

REVISTA DE REVISTAS

Derecho civil 964

DERECHO CIVIL

BAIKANG, XU, "Les principes généraux du droit civil en Chine", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 41, núm. 1, enero-marzo de 1989, pp. 125-137.

Desde la fundación de la República Popular China en el año 1949, los dirigentes políticos encargados del gobierno trataron de dotar al país de una organización política y jurídica acorde con los principios fundamentales sustentados en los esquemas programáticos de la Revolución.

Era difícil, sin embargo, poner en práctica desde el primer momento estas transformaciones económico-políticas, debido, en parte, a la secular conformación ideológica de la población, sometida durante milenios a tradicionales sistemas de convivencia y vasallaje, y también para no entorpecer con leyes precipitadas los avances progresivos del movimiento en marcha. Se optó por un procedimiento gradual de cambios al igual que de estructuras jurídicas.

En un principio se había acordado elaborar un código civil que solo considerara los aspectos fundamentales, designándose a un grupo de juristas para la realización de esta obra. El primer proyecto se elaboró al término de los años cincuenta, pero la "Gran Revolución Cultural (1966-1976) hizo tabla rasa, según el autor, de todo el sistema legal en China".

Desde 1979 se inició en China un verdadero afán legislativo en que intervinieron la Comisión Nacional, designada al efecto; el Comité Permanente de la Asamblea Popular; los consejeros de asuntos de Estado; los ministerios y las comisiones que funcionaban bajo su autoridad, quienes lograron impulsar la organización jurídica de la República, dotándola de una amplia y novedosa normatividad.

Entre las leyes civiles promulgadas pueden citarse las siguientes: Patentes y Marcas, Contratos Económicos, Empresas Mixtas de Capitales Chinos y Extranjeros, Matrimonio, Sucesiones y Contratos Económicos con el Exterior.

Por su amplia apertura al extranjero y por el desarrollo que ha experimentado el intercambio con el exterior, se ha hecho necesaria la expedición en China de una ley común que sea aplicable a los negocios civiles.

Este proceso se ha iniciado en 1987 con la promulgación de una ley que contiene los "Principios Generales del Derecho Civil" en una edición muy reducida de 156 artículos, agrupados en nueve capítulos. El

primero contiene principios generales; el segundo se refiere a la personalidad jurídica de las personas físicas; el tercero a las personas morales; el cuarto a los actos jurídicos; el quinto a los derechos civiles; el sexto a la responsabilidad civil; el séptimo a la prescripción; el octavo a la legislación aplicable a los contratos civiles que se pacten con extranjeros; el noveno y último contiene "disposiciones suplementarias".

Opina el autor que es necesario el establecimiento de normas legales destinadas a encauzar las transformaciones económicas en curso; a dotar a los tribunales del material jurídico positivo que permita unificar la cambiante jurisprudencia actual; a adoptar un sistema de convivencia basado en la ley y no en la costumbre, y a llenar los vacíos existentes en las negociaciones con el extranjero.

Sin abandonar la idea de contar con un Código Civil amplio y detallado, las autoridades chinas han promulgado por ahora este reducido Código que contiene sólo los "principios generales del derecho civil". Opina el autor de este comentario, que los fines perseguidos por los legisladores chinos al proceder en esta forma son los siguientes: proteger de inmediato los derechos legítimos de los ciudadanos; velar por el correcto ejercicio de las relaciones civiles que se convengan entre ellos; adaptar la conducta ciudadana a los principios del socialismo, y establecer la más completa igualdad en el ejercicio de los derechos civiles. Todas las actividades civiles de los ciudadanos deben inspirarse en la ley, en el respeto a la moral social, a los intereses comunes de la sociedad, a la planificación del orden económico social, a la justicia y a la honestidad, principios que deben también aplicarse a los extranjeros y a los extranjeros residentes en China.

Los "Principios Generales del Derecho Civil" fueron adoptados y promulgados el 12 de abril de 1986 por la Asamblea Nacional y entraron en vigor el primero de enero de 1987.

En materia de capacidad civil se siguen en esta ley los lineamientos generales existentes en todas las legislaciones, haciendo las distinciones clásicas entre capaces e incapaces y entre capacidad de goce y de ejercicio.

En cuanto a las tutelas, se hace recaer esta obligación entre los parientes del incapacitado, prefiriéndose a los más cercanos sobre los otros.

Se legisla también sobre los ausentes y desaparecidos, facultándose al tribunal para declarar la muerte presunta de éstos.

Esta ley permite el trabajo de los comerciantes y la explotación de tierras de pequeña extensión.

Se dispone al efecto: 1) los industriales y comerciantes agrupados en sociedades pueden adoptar una razón social distinta del nombre de los asociados; 2) sólo pueden practicar su industria o su comercio dentro de los límites definidos por la ley una vez que hayan cumplido con las formalidades requeridas y registradas por la autoridad competente; 3) las deudas y cargas que emanen de la explotación individual serán a cargo del que realice esa labor y a cargo de la familia si se trata de una explotación familiar.

Otra novedad la encontramos en la constitución de la persona moral y en las facultades que se le otorgan.

Dispone la ley que la persona moral debe reunir los siguientes requisitos: *a)* constituirse de acuerdo con la ley; *b)* disponer de los recursos necesarios; *c)* nominarla mediante una razón social y disponer de un domicilio, y *d)* asumir las responsabilidades civiles que resulten de los actos que ejecuten.

Las empresas mixtas con capitales chinos y extranjeros, las cooperativas y las empresas de capitales extranjeros, una vez aprobadas por las autoridades y registradas en las reparticiones de la industria y el comercio, adquieren el estatuto de persona moral china, dice el autor (artículo 41).

Existen otras variedades de personas morales: establecimientos públicos, establecimientos con objetivos no lucrativos y agrupaciones sociales.

Los requisitos exigidos en los actos jurídicos son los siguientes: *A)* el autor del acto debe ser capaz; *B)* la voluntad debe ser real, y *C)* el acto debe estar de acuerdo con los preceptos legales y los intereses públicos.

Adolecen de nulidad los realizados por incapaces, los viciados por dolor, violencia o estado de necesidad; los que se celebren en fraude de los intereses del Estado, de la colectividad o de un tercero, etcétera.

En materia de representación se distinguen tres clases: mandato; representación legal de incapaces y la que designe el tribunal a los incapaces que no tengan representante legal.

Existen cuatro categorías de derechos civiles: el derecho de propiedad; las obligaciones; la propiedad industrial, y los derechos de las personas.

“El derecho de propiedad comprende la facultad de poseer, utilizar y disponer del bien y percibir sus frutos. Se clasifica en propiedad del Estado, propiedad colectiva y propiedad individual.”

La propiedad del Estado pertenece a todo el pueblo; comprende recursos mineros, aguas, selvas, montañas, arenas, tierras incultas, etcétera.

La propiedad colectiva se constituye con los bienes de las organiza-

ciones económicas colectivas y los bienes del Estado que se entregan en propiedad colectiva.

La propiedad individual comprende los réditos individuales, las habitaciones, los artículos de uso corriente, los objetos de arte, los libros y documentos, los medios de producción que la ley permite poseer, etcétera (artículo 75).

Obligaciones. Se comprenden en este título los contratos, las garantías, el enriquecimiento sin causa, el estado de necesidad.

La ley distingue cuatro *clases* de garantías, a saber: la caución, la prenda, las arras y el derecho de retención.

En materia de propiedad industrial, se considera el derecho de autor, las patentes de invención, las marcas, etcétera.

Los derechos de la persona son los siguientes: a la vida, a la salud, al nombre, a las razones sociales en las sociedades, a la imagen o fisonomía, la libertad de contraer matrimonio, etcétera.

El matrimonio, la familia, los ancianos, las madres y los hijos, son especialmente protegidos por la ley.

La mujer goza de los mismos derechos civiles que el hombre.

En materia de responsabilidad civil, la ley distingue la responsabilidad contractual y la delictual.

Respecto a las prescripciones, éstas son muy breves, sólo de dos años y en ciertos casos de uno.

En cuanto a la aplicación de la ley en las negociaciones con el extranjero, debe recurrirse en primer lugar a los tratados y convenios internacionales de los que China ha sido parte. Si no es explícito el texto o no existe ley aplicable, se invocará la costumbre internacional. En cuanto a la capacidad de los contratantes se rige por la ley del domicilio. En materia de bienes se aplica la ley del lugar en que se encuentra.

Conclusiones. La ley no ha seguido modelos extranjeros y presenta el particularismo socialista, esto es, la realidad jurídica y las reformas económicas de la China actual.

Opina el autor que "los principios generales del derecho civil" han otorgado un amplio conjunto de derechos a los ciudadanos, facultades que "habían quedado reducidas a la nada en la primera época de la Revolución". Agrega que si bien es cierto que estas leyes sólo constituyen un sistema embrionario de legislación civil, se espera que en fecha no muy lejana sea promulgado un Código Civil amplio que venga a llenar las lagunas legales existentes en esta materia.

CORRAL, Hernán, "La nuova legislazione spagnola sulle tecniche di riproduzione artificiale e sui procedimenti affini", *Rivista di Diritto Civile*, Padua, año XXXVI, núm. 1, enero-febrero de 1990, pp. 79-95.

Dice el autor que en casi todos los países europeos las nuevas técnicas de reproducción artificial y de otros procesos legales de la biogenética, han suscitado una amplia discusión sobre la conveniencia y la necesidad de regular jurídicamente estas prácticas.

Agrega que en el año 1985 la Cámara de Diputados de España designó una comisión encargada de estudiar un proyecto sobre esta materia. Fue presidida por don Marcelo Palacios y al término de sus labores "elaboraron un voluminoso informe sobre el tema".

El 9 de mayo de 1987 los parlamentarios socialistas prepararon un proyecto que se materializó posteriormente en dos propuestas de ley; una referida a la reproducción artificial y la otra a la utilización de embriones de fetos, con fines médicos, farmacéuticos y de otra naturaleza. Ambos proyectos de ley fueron aprobados; el primero se encuentra publicado en el *Boletín Oficial* del 24 de noviembre de 1988 y el segundo en el del 31 de diciembre del mismo año.

Ambos textos legales contienen una amplia reglamentación desde el punto de vista civil, sanitario y penal, dice el autor, sobre la técnica de la producción artificial y los diversos criterios existentes sobre la manipulación de gametos y embriones.

La primera ley, signada con el número 35, legisla sobre la práctica y técnica de reproducción sustitutiva del sistema natural y la segunda, que lleva el número 42, sobre la donación y utilización con fines de experimentación de embriones de fetos.

Crítica el autor la técnica empleada en la elaboración de estas leyes, pues no ve claras las diferencias existentes entre ambas.

En la exposición de motivos se da a conocer en términos generales todo el proceso conocido de reproducción artificial, tales como: inseminación sustitutiva; fecundación *in vitro*; transferencia de embrión, tratamiento intratubárico de gametos, práctica que sólo puede realizarse cuando hayan fracasado otras técnicas, y siempre que se cuente con la autorización de la mujer y en ciertos casos del esposo, y con los equipos sanitarios especializados.

La donación de gametos y de "preembriones", que son aquellos fecundados dentro de un plazo de catorce días, debe hacerse a un centro autorizado, no puede tener carácter comercial o lucrativo. Por tratarse de un contrato secreto, el donante debe permanecer en el anonimato.

Cualquier mujer puede ser receptora siempre que haya dado su autorización por escrito, y tenga más de 18 años de edad y plena capacidad jurídica. Si es casada requiere del consentimiento del marido. La mujer puede desistirse y rechazar la práctica de la inseminación.

La elección de los donantes la hace el equipo médico que aplica la técnica de reproducción artificial, "procurando que exista la máxima semejanza fenotípica e inmunológica y la máxima probabilidad de compatibilidad con la mujer receptora y con su ambiente familiar."

La filiación de los hijos nacidos mediante las técnicas de "reproducción asistida" se regula por las normas vigentes en la legislación española, con las siguientes modalidades especiales:

a) Cuando el marido y la mujer dan de consuno su autorización para aceptar la contribución de donantes, no pueden impugnar la "filiación matrimonial" del hijo nacido de tal fecundación.

b) La eventual revelación de la identidad del donante no implica, en ningún caso, determinación legal de filiación.

c) En caso de fallecimiento del marido sólo puede atribuirse a éste la paternidad del hijo nacido mediante las técnicas de la "reproducción asistida", cuando el material reproductor de aquél se halle en el útero de la esposa a la fecha de la muerte del varón. Sin embargo, el marido puede autorizar a su mujer, en escritura pública o testamento, para que haga uso de su material reproductor dentro de los seis meses siguientes a su fallecimiento. La fecundación de la esposa y la generación que se obtenga por este medio, produce los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial.

d) En la inscripción de nacimiento del hijo en el Registro Civil, no debe dejarse ninguna constancia o dato del que pueda inferirse el carácter de la generación.

e) La gestación realizada a través de una mujer con óvulo proveniente de otra, le atribuye a la gestante la filiación, pues la maternidad la determina el parto.

Opina el autor que para resguardar el estatus jurídico del embrión, la ley ha elaborado tres fases de extrema complejidad que son las siguientes: preembrión, embrión y feto, pero no ha delimitado claramente estas tres fases. No obstante, en la exposición de motivos se intenta una explicación sobre esta materia. El embrión se asimilaría al gameto. El *nasciturus* gozaría de mayor protección en las etapas siguientes de embrión y feto.

Ambas leyes regulan una amplia gama de aspectos legales relacionados con la biogenética y la nueva forma de reproducción alternativa.

La ley 35 dispone que "se transferirá únicamente al útero el número de embriones más adecuado para asegurar el embarazo". Se pueden congelar los embriones no utilizados, pero pasados dos años, de esta nueva conservación, deben desecharse.

El legislador sanciona las transgresiones a las dos leyes de acuerdo con las normas existentes en la Ley General de Salud, y en ambas leyes.

Deben ser materia de reglamentación la determinación de los requisitos necesarios para obtener las autorizaciones que se indican en ambas leyes, así como las facultades que se otorgarán a los equipos médicos; los requisitos que establecerán los Bancos de depósito de gametos para instalarse y funcionar.

Las nuevas leyes han creado una gran variedad de nuevas entidades: Comisión Nacional de Reproducción Asistida; Registro Nacional de Donantes; Comisión Nacional de Supervisión y Control; Registro Nacional de Centros y Servicios.

Termina diciendo el autor que difícil trabajo tendrán los jueces, porque en su concepto las leyes aprobadas no son claras, y hay normas que se repiten y otras se contradicen. Las expresiones preembrión, embrión y feto constituyen un verdadero *puzzle* normativo de complicada interpretación. Agrega que estas leyes se apartan de los textos constitucionales que garantizan el derecho a la vida y a la integridad física. La prohibición que impide al hijo resultante de esta técnica de no conocer la identidad del donador se encontraría en abierta pugna con el texto constitucional que otorga plena libertad para investigar la paternidad.

Con el propósito de facilitar el estudio de los conceptos que analiza el autor, se acompaña a este trabajo un resumen de las dos leyes a que se hace mención en este interesante y novedoso estudio.

Lisandro CRUZ PONCE

VELASCO GALLO, FRANCISCO, "La casación civil", *Revista del Foro*, Lima, año LXXV, núm. 1, enero-junio de 1988, pp. 327-333.

Se trata de una exposición breve, esquemática, que el autor aprovecha para presentar una visión acerca de la forma en que se regula la casación en la legislación peruana.

El punto de partida de estas reflexiones son los errores en que puede incurrir el juez en perjuicio de las partes a la hora de dirimir el con-

flicto de intereses, que se pone a su consideración y fallo. Estos errores, como sabemos, se clasifican como errores de procedimiento, que tienen lugar cuando el juez contraviene, por acción u omisión, alguna de las normas que regulan el procedimiento; y como errores de fondo o *in iudicando*, que tiene lugar cuando el juez declara una voluntad en su fallo, que no es la que verdaderamente considera como tal, la norma legal.

La casación, en consecuencia, es un medio procesal, de carácter extraordinario, previsto precisamente para salvaguardar la intangibilidad de la ley, que se interpone ante un órgano especial, quien procura, además de la exactitud, la uniformidad en la interpretación jurisprudencial. El autor cita la conocida definición que da Calamandrei de la casación civil.

La tutela de la ley es el único fin de la casación. Subsidiariamente se levantan los perjuicios causados a la parte recurrente y, con ella, se consigue imprimir unidad y uniformidad a la interpretación que hacen los jueces. El fundamento de la casación es no sólo el interés privado lesionado, sino el mismo interés público o necesidad de mantener la vigencia del principio de la legalidad.

La materia en que se aplica la casación, por regla general, se circunscribe a determinadas sentencias, casi siempre emitidas por los tribunales de segunda instancia, sin duda debido a que si las partes fueron agraviadas por las resoluciones de los jueces de primera instancia, muy bien podrán hacer uso de los recursos ordinarios, previstos en las leyes, como son el recurso de apelación, el de oposición o queja.

Respecto de los presupuestos de procedencia, Velasco Gallo señala la necesidad de que el recurso sea interpuesto por la parte que sufre el agravio en el proceso y de que efectivamente se dé el perjuicio. No existe la casación de oficio. El pedimento de casación requiere siempre del recurso de impugnación.

La causal de la casación, como se sabe, es el hecho de que la sentencia sea violatoria de una norma de carácter sustantivo, o que contenga una interpretación errónea o una aplicación indebida de la ley. En realidad, por ley se entiende toda clase de disposiciones o reglas de derecho positivo, que otorguen o reconozcan derechos subjetivos. La limitación a normas sustantivas entraña la necesidad de que se trate de normas cuyo contenido sea la declaración, creación, modificación o situación de relaciones jurídicas concretas entre las personas implicadas en tal situación.

El recurso de casación se interpone por escrito ante el Tribunal Superior que pronunció la sentencia apelada, quien podrá o no darle

entrada. Contra su denegación, cabe el recurso de queja ante la Corte Suprema.

José BARRAGÁN BARRAGÁN

VIDAL RAMÍREZ, "La autonomía de la voluntad y el orden público en el Código Civil", *Revista del Foro*, Lima, año LXXV, núm. 1, enero-junio de 1988, pp. 335-346.

El Código Civil peruano, al que se remite el autor, fue promulgado en 1984. El examen que se hace en este artículo tiene como punto de partida o premisa, en palabras de Vidal Ramírez, el reconocimiento, por parte del Código Civil mencionado, de la oficina jurídica otorgada a las manifestaciones de la voluntad de los particulares, cuando con ella norman sus relaciones jurídicas. Ahora bien, dice el autor que lo importante en este caso, es que el propio legislador dispone que la autonomía de la voluntad quede enmarcada dentro del orden público.

En su trabajo, Vidal Ramírez se detiene en el estudio de la idea que hemos recibido desde las fuentes del derecho romano sobre la autonomía de la voluntad. Se trata de un principio general del derecho privado, recogido por el Código Civil, que reconoce la libertad individual y le otorga una determinada tutela jurídica; es un poder jurídico de los particulares, en cuanto sujetos de derecho, para la regulación de sus propios intereses. La libertad es el presupuesto de la autonomía, es decir, se trata de la libertad para la autorregulación de sus intereses. Así, la autonomía de la voluntad se convierte en causa eficiente y en fuente de todos los efectos jurídicos que se deriven; el fundamento de validez normativa se finca precisamente en el consenso, como se establece en el Código de Napoleón, y en los demás códigos que siguieron las pautas de aquél.

La consagración legal de estos principios, comenta el autor, la encontramos, dentro de la tradición jurídica peruana, en el Código de 1852 y más recientemente en la Constitución de 1933, en el Código Civil de 1936 y, desde luego, en el vigente Código Civil de 1984.

El Código Civil de 1852, en su artículo III decía que "a nadie puede impedirse la acción que no está prohibida por la ley"; en el Código Civil de 1936 se dispuso un principio similar, estableciendo la limitación de que no se trataba de actos contrarios "a las leyes que interesen

al orden público o a las buenas costumbres", como se repite en el Código Civil vigente, en cuyo caso los actos serían nulos de pleno derecho.

El principio relativo al orden público se determina mediante la referencia a aquellas disposiciones que sean de carácter prohibitivo o imperativo, de manera que bajo esta noción de orden público, en realidad abarca a todas aquellas disposiciones que llenan la declaración de interés social, público o ético, de donde se pueden deducir reglas limitativas de la libertad contractual y de la libre disposición de la voluntad.

José BARRAGÁN BARRAGÁN

DERECHO COMPARADO

MEULDERS-KLEIN, M. T., "La problematique du divorce dans les législations d'Europe Occidentale", *Revue Internationale de Droit Comparé*, París, año 41, núm. 1, enero-marzo de 1989, pp. 7-58.

Comenta el autor de este artículo que en los últimos veinte años, en todos los países de Europa se ha elaborado una copiosa legislación en materia de divorcio, la que ha sido dictada con el propósito de dar solución a los graves conflictos que afronta la pareja humana, cada vez más frágil y más vulnerable a causa de los serios problemas y adversidades de la vida moderna, lo que ha hecho pensar que el matrimonio experimenta hoy una verdadera crisis institucional.

Actualmente, según el autor, no se habla de causales de divorcio, sino de casos. El cambio de terminología se debe a que no siempre la causa obedece a "faltas" sino al descalabro del matrimonio. La quiebra se produce sin que tenga importancia determinar quién es el responsable del fracaso.

En los sistemas jurídicos tradicionales, el matrimonio era considerado una institución civil y sólo podía disolverse por motivos excepcionales, imputables a faltas cometidas por uno de los cónyuges en agravio del otro. El divorcio por acuerdo mutuo no era aceptado en todas las legislaciones.

Excepcionalmente algunas legislaciones aceptaban otras formas de divorcio sin que mediara culpa, en los casos de ausencia o enfermedad mental de uno de los esposos.