consecuencia una independencia jurídica; pero desde el punto de vista del legislador chino la finalidad de la ley es más bien la de resolver conflictos, de ahí la importancia del proceso legislativo, y, quizás por eso, las leyes suelen redactarse de modo experimental, de manera que a los pocos años hay revisiones que las perfilan y definen.

Por otro lado, y también a diferencia de otras jurisdicciones, el concepto de jurisprudencia, o de respeto a decisiones anteriores similares no es estricto, y el Tribunal Supremo Popular no se orienta tanto a resolver casos específicos, sino a ofrecer más bien interpretaciones generales de la ley, que son seguidas por los juzgados inferiores. Incluso, por propia iniciativa un juzgado superior puede reabrir un caso tratado en uno inferior. Si hay conflicto entre leyes, la *Ley sobre Legislación* (2000) señala que se debe solicitar una interpretación de la ley a los órganos que la emitieron.

Cuadro 1: Órganos del Estado de la RPC



Fuente: Chen (2002:308)

Como muestra el cuadro anterior, hay dos tipos de órganos que emiten leyes, por un lugar están los (1) Órganos de Poder Estatal (國家權力機關), siendo el más importante la (1.1) Asamblea Popular Nacional (全國人民代表大會), formada por casi 3.000 miembros designados o elegidos de manera controlada. Aunque es la máxima autoridad legislativa, su capacidad de intervenir en una ley es mínima, pues donde se discute realmente es a nivel de partido o gobierno, bien sea central o local. En teoría, la Asamblea puede revisar la

constitución y crear los principales códigos o leyes básicas (基本法律), así como otras leyes de rango inferior o decisiones particulares (enmiendas, suplementos). Pero como dijimos su autoridad es solo nominal, ya que, según la *Constitución* de 1982, el poder real es ejercido por el PCC, y por las autoridades administrativas o ejecutivas; en este sentido la rama administrativa tiene control sobre la judicial, por ejemplo, en la dotación financiera (Chen, 2002:309). De hecho, también pueden presentar leyes (1.2) el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional, aunque cada vez más este trabajo se confía a académicos o especialistas, sobre todo en leyes comerciales o contractuales, y (1.3) los Congresos Provinciales, Municipales, y Metropolitanos Populares.

En segundo lugar pueden presentar leyes los (2) Órganos Administrativos (行政機關); aunque en teoría su legislación está subordinada a la de los Órganos Estatales y no debe entrar en conflicto con la *Constitución*. Entre ellos el más importante es el (2.1) Consejo de Estado (國務院), que es elegido por la Asamblea Popular Nacional, y es el máximo órgano ejecutivo del país, por lo que también se le denomina Gobierno Popular Central. Es también la máxima autoridad de la administración del Estado. Su poder legislativo está basado en el artículo 89 de la *Constitución*, que le permite “adoptar medidas administrativas (辦法), promulgar regulaciones administrativas (行政法規), emitir decisiones (決定) y órdenes (命令) de acuerdo con la *Constitución*”. La oficina de Asuntos Legislativos del Consejo de Estado (國務院法制辦) es la responsable de redactar las regulaciones administrativas para implementación de leyes. También pueden emitir leyes los (2.2) Gobiernos Populares Provinciales⁷. Sus regulaciones deben estar de acuerdo con las de los órganos superiores.

Ver cómo se llevó a cabo la revisión de la *Ley de Matrimonio* (1980) que resultó en las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001), actual ley de Familia que rige en China, puede ayudarnos a entender el funcionamiento general de la legislación china. Según Xue (2002) el proceso fue del siguiente modo, la Asociación de [Estudios] de la Ley de Familia en China (perteneciente a la Asociación Jurídica China) estuvo durante años analizando la *Ley de Matrimonio* (1980), invitando a sus reuniones a miembros de la Asamblea Popular Nacional para comunicarles sus inquietudes. Finalmente, en octubre de 1995, la *Ley de Familia* (1980) fue considerada oficialmente como un tema de revisión por parte de la Asamblea Nacional Popular. El

⁷ La administración local en la RPC tiene cuatro niveles: provincial, regional (o de prefectura), de distrito (o comarca), y de población. Solo el primero puede aprobar leyes.

Ministerio de Asuntos Civiles creó diversos comités para su estudio, y estos encargaron a un grupo de expertos la redacción de un borrador que presentaron en 1999 al Comité de Asuntos Legislativos del Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional. En agosto de 2000 dicho borrador fue enviado a los diferentes grupos de interés (centros de investigación, escuelas de derecho y juzgados provinciales) para su consideración. En octubre de 2000 el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional examinó por vez primera las consideraciones al borrador. En octubre de 2000, en una sesión plenaria del mismo comité se volvió a examinar dicho borrador por segunda vez, en enero de 2001, el nuevo borrador fue publicado en la prensa para pulsar el estado de la opinión pública, y el 28 de abril el Comité Permanente de la Asamblea Popular Nacional (sesión 21), aprobó los cambios de ley, entrando en vigor ese mismo día.

Para acabar, valga la pena señalar que el proceso descrito, con su apariencia democrática discurre en una cierta indefinición, por un lugar se desarrolla dentro de una estructura política de “partido-estado”, en la que el órgano de mayor poder es el Comité Permanente del Politburó, formado por 9 miembros que se reúnen semanalmente⁸. Y, por otro lado, como señala Rooij:

“El partido y el Estado en China tienen instituciones separadas en todos los niveles territoriales. En principio, el partido hace las leyes y el Estado las administra, ... pero el partido asume control directo e indirecto del Estado... [En cualquier caso] la imbricación entre la estructura del partido y del Estado está cambiando ... y una buena muestra son los nuevos requisitos para llegar a ser funcionario, que hasta hace poco estaban basados en la lealtad al partido, y cada vez más se apunta hacia el valor del mérito” (Rooij, 2002:325-335).

2. MATRIMONIO Y REGISTRO (婚姻, 登記)

Los cambios habidos en China a partir de la *Política de Reformas y de Puertas Abiertas* (iniciada en 1978) por la que China dejaba de ser una economía planificada y pasaba a convertirse en una economía de mercado, hizo que tras un par de décadas la *Ley de Matrimonio* (1980) mostrara algunos puntos débiles especialmente en el modo de regular

⁸ En el momento presente (22 de mayo de 2012) el presidente del Comité Permanente del Politburó es Hu Jindao. En noviembre de 2012, se renovará dicho Comité siendo el número 18 de la historia del PCC. Si se sigue el *modus operandi* anterior, siete de los actuales miembros tendrán que abandonar por haber superado la edad de 67 años. Solo Xi Jinping y Li Keqiang se espera que retengan su cargo.

las disputas familiares, tanto a nivel judicial, como a nivel de mediación, por lo que se consideró que tenía que ser actualizada. Tras un proceso de cuatro años y medio de prolongados debates a nivel académico, legal, en la prensa, y entre la gente común, se concluyó el 28 de abril de 2001 la aprobación por parte del Comité Permanente de la IX Asamblea Popular Nacional de las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001), 中華人民共和國婚姻法 (2001 修正), que es como denominamos en este trabajo a la actual ley de matrimonio de la RPC. Así pues, tras haber pasado de 27 artículos en la vieja ley de 1950 a 37 en la de 1980, la nueva ley de 2001 incluye 51 artículos, es decir 9 enmendados y 14 nuevos, con lo que han aparecido ideas nuevas, en su mayor parte tomadas de la legislación continental, como el matrimonio inválido, la separación de propiedades, la violencia doméstica (家庭暴力), el derecho de visita de los hijos tras un divorcio, el derecho de compensación a “la parte sin falta” (無過錯方) tras un divorcio, etc. La ley no quedó aquí concluida, sino que ocho meses después el Tribunal Supremo promulgó la *Interpretación para [uso en] los Juzgados Populares sobre cómo Implementar la Ley de Matrimonio Revisada* (27 de diciembre de 2001), con objeto de aclarar algunos puntos, particularmente los referidos a los derechos de mujeres, niños y ancianos (Xue, 2002). Y, como veremos, otras importantes revisiones fueron hechas en 2011, sobre titularidad de la propiedad inmobiliaria en caso de divorcio.

Vamos a ver sistemáticamente cómo es la legislación sobre matrimonio en China, y empezaremos por su naturaleza, y por el importante papel que juega el registro en la realización del matrimonio

2.1 Naturaleza: las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001)

En Occidente lo fundamental para manifestar la existencia del matrimonio es el consentimiento matrimonial se expresa mediante palabras o, en su defecto, mediante signos equivalentes, que deben corresponder a la voluntad real de los contrayentes (en Derecho canónico en caso de discrepancia prevalece la voluntad interna sobre la manifestada, algo que no sucede tan claramente en el Derecho Civil). Después de la ceremonia del matrimonio en la iglesia o en el juzgado viene por regla general una celebración festiva, pero no esencial al matrimonio. En China como veremos algo consustancial al matrimonio era la celebración y su proceso, aunque poco a poco aspectos más jurídicos han sido los que han venido imponiéndose.

El capítulo 2 de las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001) expresa las principales condiciones de los cónyuges a la hora de contraer matrimonio. Por un lado pone énfasis en la libertad de los

cónyuges (artículo 5), en la edad (según el artículo 6, el mínimo es de 22 años para el varón, y de 20 para la mujer), en los impedimentos de sangre o de relaciones de colateralidad hasta un tercer grado (artículo 7: 1), o de enfermedades que impidan en matrimonio según el estado de la ciencia médica del momento (artículo 7: 2)⁹.

Estas propiedades del matrimonio son importantes para juzgar los casos que harían el matrimonio nulo. Lo sería, por ejemplo si un menor de edad intentara contraerlo (artículo 10), o si uno de los contrayentes ya estuviera casado. Sin duda el registro ayudaría mucho en la tarea de resolver estos problemas de nulidad. Pero dicho registro es si cabe más necesario en China no solo para además tratar con casos de uniones de hecho (事實婚姻), o de divorcios, sino para poder aplicar la política de planificación familiar de la que luego se hablará. Por ello el capítulo 8 de las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001), en su capítulo 2 insiste en el tema del registro.

Como hemos dicho, en la China tradicional, al igual que en muchas otras partes, el matrimonio se concluía por celebración, dentro de un proceso de acuerdos tácitos, previamente negociados, que daban por casados a los esposos delante de la comunidad de familiares o vecinos, y que por tanto no había que registrar en ningún sitio, la comunidad ya lo sabía. En sociedades agrarias, o de pequeña movilidad esto aún puede funcionar relativamente, pero es obvio que una sociedad moderna necesita un sistema de registros. Y este ha sido el gran esfuerzo del legislador y administrador chino en los años de modernización de las leyes de matrimonio en China, es decir, ha luchado porque exista un sistema de registro obligatorio del matrimonio, y que el matrimonio se concluya en el momento de su registro, no en el de la celebración.

2.2 Registro: la *Normativa de Registro Matrimonial* (婚姻等理條例) (2003)

Esta presión en el control social por parte del gobierno ha tenido sus reacciones, o actitudes pasivas, especialmente en zonas rurales, por lo que el legislador ha tenido que hacer un equilibrio en los años del postmaoísmo en donde las unidades de trabajo han perdido un cierto control sobre la vida privada de sus miembros, para conseguir dar importancia al registro matrimonial, y a la vez, según señala Palmer, satisfacer la presión social (legal y de cambio social) por la que se

⁹ Palmer ha visto en la redacción de este artículo que, tras el avance de la medicina, se deduce que la lepra no es ya una enfermedad que impida el matrimonio en China. A su vez podemos ver que estas expresiones todavía son deudoras de la *Ley de Matrimonio* (1950).

quiere dar mayor reconocimiento al matrimonio como proceso privado, aunque sea a través de cambios nominales de la regulación, por los que en el enunciamiento de la antigua normativa, *Regulaciones sobre la Administración del Registro Matrimonial* (1994), se eliminó en 2003 la palabra “administración” resultando el nuevo título *Normativa del Registro Matrimonial* mucho más aséptico y menos coercitivo, propio de “ciudadanos responsables” (Palmer, 2007:694).

Pero el cambio no fue solo nominal. En las antiguas *Regulaciones* (1994) las unidades de trabajo eran las responsables de certificar la capacidad para casarse de sus miembros. Esto suponía varios problemas, por un lugar cuando la interferencia del Estado en la vida matrimonial empezaba a ser menos tolerable, por otro cuando las empresas nacionales habían empezado su declive como instituciones de control social. Finalmente había la necesidad de incluir a posibles cónyuges de otras partes como Hong Kong, Macao y Taiwán, así como cónyuges extranjeros, y ello chocaba con la visión oficial del Derecho Privado Internacional. Así en la *Normativa de Registro Matrimonial* (2003) se señalaba que quienes fueran a casarse debían demostrar por ellos mismos que poseían la capacidad para casarse (certificando en el registro que no estaban ya casados, o no había impedimentos de consanguinidad, etc.). La referencia a Macao y Hong Kong (e incluso Taiwan) no es baladí, ya que ya desde finales del siglo pasado la movilidad social experimentó mucha interacción familiar, por lo que el gobierno local de la gran capital china de la zona, Guangzhou, emitió una *Normativa de Registro de Matrimonio para Chinos Residentes en Hong Kong, Macao o Taiwan*, en base a las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001), a las *Regulaciones de Registro* (2003) y a las *Regulaciones Provisionales para el Registro Matrimonial*, promulgadas por el Ministerio de Asuntos Civiles de la RPC el 24 de septiembre de 2003. La consulta de esta *Normativa de Registro* puede ayudar a ver cómo opera la legislación china a niveles procesales.

Otro cambio importante en el procedimiento de registro era que en los artículos 9 y 10 de la ley de 1994 se exigía a las mujeres someterse a un examen médico premarital¹⁰; pero, como indica Palmer, el reconocimiento de que matrimonio y reproducción son dos cosas diferentes, llevó a la ley de 2003 a no considerar necesario dicho examen, aunque sí se recomienda en el artículo 51 de la *Revisión de*

¹⁰ Se ha visto en este examen de salud prematrimonial de la *Ley de Registro de Matrimonio* (1994) decretada por el Ministerio de Asuntos Civiles (que debía ser puesto en práctica por los gobiernos provinciales, con la consiguiente imposición de penas caso de no hacerlo), una medida más de tipo indirecto para impedir matrimonios que obedecían a un fraude de ley.

Ley de Protección de las Mujeres, como medida de salud reproductiva, sobre todo si se busca el embarazo.

Se ha considerado que todas estas medidas de registro introducidas en la ley de 1994 tendían también a paliar indirectamente las no buscadas consecuencias causadas por el desarrollo económico de China, en concreto, el crecimiento de la industria del sexo y el incremento de la uniones extramatrimoniales.

2.3 Sobre la validación de matrimonios no registrados

La importancia del registro ha hecho que se planteara el tema del registro retrospectivo, especialmente en dos casos. El primero es el de cómo llevar a cabo un divorcio en una situación de matrimonio no registrado (補辦結婚登記). La *Interpretación del Tribunal Supremo Popular* (2001) resolvía el caso en su artículo 5 diciendo que si las dos partes antes del 1 de febrero de 1994 cumplían los requisitos para casarse, su relación debería considerarse como “unión de hecho” (事實婚姻), y si una de las partes no cumplía el requisito de mayoría de edad para casarse, la pareja deberá registrar su unión antes de iniciar cualquier proceso legal. El proceso es más complejo cuando se trata de validar una relación matrimonial iniciada cuando una o las dos partes era menor de edad (caso frecuente en la China tradicional). En primer lugar las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001) señalaban en su artículo 10 que, en sí, apenas ofrece posibilidad de legitimidad matrimonial retrospectiva. Sin embargo, como dice Palmer, ese mismo año la *Interpretación del Tribunal Supremo* (2001), en su artículo 4, señalaba que podría reconocerse como matrimonio legal la relación no registrada en la que una parte (o las dos) era menor de edad, en el momento en que el/los menor/es alcanzase/n la mayoría de edad. Así pues, en la *Normativa del Registro Matrimonial* (2003), en su artículo 8, pasó a especificarse el procedimiento remedial de registro de matrimonio, para uniones no registradas. A su vez, en el artículo 16, señalaba que los juzgados podían tratar casos de nulidad matrimonial, que deberán luego registrarse en los órganos de registro relevantes. Se planteaba así los casos de nulidad, en su mayor parte logrados por coacción.

La conclusión general de esto es, según Palmer (2007:679), la existencia de un cambio notable en la política de uniones no registradas, por las que estas eran consideradas como “cohabitación ilícita” (非法同居), pero ahora existe una mayor relajación de la norma, por la que se reconoce de modo oficial la “celebración consuetudinaria” sobre el registro legal en la conclusión del matrimonio.

2.4 Anulación de matrimonios establecidos por fuerza (脅迫婚姻)

En el sistema tradicional chino era una práctica común la de los matrimonios establecidos por la fuerza, es decir, sin contar con la voluntad de los cónyuges, algo de lo que no se puede decir que haya desaparecido en su totalidad, especialmente en las zonas rurales. Para acometer ello hubo tres provisiones legales, primero y nuevamente las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001), cuyo artículo 11 señalaba que la parte forzada a casarse podía pedir la nulidad del matrimonio, bien a partir de un año del registro de matrimonio, bien a partir del momento en que ha asegurado su libertad. Ese mismo año, el artículo 10 de la ya citada *Interpretación del Tribunal Supremo Popular* (2001), pasaba a definir esos matrimonios como “uniones en las que una parte fuerza a la otra a casarse contra su voluntad bajo amenaza, a ella o a sus familiares, de atentar contra su vida, salud, reputación, propiedad, etc.” Se conseguía así una mayor definición de problema que ayudara en el proceso de nulidad de los matrimonios.

Una vez conseguida la nulidad faltaba la normativa que regulase el paso a la nueva situación mediante un registro. Dos años después fue cuando salió la ya también citada *Normativa del Registro Matrimonial* (2003), cuyo artículo 9 recogía el permiso para aceptar solicitudes de anulación del matrimonio, concedido tanto a los órganos de registro matrimonial como a los juzgados. Si hubiera pruebas suficientes el encargado de registro podría rescindir el certificado de matrimonio en ese mismo momento (los problemas que pueda haber de propiedad, mantenimiento de los hijos, o deudas, tendrán que ser estudiados)¹¹.

Guardando cierta relación con lo que acabamos de ver, Palmer hace una última observación no ya en la elección del cónyuge para sus hijos, sino a la interferencia de los padres en la vida del nuevo matrimonio, la cual era común en la China tradicional. Lo que Palmer señala irónicamente es que en la época postmaoísta esa interferencia entró en declive, pero apareció un fenómeno opuesto, el del aumento de la obstrucción por parte de los hijos a que los padres se casasen de nuevo por temor a perder derechos de herencia. Así en el artículo 30 de las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001) se añadía una nueva provisión por la que se prohíbe a los hijos bloquear las nuevas nupcias de los padres, e incluso si los padres volvían a casarse, los hijos no quedaban excusados de proporcionarles ayuda (膳養)¹².

¹¹ Palmer (2007:680) comenta igualmente, que al parecer no hay provisiones para los casos de uniones tradicionales que se iniciaron por fuerza.

¹² Como observa Palmer (2007:682), esto confirma el artículo 19 de la Ley de Protección de los Mayores de 1996 que protege el derecho de los mayores de dividir y distribuir su propiedad (個人財產) como mejor les parezca, libres de la obstrucción

2.5 Sobre la anulación de matrimonios por razón de concubinato (納妾)

En este caso no tratamos tanto de la pervivencia de una costumbre china antigua, sino de su reaparición. Efectivamente, en algunas zonas rurales especialmente del sur de China, tanto la continuidad de las creencias populares sobre la importancia de mantener descendencia patrilineal, así como la mayor prosperidad económica, ha creado la reaparición de la costumbre de tomar concubinas (包二奶), a veces bajo la apariencia de secretarías o amas de llaves.

Nuevamente hemos de recurrir a las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001) para observar que en la sección de Principios Generales¹³ (artículo 3, #2) se señala: “la cohabitación de una persona casada con una tercera parte ha de prohibirse”, para decir a continuación que “el concubinato es motivo de petición de divorcio”. Sin embargo, precisa Palmer, la *Interpretación del Tribunal Supremo Popular* (2003) aclaraba que el concubinato como tal no se considera un crimen, y no debe perseguirse, a no ser que una denuncia expresa sea llevada al juzgado. Esta indulgencia ante la ley ha hecho que el concubinato no sea solo propio de las zonas rurales, sino que además se haya extendido en las zonas urbanas, siendo signo de estatus entre la gente con poder. Como explicaba recientemente la escritora Zhang Lijia (張麗佳), haciéndose eco de una percepción general, “Hoy día es frecuente tener en China relaciones extramaritales o mantener una concubina”¹⁴.

2.6 Matrimonio mixto, en el que al menos una parte es china¹⁵

Según el primer párrafo del artículo 147 de los *Principios Generales de la Ley Civil de la RPC* el matrimonio de un/a extranjero/a con un/a

de sus hijos o de otros parientes, incluyendo los intentos de asegurarse la propiedad por la fuerza.

¹³ Los intentos de criminalizar el concubinato fueron rechazados por considerarse que la Ley de Matrimonio es esencialmente civil, y criminalizarlo habría supuesto extender en demasía el interés público a los asuntos privados (Palmer, 2007:680).

¹⁴ Lijia Zhang, *The Guardian*, 22 de octubre de 2011: “En los años ochenta, cuando trabajaba en una fábrica de cohetes en Nanjing, uno de mis colegas, casado, fue sorprendido teniendo sexo con una chica soltera. A él se le dieron tres años en un campo de trabajos forzados, mientras que la chica cayó en desgracia. Hoy día es frecuente tener en China relaciones extramaritales o mantener una concubina... Algunos sociólogos señalan que el sexo no es la razón por la que algunos hombres ricos o funcionarios sean corruptos. Para ellos las concubinas o las queridas son un tipo de objeto de lujo, como un buen coche o una villa. Si fruto de ello nace la corrupción la causa de esta no es la lujuria, sino la codicia”. Más información en: <http://factsanddetails.com/china.php?itemid=108&catid=4&subcatid=20#>

¹⁵ A partir de la elaboración de Richard Wang & Co. Law Offices, *China Pictorial* el 16 de junio de 2003 (tomado el 18 de mayo de <http://www.china.org.cn/english/Life/67167.htm>)

chino/a será de acuerdo con la ley del lugar en que se casen. Por tanto los matrimonios que se celebren en China se tendrán que registrar de acuerdo con el procedimiento y leyes de este país. Además, no hay que perder de vista que ningún diplomático o miembro consular de un país extranjero, o ministro religioso de cualquier país, tiene autoridad para testificar matrimonios en China. Por tanto, y –tal como vimos— de acuerdo ahora con las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio*, los que vayan a casarse (siendo uno de ellos chino) deben registrarse en las oficinas civiles de las correspondientes provincias, regiones autónomas o municipalidades dependientes del Gobierno Central en que el/la ciudadano/a chino/a tenga registrada su residencia (戶口). Si los dos contrayentes fueran extranjeros, al menos uno debe tener residencia legal en China, y será en esa ciudad en donde tenga lugar el registro de matrimonio (así pues, dos turistas con estancia temporal en China no pueden casarse en este país). Por último, un/a extranjero/a no puede casarse con un/a ciudadano/a chino/a cuando este/a caiga dentro de alguna de las siguientes categorías: (a) personal militar en servicio activo, personal diplomático, personal de seguridad pública, personal que posee alta confidencialidad; (b) personas que en ese momento estén ejerciendo trabajos de reeducación o cumpliendo una sentencia¹⁶.

Este tipo de matrimonios es la parte que más afecta al trabajo de las embajadas y consulados en su vertiente civil. La representación española en China tiene preparado un dossier con respuestas a preguntas frecuentes para ayudar a entender las situaciones más comunes, en particular sobre el tema de registro¹⁷. Así, ante la pregunta ¿De qué manera y en qué casos la embajada o consulado chino puede atender el registro de matrimonio de chinos de ultramar?, se indica lo siguiente: (a) En general, se estimula a diligenciar el registro de casamiento o celebrar las nupcias en su localidad conforme a la ley del país de residencia; pero (b) el consulado chino puede hacerles registro de casamiento si (b.1) ambos solicitantes (hombre y mujer) son chinos de ultramar y cumplen con las estipulaciones de la *Ley de Matrimonio* de China (la embajada o consulado chino no acepta la solicitud de registro casamiento de un chino o

¹⁶ Naturalmente, en este tipo de matrimonios se ha de presentar los debidos documentos, traducidos al chino los de la parte extranjera, y convenientemente autenticados y certificados por notario. Del mismo modo, la oficina de registro hará las comprobaciones pertinentes, por ejemplo, la edad mínima requerida (20 años para la mujer, 22 para el varón), certificados de soltería, certificados de salud hechos en hospitales designados para el caso, etc. Una vez que el registro se haya completado, la nueva pareja casada recibe su correspondiente certificado.

¹⁷ http://spanish.china.org.cn/servicios/2008-07/08/content_15973839.htm

china –incluidos los de nacionalidad china— con una extranjera o extranjero); y (b.2) la ley del país local lo permite y los interesados persisten en su solicitud. Por último dan un consejo: (c) Pero no les convendrá hacerlo si la ley del país local no reconoce la validez del registro de casamiento hecho por una embajada o consulado extranjero, o si la solicitud de casamiento no concuerda con las estipulaciones pertinentes de la *Ley de Matrimonio* de China.

3. DIVORCIO (離婚)

Aunque el divorcio en China todavía tiene un cierto estigma social, los datos estadísticos muestran un gran aumento de la rupturas en la era postmaoísta, llegando en la actualidad a unos 5.000 divorcios diarios¹⁸. Según Palmer (2007:682) la razón que lo explicaría es un combinado de diferentes causas, entre otras (1) la relajación de los motivos para divorciarse en casos de disputa, (2) la falta de esfuerzo por parte de los matrimonios jóvenes por superar las crisis matrimoniales en la nueva sociedad china, más abierta y desarrollada económicamente, (3) la libertad de divorcio para las mujeres dentro de la China socialista. Cabría añadir las (4) facilidades en caso de que el divorcio sea por mutuo acuerdo.

3.1 Tipos de proceso de divorcio, y motivos que justifican pedirlo

Ciertamente, y a diferencia de muchos países occidentales en los que solo se puede terminar un matrimonio en el juzgado, en China hay dos posibilidades, una es por mutuo acuerdo y la otra es tras un juicio. Naturalmente, y si hay posibilidad de ello, el divorcio por mutuo acuerdo es el menos problemático, pues la administración civil lo único que hace es ratificar el acuerdo. Además, el coste es muy barato, 10 yuanes (RMB), es decir, poco más de un euro; y la obtención de certificado de divorcio es algo que se resuelve en media hora, si se tienen los materiales preparados, certificados pertinentes, acuerdo de separación firmado por las dos partes, fotografías, etc. Si el matrimonio es por litigio hay que considerar que el marco legal moderno en que los divorcios tienen lugar podría trazarse a partir de las *Opiniones del Tribunal Supremo Popular sobre Divorcio* (1989) (opiniones más bien de corte moralista), y las más precisas

¹⁸ En la primera mitad de 2011 hubo casi un millón de divorcios en China, lo que representa un aumento del 17,2% con respecto al año anterior, según David Eimer, “China’s divorce rule dubbed” (*The Telegraph*, 30 de octubre de 2011) citando fuentes del Ministerio de Asuntos Civiles.

establecidas en las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001). Aunque estas siguen con el discurso moralista, tratan de situaciones reales de modo más efectivo, como cuestiones de compensación a la parte sin culpa (無過錯方) por la parte culpable.

Se pasan pues a tipificar como culpas: la bigamia, la cohabitación, el maltrato, la deserción, y, como novedad importante a la que le vamos a dedicar un espacio, la violencia doméstica (家庭暴力). La violencia doméstica es definida por primera vez en la *Interpretación del Tribunal Supremo* (2001), como la que se da en situaciones de golpear, atar o atentar habitualmente contra la libertad personal, con resultados mentales o físicos. Por eso, su artículo 3 señala que no es suficiente para solicitar un divorcio el apelar genéricamente al artículo 4 de la *Ley de Matrimonio* (2001), que promueve el mutuo respeto y asistencia entre cónyuges, es decir, que se debe ser más específico. Palmer interpreta esta novedad en la ley señalando que “aunque a los procesos de mediación y sanción se les sigue dando importancia, la violencia doméstica se considera cada vez más como un asunto de interés público, que de la esfera privada” (Palmer, 2007:683).

Además de las causas de divorcio vamos ahora a tratar de los problemas causados por la ruptura, en particular la custodia de los hijos y la división de bienes.

3.2 La custodia de los hijos tras el divorcio¹⁹

La *Ley de Matrimonio* (1980), en su artículo 29, establecía un principio fundamental, que rigió durante un tiempo, y era que tras un divorcio, normalmente se adjudicaba a la madre la custodia de los “hijos menores de dos años”. En 1993, las *Opiniones del Tribunal Supremo Popular sobre Problemas de Crianza de Hijos en Casos de Divorcio Tratados en dicha Corte* se emitieron algunas ideas que aún permanecen como la principal fuente de referencia. Con respecto a la norma que acabamos de citar, los “dos años” se ampliaban al concepto de “menores de edad”. Pero, en las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001), se volvía nuevamente al concepto inicial, expresado ahora como el del “niño en periodo de lactancia”.

Una nueva cotejación entre los artículos 3 y 5 de las *Opiniones* (1993) y el artículo 39 de las *Enmiendas* (2001), nos muestran puntos comunes, y por tanto refrendados en la segunda de las normativas. En concreto, si los hijos ya no están en periodo de lactancia su custodia

¹⁹ Michael Palmer, “Women to the fore: developments in the family law of the PRC,” en A. Baiham (ed.), *Annual Survey of Family Law: 1994*. Dordrecht: Kluwer, 1996, pp. 155-179. Simplificado y actualizado en Palmer 2007:684, nota 28.

debería resolverse por mutuo acuerdo entre las dos partes. Si no se llegara al acuerdo, el juzgado decidirá considerando varios aspectos como el “interés del menor”, las circunstancias de los esposos que se divorcian, y, si el niño tiene diez o más años, también se tendrá en cuenta su opinión. Como puede verse una vez más todo ello se legisla en referencia a las leyes occidentales.

Un elemento nuevo incluido en las *Enmiendas* (2001) es el expresado en el artículo 38 por el que se confirma el derecho de visita a los hijos, por parte de los padres que no gozan de la custodia. Han de ser los padres quienes lleguen a un acuerdo, y caso de que no lo logren, el juez decidirá por ellos el orden a seguir. Si la visita del padre sin custodia supusiera una influencia negativa en la crianza del hijo (incluyendo salud mental), entonces el juez puede cesar temporalmente el derecho de visita, hasta que desaparezca dicha influencia. Palmer señala que al margen de lo que diga la ley el gran problema es su aplicación práctica, especialmente en el caso de la custodia entregada a la mujer en las zonas rurales.

Los aspectos de las *Opiniones* (1993) que se mantienen en la nueva ley son los del artículo 3, por el que la custodia del niño podrá darse al padre si se dieran algunas circunstancias especiales; la del artículo 6, que prevé la custodia compartida, pero no el que pueda darse a terceras partes; y la del artículo 7, que señala que el monto del pago por alimentos hasta la edad de 18 años, dependerá de la necesidad del niño, la situación financiera de los padres, y el nivel de vida de su lugar de residencia; pero nunca excederá el 30% del sueldo base del padre responsable. Efectivamente, se mantienen de alguna manera en los artículos 36, 37 y 38 de las *Enmiendas* (2001).

En cualquier caso es frecuente que el padre sea el que reciba la custodia del hijo, tanto porque sus condiciones económicas suelen ser más favorables para la crianza del hijo (de la que se haría cargo su posible nueva joven mujer), como por el hecho de la tradición patriarcal china en que los hijos varones son los que dan continuidad al nombre y la línea familiar.

3.3 Régimen de propiedad y reparto de bienes matrimoniales

Un problema adjunto al divorcio es que el crecimiento económico de China y el cambio social han supuesto algunas novedades en la propiedad, de modo que no solo las formas y valores de la propiedad familiar se han expandido, sino que las relaciones de propiedad entre los esposos y terceras partes se ha diversificado. Con lo cual dividir todo ello en un divorcio puede entrañar notable dificultad.

3.3.1 Régimen de propiedad

En primer lugar vamos a considerar sobre cómo se llegó a la solución del problema de si los bienes prenupciales deberían o no ser propiedad conjunta, Xue (2002) ofrece de modo muy interesante el itinerario legal que se siguió y que vamos a exponer aquí simplificado. Xue señala como punto de partida el año **1993** en que según las *Opiniones del Tribunal Supremo Popular sobre el Procedimiento de la División de la Propiedad Conyugal en caso de Divorcio* (1993) los bienes llevados al matrimonio por cualquiera de las partes se convertía en propiedad conjunta tras unos años de matrimonio²⁰. Este tipo de propiedad, dice Xue, es llamado **propiedad transferida conjunta** por los estudiosos del sistema legal chino (es decir, serían unos bienes privativos, que pasado un tiempo se convierten en gananciales); el otro tipo de propiedad conjunta dentro de la citada interpretación del Tribunal Supremo es el de la **propiedad estatutaria conjunta** (o bienes gananciales)²¹.

En segundo lugar está el año **2001 (a)**, en que se lleva a cabo el borrador de las *Enmiendas de la Ley de Matrimonio* (2001). En principio se quería incluir la anterior provisión del año 1993 como método de división de los bienes comunes de los esposos en el momento de divorcio. Pero sobre este particular había dos puntos de vista en ese momento consultivo.

(1) Por un lugar estaban los que consideraban que el valor de la contribución de la mujer al matrimonio, consistente en mantener la casa y tener los hijos, debería ser considerado como un activo financiero traído al matrimonio, al igual que cualquier otro, de lo contrario sería injusto para la mujer. Considerado así (como propiedad traída al matrimonio), sería más fácil dividir las propiedades en el divorcio.

(2) Por otro lugar estaban los que –sin negar la contribución de la mujer en el matrimonio— no consideraban que esas acciones de la mujer debieran ser reconocidas como un activo financiero, ya que no era necesario o apropiado el considerar como bienes comunes las propiedades traídas al matrimonio, ya que esa provisión no se corresponde con los *Principios de la Ley Civil* (1986) relativos a

²⁰ En concreto, los bienes preciados de subsistencia, tras cuatro años; y las propiedades residenciales así como otros activos de alto valor para la producción, tras ocho años

²¹ Como decimos, sería lo equivalente a los denominados bienes gananciales, ya que incluye: sueldo y bienes adquiridos, herencia y regalos, beneficios derivados por derechos de propiedad intelectual, beneficios derivados por los medios de producción por cualquiera de ambas partes, derechos de recuperación de una deuda, otras propiedades adquiridas legalmente

la adquisición de propiedad; ello equivaldría a convertir en nula la provisión de que la propiedad adquirida antes del matrimonio por cada parte permanece como propiedad de cada parte, lo cual obligaría a los contrayentes a hacer acuerdos prematrimoniales sobre el futuro de la propiedad de sus bienes²².

En abril de **2001 (b)** fueron aprobadas las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001), pero no incorporaron las *Opiniones del Tribunal Supremo sobre la División de la Propiedad Conyugal* (1993), ya que el artículo 42 que trata de este caso señala: “Si en el divorcio una de las partes va a tener dificultad en sostenerse, la otra parte debe ofrecerle la ayuda apropiada, como la vivienda, haciendo uso de sus bienes”. Parece, pues, que este artículo se hubo inclinado por el segundo punto de vista²³.

De hecho, Las *Enmiendas* (2001) introducen el concepto moderno de sociedad económica, y por tanto la capacidad de la mujer de acumular propiedad independiente, como socia en el matrimonio. Por ello, al igual que en 1993, se distingue entre (1) la **propiedad estatutaria conjunta** (artículo 17), es decir, la propiedad en común, que sería lo equivalente al régimen de bienes gananciales, y estaría referida al salario y bonos, los beneficios obtenidos por producción u operaciones, los beneficios obtenidos por propiedad intelectual, herencias, y cualquier otra propiedad de posesión común; y la (2) propiedad separada (artículo 18), que sería lo equivalente a los bienes privativos, que incluye las posesiones prenupciales de cada parte, los gastos médicos o subsidios personales adquiridos por una parte como resultado de un accidente anterior, artículos de uso diario, y otras propiedades adquiridas por cada parte. Así pues, la diferencia del trato

²² Se temía además, que regulando en ese sentido el afecto mutuo quedaría en cierto modo afectado, pues muchos chinos todavía no pueden aceptar el acuerdo prenupcial de propiedad, por el contrario la contribución que la mujer hubiera hecho a la familia, debería ser reconocidas de alguna otra manera, por ejemplo, con el derecho a permanecer en la casa familiar hasta que se volviera a casar o adquiriera otra casa por su cuenta, así como a recibir ayuda financiera de su ex-marido.

²³ Para dejarlo claro, poco después, en diciembre de **2001 (c)**, hubo una nueva interpretación de las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001), en concreto las *Opiniones del Tribunal Supremo sobre la Adopción de la Ley de Matrimonio de la PRC* (diciembre 2001), que decían en su artículo 18: “de no haber consentimiento común por escrito en contra, la propiedad separada de los esposos no puede ser transferida a propiedad común de ambos, aunque hayan estado casados por muchos años”. Pensamos que esto avalaba ya claramente el segundo de los puntos de vista. Lo extraño es el comentario final de Xue de que “La nueva regulación muestra la protección de la propiedad privada y en especial la protección del fortalecimiento de la parte más débil, que normalmente es la mujer” (Xue, 2002). Desde nuestro punto de vista es justo lo contrario, a no ser que la mujer hubiera ido al matrimonio con mayores bienes que el marido. (En el próximo epígrafe 3.4 veremos cómo ha habido un nuevo paso en limitar los derechos de igualdad de la mujer).

de los bienes privativos entre el borrador de 1993 (propiedad transferida conjunta), y la ley de 2001 (propiedad separada) es que, a partir de 2001, los bienes privativos, pasado un tiempo, no se incorporan a los comunes. Ciertamente, como señala el artículo 19, las partes pueden estipular por escrito que propiedades se poseen conjuntamente y cuáles separadamente. Pensamos, pues, que la decisión final de 2001 (como las que veremos que se adoptarán en 2003 y 2011) manifiesta una regresión de la ley en cuanto a la protección de la igualdad de la mujer.

3.3.2 Reparto de bienes matrimoniales

En general el sistema de solución de conflictos en las *Enmiendas* (2001) prefiere las formas de negociación entre las dos partes. De ir a un litigio, son dos los asuntos que han generado debate, por un lado tenemos que los problemas de desequilibrio de poder todavía pueden afectar al proceso de decisión; por ello, y con la intención de proteger los derechos de la esposa, el artículo 47 señala que “si se descubre que una de las partes ha ocultado o alienado parte de la propiedad, o ha creado falsas deudas, recibirá, *inter alia*, una parte menor del patrimonio familiar”. Por otro lugar está la cuestión de la propiedad intelectual. ¿Debe esta entenderse como propiedad común o como creación personal? La solución expresada en el artículo 17 de las *Enmiendas* (2001) fue una solución de compromiso, por un lado los beneficios derivados serán comunes, mientras que el *copyright* será del creador.

La *Interpretación del Tribunal Supremo* (2003), en su sección 10, párrafo 1, aborda el espinoso tema de la “Devolución de los Regalos Esponsales”²⁴ en casos tales como que, o bien no se llegó a registrar el matrimonio, o bien no se llegó a cohabitar tras el registro, o bien que finalmente el donante experimentó dificultades financieras a causa del regalo (por ejemplo, porque hubiera sido muy generoso).

Acerca del reparto de bienes matrimoniales tanto el artículo 18 de las *Enmiendas* (2001) como el artículo 11 de la *Interpretación del Tribunal Supremo Popular* (2003) coincide en incluir los ingresos derivados de inversiones, la dotación de seguros, las propiedades y

²⁴ Para más detalles remitimos a Michael Palmer, “The People’s Republic of China: problems of marriage and divorce,” en M. Freeman (ed.), *Annual Survey of Family Law: 1987*. Vol. 11. London: *The International Society on Family Law*, 1988, pp. 57-79. También en Michael Palmer, “Caring for young and old: developments in the family law of the People’s Republic of China,” en A. Baiham (ed.), *Annual Survey of Family Law: 2000*. Bristol: Jordan Publishing (en representación de la International Society on Family Law), 2000, pp. 95-107. (Todo ello se encuentra simplificado y actualizado en Palmer, 2007:685).

beneficios adquiridos durante el matrimonio, y –manifestado solo en el artículo 13 de la *Interpretación*—también será repartido a partes iguales cualquier pago por desmovilización del ejército (PLA).

Existen otros casos más complejos de división que solo son tratados en la *Interpretación* (2003). Así, el artículo 17 señala que cuando los bienes incluyen una propiedad que es parcialmente externa a la familia y está relacionada con negocios, podría esta dividirse según las circunstancias²⁵. En el caso de tratarse de la satisfacción de una deuda de tipo familiar, el artículo 23 indica que la responsabilidad de la acción puede recaer en quien la contrató o en ambas partes, dependiendo de las circunstancias en que la deuda fue suscrita y del uso que se haya hecho de ella. Así, una deuda formalizada por una parte antes del matrimonio sigue siendo responsabilidad de quien la contrajo, a no ser que el dinero adeudado se hubiera estado utilizando “para las necesidades vitales durante el matrimonio”; pero, de haberse formalizado durante el matrimonio, la deuda se presupone que sigue siendo una carga de ambas partes, a no ser que se hubiera acordado algo diferente por escrito.

Si el asunto es de una casa alquilada por un esposo antes del matrimonio, pero comprada por la pareja después de celebrado el mismo, el artículo 19 la considera bien ganancial, aunque solo esté registrado a nombre de uno de los esposos. Y si hubiere disputa acerca de la propiedad o de su valor, se preferirá un arreglo negociado, pero el juez nunca decretará sobre la propiedad de la misma. Entonces, los artículos 20 y 21 indican que si no se vende, ni hay división del producto, el juez puede conceder la ocupación a uno de los esposos, en base a las circunstancias del caso²⁶. Parte del problema a resolver podría ser también, como indica el artículo 22, el que se debería dar protección a la contribución que los padres de los cónyuges hubieran ofrecido como donación a su propio hijo o hija en la compra de la casa. Pero esto ha sufrido una importante variación en detrimento de la mujer, como veremos en el epígrafe siguiente.

Otro asunto a considerar es que tanto el artículo 42 de las *Enmiendas* (2001), como el 27 de la *Interpretación* (2003), indican que si se trata de un local de trabajo se estimulará al marido, que ha provisto de acomodación a su pareja hasta el momento del divorcio en ese local, que continúe ofreciendo dicha acomodación para el uso de su antigua mujer. Palmer comenta que al no tratarse de una sugerencia

²⁵ Palmer pone un ejemplo teórico: el de una posible asociación en la que uno de los que se divorcian es miembro, entonces el otro ex-cónyuge podría formar parte de la asociación, si los demás miembros no se opusieran.

²⁶ Palmer comenta que la ambigüedad del caso parece estar elaborada para favorecer a la mujer.

firme, si hay falta de acuerdo la mujer no tiene una posición de ventaja frente al marido (Palmer, 2007:686).

3.4 *Interpretación de las Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (agosto de 2011)

Un paso atrás en la igualdad dentro del matrimonio se ha dado recientemente. Tras tres años de estudio, el 13 de agosto de 2011 el Tribunal Supremo emitió una *Interpretación de las Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2011), con 19 cláusulas, una de ellas —la más importante a efectos de lo que hablamos— señala que “los intereses generados por la pareja y la apreciación de la propiedad personal perteneciente a un cónyuge, no es propiedad compartida de la pareja”, lo cual ha implicado varias cosas:

- (a) En caso de divorcio, las propiedades compradas antes de la boda por cualquiera de los esposos pertenecerán solamente a dicho cónyuge, y consecuentemente, la propiedad que los padres hubieran comprado para sus hijos antes o después del matrimonio pertenecerán también exclusivamente a dichos hijos.
- (b) En el matrimonio, las propiedades inmobiliarias no pertenecen a las esposas que estén compartiendo el pago de la hipoteca; es decir que después de un divorcio, las propiedades inmobiliarias pertenecerían al marido, pudiendo en todo caso la esposa reclamar la correspondiente compensación, por lo que hubiera aportado.
- (c) Si el esposo ha sido infiel, no por eso la esposa es elegible en el proceso de divorcio para competir por los derechos de propiedad inmobiliaria. Incluso si los esposos comparten los pagos de la hipoteca, la propiedad no pertenecerá a la mujer²⁷.

Parece ser que entre alguno de los motivos que llevaron al alto tribunal a tomar esas decisión estaba el de que por regla general los padres han puesto todos sus ahorros en la compra de la casa de su hijo, y pueden verlos reducidos a la mitad de un día para otro, si su hijo se divorcia. La consecuencia es obvia, la propiedad de residencia no se considera parte de la propiedad común (y por tanto divisible en partes iguales en caso de divorcio), sino que quien la haya pagado, o esté pagando, será el propietario legal, y podrá quedarse con ella en su

²⁷ Gio Xianzhang, un conocido abogado de Taiwan, comentaba este punto diciendo: “Me parece extraño que si la deslealtad del marido provoca el divorcio, la mujer reciba menos protección. Se debería haber establecido claramente en la Ley de Matrimonio que la parte cuyas acciones han causado el divorcio deba compensar a la otra parte; de lo contrario la mujer resulta ser la parte más vulnerable”. Información tomada de <http://www.youtube.com/watch?v=Z3L9C9TFHv8>.

totalidad²⁸; en todo caso la parte sin derecho a la propiedad podría solicitar en juicio el reembolso de su contribución en la hipoteca, si hubiera sido el caso. Se puede decir que la nueva redacción de la ley favorece al cónyuge de sueldo más elevado, que suele ser el marido pues como término medio la mujer gana solo dos tercios de lo que ganan los hombres²⁹.

Otra explicación de cómo se ha llegado a esta situación es que en China tradicionalmente el novio o sus padres son los que compran la casa, y, de hecho, muchas mujeres no desean casarse hasta que esto tenga lugar. Pero, al encarecerse recientemente el precio de la vivienda, la percepción es que algunas mujeres se casan principalmente para garantizarse la mitad del valor de la casa en caso de divorcio³⁰. Esta percepción no es reciente. Xue, reflejando un tono *chauvinista*, señalaba:

“Uno de los puntos débiles de la *Ley de Matrimonio* (1980) era la ausencia del régimen de separación de bienes, y el régimen de propiedad acordada por el que resultaba que algunas personas confiaban en el matrimonio para obtener propiedad prenupcial de la otra parte si solicitaran el divorcio dentro del régimen de bienes gananciales. En 1993, una *Interpretación del Tribunal Supremo* (1993) puso ciertas limitaciones, así para que uno de los esposos pudiera reclamar parte de los bienes separados del otro, era necesario que al menos hubieran convivido durante cuatro u ocho años” (Xue, 2002).

En cualquier caso, la nueva *Interpretación de las Enmiendas la Ley de Matrimonio* (2011) ha perjudicado en su mayoría a las mujeres, especialmente a aquellas que han invertido su tiempo y energías principalmente en cuidar de la casa, del marido, del hijo y de los

²⁸ Comentario a la disposición tomado de David Eimer, “China's divorce rule dubbed *Law that makes men laugh and women cry*”, *The Telegraph*, 30 de octubre de 2011. Eimer, corresponsal en Beijing, comenta el cambio en la ley diciendo que las decisiones de los altos magistrados pueden fácilmente reemplazar las leyes existentes, más aún en el Tribunal Supremo que solamente tiene una mujer entre sus 13 jueces. Esta nueva decisión, señala Eimer, es “un atentado brutal para apuntalar el desmoronamiento de la institución del matrimonio haciendo el divorcio menos atractivo. Es también una táctica para acabar con la obsesión por la propiedad que se ha apoderado de China en los últimos años y que han disparado el precio de la vivienda”.

²⁹ Esta afirmación está basada en un estudio de la Universidad Renmin, reseñado por Li Chunyan, abogado jefe de la principal página web en China sobre divorcio, www.lihun.net.

³⁰ Según Ewing (2011), el Tribunal ha constatado en su práctica diaria la estrategia de muchas mujeres, que ven crecer rápidamente a su país, pero no obtienen ninguna parte de los beneficios, resumida en esta frase: “Corteja a un hombre rico, vete a vivir con él a su casa, divórciate, y quédate con la casa”.

suegros (esto último siguiendo la consuetudinaria tradición china), pero que tras el divorcio se encuentran fuera de su hogar sin apenas recursos, lo cual es especialmente duro en un país en que la seguridad social apenas está desarrollada. Esto puede crear adicionalmente en algunas mujeres la sensación de que su marido es como su casero, y la percepción social de que esta nueva disposición legal aumentará la cultura del concubinato en China. Los comentarios de los medios señalan que la única defensa de la mujer es reclamar antes de casarse el reconocimiento de la copropiedad de la casa, o, en último extremo amenazar a su marido con que no tendrá hijos, ni cuidará de sus suegros, mientras eso no se le reconozca.

3.5 Divorcio de extranjeros, o de residentes en el extranjero³¹

El segundo párrafo del artículo 147 de los *Principios Generales de la Ley Civil de la RPC* (1986), señala con respecto al divorcio que este será reconocido en el lugar en que un juzgado acepte el caso. Tal como hemos visto, de acuerdo con las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001), si los dos esposos buscan divorciarse voluntariamente, deben ir a la correspondiente oficina de registro, pero si uno de los esposos no está de acuerdo con la voluntad de separación del otro, este puede ir al juzgado y presentar un pleito de divorcio.

Si unos extranjeros quieren solicitar divorcio en China, no podrán ir a la oficina de registro, sino que tendrán que ir a un juzgado. Este aceptará el caso si al menos uno de los dos cónyuges tiene residencia en China, o ha estado físicamente presente en este país por al menos un año. Caso de que se cumpla este requisito, si la otra parte reside fuera de China, quien solicite divorcio debe presentar el pleito de divorcio en el juzgado popular próximo al lugar en que la otra persona viva, o en el que su residencia esté registrada. Del mismo modo, si la parte que pide divorcio vive en el extranjero debe presentar el pleito en la corte popular próxima en la que vive (o tiene registrada su residencia) la parte de la que quiere divorciarse³².

Igualmente el dossier de la representación española antes citado³³ presenta la situación de reconocimiento de la sentencia de divorcio declarada en otro país por un tribunal popular de la RPC en que uno de los solicitantes sea chino. En este caso se procede a una distinción: (a) cuando un ciudadano chino solicita a un tribunal

³¹ Epígrafe realizado a partir de la elaboración de Richard Wang & Co. Law Offices, *China Pictorial* el 16 de junio de 2003 (tomado el 18 de mayo de <http://www.china.org.cn/english/Life/67167.htm>).

³² En el caso de que una pareja divorciada deseara reanudar su matrimonio en China, solo deben proceder según el método normal de registro.

³³ http://spanish.china.org.cn/servicios/2008-07/08/content_15973839.htm

popular de China reconocer la sentencia de divorcio de un tribunal extranjero, el tribunal popular no puede rehusar la atención por el hecho de que el matrimonio no haya sido contraído en China; y (b) cuando una persona de ciudadanía extranjera solicita a un tribunal popular reconocer la sentencia de divorcio de un tribunal extranjero el tribunal popular debe atender su solicitud si su cónyuge original tiene ciudadanía china (pero rehusará hacerlo si la pareja original es de ciudadanía extranjera, y en este caso podrá recomendarle solicitar registro del nuevo matrimonio directamente al organismo de registro incumbente).

Otra de las cuestiones que responde el dossier de la representación diplomática es el de cómo debería abordarse el problema de la crianza de los hijos si luego hubiese un pleito de divorcio. Señala que en este problema se aplica la ley china; y además, y de acuerdo con el del código civil español, se debe considerar la protección efectiva de los derechos e intereses de los hijos y la necesidad de favorecer su crecimiento en lo físico y mental.

3.6 Notas sobre mediación y reconciliación en China

En la antigua China, la mediación era el sistema principal para resolver disputas a través de la persuasión moral y el acuerdo, no por coerción soberana. Se pensaba que todos los asuntos humanos estaban impregnados de relaciones armoniosas, por lo que estaba mal considerado destruirlas. Así, la ayuda unilateral y los métodos de confrontación llevaban a la ruptura de una relación de armonía. La mediación es practicada habitualmente en la RPC a través de los comités de mediación. De hecho, ya el artículo 17 de la *Ley de Matrimonio* de 1950 especificaba:

“Si tanto el marido, como la mujer, insistieran en el divorcio, este debe de concederse cuando la mediación del gobierno del distrito popular y el órgano judicial haya fracasado en conseguir la reconciliación”.

Al menos en los años ochenta parece que había más de seis millones de mediadores elegidos a nivel de comunidad. Estos recibían una educación básica en leyes e incluso un modesto estipendio por su trabajo (Keith, 1994:116). Entre 1981 y 1988 estos comités –según la publicación oficial *Bulletin of Chinese Women* (1989)— resolvieron con éxito 56 millones de casos de disputas familiares (Kilpatrick, Zhang, 1993:75)³⁴, pero su eficacia cuenta tanto con admiradores

³⁴ Otra fuente da datos en cierto modo similares para el mismo periodo: “Entre 1982 y 1988 los mediadores resolvieron 50 millones de asuntos civiles y ayudaron a salvar 680.000 vidas que amenazaban suicidio u homicidio” (Keith, 1994:116).

como con detractores en el extranjero. Entre estos se encuentra Bailey, que señalaba:

“Muchos mediadores occidentales que han reconocido un valor en la aceptación y voluntariedad de la mediación china lo han hecho llevados por una impresión parcial y acrítica, tal vez seducidos por el hecho de que la mediación en China tiene una larga tradición, de que se practica ampliamente e incluso de que está institucionalizada como búsqueda de la armonía social³⁵. Pero, en realidad, los que citan ejemplos positivos o modelos a seguir han de darse cuenta de la implicación de control social ejercida por un gobierno autoritario que quiere mantener normas feudales o patriarcales” (Bailey, 1993:45).

Otros autores se muestran positivos ante la capacidad de la mediación a la hora de ofrecer resultados, y para ello citan el caso de Hong Kong³⁶ (Chan, 2007), en donde se condujo un programa piloto de tres años sobre mediación familiar con resultados positivos. El método estaba basado en la coexistencia de servicios de comunidad y de juzgado, y en el que los mediadores debían tener una formación plural en los ámbitos profesionales y sociales para enfrentarse a las necesidades varias de los usuarios.

Con el desarrollo del sistema legal en los años noventa cada vez está menos clara la línea que separa la mediación de la acción judicial. Los favorables a la acción de los comités de mediación indican que estos tienen una naturaleza más democrática, por ser elegidos entre miembros de la vecindad, pero la postura de los críticos es que en la moderna sociedad la mediación difícilmente puede afrontar el control del orden público o social. Por ello, como indica Keith, “donde los mecanismos de mediación asociados a las costumbres sociales no pueden responder, entonces la ley asume la responsabilidad” (1994:104), y esto es lo que aparece en el artículo 25 de las *Enmiendas a la Ley de Matrimonio* (2001):

“Cuando solo una parte declara su deseo de divorcio en su organización [o unidad de trabajo], dicha organización tiene que llevar a cabo un proceso de mediación, o también la parte interesada puede ir directamente al juzgado para empezar el proceso de divorcio.

³⁵ En realidad Bailey se está refiriendo a trabajos como J. Folberg & A. Taylor (1984), *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts without Litigation*, San Francisco: Jossey-Bass; J. P. Ryan (1986), “Lawyer as Mediator: A New Role for Lawyers in the Practice of Non-adversarial Divorce”, *Canadian Family Legal Quarterly*, 1:1; H. Irving & M. Benjamin, *Family Mediation*. Toronto: Carswell, 1987.

³⁶ Valga la pena citar aquí el caso de HK, aunque claramente no responda a los parámetros de la RPC.

Tratando con un caso de divorcio, el juzgado popular tiene que llevar a cabo primero el proceso de mediación, y, en caso de que fracase, se concederá el divorcio pues el afecto mutuo ya no existe”.

También se espera mediación en casos de violencia doméstica y de deserción de la familia por parte de uno de sus miembros. Respectivamente, los artículos 43 y 44 señalan:

“Con respecto a la violencia doméstica, o al maltrato de algún miembro de la familia, la víctima tiene el derecho a hacer una petición de ayuda, de modo que los vecinos, el comité de distrito, o las unidades de trabajo concernientes disuadan al culpable y ofrezcan mediación” (artículo 43).

“Con respecto a la deserción de la familia de un miembro de esta, la víctima tiene el derecho a hacer una petición de ayuda, de modo que el vecindario, o el comité de distrito, o las unidades de trabajo concernientes deban disuadir al culpable y ofrecer mediación” (artículo 44).

Como se ve en China la mediación se recomienda legalmente no solo a nivel de familia sino también de comunidad. Desde un punto de vista occidental el concepto de mediación tiene las connotaciones de que la tercera parte es neutral, utiliza la lógica y un sosiego emocional para ayudar a los que disputan a llegar a una solución aceptable del problema. En China no es exactamente igual; un estudio realizado en este país a mediados de los noventa (Wall et al., 1995:30-47) –utilizando una muestra de 125 mediadores familiares, cada uno de los cuales proveyó dos informes de mediación (uno sobre problemas dentro de la familia, y otro sobre disputas entre familias)—mostró que utilizaron 33 técnicas de mediación diferentes, consistentes en separar las partes, buscar ayuda de una tercera parte, crear empatía, intentar comprender el punto de vista de a otra parte y utilizar la lógica. Con respecto a las estrategias, es decir, la combinación de técnicas, empleadas en la mediación familiar, encontraron que eran principalmente tres las empleadas: separar, analizar juntos, y criticar.

BIBLIOGRAFÍA

- A.P. (2006). "China: Drug bid to beat child ban", *Associate Press*, 14 Feb. 2006.
- ACI Aragón (2009). *Dossier China de la Asociación para el Cuidado de la Infancia*, Zaragoza, 24 pp.
- Bailey, Martha J. (1993). "Mediation of Divorce in China", *Canadian Journal of Law & Society*, 8:45ss.
- Bernhardt, Kathryn (1994). "Women and the Law: Divorce in the Republican Period", en Kathryn Bernhardt & Philip C.C. Huang (eds.) (1994), *Civil Law in Qing and Republican China*. Standford Universty Press, pp. 187-214.
- Botton, Flora (2007). "La transformación de la familia china", *Anuario Asia-Pacífico*, 2007:373-380.
- Calvo Caravaca, Alfonso-Luis; Carrascosa González, Javier (2011). "Adopción Internacional", en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, capítulo XX, 2011 (12ª ed.).
- Cerece, Laura A. (1999). "Recent Amendment of China's Adoption Law: An Overview", *China Connection*, February / March, 1999.
<http://www.lawinfochina.com/display.aspx?lib=law&id=995>
- Chen, Albert HY (1998). *An Introduction to the Legal System of the People's Republic of China*. Hong Kong: Butterworths Asia, 1998 (second edition).
- Chen, Tsung-fu (2003), "The Rule of the Law in Taiwan. Culture, Ideology, and Social Change", en C. Stephen Hsu (ed.), *Understanding China's Legal System*, New York University Press.
- Chen, Jianfu (1999), *Chinese Law: Towards an understanding of China Law, Its Nature and Development*. Boston: Klumer Law.
- - - (2008). *Chinese Law: Context and Transformation*, Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Chen, Jianfu (2002), "Legal Institutions in the People's Republic of China", en Chen, Jianfu; Li, Yuwen; Otto, Jan Michiel (eds.). *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London: Kluwer Law International, 2002, pp. 308-321.
- Colección China (1985). *Aspectos de la vida social*. Beijing: Ediciones en Lenguas Extranjeras.
- Chan, Yuk-Chung & Chun, Roxco P. K. & Lam, Gladys L. T., & Lam, Syrine K. S. (2007), "The Development of Family Mediation Services in Hong Kong: Review of an Evaluation Study", *Journal of Social Welfare and Family Law*, 29,1:3-16.
- Chow, Daniel C.K. (2003). *The Legal System of the People's Republic of China*. Ohio: Thomson & West, pp. 358-363.
- Dikötter, Frank (1998). *Imperfect Conceptions: Medical Knowledge, Birth Defects, and Eugenics in China*. New York: Columbia University Press.
- Donalson-Evans, Catherine (2007). "China's New Adoption Laws Will Affect Many Waiting Parents in U.S." *FoxNews.com*, 22 de marzo de 2007.

- Eimer, David (2011). "China's divorce rule dubbed 'Law that makes men laugh and women cry'", *The Telegraph*, 30 de octubre de 2011.
- Evans, Harriet (1983). "Matrimonio y Familia: La Ley de Matrimonio de la República Popular China" (Traducido por Guillermo Quartucci), El Colegio de México, *Estudios de Asia y África*, XVIII,1:15-31.
- Ewing, Kent (2011). "For love and profit: Marriage in China", *Asia Times Online*, <http://www.atimes.com/atimes/china/mh20ad01.html>
- Fu, Hualing (2008). "Commentary on 'Transforming Family Law in Post-Deng China'", en Donald C. Clarke (ed.), *China's Legal System: New Developments, New Challenges*. Cambridge, Cambridge University Press, pp. 142-144.
- Giddens, A. (2000). *Un mundo desbocado*. Madrid: Santillana.
- Guo, Sunwei (2012). *China: The Maternal and Infant Health Care Law*, (abril de 2012): <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1038/npg.els.0005201/abstract>
- Head, John W. (2009). *China's Legal Soul. The Modern Chinese Legal Identity in Historical Context*. Durham: Carolina Academic Press.
- Huang, Philip C.C. (2010). *Chinese Civil Justice, Past and Present*. New York: Rowman & Littlefield Publishers, Inc.
- Keith, Ronald C. (1994). *China's Struggle for the rule of Law*, New Yourk: St. Martin Press.
- Kilpatrick, Allie C. & Zhang, Min-Jie (1993), "Family mediation in the United States and China: a relevant method in social work education for a vulnerable population", *International Social Work*, 36:75-85.
- Legislative Affairs Office of the State Council of the PRC / 中華人民共和國國務院法制局編譯 (comp.) (2003), *Laws and regulations of the People's Republic of China governing foreign-related matters: 2003* / 《中華人民共和國涉外法規彙編, 2003》, Beijing: China Legal Publishing House.
- Melendo Martínez, Mariano (2011), "Derecho de sucesiones en la República Popular China", www.notariosyregistradores.com
- Mountford, Tom (2009). *The legal Status and Position of Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender People in the People's Republic of China*, Research Project Report en: <http://www.iglhrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/395-1.pdf>
- Núñez López, A. (2009). "Presentación de la Guía CORA (Coordinadora de Asociaciones en Defensa de la Adopción y el Acogimiento) de adopción internacional", *Pediatría Atención Primaria*, v.11 (17). (<http://dx.doi.org/10.4321/S1139-76322009000700004>).
- Otegui Paullier, Pablo (2010). *La relación entre familia y Estado en la historia de China: Las grandes épocas* (tesis doctoral). Pamplona: Universidad de Navarra.
- Palmer, Michael (1995). "Law in China Under Reform", *The China Quarterly*, 141:110-134.
- - - (2007). "Transforming Family Law in Post-Deng China: Marriage, Divorce and Reproduction". *The China Quarterly*, 191:675-695.

- Peerenboom, Randall (2002). *China's Long March towards Rule of Law*, Cambridge University Press.
- Potter, Pitman B (2001). *The Chinese Legal System. Globalization and Local Legal Culture*. London: Routledge Curzon.
- Ren, Xin (1997). *Tradition of the Law and Law of the Tradition: Law, State, and Social Control in China*. London: Greenwood Press.
- Rooij, Benjamin van (2002), "China System of Public Administration", en Chen, Jianfu; Li, Yuwen; Otto, Jan Michiel (eds.). *Implementation of Law in the People's Republic of China*, London: Kluwer Law International, 2002, pp. 322-342.
- Rudilla, Blanca (2002). "La cuna de nuestros hijos". *Interviú*, marzo-abril:23-29.
- Serna, Alberto (2008). "Beijing 2008: Luces y sombras en la China emergente". *Cuadernos Empresa y Humanismo*: 105. Pamplona, Instituto Empresa y Humanismo de la Universidad de Navarra.
- Wall, James A. & Blum, Michael (1991), "Community Mediation in the People's Republic of China", *Journal of Conflict Resolution*, 35:1931:3-20.
- Wall, James A.; Sohn, Dong-Won; Cleeton, Natalie & Jin, Deng-Jian, (1995), "Community and Family Mediation in the People's Republic of China", *International Journal of Conflict Management*, 6,1:30-47.
- Xu, Guodong (2004), "Structures of Three Major Civil Code Projects in Today's China", *19 Tulane European and Civil Law Forum*, pp. 37-55.
- Xue, Ninglan (2002): *Revision of the Chinese Marriage Law in 2001*, Informe para el Norwegian Institute of Human Rights, University of Oslo.