

Director: Marcos Mauricio Córdoba  
Subdirector: Alejandro Laje

Año IV - Nº 1 - Mayo de 2025

ISSN: 2953-4143 - DNDA: En trámite

## Editorial



### Marcos M. Córdoba

Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires. Académico de universidades nacionales en Argentina y profesor de doctorado en países de Europa y América. La República de Italia, el Tribunal Constitucional de la República del Perú y el Senado de la Nación de Argentina

le han otorgado las máximas honorificencias por su obra jurídica.

Este número de nuestra Revista ofrece al lector un conjunto de trabajos que, desde distintas tradiciones y geografías jurídicas, invitan a reflexionar sobre la riqueza y complejidad del proceso de internacionalización del derecho contemporáneo. Los artículos aquí reunidos transitan con solvencia el análisis normativo, la filosofía jurídica y el homenaje intelectual, trazando un mapa del pensamiento jurídico actual que es, a la vez, técnico y humanista.

En primer lugar, el trabajo de Maitena Arakistain Arriola, titulado “La economía del matrimonio y la matrimonialización de los bienes: una mirada al derecho inglés”, ofrece una lectura del derecho de familia británico. Se destaca que diferencia de los sistemas de tradición romanista, el *common law* —y en particular el derecho inglés— prescinde de regímenes económicos matrimoniales predeterminados, confiando a sus jueces la tarea de alcanzar soluciones equitativas. En ese contexto, la autora explora la noción de “matrimonialización de los bienes”, entendida como la capacidad de los activos de transformarse según su función dentro de la vida conyugal. Se trata de una categoría que, sin constituir una figura jurídica codificada, revela la plasticidad y profundidad con la que el sistema inglés enfrenta los desafíos del derecho de familia.

A continuación, el artículo del profesor Francisco A. M. Ferrer, “El Código Civil chino de 2021”, permite adentrarse en uno de los procesos legislativos más ambiciosos y significativos del siglo XXI. Con

sensibilidad histórica y precisión conceptual, Ferrer demuestra que el derecho civil chino no puede ser comprendido sin atender a sus raíces confucianas, las influencias del derecho europeo continental y los postulados del pensamiento marxista. Este sistema híbrido, aparentemente fragmentario, se cohesionan a través del pensamiento filosófico de Confucio, cuya impronta se mantiene viva en la organización jurídica, la vida familiar y la estructura normativa del país. El artículo permite entrever cómo un derecho civil puede modernizarse sin perder su anclaje cultural.

El tercer aporte, titulado “Haciendo el Derecho”, recoge la presentación del Dr. Luis Moisset de Espanés en el Seminario Permanente de Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones, del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja en el año 2016. Incorporamos este texto por su trascendencia académica y pedagógica para comprender la dinámica de los sistemas jurídicos. Allí, Moisset de Espanés al interpretar con profundidad el derecho argentino, simultáneamente lo desarrolló para que sea lo que es hoy. A través de sus intervenciones doctrinarias, sus críticas constructivas y su constante compromiso con los valores de la República, ha marcado el rumbo del derecho privado argentino, sirviendo de guía tanto a legisladores como a operadores jurídicos. De este artículo resulta una tesis de la cual la doctrina autoral y jurisprudencial aún no ha sabido darle uso a su riqueza pues él sostiene que el nuevo Código Civil y Comercial le ha dado mayor vitalidad a la costumbre,

y que todo aquello que no está en el nuevo Código pero que estaba en el Código anterior y por lo tanto se usaba jurídicamente, se ha hecho una costumbre que si no ha sido tiene una regla nueva que la modifica que sigue vigente. Este texto constituye un testimonio valioso de gratitud y reconocimiento hacia uno de los más lúcidos juristas de nuestro tiempo.

Finalmente, el número se cierra con un doble homenaje a dos figuras cardinales del derecho europeo contemporáneo: Guido Alpa y Alessio Zaccaria. Ambos han contribuido no solo a la dogmática del derecho privado, sino también a tender puentes entre el derecho continental y el pensamiento filosófico moderno. El profesor Alpa, con su agudo enfoque sobre la dignidad humana y los principios del derecho civil europeo, y el profesor Zaccaria, con su rigor metodológico y su apertura a la comparación jurídica, han dejado una huella indeleble en varias generaciones de juristas. El homenaje aquí reunido honra su legado intelectual, pero también su ejemplo humano y académico.

Este número, en suma, propone un recorrido que va desde la técnica hasta la teoría, desde la experiencia inglesa hasta la sabiduría confuciana, desde el reconocimiento de nuestros maestros hasta la invitación a seguir construyendo el derecho con profundidad, sensibilidad y compromiso.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/901/2025

### [La economía del matrimonio y la matrimonialización de los bienes: una mirada al derecho inglés](#)

*The economics of marriage and the matrimonialisation of assets: a look at English Law*



Maitena Arakistain Arriola

2

Profesora Ayudante. Doctora. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Nacionalidad española.

### [El Código Civil chino de 2021](#)

Antecedentes, características y contenido. *The 2021 chinese civil code: background, features, and content*



Francisco A. M. Ferrer

7

Doctor en Derecho, de la Universidad Nacional del Litoral. Profesor Titular de Derecho Civil VI (Sucesiones), en la UNL y Universidad Católica de Santa Fe. Presidente de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999. Director de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho de Sucesiones, Universidad Nacional del Litoral

### [In memoriam](#) | Luis Moisset de Espanés

#### [Haciendo el Derecho](#)

Taquigrafía por Débora Loreley Fernández

14

### [In memoriam](#) | Guido Alpa

#### [El vínculo con la Argentina de un jurista extraordinario](#)

Alejandro Laje

17

### [In memoriam](#) | Alessio Zaccaria

#### [Un jurista trascendente](#)

Alejandro Laje

19

# La economía del matrimonio y la matrimonialización de los bienes: una mirada al derecho inglés (\*)

## *The economics of marriage and the matrimonialisation of assets: a look at English Law*



Maitena Arakistain Arriola

Profesora Ayudante. Doctora. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea. Nacionalidad española.

**SUMARIO:** I. Introducción. — II. El régimen económico matrimonial: la gran línea divisoria. — III. Los principios de no discriminación y reparto igualitario: ¿desaparece la dicotomía *Common Law/Civil Law*? — IV. Bienes matrimoniales y no matrimoniales: una certeza algo incierta. — V. La matrimonialización de los bienes. — VI. Reflexiones finales.

**Resumen:** Los ordenamientos de la órbita del *Common Law* y, en particular, el derecho inglés, no contemplan la figura del régimen económico matrimonial. Al contrario, el legislador inglés delega en sus jueces la labor de diseñar soluciones “justas” en las que el principio de equidad guíe el reparto de los bienes en los casos de divorcio. La judicatura inglesa afronta el reto con inteligencia e imaginación, desarrollando principios y herramientas que permiten ajustar su repuesta a la variada y compleja casuística. Entre estas herramientas encontramos el fenómeno de la matrimonialización de los bienes: la posibilidad de que la naturaleza de un bien se transforme a lo largo del matrimonio en función del lugar que ocupa en la economía de los cónyuges o del uso que estos le den.

**Palabras clave:** Divorcio. Bienes matrimoniales. Matrimonialización. Derecho inglés.

**Abstract:** *Common Law* jurisdictions and, in particular, English Law, do not have matrimonial property regimes. On the contrary, the Law delegates on the courts the task of achieving a fair financial outcome on divorce. The English courts have met the challenge with intelligence and imagination, developing principles and tools that allow for a flexible approach in a field characterised by its diversity. One of these tools is the concept of matrimonialisation: the possibility that the nature of an asset may be transformed by the way it is used within the family or by the role it plays in the economic life of the spouses.

**Keywords:** Divorce, Matrimonial property. Matrimonialisation. English Law.

### I. Introducción

La fórmula elegida por los diferentes ordenamientos jurídicos para regular las consecuencias económicas del matrimonio refleja el modo en el que el legislador enfoca la institución matrimonial y las relaciones patrimoniales de los cónyuges. En esto, como en tantos otros ámbitos, los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición del *Common*

*Law* difieren de los que integran la familia del *Civil Law* (1).

En los sistemas de tradición civilista la economía del matrimonio se regula mediante un conjunto de normas aplicable a los cónyuges desde el momento en el que contraen nupcias. Por el contrario, los sistemas de la órbita del *Common Law* no contemplan normas patrimoniales *ad hoc* para el matrimonio (2). En concreto, en el Derecho inglés (3) —cuna del *Common Law*— las relaciones económicas de los cónyuges en constante matrimonio se rigen por las normas generales del Derecho patrimonial. El matrimonio no modifica la posición patrimonial de los cónyuges ni genera un patrimonio común, por lo que la propiedad de los bienes conyugales se determina exclusivamente sobre la base de la titularidad de estos. Sin embargo, cuando el vínculo se disuelve por divorcio, la situación se invierte y —en marcado contraste con los sistemas civilistas— la titularidad deja de ser el criterio relevante para efectuar el reparto patrimonial. En su lugar, el legislador inglés introduce un régimen distinto, cuyo objetivo es efectuar una redistribución “justa o equitativa” de los bienes conyugales. En consecuencia, cuando el vínculo matrimonial se disuelve por divorcio, los bienes se dividen entre los cónyuges en partes iguales, a menos que el principio de equidad requiera que se realice un reparto desigual para obtener una solución justa en el caso concreto (4).

El principio general que se ha articulado —división de bienes en partes iguales— puede hacer pensar que en Inglaterra opera un sistema similar a un régimen económico de comunidad de bienes. Sin embargo, como veremos, la posibilidad de abandonar el reparto igualitario “cuando el principio de equidad lo requiere”, confirma la prevalencia del arbitrio judicial.

### II. El régimen económico matrimonial: la gran línea divisoria

En los sistemas de tradición civilista el matrimonio genera consecuencias patrimoniales desde el momento de su celebración hasta su disolución por

divorcio o por fallecimiento de uno de sus miembros. En estos ordenamientos, la economía conyugal se regula de acuerdo con un conjunto de normas dirigidas para ordenar jurídicamente las relaciones patrimoniales de los cónyuges entre sí, y respecto a terceros. Este conjunto normativo es comúnmente denominado régimen económico matrimonial (5). A pesar de la enorme diversidad de regímenes económico matrimoniales, la mayoría se configura a partir de uno de estos tres modelos: (i) regímenes de tipo comunitario, en los que se genera una masa de bienes común a los cónyuges que se divide por partes iguales en el momento de su liquidación; (ii) regímenes de separación, en los que los cónyuges conservan la propiedad de sus bienes; y, (iii) regímenes intermedios o de participación, en los que los patrimonios se mantienen separados durante el matrimonio, pero el régimen se liquida como un régimen de comunidad (6).

El régimen económico matrimonial ofrece a los cónyuges la seguridad de que, en el momento de su liquidación, los bienes se repartirán de acuerdo con reglas previamente acordadas por ellos o establecidas en el régimen legal supletorio. Es decir, las normas que regulan la titularidad de los bienes de los cónyuges están fijadas en el régimen económico aplicable al matrimonio. En caso de desacuerdo entre las partes, la labor judicial consiste en interpretar y aplicar dicho régimen. Esto no significa que los jueces no tengan ningún margen de decisión a la hora de adjudicar un proceso de divorcio —sin duda, cuestiones como la pertinencia y cuantía de una pensión compensatoria o alimenticia conllevan un elemento importante de discrecionalidad—, sino que las reglas aplicables a la división de los bienes están preestablecidas en el régimen económico matrimonial y los cónyuges las conocen *ab initio*.

El esquema es radicalmente distinto en los sistemas pertenecientes a la familia jurídica del *Common Law*. Estos ordenamientos se caracterizan, precisamente, por la ausencia de régimen económico matrimonial (7). En el sistema inglés los cónyuges ostentan la propiedad de todos sus bienes, presentes y futuros, como si no es-

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco, GIC IT1445-22, “Persona, familia y patrimonio”, del que es IP el Dr. Gorka Galicia Aizpurua.

(1) Se utiliza el término *Common Law* para describir el sistema jurídico que nació en Inglaterra tras la conquista normanda del siglo XI y que se extendió después a la mayoría de los países que han sido colonia o protectorado inglés. El término *civil law* hace referencia a los ordenamientos influenciados por la tradición jurídica romana que, dando preeminencia al derecho escrito, han adoptado una codificación sistemática de su Derecho. MERRIMAN, J. H., *The civil tradition*, Stanford University Press, California, 2007.

(2) Existen excepciones: por ejemplo, algunos Estados de EE. UU. han adoptado un régimen económico matrimonial de comuni-

dad de bienes. Ver CHECA MARTÍNEZ, Miguel, “Pactos familiares en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado”, en *Pactos familiares en previsión de ruptura*, CERVILLA GARZÓN, M. D. (dir.), Atelier, Barcelona, 2024, pp. 318-319.

(3) El término “Derecho inglés” se refiere al sistema legal aplicable en los territorios de Inglaterra y Gales. Se excluyen Escocia e Irlanda del Norte, donde opera un sistema jurídico diferente. DARBYSHIRE, P., *English legal system*, Sweet & Maxwell, Londres, 2016; MERRIMAN, J. H., *The civil tradition*, ob. cit., *in totum*.

(4) *White v. White* [2000] UKHL 54.

(5) Díez PICAZO, L. - GULLÓN, A., “Sistema de Derecho Civil”. Tecnos, Madrid, 5ª ed., 1989, Volumen IV, pp. 145-161; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. - DE PABLO CONTRERAS, P. - PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., “Derecho de Familia”, Colex, 2011, 3ª ed., pp. 195-217.

(6) Con respecto al concepto y tipología de los regímenes económico-matrimoniales, QUINZÁ REDONDO, J. P., “Régimen económico matrimonial: aspectos sustantivos y conflictuales”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, *in totum*; BOELE-WOELKI, K. - FERRAND, F. - GONZÁLE BEILFUSS, C. - JÄNTERÄ-JAREBORG, M. - LOWE, N. - MARTINY, D. - PINTENS, W. (eds.), *Principles of European family law regarding property relations between spouses*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Portland, 2013, pp. 139-343.

(7) COOKE, E. - BARLOW, A. - CALLUS, T., “Community of Property. A regime for England and Wales?”, *The Nutfield Foundation*, London, 2006, pp. 1-52; CHECA MARTÍNEZ, M., “Pactos familiares en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado”, en *Pactos familiares en previsión de ruptura*, CERVILLA GARZÓN, M. D. (dir.), Atelier, Barcelona, 2024, pp. 318-319.

tuvieran casados (8). Por razones directamente relacionadas con la evolución histórica del Derecho patrimonial, los cónyuges —o miembros de una pareja civil (9)— gestionan su economía de acuerdo con un régimen de “patrimonios separados” (*separation of property*), introducido en el año 1882 por la *Married Women's Property Act* (10). El término “patrimonios separados”, lejos de hacer referencia a un régimen económico de separación de bienes como el descrito anteriormente, alude a un sistema en el que no existe un régimen patrimonial *ad hoc* para el matrimonio, sino que las relaciones patrimoniales entre los cónyuges en constante matrimonio se rigen por las normas generales del Derecho patrimonial (11). El Tribunal de Apelaciones (*Court of Appeal*) describió perfectamente la posición al afirmar que: “Almost uniquely, our jurisdiction does not have a marital property regime and it is scarcely appropriate to classify our jurisdiction as having a marital regime of separation of property. More correctly we have no regime, simply accepting that each spouse owns his or her own separate property during the marriage...” (12).

La ausencia de régimen económico matrimonial en el sistema inglés no es casual, ni se debe al desconocimiento por parte del legislador de esta institución. De hecho, a lo largo del siglo XX, el Parlamento británico estudió varias propuestas de reforma en este ámbito, incluyendo la posibilidad de adoptar un régimen económico matrimonial de naturaleza comunitaria o un sistema de copropiedad forzosa sobre la vivienda familiar (13). Finalmente, ninguna de estas propuestas prosperó. Al contrario, Inglaterra adoptó definitivamente el sistema de patrimonios separados, dejando a discreción de los tribunales la resolución de los conflictos que la aplicación del Derecho patrimonial pudiera generar entre los cónyuges (14). Inicialmente los tribunales se mostraron remisos a aplicar las normas patrimoniales sin ninguna modulación que reconociera la naturaleza especial del contrato matrimonial (15); pero esa reticencia fue corregida con firmeza por la *House of Lords* (16) en *Pettitt v. Pettitt* (17). El Tribunal rechazó cualquier sugerencia de que el mero hecho de contraer matrimonio genere una comunidad de bienes entre los cónyuges o de que deba aplicarse un régimen

patrimonial diferente. Al contrario, la *House of Lords* confirmó que, de acuerdo con el sistema de patrimonios separados introducido por la *Married Women's Property Act* del año 1882, en el ámbito patrimonial los cónyuges se relacionan como extraños (18).

Este enfoque separatista es el que opera hoy en día en Inglaterra durante la vigencia del matrimonio (19). Sin embargo, en los años setenta el sistema de patrimonios separados se abandonó en los supuestos de divorcio, ya que su aplicación en esta sede trajo consigo consecuencias imprevistas y nefastas para las mujeres. Al eliminar todo vestigio de economía común o compartida, no se contemplaba ningún mecanismo para que el cónyuge que contribuía a la economía familiar mediante labores domésticas —generalmente la esposa— pudiera participar del patrimonio acumulado por el otro cónyuge al finalizar el matrimonio. Bajo las normas generales de Derecho patrimonial, la división de los bienes al finalizar el matrimonio se determinaba sobre la base de la titularidad de estos y, a principios de la segunda mitad del siglo XX, el titular de los bienes era generalmente el marido. En consecuencia, al extinguirse el matrimonio, muchas mujeres que se habían dedicado principal o exclusivamente al cuidado del hogar no tenían propiedades a su nombre, ni derecho a reclamar parte de las de su marido (20). Esta situación, manifiestamente injusta y políticamente insostenible, se revirtió finalmente con la entrada en vigor de la *Matrimonial Causes Act* del año 1973 (21).

### III. Los principios de no discriminación y reparto igualitario: ¿desaparece la dicotomía *Common Law/Civil Law*?

Como venimos apuntando, en contraste con lo que ocurre cuando el matrimonio se extingue por el fallecimiento de uno de sus miembros, en los supuestos de divorcio el legislador inglés introduce un régimen jurídico radicalmente distinto, que sí reconoce la naturaleza singular del contrato matrimonial. Mientras en el constante matrimonio la propiedad de los bienes se determina, exclusivamente, con referencia a su titularidad, cuando aquel se extingue por divorcio, la titularidad deja de ser un factor relevante (22).

#### III.1. La *Matrimonial Causes Act 1973*

La *Matrimonial Causes Act 1973* es la ley que regula la división de los bienes conyugales en caso de nulidad, separación o divorcio (la “MCA” o la “Ley”) (23). A diferencia de los sistemas en los que operan regímenes económico-matrimoniales, la MCA delega en los jueces la labor de repartir el patrimonio conyugal y les otorga amplios poderes para que redistribuyan todos los bienes de los cónyuges, con la finalidad de alcanzar una solución justa en cada caso concreto (24). De este modo, el juez tiene potestad para transferir la titularidad de cualquier bien, ordenar su venta o establecer pagos únicos o periódicos entre los cónyuges, favoreciendo medidas que pongan fin a las relaciones económicas entre las partes (*clean break*) (25). Aunque el margen de discrecionalidad de los jueces es ciertamente amplio, la MCA requiere que tengan en cuenta todas las circunstancias del caso, atendiendo de forma prioritaria al bienestar de los hijos menores (26). El juez debe de atender, particularmente, a las circunstancias enumeradas en el artículo 25[2] de la MCA: los ingresos, recursos y necesidades económicas de las partes, el nivel de vida de la familia, la edad de los cónyuges, la duración del matrimonio o la contribución que cada una de las partes al matrimonio (27).

Por tanto, en los supuestos de divorcio el legislador no está limitado por cuestiones de titularidad ni debe respetar el sistema de patrimonios separados, sino que puede redistribuir la totalidad del patrimonio de las partes. A pesar de este drástico cambio de enfoque, la Ley no aclara cuál es su objetivo; es decir, no explica por qué surge una obligación económica hacia el otro cónyuge tras la disolución del contrato matrimonial cuando, constante matrimonio, cada parte preservó su patrimonio separado. Ante esta sorprendente omisión, los propios jueces han ido supliendo el vacío de la Ley con resoluciones prácticamente normativas (28). La dirección que ha ido adoptando la jurisprudencia se parece mucho, a primera vista, a un régimen de comunidad de bienes. Sin embargo, ese parecido inicial desaparece cuando analizamos el sistema más detenidamente.

(8) BARLOW, A., “Community of Property: The logical response to Miller and McFarlane?”, *Bracton Law Journal*, vol. 39, 2007, pp. 19-34; PROBERT, R. - HARDING, M., *Cretney and Probert's Family Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 2018, pp. 93-120; SCHERPE, J. M., “England and Wales. A jurisdiction without a matrimonial property regime”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16 bis, junio 2022, pp. 1602-1621; SCHERPE, J. M., “Towards a matrimonial property regime for England and Wales?”, en PROBERT, R. - BARTON, C. (eds.), *Fifty years in family law. Essays for Stephen Cretney*, Intersentia Publishing Ltd., Cambridge, 2012, pp. 133-146.

(9) Los miembros de una pareja de hecho registrada o *civil partnership* están equiparados a los cónyuges en derechos y obligaciones, tal y como se reconoce en la *Civil Partnership Act 2004*. Por razón de espacio, este artículo se refiere solo al cónyuge, pero debe entenderse que la posición es la misma en el caso de la pareja civil registrada.

(10) Hasta finales del siglo XIX, la mujer pasaba a formar parte de la personalidad jurídica de su marido en el momento del matrimonio (*doctrine of unity*). Por consiguiente, la esposa desaparecía como sujeto de derechos y obligaciones y, entre otras cosas, no podía tener ninguna propiedad a su nombre. Al contraer matrimonio, todos sus bienes pasaban a ser propiedad de su marido. Los cambios económicos del siglo XIX hicieron que esta situación se volviera insostenible. Finalmente, en respuesta a una considerable demanda social, se introdujo el sistema de “patrimonios separados” por virtud del cual los derechos patrimoniales de los cónyuges permanecían inalterados por el matrimonio. La Ley se celebró como un gran triunfo para las mujeres, pero su aplicación no trajo consigo la igualdad real que llevaban años reclamando. Aunque se garantizaba que el matrimonio ya no otorgaría al marido ningún derecho sobre el patrimonio de su esposa, tampoco esta podía participar en el patrimonio de su marido. ARAKISTAIN ARRIOLA, M., [en vías de publicación], “La incidencia del Derecho patrimonial en la (in)capacidad jurídica de la mujer casada en Inglaterra”, *Iura Vasconiae*, núm. 20, 2024; CRETNEY, S., *Family Law in the Twentieth Century. A History*, Oxford University Press,

Oxford, 2011, pp. 90-98; LOWE, N. - DOUGLAS, G. - HITCHINGS, E. - TAYLOR, R., *Bromley's Family Law*, Oxford University Press, Oxford, 2023, 12ª ed., pp. 83-107.

(11) En relación con la aplicación de las normas de Derecho patrimonial constante matrimonio, ver LOWE, N. et al., *Bromley's Family Law*, ob. cit., pp. 98-105; PROBERT, R. - HARDING, M., *Cretney and Probert's Family Law*, Sweet and Maxwell, Londres, 2018; pp. 93-117.

(12) *Charman v. Charman* [2007] EWC Civ 503, párr. 124.

(13) Entre otros, Law Commission: *Financial Provisions in Matrimonial Proceedings*, Informe Law Com. No. 25 (1969); *Family Property Law*, Working Paper. No. 42 (1971); *First Report on Family Property: A New Approach*, Informe Law Com. No. 52 (1973); *Matrimonial Property*, Informe Law Com. No. 175 (1988).

(14) *Dart v. Dart* [1996] 2FLR 286, párr. 294: “Parliament might have opted for a community of property system or some fraction approach. It opted for a wide judicial discretion that would produce a bespoke solution to fit the infinite variety of individual cases”.

(15) Inicialmente los jueces ingleses entendieron que la realidad económica del matrimonio no respondía a la lógica separatista del Derecho patrimonial, por lo que desarrollaron conceptos y principios que la Ley no recogía —y sigue sin recoger—, para poder ajustar el reparto de los bienes sobre la base de la naturaleza singular del matrimonio. Ver, entre otras, *Rimmer v Rimmer*, [1953] 1 QB 63; *Cobb v Cobb* [1955] 2 All ER 69; *Fribance v Fribance* [1957] 1 All ER 357; *Hine v Hine* [1962] 3 All ER 345; *Appleton v Appleton* [1965] 1 All ER 44; *Ulrich v Ulrich & Fenton* [1968] 1 All ER 67.

(16) La *House of Lords* fue el máximo tribunal británico hasta octubre de 2009, fecha en la que fue sustituida por el *Supreme Court* por virtud de la *Constitutional Reform Act 2005*.

(17) *Pettitt v. Pettitt* [1970] AC 777, HL.

(18) *Ibid.*, párr. 800-1: “One of the main purposes of the Act of 1882 was to make it fully possible for the property rights of the parties to a marriage to be kept entirely separate. There was no suggestion that the status of marriage was to result in any common ownership or co-ownership of property...”. En la misma línea, *Gissing v Gissing* [1970] AC 886, HL.

(19) El sistema de patrimonios separados también se aplica a las parejas extramatrimoniales (tanto registradas como *more uxorio*), así como en caso de que el matrimonio se disuelva por la muerte de uno de los cónyuges.

(20) CRETNEY, S., *Family Law...*, ob. cit., pp. 395-442; HOLCOMBE, Lee, *Wives & Property: Reform of the Married Women's Property Law in Nineteenth Century England*, University of Toronto Press, Toronto, 2017, 2ª ed., *in totum*, SHANLEY, Mary Lyndon, *Feminism, Marriage and the Law in Victorian England 1850-1895*, Bloomsbury Publishing, Londres, 2021, 2ª ed., *in totum*.

(21) En realidad, el cambio llegó tres años antes con la *Matrimonial Proceedings and Property Act 1970*, que fue derogada por la *Matrimonial Causes Act 1973*. Esta Ley resulta de aplicación en los casos de disolución por divorcio, pero no por fallecimiento de uno de los cónyuges. En estos supuestos, continúa siendo de aplicación el régimen de patrimonios separados.

(22) *White v. White* [2000] UKHL 54, párr. 48; *Miller, McFarlane*, [2006] UKHL 24, párrs. 123-124; *Standish v. Standish* [2024] EWCA Civ 567, párrs. 149-152.

(23) Las normas equivalentes para la disolución de las parejas civiles se encuentran en el Anexo 5 de la *Civil Partnership Act 2004*.

(24) Tal y como explica SCHERPE, J. M., “England and Wales...”, ob. cit., p. 1608.

(25) Arts. 21, 23 y 24 de la *Matrimonial Causes Act 1973*.

(26) Artículo 25[1] de la MCA. Tal y como explican PROBERT, R. - HARDING, M., *Cretney and Probert's...*, ob. cit., p. 189, el bienestar de los menores es la primera de las cuestiones que tiene que considerar el juez, pero no la única ni necesariamente la más importante. La MCA se refiere al bienestar del menor como “primera” consideración (*first consideration*), pero no como consideración “primordial” (*paramount*).

(27) HITCHINGS, E. - MILES, J., “Chaos or consistency? Ancillary Relief in the ‘everyday’ case”, en MILES, J. - PROBERT, R. (eds.), *Sharing Lives, Dividing Assets: An Inter-Disciplinary Study*, Hart Publishing, Oxford, 2009, pp. 185-206.

(28) Para un análisis de aplicación de la MCA, LOWE, N. et al., *Bromley's Family Law*, ob. cit., pp. 281-319.

### III.2. El objetivo de la ley

Ante el silencio del legislador con respecto al objetivo de la MCA, la *House of Lords* estableció, en la trascendental sentencia *White v. White* (29), que la labor de los jueces al aplicar la Ley es redistribuir el patrimonio conyugal de modo que se obtenga un resultado “justo o equitativo” para ambos cónyuges y sus hijos menores. En un intento de matizar el concepto de “justicia”, el Tribunal introdujo una serie de principios hasta entonces desconocidos en el Derecho inglés (30). Por un lado, partiendo de la idea de que el matrimonio es una relación entre iguales, la *House of Lords* señaló que se debe asignar el mismo valor a todas las contribuciones de los cónyuges, independientemente de si uno contribuyó con patrimonio y el otro mediante el trabajo doméstico o el cuidado de la familia (principio de igualdad y no discriminación). Por consiguiente, si ambos tipos de contribución tienen el mismo valor, debe entenderse que todo el patrimonio acumulado por los cónyuges es fruto de su esfuerzo común y, por tanto, les pertenece a ambos por partes iguales (Principio de Reparto Igualitario) (31). Hasta aquí, todo perfectamente claro. No obstante, la *House of Lords* introdujo una cualificación importante al recién estrenado Principio de Reparto Igualitario: si bien la igualdad debe ser el punto de partida en la distribución de los bienes, no debe asumirse que un reparto justo o equitativo equivalga siempre a un reparto a partes iguales. El Tribunal abrió la puerta a la posibilidad de que existan circunstancias que justifiquen que, en el caso concreto, un reparto “justo” sea un reparto desigual (32).

### III.3. Las tres vertientes de un “reparto justo”

Las claves para lograr el “reparto justo o equitativo” descrito en *White*, las encontramos en otra sentencia fundamental: *Miller; McFarlane* (33). En esta resolución, la *House of Lords* identificó tres vertientes a las que los jueces deben atender para alcanzar un reparto equitativo: “necesidad”, “compensación” y “reparto igualitario”.

De acuerdo con el criterio de necesidad, al finalizar el matrimonio todos los recursos de los cónyuges deben utilizarse para satisfacer las necesidades de las partes —principalmente, vivienda y alimentos—, calculadas de modo “generoso” con referencia al nivel de vida de la familia (34). Se entiende que la ruptura matrimonial es la que genera estas necesidades, por lo que es “justo” que se utilicen todos los bienes de los cónyuges para cubrirlos, independientemente de su titularidad o procedencia. En este aspecto el sistema inglés difiere de los ordenamientos civiles en los que no existe discrecionalidad judicial para redistribuir los bienes, sino que es el régimen económico matrimonial el que determina la titularidad de cada bien (35). Por el contrario, en el sistema inglés el concepto de “necesidad” se impone sobre la titularidad y procedencia de los bienes y su reparto queda sujeto a la discrecionalidad del juez.

En la práctica, la mayoría de los casos de divorcio se resuelven con base en el criterio de necesidad, ya que generalmente los recursos disponibles solo alcanzan para satisfacer las necesidades básicas de las partes (36). Estos son los denominados *needs cases*, en contraste con los *sharing cases* en los que los recursos superan las necesidades.

El segundo criterio para alcanzar un reparto justo o equitativo es el principio de compensación, entendido como el deber de compensar al cónyuge que ha sufrido una desventaja económica significativa como consecuencia del modo en que la pareja se repartió las labores familiares (*relationship-generated disadvantage*) (37). La aplicación de este principio es muy limitada y los jueces generalmente lo integran en el cálculo realizado con base en los principios de necesidad y reparto igualitario (38).

La tercera vertiente de un reparto justo es el principio del “reparto igualitario” que ya se había identificado en *White*. El Tribunal reiteró que el matrimonio es una relación entre iguales y, como tal, su extinción genera el derecho y la obligación de dividir los bienes en partes iguales, “a menos que exista una razón que justifique un reparto desigual” (39). La posibilidad de desviarse de un reparto igualitario cuando las circunstancias lo justifican es un elemento esencial del concepto de justicia. Tomemos como ejemplo un caso en el que la capacidad de generar ingresos de la esposa está limitada porque se ha decidido que los hijos comunes vivirán con ella, mientras el marido es libre de continuar trabajando y generando ingresos sustanciales (*McFarlane*). En ese caso, una división del patrimonio en partes iguales no resultaría en un reparto justo, ya que las necesidades de la esposa son mayores y su capacidad de generar ingresos es menor. Por consiguiente, el criterio del reparto igualitario siempre debe ceder ante los otros dos criterios: necesidad y compensación (40).

Precisamente por esto, en la práctica, el principio del reparto igualitario solo resulta de aplicación en los supuestos en los que los recursos patrimoniales exceden las necesidades de las partes y sus hijos. En estos casos, los denominados *sharing cases*, el reparto igualitario es el punto de partida y la preocupación principal no es cubrir las necesidades de vivienda y alimentos, sino identificar qué bienes son susceptibles de ser repartidos entre las partes. En efecto, en *Miller; McFarlane*, la *House of Lords* abrió la puerta a la posibilidad de que no todos los bienes sean repartidos al introducir una distinción —hasta entonces desconocida en el Derecho inglés— entre bienes matrimoniales y bienes no matrimoniales (41).

### IV. Bienes matrimoniales y no matrimoniales: una certeza algo incierta

La distinción entre bienes matrimoniales y no matrimoniales —muy cercana a la clásica distinción civilista entre bienes gananciales y privativos— ha sido interpretada en algunas sedes como un acer-

camiento a un régimen matrimonial de tendencia comunitaria. Ciertamente, la clasificación de los bienes introduce una claridad casi normativa: los bienes matrimoniales se reparten y los bienes no matrimoniales no se reparten. Sin embargo, sigue predominando la discrecionalidad y claridad de la norma general queda enturbiada por la potestad de los jueces de modificarla si resulta necesario para alcanzar un reparto justo.

Como venimos apuntando, *White* estableció que los bienes conyugales deben repartirse en partes iguales, a menos que exista una razón que justifique un reparto desigual. Hemos visto que la principal razón para alejarse de un reparto por mitades es cubrir las necesidades de las partes. Otro factor que justifica el reparto desigual es el origen de los bienes, es decir, si su procedencia es matrimonial o no matrimonial. La *House of Lords* estableció en *Miller; McFarlane* que el principio de equidad exige que los bienes de los cónyuges se repartan por partes iguales entre ellos al extinguirse la sociedad matrimonial (*the marriage partnership*) (42). Sin embargo, el Tribunal añadió que la equidad también requiere que, cuando las necesidades de las partes están cubiertas, se examine la naturaleza y el origen de los bienes para determinar cómo alcanzar un reparto justo en el caso concreto. Es en este contexto en el que surge la distinción entre bienes matrimoniales y no matrimoniales.

La división entre estos dos tipos de bienes se perfiló en *Miller; McFarlane* y se ha ido definiendo en posterior jurisprudencia. Básicamente, los bienes matrimoniales son aquellos adquiridos o generados durante el matrimonio como resultado del esfuerzo común de los cónyuges [entendiendo que sus contribuciones pueden ser de naturaleza diferente (43)]. Estos bienes siempre deben repartirse entre los cónyuges (44). Por el contrario, los bienes no matrimoniales son aquellos que no son producto del esfuerzo común de las partes (45) (típicamente, bienes prematrimoniales (46), bienes adquiridos por una de las partes por herencia o donación (47) o bienes adquiridos después de que las partes se separen (48)). En principio, estos bienes están excluidos del reparto. Aunque el punto de partida sigue siendo la potestad de los jueces para redistribuir todos los bienes de los cónyuges, se entiende que, si existen suficientes bienes matrimoniales para satisfacer las necesidades de las partes, la redistribución de bienes no matrimoniales constituiría un reparto injusto (49). De hecho, no se conoce ningún caso, post-*White*, en el que esto haya sucedido.

Es importante subrayar que la distinción entre bienes matrimoniales y no matrimoniales radica en el origen del bien —en concreto, si procede del esfuerzo común de los cónyuges— y nada tiene que ver con quién ostenta la titularidad. Este importante principio ha sido recientemente confirmado por el *Court of Appeal* en *Standish v. Standish*. El Tribunal, citando abundante jurisprudencia, señaló que la titularidad de los bienes no constituye un

(29) *White v. White* [2000] UKHL 54.

(30) Sobre la situación previa a *White v. White*, ver CRETNEY, S., *Family Law...*, ob. cit., pp. 422-442.

(31) *White v. White* [2000] UKHL 54, párrs. 24-36.

(32) *Ibid.*, párr. 25. La posibilidad del reparto desigual es a menudo citada como la causa por la que muchos cónyuges —generalmente las esposas— se acogen a la jurisdicción inglesa en caso de litigios internacionales. A este respecto, ver YBARRA BORES, A., *Los efectos económicos del matrimonio en el Derecho inglés*, Cuadernos DCNIC, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 74-79.

(33) *Miller; McFarlane* [2006] UKHL 24.

(34) *Ibid.*, párr. 11.

(35) La diferencia queda perfectamente ilustrada con el ejemplo de la vivienda familiar. En los sistemas de tradición civilista es habitual que el uso de la vivienda familiar se atribuya temporalmente al cónyuge custodio, pero el juez no puede reasignar la titularidad de la propiedad. En el sistema inglés, por el contrario, es habitual que la titularidad se transfiera de un cónyuge a otro, cuando las circunstancias lo requieren y si los recursos lo permiten.

(36) HITCHINGS, E. - BRYSON, C. - DOUGLAS, G. - PURDON, S. - BIRCHALL, J., *Fair Shares? Sorting out money and property on divorce*, The Nuffield Foundation, Bristol, 2023, in totum; HIT-

CHINGS, E. - MILES, J., “Financial remedy outcomes on divorce in England and Wales: Not a “meal ticket for life”, *Australian Journal of Family Law*, núm. 31(1&2), 2018, pp. 43-80.

(37) *Miller; McFarlane*, [2006] UKHL 24, párr. 140; DOUGLAS, G., “Sharing financial losses as well as gains on divorce”, *Australian Journal of Family Law*, núm. 32[1], 2018, pp. 112-116.

(38) En *SA v. PA* [2014] EWHC 392 (Fam), el juez señaló que el concepto es “extremely problematic and challenging, both conceptually and legally”. En la misma línea, *RP v RP* [2006] EWHC 3409. Sin embargo, el principio ha sido aplicado en las recientes sentencias *RC v. JC* [2020] EWHC 466 (Fam) y *TM v. KM* [2022] EWFC 155, aunque ambos jueces señalaron su carácter excepcional.

(39) *Miller; McFarlane*, [2006] UKHL 24, párr. 16 (Lord Nicholls) y párr. 141 (Lady Hale).

(40) En este sentido ver, entre otras, *A wife v. A husband* [2023] EWFC 200, párr. 5.

(41) *Miller; McFarlane*, [2006] UKHL 24, párrs. 21-29 (Lord Nicholls) y párrs. 141-143 (Lady Hale).

(42) *Miller; McFarlane*, [2006] UKHL 24, párr. 20 (Lord Nicholls): “the financial fruits of a marriage partnership”.

(43) *JL v. SL* [2015] EWHC 360: “Matrimonial property is the property which the parties have built up by their joint (but inevitably di-

fferent) efforts during the span of their partnership. It should be divided equally. This principle is reflected in statutory systems in other jurisdictions... It promotes equality and banishes discrimination”.

(44) El *Court of Appeal* señaló en *Gray v. Work* [2018] Fam 35 y en *K v. L* [2012] 1 WLR 306, que cuando los recursos superan las necesidades, la consecuencia “habitual” (*the “ordinary consequence”*) del principio del reparto igualitario, es la división a partes iguales de los bienes matrimoniales. Por tanto, puede haber circunstancias en las que los bienes matrimoniales se repartan en porciones diferentes.

(45) *Hart v. Hart* [2017] EWCA Civ 1306, párr. 2: “non-matrimonial property... are assets... which are not the financial product of, or generated by, the parties’ endeavours during the marriage”.

(46) *McCartney v. Mills-McCartney* [2008] EWHC 40 (Fam); *AC v. DC (No. 2)* [2012] EWHC 2420.

(47) *L v. L* [2008] 1 FLR 142; *B v. B (Ancillary Relief)* [2008] EWCA Civ 543; *AR v. AR* [2011] EWHC 2707 (Fam).

(48) *Evans v. Evans* [2013] EWHC 506 (Fam); *RN v. DA* [2023] EWFC 255.

(49) En *JL v. SL* [2015] EWCA 360 (Fam), el juez Mostyn observó que “sería tan inusual como un leopardo blanco”. Ver también *Charman v. Charman (No 4)* [2007] 1 FLR 1246, párr. 66.

criterio adecuado sobre el que diseñar un reparto justo, ya que no aporta ninguna información sobre si el patrimonio es fruto del esfuerzo común de los cónyuges. La sentencia concluye que, atender a cuestiones de titularidad introduciría un elemento discriminatorio en perjuicio de la esposa, ya que generalmente los bienes están registrados a nombre del cónyuge que genera más ingresos y este sigue siendo mayoritariamente el marido (50). Por consiguiente, los bienes matrimoniales incluyen ingresos, ahorros o contribuciones a pensiones de jubilación, así como cualquier propiedad adquirida durante el matrimonio, independientemente de quién sea el titular, al entenderse que ambos cónyuges contribuyeron a su adquisición, cada uno a su manera.

A pesar de la aparente claridad y certeza que aporta la clasificación de los bienes matrimoniales y no matrimoniales, su aplicación no siempre es sencilla. La distinción no está recogida en la Ley, sino que es una construcción judicial sujeta a interpretación y susceptible de ser ajustada o modificada atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a los criterios enumerados en el art. 25 de la MCA. De este modo, un bien puede ser en parte matrimonial y en parte no matrimonial; no porque se trate de una copropiedad semejante a una comunidad de bienes, sino porque se entiende que parte del bien es producto del esfuerzo común de las partes, pero otra parte no lo es (51). La tarea de desentrañar el peso que debe asignarse a las contribuciones de cada cónyuge, ya fueran patrimoniales o domésticas, para determinar qué porcentaje de un bien o conjunto de bienes, debe atribuirse al esfuerzo común de los cónyuges y qué porcentaje refleja su origen no matrimonial, puede ser tremendamente compleja. La judicatura inglesa —con el pragmatismo que le caracteriza— describe esta tarea como “un arte más que una ciencia” y aplica una valoración probatoria genérica, sin que sea necesario investigar o analizar todas y cada una de las contribuciones de los cónyuges y su impacto en la naturaleza del bien. Es decir, el esfuerzo —y el costo— que se invierte en determinar la naturaleza del bien debe de ser proporcional al valor del bien concreto o del patrimonio susceptible de división (52). Así, cuando no es posible diferenciar claramente los bienes matrimoniales de los no matrimoniales, el juez no está obligado a llevar a cabo un intrincado ejercicio contable o a aplicar complejas fórmulas matemáticas, sino que es suficiente con que determine qué porcentaje inferior al cincuenta por ciento representa una cantidad justa, que refleje el hecho de que el patrimonio conyugal está constituido, en parte, por bienes generados por un esfuerzo no conyugal (53).

Este planteamiento —genérico, flexible, adaptable y, por todo ello, enormemente incierto— es el epítome de la brecha que aún separa los sistemas del *Common Law* y del *Civil Law*. Siempre y cuando se alcance el objetivo de la Ley —un reparto justo—,

el juez inglés no está obligado a aplicar una metodología estricta para establecer la naturaleza de los bienes conyugales ni, por tanto, para decidir qué bienes deben redistribuirse o en qué porcentajes.

## V. La matrimonialización de los bienes

### V.1. Concepto

La clasificación desarrollada por la jurisprudencia inglesa, con sus peculiaridades y excepciones, ha dado lugar a un concepto singular: la “matrimonialización” de los bienes. La matrimonialización se produce cuando, por virtud de la aplicación del principio de equidad, un bien no matrimonial se transforma en matrimonial. La transformación ocurre, principalmente, a consecuencia del uso que se le ha dado al bien a lo largo del matrimonio o cuando el bien se mezcla con bienes matrimoniales hasta tal punto que pierde su carácter no matrimonial. Es decir, no estamos ante un supuesto de atribución voluntaria de ganancialidad como el previsto en algunos regímenes de comunidad de bienes, sino ante la conversión del carácter del bien provocada por determinadas circunstancias.

El concepto nace de la observación del *Court of Appeal* en *Miller; McFarlane* de que el paso del tiempo puede reducir la relevancia del origen del bien. Esta afirmación introdujo la posibilidad de que un bien no matrimonial se convierta en matrimonial con el paso del tiempo y, por tanto, deba de ser repartido si las partes se divorcian (54). El concepto ha ido tomando cuerpo en posterior jurisprudencia. En *N v. F*, el juez afirmó que la confusión, mezcla o fusión de bienes no matrimoniales con bienes generados por el esfuerzo común de las partes, es indicativa de que la intención del cónyuge que los aportó fue compartirlos con su pareja, particularmente cuando el matrimonio se ha prolongado en el tiempo. En *JL v. SL (No. 2)* los “bienes matrimonializados” se definieron como recursos patrimoniales aportados al matrimonio por uno de los cónyuges, que pasan a “formar parte de la vida económica del matrimonio... siendo utilizados, transformados, conservados y disfrutados” por la familia (55).

La idea de que un bien no matrimonial puede convertirse en matrimonial por virtud de circunstancias poco precisas como sí fue utilizado por la familia durante un tiempo —poco o mucho, no está claro— o si se ha mezclado con bienes de naturaleza matrimonial —cuánta mezcla se requiere, no está claro—, enturbia la certeza que la clasificación de los bienes aporta al sistema e, inevitablemente, provoca profundos desacuerdos entre las partes (56). Al fin y al cabo, la matrimonialización de bienes de origen privativo puede modificar significativamente la masa patrimonial sujeta a reparto. Sin embargo, a pesar de la enorme litigiosidad que genera esta cuestión, el *Court of Appeal* ha confirmado recientemente la importancia del concepto

de matrimonialización, cimentando su papel en los procesos de divorcio. En efecto, en la reciente sentencia *Standish v. Standish*, el Tribunal ha definido la matrimonialización como la situación en la que un bien que no fue generado por el esfuerzo común de los cónyuges pasa a ser considerado un bien matrimonial y, por consiguiente, susceptible de reparto (57). En opinión del Tribunal, un sistema discrecional como el inglés, que se caracteriza por su flexibilidad y su capacidad de ajustar cada decisión a las circunstancias del caso, no puede contemplar una regla general que establezca que un bien de origen no matrimonial nunca puede quedar sometido al principio del reparto igualitario. El principio de equidad requiere que se contemple la posibilidad de que, en ciertas circunstancias, bienes en origen no matrimoniales puedan considerarse matrimoniales y, por tanto, puedan ser redistribuidos entre los cónyuges. Ahora bien, esta transformación debe de ser la excepción y no la regla (58).

### V.2. Aplicación

Las situaciones en las que puede darse la matrimonialización son diversas: propiedades o cantidades heredadas por una de las partes y utilizadas durante años para costear los gastos familiares (59), la compra de la vivienda familiar financiada con fondos recibidos en herencia (60); propiedades prematrimoniales utilizadas por la familia como segunda residencia (61), ahorros prematrimoniales empleados para financiar los gastos de la familia o para pagar los plazos de la hipoteca de una propiedad adquirida con fondos matrimoniales (62), el vehículo prematrimonial de un cónyuge utilizado durante años para fines familiares, el apartamento donado a uno de los cónyuges utilizado como residencia de verano de la familia, y un largo etcétera.

El juez debe atender a las circunstancias concretas para determinar si los bienes han sido matrimonializados y, por tanto, no existe una lista cerrada o una noma general aplicable a todos los casos. No obstante, el *Court of Appeal* identificó en *Standish* tres escenarios en los que, con el paso del tiempo, un bien no matrimonial puede convertirse en matrimonial (63):

a) Cuando el porcentaje del patrimonio conyugal que no es producto del esfuerzo común de las partes no es lo suficientemente sustancial para justificar la investigación y análisis probatorio que se requeriría para determinarlo, o para justificar un reparto que no fuera a partes iguales;

b) Cuando debido al modo y a la medida en que los bienes no matrimoniales se han mezclado con los matrimoniales, es de justicia que queden sujetos al principio de reparto igualitario; y

c) Cuando se utilizaron bienes no matrimoniales para adquirir la vivienda familiar.

ron los ingresos de la venta (unas 800 000 libras) para cubrir los costos de litigar, principalmente, sobre si ciertos bienes eran, o no, matrimoniales.

(57) *Standish v. Standish* [2024] EWCA Civ 567, párr. 160.

(58) *Ibid.* Párr. 162. A pesar de confirmar la relevancia del concepto, el Tribunal subrayó su carácter excepcional e hizo hincapié en la necesidad de aplicarlo de modo restrictivo: De hecho, en *Standish* el Tribunal concluyó que los bienes no habían sido matrimonializados. Tras observar que el simple paso del tiempo no es suficiente para transformar la naturaleza de un bien, el Tribunal remarcó que los bienes en cuestión se habían mantenido separados del uso familiar durante el matrimonio y que las ocasionales visitas de la familia a la vivienda prematrimonial del marido no eran suficientes para matrimonializar el bien.

(59) En *K v. L (Non Matrimonial Property: Special Contribution)* [2011] 2 FLR 980, CA, los cónyuges estuvieron casados veintidós años. Durante el matrimonio, la familia vivió de los intereses de unas acciones que la esposa había heredado antes de conocer a su marido. El Tribunal dictaminó que las acciones no se habían matrimonializado porque la esposa las mantuvo en un *trust* a su nombre, separadas del uso familiar, y solo compartió los intereses (que sí se habían matrimonializado).

(60) *A wife v. A husband* [2023] EWFC 200: el marido era italiano, la esposa inglesa y la pareja contrajo matrimonio en Italia, con

régimen matrimonial de comunidad de bienes. El marido alegó que la vivienda familiar (situada en Inglaterra) era un bien privativo, ya que los fondos utilizados para adquirirla provenían de una herencia. El Tribunal aceptó que esa fuese la posición bajo Derecho italiano, pero no bajo Derecho inglés, ya que en este último la titularidad del bien no es el criterio relevante (párr. 22).

(61) *RM v. WP* [2024] EWFC 191.

(62) *HO v. TL* [2023] EWFC 215; *SS v. IS* [2023] EWHC 1544 (Fam).

(63) En realidad, lo que hizo el Tribunal fue reformular las circunstancias identificadas en *K v. L (Non Matrimonial Property: Special Contribution)* [2011] 2 FLR 980, CA, párr. 18: (i) cuando la cantidad de los bienes matrimoniales acumulada por la pareja a lo largo de los años es de tal magnitud, que la contribución inicial de bienes no matrimoniales de una de las partes pasa a ser insignificante; (ii) cuando, con el paso del tiempo, los bienes no matrimoniales inicialmente aportados por uno de los cónyuges se mezclan con bienes matrimoniales, de modo que es imposible distinguirlos (*mixed assets*); o cuando, aun siendo posible diferenciarlos, la actitud del cónyuge que aportó los bienes y la forma en la que se utilizador, indican que los bienes han sido cedidos a la familia o matrimonializados; (iii) cuando el titular de los bienes no matrimoniales los utiliza para adquirir la vivienda familiar, incluso si la registra únicamente a su nombre.

(50) *Standish v. Standish* [2024] EWCA Civ 567, párr.152.

(51) *Hart v. Hart* [2017] EWCA Civ 1306, párr. 85: “an asset can comprise both, in the sense that it can be partly the product, or reflective, of marital endeavour and partly the product, or reflective, of a source external to the marriage”.

(52) *Standish v. Standish* [2024] EWCA Civ 567, párr. 135: “when there is not a clear dividing line between matrimonial and non-matrimonial property, the court is not required to enter into an investigation or analysis which is ‘neither proportionate nor feasible’, but can undertake a ‘broad evidential assessment’”. Una parte de la judicatura inglesa aboga por un planteamiento más reglado. Ver, ALLEN, N., “Non-matrimonial property: valuing the family business”, *Financial Remedies Journal*, núm. 1 (Spring), 2022, pp. 6-10.

(53) La dificultad de demostrar individualmente la condición privativa o ganancial de un bien también surge en los regímenes económicos matrimoniales, pero estos establecen presunciones legales o normas sobre la atribución de la titularidad, en lugar de dejar la cuestión al arbitrio judicial.

(54) *Miller; McFarlane*, [2006] UKHL 24, párr. 25 (Lord Nicholls) and párr. 152 (Lady Hale).

(55) *JL v. SL (No.2) (Appeal: Non-Matrimonial Property)* [2015] 2 FLR 1202, párr. 28.

(56) En *A wife v. A husband* [2023] EWFC 200, las partes vendieron el principal bien matrimonial, la vivienda familiar y utiliza-

A esta lista debe añadirse el supuesto en el que, a lo largo del matrimonio, los cónyuges utilizan un bien no matrimonial como si fuera un bien común, de modo que termina por perder el carácter no matrimonial, pasando a ser considerado por las partes como un bien matrimonial (64).

En los casos en los que el patrimonio matrimonial y no matrimonial se ha mezclado hasta tal punto que no es posible distinguir qué bienes pertenecen a cada categoría, el juez debe valorar si, en las circunstancias del caso, lo justo sería tratar todos los bienes (o una parte) como bienes matrimoniales (65). De este modo, la cuestión se somete al arbitrio judicial y el juez elabora una sentencia “a medida”, que hace muy difícil predecir qué se considerará un reparto “justo” en el caso concreto. Es más, incluso si se establece que los bienes han sido matrimonializados y, por tanto, están sujetos a reparto, eso no significa que vayan a ser divididos en partes iguales. Al contrario, el juez debe valorar si el origen de los bienes (es decir, el hecho de que son bienes no matrimoniales que han sido matrimonializados) justifica un reparto desigual (66). En este sentido, la jurisprudencia diferencia entre bienes no matrimoniales que han sido matrimonializados y bienes propiamente matrimoniales. Estos últimos son fruto del esfuerzo común de las partes y, por consiguiente, la jurisprudencia establece que lo “habitual” es que se dividan en porciones iguales (67). Por el contrario, los bienes matrimonializados no provienen del esfuerzo común de los cónyuges, por lo que, aunque hayan pasado a formar parte de la vida económica de la familia, sería injusto ignorar su origen no matrimonial. Por consiguiente, los bienes matrimonializados están sujetos a reparto, pero no necesariamente en partes iguales (68). La dificultad en esos casos radica en identificar qué porción refleja de forma justa la contribución no matrimonial.

Un factor que puede evitar la matrimonialización de ciertos bienes son los pactos prematrimoniales. Aunque los jueces no están obligados a aplicar los términos acordados por las partes en un acuerdo prenupcial, la jurisprudencia ha evolucionado a favor de respetarlos, siempre y cuando cumplan ciertas condiciones y su aplicación no interfiera con el principio del “reparto justo” (69). De este modo, si las partes acordaron excluir del reparto ciertos bienes no matrimoniales, los bienes en cuestión no serán matrimonializados, aunque se utilicen para fines familiares o se mezclen con bienes matrimoniales. Tal y como observó el *Court of Appeal* en *A Wife v. A Husband*, cuando existe un acuerdo prematrimonial válido, el paso del tiempo no mezcla ni confunde los bienes matrimoniales con los no matrimoniales, porque estos últimos están identificados y protegidos por el pacto firmado por las partes (70).

### V.3. La vivienda familiar

La vivienda familiar ocupa un lugar central en la familia, por lo que siempre se considera un bien ma-

trimonial, independientemente de si es producto del esfuerzo de ambos cónyuges (71). Tanto si se adquirió con fondos de origen no matrimonial como si la propia vivienda fue originalmente un bien privativo (porque perteneció a uno de los cónyuges antes del matrimonio o este la recibió después por donación o herencia), su uso como residencia familiar la convierte en un bien matrimonial (72).

La reciente sentencia *RM v. WP* (73) ha disipado cualquier duda que hubiera podido existir sobre el número de propiedades que pueden calificarse como la vivienda familiar de un mismo matrimonio. En este caso, el marido era propietario de cuatro viviendas que adquirió antes de contraer matrimonio. La pareja vivió en tres de estas viviendas a lo largo de los quince años que duró el matrimonio: ocho años en una vivienda, seis en otra y un año en la tercera. La cuarta vivienda nunca se utilizó como residencia familiar, por lo que se calificó como bien no matrimonial. Por lo que se refiere a las otras tres, el marido alegó que no todas podían considerarse vivienda familiar; las tres propiedades habían permanecido registradas a nombre del esposo y durante la relación no se había llevado a cabo ninguna renovación ni mejora en estas. El juez rechazó el argumento y señaló que, cuando una vivienda se utiliza como residencia familiar, aunque sea por poco tiempo, la naturaleza del bien se transforma y pasa a ser un bien matrimonial. Es más, una vez matrimonializada, la propiedad no se puede “desmatrimonializar”, por lo que, en el caso concreto, las tres viviendas fueron consideradas bienes matrimoniales.

Ahora bien, la calificación de una vivienda de origen no matrimonial como bien matrimonial, no significa que deba repartirse en porciones iguales entre las partes (74). Como ya se ha visto, la división de los bienes matrimonializados —incluso cuando se trata de la vivienda familiar— requiere un cuidadoso análisis por parte del juez, para determinar qué cuota refleja adecuadamente el hecho de que la propiedad en cuestión sea un bien no matrimonial aportado por uno de los cónyuges al matrimonio (75).

### VI. Reflexiones finales

A pesar de que la jurisprudencia inglesa se ha asomado a la ventana y ha observado que algunos aspectos de los regímenes matrimoniales de sus vecinos europeos pueden resultar de utilidad, lo cierto es que la brecha entre los sistemas sigue siendo profunda. El principio de reparto igualitario establecido en *White* no ha introducido en Inglaterra un régimen económico matrimonial. A lo sumo, se han adoptado tendencias comunitarias. Dicho esto, la protección que se brinda a los cónyuges en los *needs cases* supera la que ofrecen la mayoría de los regímenes económicos de comunidad de bienes, a pesar de que la discrecionalidad del sistema condi-

cione significativamente su efectividad. En efecto, en los *needs cases* todos los bienes pueden ser redistribuidos entre las partes, independientemente de quién sea el titular. En estos supuestos, el cónyuge que contribuye al matrimonio mediante el trabajo para la casa —mayoritariamente la esposa— está más protegido en el sistema inglés que bajo un régimen de comunidad de bienes en el que solo determinadas propiedades se consideran comunes.

En los *sharing cases* el sistema inglés aplica una lógica distinta, más parecida —a primera vista— a los regímenes normativos de tradición civilista. La jurisprudencia distingue entre bienes matrimoniales y no matrimoniales y establece una regla general: los primeros se reparten y los segundos no. La similitud entre los dos sistemas es, sin embargo, solo aparente. La discrecionalidad en la que se fundamenta el sistema permite que los jueces desatiendan la regla general y redistribuyan los bienes no matrimoniales si consideran que la regla general no conduce a un reparto justo en el caso concreto. Es en este punto donde encontramos un fenómeno desconocido en los sistemas de Derecho civil: la matrimonialización de los bienes. La posibilidad de que el uso atribuido a un bien durante el matrimonio altere su naturaleza. El concepto es sumamente interesante, ya que introduce un elemento dinámico en la distinción tradicional entre bienes gananciales (matrimoniales) y privativos (no matrimoniales). En los sistemas civilistas la clasificación de los bienes se determina de acuerdo con el régimen económico que regule el matrimonio y no puede modificarse a menos que se modifique el régimen (76). Por el contrario, en el sistema inglés la clasificación es dinámica y puede cambiar a lo largo del matrimonio conforme al uso que se le dé al bien o en función del lugar que ocupe en la economía del matrimonio. La idea resulta, como poco, atractiva, ya que permite ajustar la calificación de los bienes —y por tanto su reparto— a la realidad económica de la pareja en el momento del divorcio. Sin embargo, como no puede ser de otra manera, esta flexibilidad tiene un precio: un alto nivel de inseguridad jurídica y, de su mano, una abundante litigiosidad.

Estas dificultades han llevado al órgano consultivo del Parlamento británico, la *Law Commission* a estudiar si es necesario reformar la Ley en este ámbito (77). Se espera que la Comisión publique un informe preliminar a finales de este año, por lo que cuando este artículo vea la luz es posible que ya sepamos si el sistema inglés continuará operando con el mismo grado de discrecionalidad, o si, por el contrario, se planteará la introducción de un régimen más predecible, más normativo, más al estilo del *Civil Law* —y, por ello, menos ágil y flexible—, que codifique los principios asentados por la jurisprudencia en los últimos veinticinco años.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/902/2025

(64) *A wife v. A husband* [2023] EWFC 200, párr. 5: “...even assets which did not accrue during the marriage may be deemed to be matrimonial either where they comprise an asset such as the matrimonial home (which is deemed to be central to the relationship) or where the asset has been treated during the marriage as something on which the parties jointly rely and has lost the sense of being a non-matrimonial asset.”

(65) *Standish v. Standish* [2024] EWCA Civ 567, párr. 165: “Does fairness require or justify the asset being included within the sharing principle?”

(66) *Ibid.*, párr. 166: “It would be perverse if the court could not decide that non-matrimonial source, in whole or in part, of an asset treated as matrimonial property could not justify an other than equal division.”

(67) *K v. L* [2012] 1 WLR 306, párr. 21.

(68) *JL v. SL (No.1)* [2015] EWHC 360 (Fam), párr. 19: “[Matrimonialised] property has little to do with the endeavour of the partnership ... However, as I will explain, pre-marital property not uncommonly becomes part of the economic life of the spousal partnership and thus acquires a matrimonial character giving rise to a (not necessarily equal) sharing claim in relation to it.”

(69) *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, párr. 75. CHECA MARTÍNEZ, M., “Pactos familiares en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado”, en *Pactos familiares en previsión*

*de ruptura*, CERVILLA GARZÓN, M. D. (dir.), Atelier, Barcelona, 2024, pp. 317-347.

(70) *A wife v. A husband* [2023] EWFC 200, párr. 45. En este caso, el juez respetó la mayor parte del pacto prenupcial, pero modificó algunos de sus aspectos para alcanzar un reparto justo en el caso concreto. El juez tuvo en cuenta que el hijo del matrimonio no había nacido cuando se acordó el pacto, por lo que las circunstancias habían cambiado sustancialmente. También se consideró relevante el hecho de que las partes se hubieran gastado la mayor parte de los fondos matrimoniales disponibles para cubrir los gastos generados por el litigio. En estas circunstancias, aplicar el pacto tal y como se acordó al principio del matrimonio hubiera sido injusto.

(71) *Miller; McFarlane*, [2006] UKHL 24, párr. 22; *K v. L* [2012] 1 WLR 306, párr. 18.

(72) HAGGIE, T. - STEWART, F., “Sharing and the Family Home”, *Financial Remedies Journal*, Summer, núm. 2, 2022, pp. 104-110.

(73) *RM v. WP* [2024] EWFC 191.

(74) Contrastar con los sistemas civilistas en los que es habitual que se adjudique el uso de la vivienda familiar al cónyuge no titular, pero no se puede transferir la titularidad ni ordenar su venta.

(75) En *RM v. WP*, el juez no dividió el valor de las viviendas en partes iguales entre los cónyuges, sino que llevó a cabo un cálculo “generoso” de las necesidades de la esposa y le asignó una can-

tidad suficiente para cubrir las. Citando a *Standish*, el juez señaló que, cuando las circunstancias lo justifican, se puede ordenar un reparto desigual que refleje el origen no matrimonial de un bien matrimonializado (incluso si se trata de la vivienda familiar). En este caso, el reparto considerado “justo” fue del cincuenta y cinco por cien para el marido y el cuarenta y cinco por cien para la esposa. Otros ejemplos en los que la vivienda familiar matrimonializada se ha repartido de forma desigual incluyen, *S v. AG* [2011] EWHC 2637 (Fam); *S v. S* [2006] EWHC 2793 (Fam); *Vaughan v. Vaughan* [2007] EWCA Civ 1085 *FB v. PS* [2015] EWHC 2797.

(76) Es cierto que algunos ordenamientos, como el Derecho común español, contemplan la posibilidad de que las partes alteren el carácter privativo de un bien, atribuyéndole la condición de ganancialidad (art. 1355 del Cód. Civil). No se trata, sin embargo, de una “matrimonialización”, sino que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyen la condición de gananciales a bienes adquiridos con fondos privativos a título oneroso (nunca gratuito). A diferencia de lo que ocurre en el sistema inglés, esta conversión voluntaria de privativo a ganancial da lugar a un derecho de reembolso a favor del cónyuge cuyos fondos se utilizaron.

(77) *Financial Remedies on Divorce: Assessing the reform options for the laws governing finances on divorce and the ending of a civil partnership* <https://lawcom.gov.uk/project/financial-remedies-on-divorce/>

# El Código Civil chino de 2021

## Antecedentes, características y contenido.

### *The 2021 chinese civil code: background, features, and content*



Francisco A. M. Ferrer

Doctor en Derecho, de la Universidad Nacional del Litoral. Profesor Titular de Derecho Civil VI (Sucesiones), en la UNL y Universidad Católica de Santa Fe. Presidente de las XVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe, 1999. Director de la Carrera de Posgrado de Especialización en Derecho de Sucesiones, Universidad Nacional del Litoral

**SUMARIO:** I. Necesarias referencias sobre el sistema jurídico chino y su evolución. — II. Antecedentes, estructura e ideología del Código Civil de 2021. — III. Contenido del Código. — IV. El matrimonio y la familia. — V. Las sucesiones. — VI. Conclusión.

#### Resumen

El artículo presenta un estudio detallado del Código Civil chino de 2021, analizando sus antecedentes históricos, fundamentos ideológicos y estructura normativa. La obra destaca la evolución del derecho chino desde su tradición confuciana milenaria, pasando por la codificación moderna inspirada en modelos europeos, hasta llegar al modelo socialista actual con influencias del derecho romano-germánico y del pensamiento marxista-leninista. El Código Civil es presentado como una construcción pragmática y sistemática, orientada a armonizar los valores del socialismo con características chinas, con la necesidad de garantizar seguridad jurídica en una economía de mercado en expansión. Se examinan los siete libros del Código, haciendo hincapié en las innovaciones sobre los derechos de la personalidad, el régimen de responsabilidad, el matrimonio y la familia. Se concluye que el Código representa un hito en la evolución jurídica china, tanto por su contenido como por su método, y que su estudio resulta indispensable para el derecho comparado contemporáneo.

#### Abstract

This article offers a detailed study of the 2021 Chinese Civil Code, analyzing its historical background, ideological foundations, and normative structure. It highlights the evolution of Chinese law from its millennia-old Confucian tradition, through a modern codification influenced by European models, to its current socialist framework shaped by Romano-Germanic law and Marxist-Leninist thought. The Civil Code is presented as a pragmatic and systematic construction aimed at harmonizing socialist values with Chinese characteristics and ensuring legal certainty in a growing market economy. The article reviews the seven books of the Code, emphasizing innovations in personality rights, the liability regime, and family and marriage law. It concludes that the Code represents a milestone in China's legal evolution, both in substance and methodology, and that its study is essential for contemporary comparative law.

#### I. Necesarias referencias sobre el sistema jurídico chino y su evolución

a) *Introducción.* La comprensión del derecho chino contemporáneo requiere necesariamente cono-

cer que tiene como antecedente un sistema jurídico formado durante siglos por tradiciones imperiales chinas, que posteriormente han recibido influencias del derecho romano-germánico y finalmente de la ideología marxista-leninista, complejo sistema que en los últimos años ha sido marcado por una profunda modernización. No obstante que esta diversidad de fuentes justifica que el sistema chino sea clasificado como híbrido, lo cierto es que resulta posible sostener que la sociedad china reconoce un fundamento único responsable de armonizar sistémicamente todos los fenómenos que caracterizan su evolución jurídica, y ese fundamento es el pensamiento filosófico de Confucio. Desde el siglo II a J.C., el confucionismo no ha cesado de dominar el pensamiento chino, influenciando en todos los aspectos de la vida familiar, social, cultural y jurídica china.

La incidencia del confucionismo en el pensamiento jurídico hoy ya es indisoluble del pragmatismo y de la globalización de los estudios de derecho en China. De tal modo, el derecho contemporáneo chino exhibe una alianza con las políticas, principios y normativas de una economía global en la cual la participación china se aprecia en franco crecimiento (1).

b) *El confucionismo* (2). El tipo de sociedad que durante siglos se ha realizado y mantenido en China es el que propone el confucionismo. La célula de base la constituía la familia, organizada jerárquicamente bajo la autoridad casi absoluta del jefe de familia. Las colectividades públicas, incluido el Estado, estaban concebidas sobre el modelo de la familia, y evitaban inmiscuirse en el ancho dominio reservado para ella. Asimismo, en la familia y en las comunidades o colectividades de toda especie el deber era vivir conforme a ritos prescritos por la costumbre, cuya observación se sustituía a la de la ley.

La sociedad estaba estructurada en torno de la familia. En la cultura china tradicional, el "individuo" no era la persona, sino la familia. Era una forma de "individualismo familiar". El grupo familiar soportaba la carga de responsabilidad por la conducta de todos y cada uno de sus miembros. El jefe de familia podía ser punido por la misma causa que el culpable. La familia, a su vez, era la célula económica de base, era propietaria de la tierra y pagaba los impuestos en función de las personas que la componía (3).

En esta concepción de la sociedad predominaban la idea de la piedad filial, de sumisión a los ascendientes, superiores jerárquicos, la interdicción de todo exceso y de toda revuelta. La autoridad, por su parte, se cuidaba de incurrir en arbitrariedades, y se ejercía respetando los ritos y las reglas de una moral que imponía explicar antes de ordenar, arbitrar antes que juzgar, prevenir antes que castigar.

Según la ideología confuciana el equilibrio del mundo y la felicidad de los hombres depende de la armonía, que exige en las relaciones sociales reconocer en el primer plano la idea de conciliación, del consenso. Toda condena, toda sanción, toda decisión de la mayoría deben ser evitadas; la solución debe ser aceptada libremente por cada uno porque cada uno la considera justa. La confianza del pueblo chino no está en el Derecho para asegurar el orden social y la justicia. Existe entre ellos un Derecho, pero solo cumple una función subsidiaria: los tribunales intervienen y las leyes se aplican solo si la solución no se logra por otros medios. En realidad, durante siglos no existieron instancias judiciales; la justicia la administraban gobernadores y administradores que no eran juristas y transaban asuntos civiles y penales. El constreñimiento que importa la decisión judicial era visto con extremo desfavor; la preservación del orden social reposaba esencialmente sobre métodos de persuasión, técnicas de mediación, llamado constante a la autocritica, de una parte, y por la otra, la primacía del espíritu de moderación y de conciliación.

En virtud de esta filosofía social, la sociedad china ha podido vivir durante siglos sin tener una profesión jurídica organizada. Hasta el siglo XX el pensamiento confuciano ha prevalecido, y el Derecho no ha interesado a los chinos, que buscaban por otras vías el medio de realizar la justicia. El orden social tenía en su base los ritos que eran seguidos por la China tradicional, y se mantenían por una costumbre milenaria.

c) *La codificación moderna.* El sistema de una sociedad sin derecho, con base en ritos y costumbres tradicionales, fue cuestionado en la revolución de 1911, que derrumbó la dinastía Qing (1644-1912), y puso fin al sistema imperial de gobierno que había regido China desde el siglo III a. J.C. Se proclamó la República de China (4) y el nuevo gobierno dio comienzo al movimiento de la codificación moderna, destinado a reformar el antiguo sistema jurídico, si-

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) DE OLIVEIRA DE BIAZI, Joao Pedro, *Uma alianza entre modernidade e tradicao: o Código Civil Chinês, artículo introdutorio, en "Código Civil Chinês", trad. Qian, Larissa Chen Yi, Edulex Libreria, Sao Paulo, 2021, ps. 12 y ss., y sus referencias.*

(2) Sobre el sistema chino tradicional, basado en las ideas filosóficas y morales de Confucio, y su evolución hasta comienzos del siglo XXI: TSIEN Tche-Hao: *L'influence politico-economique dans la transformation du système familial chinois, en la obra colectiva Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines, Travaux des VIII Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Etablissements L. Bruylant-Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Bruxelles-Paris, 1978, p. 121 y ss, DAVID, René - JAUFFRET-SPINOSI, Camille: Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, Paris, 2002, 11me. éd., n° 437 y ss.*

(3) TSIEN Tche-Hao: *L'influence politico-economique dans la*

*transformation du système familial chinois, recién citado, p. 126; ROWE, David Nelson: "Breve historia de la China moderna", Editorial El Ateneo, Bs. As., 1963, ps. 16/17.*

(4) El gobierno provisional fue asumido por el líder revolucionario, el médico Dr. Sun Yat-sen, que casi toda su vida había estado en el extranjero. Su vice fue el general en jefe de las tropas rebeldes, Li Yuang-hung. Luego de unas negociaciones con un antiguo servidor de la dinastía, el jefe militar Yuan Shih-kai, el emperador (de cuatro años, con su padre como regente) abdicó el 12/2/1912, y aquel negociador de la abdicación hábilmente logró que lo designaran presidente provisional de la nueva República, y pronto reveló que, en realidad, seguía fiel a sus principios monárquicos y con la intención de fraguar la fundación de una nueva dinastía con él como emperador. Restauró la monarquía, asumió el trono y poderes dictatoriales; hubo rebeliones de los antimonárquicos, finalmente abolió la monarquía, pero siguió al frente del gobierno hasta que falleció en el año 1916. Lo sucedió como presidente el general Li Yuan-hung,

y siguió un período caótico, de confusión interna y sucesión de gobiernos, detentando el poder real los caudillos militares regionales, que constituían feudos guerreros (1916-1926). En toda esta situación anárquica, se fue afirmando el Dr. Sun Yat-sen con su partido nacionalista (Kuomintang), en el que participaban agentes comunistas de la Unión Soviética y sus simpatizantes chinos. Un joven oficial integrante del partido, Chiang Kai-shek organizó y disciplinó fuertemente las fuerzas armadas que respondían al Kuomintang. En el año 1925 fallece el Dr. Sun Yat-sen, y asume un gobierno nacionalista que designa a Chiang Kai-shek (1887-1975) comandante en jefe del ejército nacionalista. En dos años aplastó a todos los guerreros feudales del norte de China que se negaban a incorporarse a las filas nacionalistas. Por otra parte, en el partido nacionalista se enfrentaron dos facciones: la comunista, liderada por Mao Tsé-tung, y la anti-comunista, conducida por Chiang Kai-shek, que encabezó el gobierno. Los nacionalistas establecieron la capital del país en Nankin; en el año 1927 los comunistas organizaron un gobierno por separado en

guiendo modelos europeos. Durante este período se sancionaron los códigos civil, comercial, penal, procesal civil y procesal penal. Fue el primer encuentro de las culturas jurídicas occidentales y chinas. El Código Civil de 1929 ha sido inspirado por el Código alemán, aproximándose al sistema de derecho romano-germánico.

No obstante, detrás de esta estructura legal, las concepciones tradicionales subsistieron, y salvo algunas limitaciones, continuaron dominando la realidad de la vida china. En la práctica, se ignoraban las normas codificadas cuando contrariaban la tradición; no se iba a los tribunales sea porque ignoraban sus derechos o porque no se quería incurrir en la reprobación de la sociedad. Las relaciones sociales continuaron así regladas de hecho como en el pasado. Cuando excepcionalmente se concurría a los tribunales, los jueces chinos continuaban decidiendo según el *standard* confuciano en lugar de aplicar las reglas de la ley escrita. La promulgación de los códigos nuevos provocó, no obstante, una multiplicación de procesos, lo cual se consideró una decadencia y pareció deseable un retorno al sistema confuciano.

d) *La China comunista. Evolución del comunismo chino.* La aplicación de aquellos códigos sancionados por el gobierno nacionalista cesó totalmente con el advenimiento de la China popular por la victoria del partido comunista de Mao Tsé-Tung en 1949, que adhirió al dogma marxista-leninista. Desde el comienzo el “Programa Común” decretó la abolición en bloque de todas las leyes, decretos y de todos los tribunales existentes. Leyes orgánicas fueron sancionadas inmediatamente emprendiendo una obra de reorganización sobre el modelo soviético. Una Corte Suprema popular fue la encargada de dirigir el trabajo de todas las jurisdicciones nuevas, junto con una Procuratura. Grandes leyes son publicadas en el año 1950 (reforma agraria, sindicatos, etc.), y, en lo que nos interesa, la importante Ley del Matrimonio. La normalización progresa, en el año 1954 se sanciona una Constitución (calcada sobre el modelo soviético), se crean los tribunales populares. La Revolución China va a tomar un nuevo curso, en el año 1957 se producen las primeras dificultades con la Unión Soviética, y sobreviene la ruptura en el año 1960. En China no se da prioridad al crecimiento económico, sino a las transformaciones sociales: nuevos tipos de relaciones deben ser establecidas entre los hombres, para poner fin a todo tipo de explotación. Se afirma el comunismo chino y la preponderancia del Estado, ideológico y burocrático.

En esta etapa sobreviene la Revolución Cultural, movimiento violento dirigido a rechazar totalmente el confucionismo, persigue a los intelectuales, pone el acento en la lucha de clases y reafirma la vía socialista. En el año 1976 caen los inspiradores y líderes de esta Revolución, son juzgados y condenados. Este acontecimiento se ha calificado como el triunfo del principio de legalidad en China.

Sobreviene a partir del año 1979 un programa de radicales reformas de Deng Xiao Ping, político pragmático y flexible. Pone en marcha una política de apertura económica, para superar el fracaso de la política de Mao, y a fin de asegurar esta nueva política, el sistema jurídico es rehabilitado, y la seguridad jurídica se afirma por ser indispensable para atraer inversores extranjeros. Desde los años 80 el derecho chino progresa de manera notable, desarrolla la legislación, reconoce poderes al juez, se favorece la internacionalización del derecho chino. Para fomentar el desarrollo económico se mejora la calidad de la enseñanza

en las escuelas secundarias y se alientan las estadías de estudios en el extranjero. Igualmente se impulsa la educación superior: en el año 1973 había solo 4 facultades de derecho muy poco desarrolladas. En el año 2001 ya eran 5 universidades de ciencias jurídicas y 230 facultades con departamentos de derecho. El número sigue aumentando. La Constitución china de 1982 contiene los principales pensamientos de la reforma emprendida por Deng Xiao-Ping. Los tribunales populares, consagra, deberán ejercer el Poder Judicial de acuerdo con la ley, sin depender de órganos administrativos o políticos. Esta Constitución ha sido enmendada a fin de marcar la tendencia a la realización de la economía de mercado socialista. Protege de manera oficial los intereses y derechos de las empresas privadas, y en la última revisión ya aparece el concepto del Estado de Derecho.

La Corte Suprema Popular juega un rol cada vez más importante en China como fuente de derecho, acreciendo así la importancia de la jurisprudencia. A la Corte Suprema le siguen tres escalones decrecientes de tribunales locales (cortes superiores provinciales, tribunales intermedios de grandes ciudades y, por último, los tribunales de primera instancia de distritos. Estos son jurisdicciones de derecho común; hay jurisdicciones de excepción: tribunales militares, marítimos, de ferrocarriles, etc. Los tribunales se han progresivamente especializados, y han cambiado sus funciones: de ser instrumentos al servicio de la dictadura del proletariado y órganos de represión, ahora son competentes para resolver asuntos civiles, comerciales, económicos y administrativos. El Ministerio de Justicia ha hecho una campaña por la generalización del derecho, se aprecia un cambio de mentalidad en tanto aumenta el número de procesos resueltos por los tribunales, lo cual llevó al aumento del número de jueces.

La profesión de abogado había sido suprimida en los años 50, el abogado chino se convirtió en un funcionario dependiente del Ministerio de Justicia. Las directrices políticas tomaron el lugar de la ley como fundamento de las sentencias. La situación cambió con la ley sobre abogados de 1997, dejó de ser un “trabajador jurídico del Estado”, para asumir el rol de “profesional del derecho”. La licencia para el ejercicio las emite el Ministerio de Justicia. Esta ley fue un hito en la evolución hacia el ejercicio de una profesión liberal.

China, en el año 2001 se incorpora a la Organización Mundial de Comercio (OMC), modifica profundamente sus leyes para adaptarse a la nueva situación y conformarse a las reglas de la OMC. Se afirma la orientación hacia una economía de mercado socialista; cambia, por consiguiente, la situación política, económica y social, lo cual fue confirmado por el XVI Congreso del Partido Comunista chino (5). China tuvo un juez en la Corte Internacional de Justicia; a fin del año 2000, había adherido, en el dominio de los derechos del hombre, a 19 tratados internacionales; ha firmado los dos pactos de derechos del hombre de la UN, y ha ratificado el pacto internacional relativo a los derechos económicos, sociales y culturales.

No obstante, no existe todavía en este período un Código Civil, sino solo un texto fundamental denominado “Principios Generales de Derecho Civil” sancionado en 1986, que tiene los aspectos de un código civil clásico, con dos ejes principales: el derecho civil y la responsabilidad. Cuatro tipos de derechos civiles son contemplados: derecho de propiedad, derecho de las obligaciones, derecho de propiedad intelectual, y derechos de la persona. Las diversas instituciones del derecho comercial están reguladas en leyes diversas

sancionadas en los últimos veinte años del siglo pasado (sobre contratos, sobre contratos de tecnología, sobre sociedades, sobre efectos de comercio, sobre comercio marítimo, sobre quiebras, sobre seguros, sobre bancos, sobre empresa unipersonal, etc. El derecho de familia igualmente está disperso en diversas normativas: la ley de matrimonio, la ley de adopción, etc. La ley sobre sucesiones se sancionó en el año 1985 (6).

Se observa que este nuevo interés por el derecho no ha hecho olvidar la tradición china milenaria que se apartaba del derecho, e incluso es posible reconocer un renacimiento del confucionismo en el pensamiento jurídico. Si bien se aprecia una tendencia creciente de acudir a la solución judicial de los conflictos, la mediación es enormemente utilizada para los litigios familiares y para otros negocios del derecho civil. Según encuestas sociológicas existe una gran diferencia entre las ciudades y la China profunda: corrientemente en las campiñas las leyes son descartadas para aplicar las soluciones tradicionales e informales de las costumbres.

En suma: la evolución jurídica del derecho chino está marcada por la interacción de tres ideologías: el confucionismo, el legalismo y el socialismo, confluyendo actualmente la política pragmática y la globalización de los estudios de derecho (7).

## II. Antecedentes, estructura e ideología del Código Civil de 2021

Desde el año 1954 al año 2001 fue precedido por cuatro iniciativas de codificación. Los trabajos legislativos para este Código Civil comenzaron en el año 2014, como consecuencia de una decisión política del Partido Comunista Chino que decidió la vía progresiva y pragmática de la codificación para promover la construcción del “Estado de Derecho socialista”. El Código Civil chino ha tenido como causa determinante las reformas sociales y económicas producidas a lo largo de los últimos cuarenta años como consecuencia del paso de la economía planificada a la economía socialista de mercado. Por ello, se afirma que el desarrollo y la regulación del mercado constituye la base económica de la superestructura del Código Civil, un jalón de la evolución social de China (8).

Se elaboró, en primer lugar, una parte general que concluyó en el año 2017; luego pasaron a trabajar en otras seis partes en que dividieron el derecho civil. Cada parte se revisó en numerosas sesiones extraordinarias del Congreso Nacional del Pueblo, que recibió más de novecientos mil comentarios públicos sobre el proyecto. Se aprobó el 20 de mayo de 2020, y entró en vigor el 1º de enero de 2021 (9). Por su art. 1260 quedan derogadas las leyes sobre el matrimonio, la sucesión, la adopción, las seguridades, sobre contratos, sobre derechos reales y sobre las disposiciones generales del derecho civil.

Contiene 1260 artículos y está dividido en siete libros: parte general, bienes, contratos, derechos de la personalidad, matrimonio y familia, sucesiones, y el último libro sobre responsabilidad extracontractual. Siguiendo la técnica legislativa más reciente y significativa en el mundo, el Código Civil combina la regulación del derecho civil y del derecho comercial (10).

A diferencia del Código Civil francés de 1804, que marcó el fin del sistema jurídico anterior, el Código chino es nutrido por la cultura china de derecho civil que, en virtud de su espíritu pragmático, se adapta a la China contemporánea, y de ahí las numerosas innovaciones que incorpora (11), reconociendo en la

Hankow y desde allí controlaban la provincia de Hunan. Chiang Kai-shek consiguió el apoyo económico de los grandes intereses financieros de Shanghai, y los comunistas fueron alejados hacia la campiña meridional central, donde siguió librándose una sorda guerra entre ellos y las fuerzas de Chiang, que se complicó con la guerra chino-japonesa (1937-1942). Finalmente, la guerra civil concluye con el triunfo de los comunistas de Mao en 1949 (ROWE, David Nelson, “Breve historia de la China moderna”, ob. cit., cap. II; ASIMOV, Isaac, “Cronología del mundo”, Editorial Ariel, Barcelona, 1991, trad. Vicente Villacampa, ps. 668/669, 695/696 y 778/779).

(5) Artículo “Mutación del comunismo chino”, en el periódico La

Nación de Buenos Aires, ejemplar del 25/11/2002.

(6) DAVID, René - JAUFFRET-SPINOSI, Camille, Les grands systèmes de droit contemporains, Dalloz, París, 2002, 11me. éd., n° 455, ps. 420/421.

(7) DE OLIVEIRA DE BIAZI, Joao Pedro, Uma alianza entre modernidade e tradicao: o Código Civil Chinês, artículo introductorio, en “Código Civil Chinês”, ob. cit., p. 14.

(8) LI BIN: Le Code Civil de la République populaire de Chine: un Code unique, ob. cit., p. XXIV.

(9) DE OLIVEIRA DE BIAZI, Joao Pedro, Uma alianza entre modernidade e tradicao..., ob. cit., p. 16; SHI, Jiayou, Le Code Civil de

la République populaire de Chine: un Code unique, en la obra Grimaldi-Goré-Gijsberg-Li-Vix (dir.): Code Civil de la République Populaire de Chine. Traduit et commenté, Lexis Nexis, París, 2023, p. XV; ZENG, Rongxin, Quelques traits salliants du Code Civil de la Rép. Pop. de China, en la misma obra precedentemente citada, p. XXIV.

(10) ZENG, Rongxin, Quelques traits salliants du Code Civil de la Rép. Pop. de China, ob. cit., p. XXI.

(11) LI BIN, Le Code Civil de la République populaire de Chine: un Code unique, en la obra Grimaldi-Goré-Gijsberg-Li-Vix (dir.): Code Civil de la République Populaire de Chine, ob. cit., p. XXV.

estructura del Código y en determinados contenidos influencia del derecho alemán y francés, e incluso americana (12).

Por eso se sostiene que este Código es a la vez reformador y compilador: nuevos regímenes jurídicos son consagrados y nuevos derechos reconocidos, pero a la vez su contenido está elaborado a partir de leyes ya existentes (que mencionamos anteriormente: sobre el matrimonio, contratos, derechos reales, responsabilidad civil, protección al medio ambiente, etc.). El objetivo de la codificación ha sido la sistematización y armonización de las normas de derecho civil, con la visión pragmática de adaptarlas a las necesidades sociales y económicas de la China contemporánea.

El art. 1º establece que el presente Código se formula conforme a la Constitución, con el objeto de proteger los derechos e intereses de los sujetos de derecho, de reglamentar las relaciones civiles, de mantener el orden social y económico, de responder a las exigencias del desarrollo del socialismo con las características chinas, y de promover los valores fundamentales del socialismo.

Estos valores fundamentales fueron propuestos oficialmente por el XVIII Congreso Nacional del Partido Comunista chino (prosperidad, democracia, civismo, armonía, libertad, igualdad, justicia, Estado de Derecho, patriotismo, amistad, sacrificio). Su introducción en esta primera norma tiene un valor emblemático e ideológico (13).

### III. Contenido del Código

La distinción entre la Parte General y las Partes especiales del derecho civil es de raíz germana.

*Libro I: Parte general.* Inspirándose en la legislación alemana y francesa, comprende los primeros 204 artículos del Código, divididos en 10 capítulos. Comienza en el capítulo 1ro. con una parte general que trata los siguientes temas: reglas generales: igualdad de todos los sujetos de derecho, inviolabilidad del orden público y las buenas costumbres, los principios de equidad y buena fe; deber de los sujetos de derecho de proteger el medio ambiente; vigencia subsidiaria de las costumbres. El cap. 2do. contempla las personas físicas (capacidad, tutela, declaración de ausencia y de fallecimiento, los empresarios industriales y comerciales individuales y empresarios rurales). El cap. 3ro. trata sobre personas morales, con o sin objeto lucrativo, personas morales especiales (órganos oficiales, organizaciones económicas colectivas rurales, organizaciones económicas cooperativas urbanas y rurales y organizaciones de masa autónomas de base). El cap. 4to. Regula las entidades no dotadas de personalidad moral. El cap. 5to. enumera los derechos civiles. El cap. 6to. estatuye sobre el acto jurídico civil: reglas generales, condiciones de validez, acto sujeto a condición o término. Cap. 7mo.: La representación reglas generales, representación convencional, extinción de la representación. Cap. 8vo.: La responsabilidad civil: obligaciones divisibles, solidarias, medios de ejecución de la responsabilidad civil, fuerza mayor, legítima defensa, estado de necesidad, asistencia benévola; los ataques al nombre, a la imagen, al honor o a la reputación de héroes o mártires, que constituyan una violación de intereses públicos y sociales, comprometen la responsabilidad civil de su autor. Cap. 9no.: Plazos de prescripción. El plazo común de prescripción de acciones derivadas de derechos civiles es de tres años, salvo si la ley dispone otro. Prevé distintos supuestos sobre el inicio del curso del plazo, las hipótesis de suspensión e interrupción de la prescripción, y los supuestos de imprescriptibilidad de las acciones, entre las que cabe citar especialmente la

acción por cobro de la prestación alimentaria. El cap. 10mo. trata sobre el cálculo del plazo: el plazo en derecho civil se cuenta según la hora, el día, el mes y el año fijado por el calendario gregoriano, y establece el modo de fijar el día inicial y final del plazo.

Una novedad interesante en esta Parte General es que admite la aplicación subsidiaria de la costumbre en caso de laguna legal (art. 10), con el fin de tomar en cuenta las realidades locales y étnicas de la China.

Otra novedad importante es la introducción del principio ecológico de protección del medio ambiente, imponiendo el deber de protegerlo a los sujetos de derecho (art. 9º). El principio se reafirma en materia contractual: en el curso de la ejecución del contrato las partes deben evitar la polución medioambiental y la destrucción ecológica (art. 509, 3º párr.); en el régimen del derecho de usar terrenos para construir debajo o arriba del suelo, la construcción debe cumplir las exigencias de protección del medio ambiente (art. 346). Finalmente, en el libro sobre responsabilidad delictual, hay un capítulo sobre responsabilidad por polución y daño ecológico (arts. 1229-1235).

*Libro II: Los bienes:* le dedica 257 artículos, (arts. 205 a 467), dividido en 5 Títulos.

*Título I: Derecho común.* Comienza con disposiciones generales y declara que la propiedad colectiva tiene un lugar dominante, que el Estado consolida y desarrolla, a la vez que coexiste con otros diversos modos de propiedad, alentando también el Estado el desarrollo de la propiedad no colectiva. Dispone que el Estado pone en marcha el sistema socialista de la economía de mercado, y garantiza la igualdad jurídica y el desarrollo de todos los actores del mercado (art. 206). A continuación, regula la creación, modificación, transferencia o extinción del derecho real inmobiliario, disponiendo que tendrán efectos a partir de su inscripción registral. Reglamenta la función del órgano registral; el registro determina el titular y el contenido del derecho real. Contempla la puesta en posesión de bienes muebles, y los modos de protección del derecho real.

*Título II: La propiedad:* trata de la propiedad estatal, la propiedad colectiva y la propiedad individual; la copropiedad en edificios; las relaciones de vecindad; las reglas particulares para la adquisición de la propiedad.

La propiedad colectiva de tierras comenzó progresivamente desde los años 1950, está ligada al sistema político chino, a su ideología socialista. Difiere de nuestra noción de propiedad colectiva y de la propiedad del Estado. Recién los Principios Generales de Derecho Civil de 1986 designan a la colectividad de paisanos como propietarios de las tierras colectivas, representada por la comisión de estos, los equipos de los aldeanos, los órganos económicos de cada comunidad rural o por el grupo de habitantes rurales en nombre de la comunidad (art. 262). El art. 260 establece los inmuebles y muebles que dependen de la propiedad colectiva, que generalmente se ubican en zonas rurales, en las cuales los miembros de la colectividad poseen en común las tierras, los materiales, y los instrumentos de producción, y donde la repartición de los derechos se hace en función de la contribución de cada miembro. La propiedad colectiva está fuera del mercado inmobiliario (14).

*Título III: Derechos de usufructo:* luego de disposiciones generales (una organización o un individuo pueden poseer, usar y gozar conforme a la ley recursos naturales pertenecientes al Estado; el derecho de uso legalmente obtenido de aires ma-

rinos lo protege la ley; etc.), trata del derecho contractual de explotación de tierras rurales, disponiendo que las organizaciones económicas colectivas rurales deben adoptar un sistema de explotación a dos niveles, uno basado en la familia y otro integrado a la colectividad; establece los distintos plazos (30 años para tierras cultivadas; de 30 a 50 años para praderas, y de 30 a 70 para forestación, con derecho a renovar). Regula asimismo el derecho de uso de terrenos para construir, sobre la superficie del suelo o debajo. El titular de este derecho debe ejercerlo conforme a las exigencias de la economía de recursos y a la protección del medio ambiente (art. 346). Este derecho se constituye por cesión o por afectación, y debe inscribirse en el registro correspondiente, y el derecho nace el día de la inscripción, extendiéndose un título justificativo. Sigue con el capítulo sobre el derecho de uso de terrenos rurales colectivos pertenecientes a la colectividad, que debe ser registrado, y en los cuales el usuario (campesino, agricultor) lo destina a construir vivienda e instalaciones accesorias; luego regula el derecho de habitación, que se constituye por contrato o por testamento, determina las cláusulas que debe contener, entre ellas el plazo de duración; es gratuito, salvo acuerdo contrario; se debe inscribir y se constituye con la inscripción. Por último, reglamenta las servidumbres, que se constituyen por contrato. Determina sus cláusulas y deben inscribirse para que sean oponibles a terceros. Establece las causas de resolución del contrato.

*Título IV: Seguridades reales* (sistemas alemán o inglés incluyen las seguridades reales en el derecho de bienes, porque gravan cosas): después de reglas generales (derecho de preferencia del beneficiario de una seguridad real, el contrato escrito constitutivo de la seguridad es accesorio del contrato principal, cuya nulidad entraña la del contrato accesorio; trata la coexistencia de una seguridad personal y una seguridad real, y los casos de extinción de esta). Reglamenta la hipoteca que se constituye por contrato y el deudor o un tercero pueden hipotecar, además de los inmuebles, los derechos de uso de terrenos para construir; los derechos de uso de zonas marítimas; los equipamientos de producción, las materias primas, los productos semi terminados y terminados, los medios de transporte etc.). El bien hipotecario se puede enajenar libremente, sin que el acreedor hipotecario pierda su derecho, excepto disposición contraria de las partes (art. 406). El derecho hipotecario se extingue con la expiración del plazo de prescripción de la deuda principal. La otra seguridad real es la prenda sobre bienes muebles, que se constituye por contrato, cuyas cláusulas específicas el Código, y se perfecciona con la entrega de la cosa prendada al acreedor, cuyas obligaciones y responsabilidades se determinan. Luego trata de las garantías al acreedor con créditos de titularidad del deudor, determinando cuáles serían esos créditos (art. 440), debiendo el deudor hacer tradición del título de ese crédito a su acreedor para constituir la garantía. Por último, regula el derecho de retención y sus distintas alternativas.

*Título V: La posesión.* Prevé la posesión de un bien mueble o inmueble, derivada de una relación contractual, y la posesión del simple poseedor, a quien el propietario que demanda la restitución debe reembolsar, si es de buena fe, los gastos de conservación del bien. Contempla los casos de pérdida o destrucción del bien mueble o inmueble, de usurpación y de turbación de la posesión. En este último supuesto, el derecho a demandar la restitución del inmueble expira al año desde el comienzo de la turbación.

*Libro III: Los contratos:* en 526 arts., del 463 al 988, contiene el entero régimen de la materia contractual, con cierta influencia francesa. Comienza con una parte general aplicable a toda convención, siendo familiares para nosotros numerosas normas (derecho común de contratos: formación, validez, ejecución, preservación del contrato, modificación y cesión, extinción de los derechos y obligaciones contractuales, inejecución).

(12) SHI, Jiayou, Le Code Civil de la République Populaire China: regard chinois, en la obra Grimaldi-Goré-Gijsberg-Li-Vix (dir): Code Civil de la République Populaire de Chine, ob. cit., p. XV/XVI; GRIMALDI, Michel, Le Code Civil de la République Populaire China: regard français, en la misma obra, ps. XVIII/XIX.

(13) ZENG, Rongxin, Quelques traits saillants du Code Civil de la Rép. Pop. de Chine, ob. cit., p. XX.

(14) HINGLING, Han, Les droits sur les terres collectives en droit chinois, en la obra colectiva Code Civil de la Rep. Populaire de Chine, ob. cit., ps. 49/50.

Aquí hay una diferencia con los Códigos civiles tradicionales, en tanto traen un título o libro específico sobre las obligaciones, mientras que en el Código chino la materia carece de un libro específico y se encuentra dispersa en esta “Parte General” de los Contratos, como también en la Parte específica, sobre contratos nominados, y en diversas normas del capítulo sobre responsabilidad civil (arts. 177 y ss.).

Además de los tradicionales contratos que contemplan los códigos occidentales, también reglamenta el contrato de transporte de personas y de mercaderías, el transporte multimodal, el *leasing*, el de servicios inmobiliarios, los contratos sobre tecnologías: de desarrollo tecnológico, de cesión tecnológica, de consejo tecnológico y de servicios tecnológicos. Tiene la última Sección dedicada a los cuasi contratos (gestión de negocios y enriquecimiento injustificado).

*Libro IV: Los derechos de la personalidad.* Este régimen se considera la innovación más trascendente del Código chino, pues por dedicar un libro especial del Código a estos derechos esenciales de la persona, se destaca con respecto a todo el derecho comparado, y refleja la idea directriz de sus autores de colocar al hombre en el centro de toda preocupación, en total armonía con la tendencia mundial a fortalecer la protección y promoción de los derechos personalísimos, y hacer frente a los desafíos de las nuevas tecnologías científicas. Este cuarto libro del Código se ha construido sobre la concepción fundamental de la dignidad humana, tiene un valor altamente simbólico, y pone en obra la exigencia constitucional de la inviolabilidad de la dignidad humana (15). Si bien el derecho de las personas chino refleja la evolución de la sociedad china y sus valores fundamentales, lo cierto es que esta regulación tiene como fuente de inspiración la legislación francesa y la normativa de las convenciones europeas sobre la materia (16).

Tiene este libro IV 51 artículos (del art. 989 al art. 1039), subdividido en seis capítulos:

El primero enumera una lista ejemplificativa de los derechos de la personalidad (derecho a la vida, a la inviolabilidad e integridad de la persona, a la salud, al nombre, a la imagen, al honor, a la vida privada), y en general, los otros derechos que dimanen de la libertad y dignidad de la persona prevén la acción de responsabilidad civil por violación de estos, e incluso una acción preventiva. El capítulo segundo trata de los derechos a la vida, a la integridad física y a la salud. Se prohíbe absolutamente la venta de células, tejidos y órganos humanos y de un cadáver; para investigaciones médicas se requiere autorización de los órganos competentes y Comité de Ética y de las personas que participan en estas experiencias; se deben respetar las reglas éticas y los reglamentos en las investigaciones sobre genes y el embrión; se prevé la acción de responsabilidad civil para los casos de hostigamiento sexual y privación o restricción de la libertad psíquica. El capítulo tercero regula los derechos al nombre y a la denominación. La persona física tiene derecho a decidir sobre su nombre, utilizarlo, modificarlo o autorizar a un tercero a usarlo como propio, mientras no se viole el orden público. Igualmente derechos tiene la persona moral. Es novedosa la extensión de la protección al seudónimo, al nombre de escena, al nombre traducido, a la identificación de una empresa, a la abreviación del nombre o de la denominación (art. 1017). El capítulo cuarto contempla el derecho a la imagen, el derecho a crearla, utilizarla, publicarla y autorizar a un tercero a explotarla, previendo los casos en que el uso razonable de la imagen de otro no exige su consentimiento. La protección de la imagen de una persona física incluye la de su voz. El capítulo quinto refiere a los derechos a la reputación y al honor. La reputación es la apreciación social de un sujeto de derecho, de sus virtudes,

de su prestigio, de sus competencias y de su credibilidad (2º párr., art. 1024). Prevé las excepciones a la regla de la responsabilidad civil por afectación de la reputación de otro, en reportajes de los medios u opiniones difundidas al público, y los factores para tener en cuenta para excluir esa responsabilidad. Prevé otros casos de obras literarias o artísticas, o sitios de Internet que podrían afectar la reputación de una persona. Contempla también la protección del derecho al honor y de los títulos honoríficos. El capítulo sexto trata del derecho al respeto de la vida privada y a los datos personales. La persona física tiene derecho al respeto de su vida privada, su tranquilidad, la esfera de sus actividades privadas y sus informaciones personales que no quiere sean conocidas por terceros. Determina los medios por los cuales se pueden inferir esas violaciones. Precisa en qué consisten los datos personales. El tratamiento de los datos personales debe obedecer a las reglas de licitud, legitimidad y necesidad, estableciendo las exigencias correspondientes para ello, fundamentalmente el consentimiento de la persona física, como asimismo determina los casos de exclusión de responsabilidad por el tratamiento de datos personales, las acciones de que dispone la persona física contra el responsable del tratamiento de sus datos personales en tanto han violado las reglas. Asimismo, determina las obligaciones de dicho responsable.

El Libro V del Código (El matrimonio y la familia) y el VI (Sucesiones) lo comentaremos más en detalle a continuación:

*Libro VII: La responsabilidad extracontractual.* Comprende 94 artículos, divididos en 10 capítulos (arts. 1164-1258):

El capítulo 1ro. establece reglas generales, disponiendo en su art. 1165: “Aquel que ocasiona un daño a los derechos e intereses civiles de otro por su culpa está obligado a reparar los perjuicios que ha causado”. Principio ya consagrado en los antiguos arts. 1382 del Código francés; 1109 del Código de Vélez; y art. 1240 Cód. francés (última reforma) y arts. 1717 y 1721 del Cód. Civ. y Com. La diferencia es que el Código chino no define a la culpa, cuya noción queda librada a la jurisprudencia. Establece la responsabilidad solidaria de los coautores de un acto ilícito; aquel que incita o ayuda a un tercero a cometer un acto delictual, es solidariamente responsable con el autor del daño; si incita o ayuda a una persona incapaz, esta también será responsable, y el órgano de protección de la persona vulnerable asumirá la responsabilidad correspondiente; si varias personas han cometido actos ilícitos, responderán los que puedan ser identificados como autores del daño, caso contrario responderán todos los miembros del grupo solidariamente. La culpa de la víctima exonera parcialmente al autor del daño si contribuye a la realización o agravamiento del mismo perjuicio, si por su culpa intencional se ha causado el daño, la exoneración es total. Establece la obligación de seguridad del empresario de espectáculos deportivos o culturales y la responsabilidad consiguiente. El capítulo 2do. trata de la reparación del daño, del contenido y extensión de la indemnización en caso de daño corporal, de muerte de la víctima; de daños a bienes, comprendiendo daños patrimoniales y extrapatrimoniales; si no se puede atribuir la responsabilidad ni al autor del daño ni a la víctima, la pérdida es dividida equitativamente entre las partes. El capítulo 3ro. refiere a reglas particulares sobre el responsable: contempla la responsabilidad del tutor, del mayor capaz en estado de inconsciencia o de pérdida de control; del comitente por el daño causado por su empleado o dependiente; del que acepta una prestación de servicios en cuanto responde del daño causado por el que suministra el servicio; si el que presta el servicio sufre un daño por un tercero, tiene acción contra este y contra el que contrató el servicio; la responsabi-

dad del dueño de una obra y del empresario contratista; de los internautas y proveedores de servicios informáticos, y las medidas que pueden peticionar los acreedores de la reparación; de los directores o responsables de establecimientos públicos, como hoteles, espacios comerciales, bancos, estaciones, aeropuertos, estadios o lugares de diversión, así como los organizadores de actividades populares si incumplen su obligación de seguridad; la responsabilidad de los establecimientos por el daño corporal que sufran las personas que carecen de capacidad jurídica durante su estadía en guarderías, escuelas u otros establecimientos escolares, a menos que prueben la ausencia de culpa. Si esa persona está privada parcialmente de capacidad jurídica, el establecimiento responde por el daño sufrido si ha sido negligente en el ejercicio de sus funciones. Si el daño lo ha cometido un tercero exterior, el establecimiento responde subsidiariamente. Capítulo 4to.: La responsabilidad por el hecho de productos defectuosos: regula la responsabilidad del productor, del proveedor y del transportista, y las medidas que se deben tomar en caso de productos defectuosos, previendo la reparación de los daños y los intereses punitivos. Capítulo 5to.: La responsabilidad en caso de accidente de circulación causado por vehículos terrestres a motor: contempla la responsabilidad del propietario, del guardián, del conductor no autorizado y la aseguradora; el caso transporte benévolo y otros supuestos especiales. Capítulo 6to.: La responsabilidad médica: reglamenta la responsabilidad del establecimiento de salud, de su personal, el consentimiento informado de los pacientes, los casos en que se presume la culpa del establecimiento de salud; la responsabilidad si el daño fue causado por productos médicos defectuosos, o productos de desinfección, de equipamientos médicos o productos sanguíneos; el daño producido a pacientes en el curso de operaciones médicas; el establecimiento y su personal deben producir y conservar los archivos médicos conforme exigencias legales, a disposición de los pacientes, y deben respetar la confidencialidad de las informaciones privadas y personales de los pacientes. Capítulo 7mo.: La responsabilidad por polución y daños ecológicos: se presume la responsabilidad del autor del daño, excepto que pruebe un caso de exoneración parcial o total de su responsabilidad, así como la ausencia de un lazo de causalidad entre su hecho y el daño; si el daño al medioambiente es producido por el hecho de varias personas, la responsabilidad de cada uno se divide de acuerdo a las pautas que establece el art. 1231; asimismo se determinan los perjuicios y gastos cuyo resarcimiento los organismos estatales pueden demandar al autor del daño ecológico. Capítulo 8vo.: La responsabilidad por actividades particularmente peligrosas: contempla la responsabilidad por daños causados por una central nuclear de uso civil o por materias nucleares transportadas a la entrada o salida de la central nuclear; se exonera de responsabilidad al operador de la central si el daño fue causado por una guerra, conflicto militar o una revuelta, o por la culpa intencional de la víctima; prevé la responsabilidad por la utilización de drones o aparatos voladores de cualquier clase; por utilización de productos inflamables, explosivos, tóxicos, radioactivos, corrosivos o patógenos; por actividades aéreas, de alta presión o voltaje, o subterráneas, o por vehículos ferroviarios de gran velocidad; por pérdida o abandono de objetos particularmente peligrosos; la responsabilidad del propietario o guardián de objetos particularmente peligrosos; la responsabilidad del poseedor ilegal de objetos particularmente peligrosos; la responsabilidad del guardián de productos particularmente peligrosos o de zonas de actividades particularmente peligrosas. Capítulo 9no.: La responsabilidad por el hecho de animales domésticos: impone la responsabilidad del propietario o guardián de un animal doméstico, a menos que pruebe la culpa de la víctima, en cuyo caso su responsabilidad puede ser disminuida o descartarse; establece la responsabilidad del pro-

(15) SHI, Jiayou, Le Code Civil de la République populaire de Chine: regard chinois, ob. cit., p. XV; y también Le livre relative aux droits de la personnalité: l'innovation la plus importante du Code Civil chinois, en la obra colectiva Code Civil de la Rep. Populaire de Chine,

ob. cit., p. 155; ZENG, Rongxin, Quelques traits saillants du Code Civil de la Rép. Pop. de Chine, ob. cit., p. XXIII; DAGAN, Charles, Le quatrième livre du Code Civil: une innovation pour garantir l'exigence constitutionnelle d'inviolabilité de la dignité humaine, en la mis-

ma ob. cit., p. 159.

(16) CHARPENEL, Yves - CAURO, Jérôme, sus comentarios al libro IV del Código Civil chino, en la obra colectiva citada precedentemente, ps. 166 y 167.

pietario o guardián de animales peligrosos prohibidos por la ley; la responsabilidad del zoológico; la responsabilidad por animales abandonados; la cría de animales debe respetar las leyes y reglamentos, así como las buenas costumbres y no debe perturbar la vida de otras personas. *Capítulo 10mo.: La responsabilidad por el hecho de edificios y cosas:* el empresario y subcontratista que realizaron la construcción de un edificio o de toda otra obra son solidariamente responsables del daño causado por su ruina o derrumbamiento, a menos que prueben la ausencia de vicios del edificio. Después de pagar la indemnización, tienen acción subrogatoria contra el tercero autor del daño. El propietario, guardián o utilizador de un edificio o de una obra, responden por el daño causado por la caída de objetos, a menos que prueben su ausencia de culpa; si el responsable de la caída del objeto no puede ser individualizado, serán responsables cada uno de los utilizadores del edificio, a menos que cada uno pruebe que no fue el autor del daño; en este supuesto la policía debe hacer una investigación en el plazo más breve para identificar al autor del daño. También es responsable el propietario de objetos apilados o amontonados si estos se derrumban, a menos que pruebe la ausencia de culpa; el que pone obstáculos en la vía pública y causa un daño, excepto que pruebe que cumplió con su obligación de limpieza, prevención y alerta; también responde el propietario o guardián del árbol, por el daño que causa la caída de ramas o de frutas, excepto que pruebe la ausencia de culpa; el constructor por trabajos subterráneos en un lugar público o sobre la vía pública, excepto que pruebe que había señales visibles y adoptado medidas de seguridad; como también el encargado de equipamiento subterráneos.

#### IV. El matrimonio y la familia

Las reglas del derecho de familia estaban diseminadas antes en muchas leyes: sobre el matrimonio, que después se le agregó el capítulo de divorcio; la ley de regímenes matrimoniales, de la filiación, de la autoridad parental, de las obligaciones recíprocas de los miembros de la familia, de la adopción. Ahora el Libro V del Código se ocupa de regular todo lo relacionado con el matrimonio y las relaciones de familia. Se compone de 79 artículos (arts. 1040-1118), y se divide en cinco capítulos. A los que hay que agregar 91 reglas jurisprudenciales de la Corte Suprema Popular que interpretan las reglas del Libro V. La escasez de artículos dedicados al matrimonio y a las relaciones familiares se explica porque el legislador chino ha dado prioridad a los principios generales del derecho de familia antes que al tratamiento de detalles (17).

Para comprender la trascendencia de estos principios básicos generales que rigen en la sociedad china contemporánea, cabe recordar que su sistema familiar tradicional, calificado de feudal y patriarcal, ha perdurado por más de dos mil años, hasta entrado el siglo XX (18). La familia constituía una estructura jerárquica sometida a la autoridad absoluta del jefe, el padre y marido. La mujer está sometida a la voluntad de su padre, y después de casarse a la de su marido, y si queda viuda, a la de su hijo. Una vez casada se convierte, además, en sirviente de su suegra. Si es soltera, viuda, o sin hijos, siempre quedará sometida a la voluntad de un hombre de la familia a la cual quedará subordinada. El marido puede repudiarla por privación de hijo, locuacidad, enfermedad pelagrosa, malos tratos de

la mujer al marido, adulterio de la mujer; etc. La mujer no puede nunca, en ningún caso. Las relaciones filiales están regladas por la piedad filial, que exige la sujeción total de los hijos y descendientes a la autoridad del padre y ascendientes. Incluso pueden ser vendidos, especialmente las hijas. Los hijos tienen la carga de subvenir a las necesidades de los padres y ascendientes.

El matrimonio es un negocio de la familia y del padre; la futura pareja no es consultada, y los hijos pueden ser casados desde muy pequeños, por pactos entre los jefes de familia. Era costumbre el matrimonio por compra a través de regalos (venta de la hija). Si su fortuna lo permitía, el chino podía tomar, junto a su mujer legítima, otra mujer de segundo rango, especie de sierva, y los hijos que tenga de esa mujer serán considerados como hijos de su mujer legítima. Este derecho estaba expresamente reconocido en el Código de la Gran China Imperial, edición Han-Kow de 1870 (19).

La revolución de 1911 y el gobierno nacionalista chino modernizó el derecho familiar chino, aunque conservando ciertos principios esenciales de la civilización china, como la idea de la familia y la piedad filial. El Código Civil sancionado en 1929 adopta la noción de mayoría de edad, emancipación y capacidad civil y proclama la igualdad de la mujer. No obstante, el sistema tradicional familiar y sus costumbres no cambiaron sustancialmente. El gobierno del partido nacionalista no rechazó en bloque todo el sistema antiguo.

Eso recién ocurrió con el advenimiento del gobierno de Mao Tsé-Tung en 1949. En 1950 se sanciona la importante ley del matrimonio, que consagra los principios exactamente contrarios a los que servían de base al sistema de Confucio. La mujer está en el centro de la reforma de la estructura de la familia, no solo porque su emancipación era particularmente necesaria en China después de más de veinte siglos de considerarla un ser inferior, sino porque fue englobada en el conjunto de la lucha por el socialismo. Mao proclamaba “Los tiempos han cambiado, el hombre y la mujer son iguales. Lo que el hombre puede cumplir, la mujer también, aunque deben tenerse en cuenta las diferencias físicas para la distribución del trabajo” (20). El matrimonio exige el consentimiento libre de los consortes, sin admitir ninguna influencia religiosa, económica o de terceras personas. El art. 8° de dicha ley establecía que los esposos deben amarse (21) y luchar por la felicidad familiar. El divorcio puede lograrse por mutuo consentimiento, siempre que el problema de los hijos haya sido regulado en el mejor interés de estos; o a pedido unilateral de uno de los esposos, una vez que hayan fracasado todas las tentativas de conciliación. El padre y la madre comparten la responsabilidad por sus hijos; el hijo “natural”, nacido fuera de matrimonio, tiene los mismos derechos que los hijos legítimos, a los que también se asimilan los adoptivos. Ambos progenitores tienen la obligación de aportar para los gastos de crianza y educación de los hijos, y estos a su vez tienen obligación alimentaria solo hacia sus padres. Se consagra la independencia económica de los cónyuges, aunque después del divorcio si uno de ellos no se ha vuelto a casar y se encuentra en la indigencia, el otro debe ayudarlo a mantener su existencia.

El Gobierno llevó a cabo una intensa campaña a través de diversos medios para asegurar la aplica-

ción de la ley y lograr que paulatinamente su nuevo régimen vaya entrando en las costumbres, a lo que contribuyeron sustancialmente las transformaciones económicas de los últimos decenios y la participación de las mujeres en el trabajo productivo, provocando mutaciones sociales y la formación de una nueva mentalidad.

La sociedad china, efectivamente cambió y la familia ha evolucionado.

*Capítulo I: Disposiciones generales.* El Libro V del Código comienza con reglas generales (arts. 1044-1045), que consagran principios morales seculares: la piedad filial, la solidaridad familiar, la cohabitación armoniosa (22), la fidelidad, el respeto y el amor que se deben los cónyuges, la protección de los hijos y de la mujer casada, el respeto de la persona anciana, la prohibición de la violencia doméstica. Y en reacción a la práctica de antiguas costumbres, que hemos mencionado, consagra la igualdad del hombre y la mujer, la monogamia y la libertad del consentimiento matrimonial. El matrimonio entre personas del mismo sexo no está permitido (23). Como se aprecia, las disposiciones sobre el régimen matrimonial no varían las reglas ya establecidas por la ley de matrimonio de 1950. El matrimonio es la única forma legal reconocida para vivir en pareja. El concubinato no tiene reconocimiento legal. El nuevo Código perfecciona el régimen de las relaciones patrimoniales entre cónyuges y con relación a terceros. Este mejoramiento coincide con un contexto en que la fortuna privada es cada vez más importante, los cambios económicos más numerosos y en aumento la expectativa de la ciudadanía hacia un Estado de Derecho cada vez más fuerte (24).

*Capítulo II: El matrimonio* (arts. 1046-1054): edad mínima para celebrarlo: 22 años el varón, 20 años la mujer. El matrimonio se celebra y se inscribe ante el órgano administrativo competente, que libra el certificado. Está prohibido entre parientes en línea recta y hasta el 3° grado de la colateral. Celebrado el matrimonio, las partes pueden acordar que la mujer se incorpore como miembro de la familia del marido, y este en miembro de la familia de su mujer. El matrimonio es nulo de pleno derecho en caso de bigamia, existencia de un vínculo de parentesco que lo impida y falta de la edad mínima, no produciendo efecto alguno. Los bienes se dividen de acuerdo entre las partes, o, en su caso, lo decide el juez, según principio de protección al inocente. Este puede demandar daños y perjuicios. En caso de matrimonio forzado la víctima puede demandar su nulidad. Si uno de los consortes está afectado de grave enfermedad, debe informar al otro antes de la inscripción del connubio; si no lo hace, el sano puede demandar la anulación del matrimonio. En estos dos últimos supuestos, la acción prescribe al año de cesada la violencia o desde que el consorte sano conoció la existencia de la enfermedad del otro.

*Capítulo III: Las relaciones familiares* (arts. 1055-1075). En la Sección Ira. regula las relaciones conyugales proclamando el estatuto igualitario del hombre y la mujer en el matrimonio y en la familia, y el derecho de cada uno de usar su propio nombre y prenombre. Cada uno puede estudiar, trabajar, ejercer la profesión y participar de actividades sociales. Deben proveer en conjunto al mantenimiento, educación y protección de los hijos. Tienen obligación alimentaria recíproca. Y

(17) VIX, Olivier: *Présentation du Livre V: El matrimonio y la familia*, en la obra colectiva *Code Civil de la Rep. Populaire de Chine*, ob. cit., p. 179.

(18) TSIEN Tche-Hao, *L'influence politico-economique dans la transformation du système familial chinois*, en la obra colectiva *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, *Travaux des VIII Journées d'études juridiques Jean Dabin*, ob. cit., ps. 122/126; DEKKERS, René, “El derecho privado de los pueblos”, *Editorial Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1957, trad. de Francisco J. Osset, ps. 70/71.

(19) *Enciclopedia Universal Ilustrada Espasa Calpe*, Madrid-Barcelona, 1917, t. 33, voz *Matrimonio*, n° 33, p. 1126.

(20) TSIEN Tche-Hao, *L'influence politico-economique dans la transformation du système familial chinois*, en la obra colectiva *Famille, droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, *Travaux des VIII Journées d'études juridiques Jean Dabin*, ob. cit., p. 148.

(21) Deber que reitera el actual art. 1043 del Cód. Civil de 2021: cada esposo debe amor al otro. Posiblemente la norma se explique por las antiguas costumbres e ideología chinas, pero observamos que el legislador no puede regir y sancionar los sentimientos, no puede imponer el amor. Hubo un antecedente en Francia: en 1904 en la Comisión de Revisión del Código Civil francés, hubo una propuesta de Hervieux de que se modificara el art. 212 incluyéndose el siguiente

te párrafo “Los esposos se deben mutuamente amor, fidelidad y asistencia”. La propuesta no fue tratada y la doctrina la repudió con respecto al deber de amarse (ver GATTI, Hugo E., “Tendencias actuales en las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges”, *Editorial Reus*, Madrid, 1959, p. 29, texto y nota 44, y sus referencias).

(22) La normativa mantiene la vigencia de antiguos preceptos confucianos: la armonía y la solidaridad familiar.

(23) Arg. arts. 1041, 1045, 1046 y 1049. Conf.: VIX, Olivier: *Présentation du Livre V: Le mariage et la famille*, en la obra colectiva *Code Civil de la Rep. Populaire de Chine*, ob. cit., p. 180, al final.

(24) NAN, Gong, *Les régimes matrimoniaux: regard chinois*, en la citada obra colectiva *Code Civil de la Rep. Populaire de Chine*, p. 188.

en caso de incumplimiento, el que tenga necesidad puede demandar al otro. Los actos jurídicos de uno obligan al otro cuando tengan por objeto la satisfacción de necesidades cotidianas del hogar, salvo cláusula contraria entre uno de los esposos y el tercero. El Código chino establece un régimen patrimonial matrimonial legal, del cual se pueden apartar los cónyuges optando por un régimen convencional. El *régimen legal* es de comunidad reducida a los adquiridos. Se enumeran los bienes comunes (gananciales); cada esposo tiene el poder de administrar los bienes comunes. Luego se determinan los bienes propios de cada cónyuge. Las categorías de bienes comunes y propios son similares a las de nuestro derecho. Pero hay una diferencia: los bienes recibidos por herencia o una liberalidad son bienes comunes, excepto mención expresa del donante o del causante de que dichos bienes deben pertenecer solo al esposo beneficiario. La Corte Suprema ha dispuesto que las rentas de bienes propios son gananciales. La cuestión de las recompensas también queda librada a la interpretación de la Corte. Las deudas contratadas por uno solo de los cónyuges son comunes si el otro consorte se obliga al momento de la contratación o si posteriormente la reconoce como deuda común; también es común la deuda contraída por uno de ellos para atender las necesidades cotidianas de la familia. *Régimen convencional*: antes o después del matrimonio los cónyuges por escrito, sin exigir la norma ninguna formalidad, pueden convenir que los bienes adquiridos antes o durante del matrimonio son bienes propios de cada uno de ellos, o que forman parte de una comunidad universal, o que constituyen bienes propios ciertos bienes y bienes comunes otros. A falta de precisión, se aplican las reglas de la comunidad legal. Finalmente prevé el Código la *partición anticipada de la comunidad* en dos casos: si uno de los esposos comete actos que ponen en grave peligro el interés patrimonial de la comunidad; y cuando un acreedor alimentario de un esposo tiene necesidad de recibir tratamientos médicos por una grave enfermedad, y el cónyuge rechaza contribuir a esos gastos médicos. En la Sección 2da. reglamenta la *filiación y las relaciones entre parientes próximos*. La obligación alimentaria entre padres e hijos es recíproca. Los padres están obligados a reparar el daño causado por el hecho de sus hijos menores. Los hijos no se deben inmiscuir en los asuntos de sus padres en materia de divorcio o nuevas nupcias de estos. Las relaciones matrimoniales de los padres no afectan su obligación alimentaria hacia sus hijos. El hijo natural no puede ser discriminado ni puesto en peligro por ninguna persona; el progenitor que no tiene la guarda debe asumir una obligación alimentaria. Se prohíbe la discriminación y el maltrato en las relaciones entre el suegro o suegra y el yerno o nuera. En caso de duda sobre el lazo de filiación, tanto el padre o la madre, como el hijo mayor pueden ocurrir a la Corte Popular a fin de establecer o contestar la filiación. Los abuelos, si tienen recursos financieros, deben alimentos a sus nietos cuando los padres de estos han fallecido o están imposibilitados de educar a sus hijos. La misma obligación alimentaria tienen los nietos mayores hacia sus abuelos. También establece la obligación alimentaria entre hermanos y hermanas mayores hacia sus hermanos y hermanas menores, cuando los padres de estos últimos han fallecido o no tienen posibilidad de educar a sus hijos. Recíprocamente, el que ha sido educado por su hermano o hermana mayor, le debe alimentos si estos están incapacitados para trabajar o carecen de recursos financieros.

*Capítulo IV: El divorcio* (arts. 1076-1092). Hay dos formas de divorcio: el divorcio por mutuo consentimiento y el divorcio contencioso. El primero se realiza ante el órgano administrativo encargado de la inscripción del matrimonio, presentando personalmente y en forma conjunta un acuerdo de

divorcio suscripto por ambos cónyuges. El convenio debe contener la voluntad expresa de divorciarse, el acuerdo sobre la guarda de los hijos, y la repartición de los bienes y deudas. Cada uno de los cónyuges tiene 30 días a partir de la presentación del convenio, para revocar la demanda. Vencido el plazo hay 30 días más para que los cónyuges se presenten ante el órgano administrativo a solicitar el certificado de divorcio. Si no lo hacen, la demanda de divorcio se considera revocada. Si el divorcio es demandado por uno solo de los esposos, este puede solicitar una mediación ante el órgano competente, o acudir a la Corte Popular para el divorcio judicial. El juez de entrada debe proceder a imperativamente a una conciliación; si fracasa decreta el divorcio siempre que concurren alguna de las causales que enumera el art. 1079, que no varían de las tradicionales que establecía nuestro antiguo Código Civil. Se prevé la separación de hecho por más de dos años, y cabe destacar "la alteración definitiva del lazo afectivo conyugal". Asimismo, un privilegio a favor de la mujer, ya previsto en la ley china de matrimonio de 1950, y ampliado: el marido no puede demandar el divorcio durante el embarazo de la mujer, ni durante el año posterior al parto, ni en los seis meses siguientes a la interrupción del embarazo. La mujer puede petitionarlo en todo tiempo, y el juez lo puede decretar si estima justificada la demanda del marido. Después del divorcio las partes puede restablecer el vínculo conyugal rehaciendo la demanda ante el órgano competente. *Guarda de los hijos menores*: Inscripto el divorcio, la guarda de los hijos menores pertenece a la madre si el infante tiene menos de dos años; si tiene más de dos años y los padres no se ponen de acuerdo, la guarda la decide la Corte Popular, teniendo en cuenta las circunstancias de los padres y el interés superior del infante menor. Si este tuviese más de ocho años, su voluntad debe ser respetada. El padre no guardador del hijo menor debe asumir los gastos de mantenimiento, total o parcialmente según lo que acuerden las partes o lo que resuelva la Corte Popular. También tiene derecho de visitas, debiendo cooperar el progenitor guardador; procede la suspensión si pone en peligro la salud psíquica o moral del infante. *Partición de los bienes y deudas comunes*: se dividen por mitades de común acuerdo, a falta de este, decide el juez conforme al principio de protección de los niños, de la mujer y del interés del inocente. Las deudas comunes la soportan por partes iguales. Uno de los esposos puede reclamar al otro una *prestación compensatoria* cuando contribuyó al mantenimiento de los hijos o de sus padres ancianos, o colaboró en la actividad profesional del otro. Si después del divorcio uno de los esposos se encuentra en situación difícil, el otro le debe suministrar una ayuda adecuada si su situación financiera lo permite. *Daños y perjuicios*: el cónyuge inocente puede reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios al otro, si este ha incurrido en las causales del divorcio contencioso o en otros casos de culpa grave.

*Capítulo V: La adopción* (arts. 1093-1118). No contempla las dos formas de adopción (plena y simple), que estatuye nuestro Cód. Civ. y Com.; solo una sola forma que combina características de aquellas dos formas. Pueden ser adoptados los huérfanos de padre y madre, aquellos cuyos padres no han podido ser identificados y los que sus padres biológicos tienen una dificultad particular para educarlos. Pueden consentir la adopción el tutor, el establecimiento que ha recibido los huérfanos y los padres biológicos. El consentimiento del menor se requiere cuando tiene más de 8 años. El adoptante debe tener 30 años cumplidos, y si no está casado debe tener una diferencia de edad de 40 años con el adoptado, si este es de sexo diferente. La adopción se opera por los dos esposos si el adoptante es casado. Un dictamen médico debe confirmar que el adoptante no padece enfermedad que le impediría adoptar, ni tampoco que ha soportado condena criminal que podría dañar el buen desarrollo del adoptado. El adoptante sin hijos puede adoptar dos, y esta limitación no se aplica si desea adoptar uno o más niños discapacitados o pupilos del estado, ni cuando el suegro o la suegra adoptan a su yerno o nuera, con el consenti-

miento de sus padres biológicos. La adopción debe ser inscrita en el organismo encargado del estado civil, y a partir de ese momento produce efectos. Los extranjeros pueden adoptar en la República Popular China, debiendo obtener la aprobación de la autoridad competente de su país de origen, debiendo presentar todas las piezas justificativas, y las condiciones exigidas por la ley china, certificadas por el consulado de la Rep. Popular China. Los derechos y obligaciones entre adoptante y adoptante son los de la relación entre padres e hijos, como también los derechos y obligaciones entre el adoptado y la familia del adoptante son los del hijo biológico y los parientes próximos de sus padres. El adoptado puede utilizar el apellido de su padre o madre adoptiva, y si las partes están de acuerdo, puede conservar su apellido de origen. Si el adoptante y quien consintió la adopción, no quieren divulgar la adopción, los terceros debe respetar esa decisión. La adopción es nula por las causales de nulidad de los actos jurídicos y por violación de las condiciones de la adopción. El adoptante no puede poner fin a la adopción antes de la mayoría de edad del adoptado, salvo acuerdo con la persona que consintió la adopción, y con el adoptado si ya hubiese cumplido 8 años. Quien consintió la adopción puede demandar la supresión de lazo adoptivo cuando el adoptante no cumple su obligación alimentaria o comete actos atentatorios contra el interés del adoptado. Recíprocamente cuando la adopción es revocada por maltrato o abandono de los padres adoptivos por el adoptado mayor de edad, aquellos le pueden reclamar una compensación por los gastos alimentarios efectuados durante el vínculo adoptivo. Degradándose la relación adoptiva, y siendo el adoptado mayor de edad, las partes pueden poner fin a la adopción. Después de la revocación de la adopción, el adoptado mayor de edad tiene obligación alimentaria respecto de sus padres adoptivos que lo han educado, cuando estos están imposibilitados de trabajar y carecen de recursos económicos.

## V. Las sucesiones

De entrada, nos asombra la brevedad de este capítulo dedicado al derecho de sucesiones: cuarenta y cinco artículos (arts. 1119-1163), incluido el régimen de los testamentos, cuando nuestro Código Civil y Comercial le dedica 254 y el Código francés cerca de 200, con exclusión del régimen de los testamentos (lo reglamenta con las donaciones). Se aducen razones técnicas y prácticas (25).

En primer lugar, por la ausencia del sistema de legítimas, entendidas como la porción del patrimonio del causante que la ley reserva imperativamente a favor de los herederos denominados forzosos (descendientes, ascendientes y cónyuges en nuestro derecho), y de la cual no pueden ser privados salvo causa de indignidad (en nuestro derecho, y en otras legislaciones pueden ser privados, además, por la desheredación pronunciada en testamento por el causante, fundado en una causa legal). Por consiguiente, tampoco tiene razón de ser el sistema protectorio de las legítimas (acción de reducción, etc.). En segundo término, por la ausencia del mecanismo de la colación de las liberalidades efectuadas por el causante a herederos legítimos. Las donaciones y otras liberalidades, por lo tanto, no están sujetas ni a colación ni a reducción. Tampoco aparecen donaciones con reserva de renta vitalicia, usufructo, uso o habitación, la donación-partición. Por último, una razón práctica: la ausencia de litigios en materia sucesoria. La paz sucesoral habría determinado al legislador a reducir el articulado destinado a sucesiones. Esta realidad podría adjudicarse a la circunstancia de que en este país los patrimonios privados se vienen constituyendo desde hace pocos años, o también a la consecuencia de una tradición milenaria que en materia familiar privilegia la armonía, la negociación y la conciliación.

Con la salvedad de disposiciones propias de la ideología y de la tradición jurídica china, la normativa general del derecho sucesorio revela influencia del derecho europeo continental y anglosajón.

(25) GRIMALDI, Michel, Presentation du Livre VI: Les successions, en la obra colectiva: Code Civil de la Rep. Populaire de Chine, ob. cit., ps. 199/200.



## In memoriam | Luis Moisset de Espanés

### Haciendo el Derecho

Taquigrafía por Débora Loreley Fernández

Publicación con autorización del Seminario Permanente de Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones - Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Ambrosio Lucas Gioja.

El 25 de abril de 2016, el Seminario Permanente sobre Investigación del Derecho de la Persona Humana, Familia y Sucesiones - Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Ambrosio Lucas Gioja recibió al Dr. Luis Moisset de Espanés como expositor invitado, oportunidad en que se le hizo entrega del diploma que acredita como miembro de honor del Seminario.

En dicha oportunidad el director del Seminario y decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Abierta Interamericana, profesor doctor Marcos M. Córdoba dijo: “Para el Seminario, por supuesto, es motivo de engrandecimiento y de enriquecimiento poder contar con el pensamiento del doctor Luis Moisset de Espanés. El doctor Luis Moisset de Espanés hace el derecho argentino; permanentemente es quien ilustra incluso a aquellos que han tenido la tarea de redactarlo y, cuando en esa tarea no ha ocurrido algo satisfactorio, es el que se ha encargado de encaminarlo a través de la incorporación de los valores que hacen a la sociedad argentina en una relación directa con una estructura jurídica que la regula. Para el Seminario contar con esa ayuda es motivo de enriquecimiento; y, para mí, personalmente, es motivo de enorme satisfacción poder contar con su iluminación permanente, muchas veces a través de charlas telefónicas a primeras horas de la mañana, encuentros, en desayunos, en oportunidad de algún acontecimiento jurídico en el interior del país, sus invitaciones a la Academia Nacional de Derecho de Córdoba, que es su provincia; saber de sus valores que incluso lo han llevado a actos de renunciamento en favor de lo que ha considerado mejor para la República, cuando pudo haber ocupado lo más alto de la magistratura nacional, y fueron sus principios los que lo llevaron a tomar decisiones que ni siquiera hizo públicas, porque otro de sus méritos es ese: el hacer las cosas por el valor que poseen y no para el logro, mérito, reconocimiento ni algún provecho propio. De manera que para nosotros es una enorme alegría el hecho de que esté hoy acá ilustrándonos sobre este tema, ello implica una consecuencia de utilidad manifiesta. Es el profesor Moisset de Espanés el que ha sido citado por aquellos que han controvertido la aplicación temporal del derecho. Los que están en una postura y en otra siempre han intentado fundar sus conclusiones en las palabras de Moisset de Espanés, seguramente porque han considerado que la sola mención de su nombre era suficiente como para enaltecer sus propias ideas. Así que, profesor y amigo, Luis Moisset de Espanés, es para mí un orgullo que usted se incorpore como miembro honorario, haciéndole entrega, en representación de las autoridades de esta institución, de la medalla del bicentenario que ha acuñado la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, junto con una constancia de que hoy nos ha ilustrado. Muchísimas gracias, profesor”.



Se hizo entrega de la medalla y el diploma conmemorativa y el Dr. Córdoba agregó: “Ahora, el doctor Moisset de Espanés nos va a enseñar aquello que necesitamos saber para poder comprender la aplicación temporal del nuevo derecho y del derecho preexistente, que mantendrá vigencia al menos durante mucho tiempo. Muchas gracias”.

Lo que sigue a continuación es la conferencia dictada por el doctor Luis Moisset de Espanés, aquel día.

“Me he vuelto un ocioso, casi no estudio. Con motivo de la sanción del nuevo Código me he resistido a estudiarlo, ya que a mi edad no tengo que enseñar, dar clases, juzgar ni litigar, y las reformas más graves de este Código, que están en materia de derecho de familia, no me alcanzan.

Es la verdad y, si algo me ha empujado a reestudiar este problema, es que una de las personas que han integrado la Comisión de Reforma del Código, la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, se ha ocupado del derecho transitorio; ha recorrido el país hablando del nuevo art. 7º, que reemplaza al art. 3 del texto de la ley 17.711, diciendo generosamente a todo el mundo que para comprender ese texto tenían que recurrir a un inocente librito mío, escrito hace cuarenta años, sobre la irretroactividad de la ley (1).

A raíz de esas afirmaciones han empezado a llover las invitaciones de un lado y de otro, y me han obligado a estudiar sin querer y andar como gitano errante por todos los rincones del país; y el estudiar, sin querer, me ha permitido conocer que desconocía mucho cuando escribí ese libro.

Esto es parte de la esencia del problema: advertir que para comprenderlo realmente había que captar el pensamiento de Roubier, y uno creía haberlo captado a través de la lectura de sus dos obras principales, ‘Les conflits de lois dans le temps’ (2), escrita en 1929, y la segunda edición, reformada y completada, de 1960, con el nombre de ‘Droit transitoire’ (3).

¿Qué pretendía Roubier en esas dos obras? El principio de irretroactividad es un principio que no siempre ha estado presente como cardinal en materia de derecho. Quienes estudian algo de historia señalan que las primeras leyes —las primeras que aparecen como derecho positivo— eran retroactivas. En Israel, por ejemplo, las leyes mosaicas.

Moisés baja del Monte Sinaí con los diez mandamientos; dejemos de lado los tres primeros, que se refieren al amor a Dios por sobre todas las cosas, pero el resto de las leyes que se enuncian en esos mandamientos son tan de derecho natural que sin duda se aplicaban a los hechos anteriores y nadie se cuestiona que operaran retroactivamente: no matar, no robar, no desear la mujer del prójimo, no levantar falso testimonio ni mentir. Todo esto no comienza a aplicarse

desde el día siguiente, sino que se aplicaba siempre, antes de que apareciera el derecho positivo.

Hay una obra, que conocí tardíamente y que muy pocos citan, de un estudioso de Buenos Aires: la tesis doctoral de Juan Segundo Areco, discípulo de Rayces, publicada por Editorial Kraft en la década del 40 (4).

Cuando escribí los artículos que luego reuní en el pequeño libro de irretroactividad de la ley hace cuarenta años, no lo había citado; hasta llegué a decir que, salvo la obra de Borda, en alguna medida antecedente de la reforma, nadie en el país se había preocupado por la irretroactividad de la ley. Sin embargo, existía esa obra de Areco, que he podido incorporar a mi biblioteca merced a su generosidad (5).

Areco sabía de la existencia de Roubier y lo menciona entre los juristas que se han ocupado de la irretroactividad, pero le dedica solamente un par de páginas (6).

Pero, señores, avancemos un poco más allá. Les decía que inicialmente no es que no existiesen normas —existían costumbres y estas forjan normas— pero las primeras leyes positivas operaron retroactivamente para fijar las costumbres o para desplazar aquellas que no se consideraban adecuadas. En la obra de Areco se citan no solamente las leyes del pueblo judío, sino las de la India (7), China (8), y en Babilonia el Código de Hammurabi (9). Todos esos primeros códigos tuvieron vigencia retroactiva. Las primeras leyes vienen a llenar un silencio y reemplazar lo que no se decía por algo que tuviera fijeza.

Transcurre el tiempo y ya no se reemplaza el vacío, el silencio anterior, sino que se trata de cambiar lo ya dicho por una cosa nueva, distinta; esos cambios por lo general no se dan en relación con las leyes de derecho natural, a las que Domat llamaba leyes inmutables (10), sino respecto a normas que el arbitrio del legislador había articulado para lograr una aplicación que se ajustase a la realidad social.

Domat era un iusnaturalista; cuando dice que hay leyes ‘inmutables’, se está refiriendo a las leyes que configuran el orden natural de las relaciones y de los conflictos que pueden presentarse...

Domat hablaba de dos categorías de leyes: las leyes inmutables, es decir, el derecho natural; y las leyes arbitrarias, a las que denominaba así no porque fueran contrarias a la razón, sino porque eran fruto del arbitrio del hombre, que es el que resuelve los conflictos, que desprende normas de lo que son las leyes inmutables para hacerlas aplicables (11).

Pero, estas leyes arbitrarias pueden variar con el tiempo y ser reemplazadas unas por otras para adecuarlas a los cambios que se han producido en la realidad social. Empezamos a ver allí el cambio de un derecho positivo por otro derecho positivo y entonces, primero en el orden penal, luego en el orden civil, los escritores empiezan a decir: una nueva ley no puede operar retroactivamente sobre casos que se han operado bajo la vigencia de la ley antigua. No

#### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “Irretroactividad de la ley y el nuevo art. 3 del Código civil (Derecho transitorio), Imp. Universidad Nacional, Córdoba, 1976. La Dra. Kemelmajer agregaba que la obra estaba agotada. Aclaremos que puede consultarse en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

(2) 2 tomos, Sirey, París, 1929.

(3) ROUBIER, Paul, “Le droit transitoire (Conflits des lois dans le temps)”, Dalloz y Sirey, París, 2ª ed., 1960.

(4) ARECO, Juan Segundo, “La retroactividad de la ley y los contratos sucesivos”, Ed. Kraft, Buenos Aires, 1948 (con prólogo del

Dr. Alejandro Rayces).

(5) Recibí una carta en la que me decía: “Yo sí he escrito sobre el tema y le envío mi libro para que sepa lo que he dicho”. Tengo que confesar mi ignorancia y pedir disculpas por no haber conocido antes esa obra de un autor argentino, y haber omitido en mis primeros trabajos el nombre de Areco.

(6) Ver ARECO, ob. cit., Nº 61, ps. 93 y 94.

(7) Ver ARECO, “Las leyes de Manu”, ob. cit., Nº 2, p. 3.

(8) Obra y lugar citados en nota anterior.

(9) Aquí Areco remite a un trabajo de Etienne de Szaszy, titulado “Les conflits de lois dans le temps”, que no hemos podido conseguir.

(10) Ver DOMAT, Jean, “Oeuvres complètes”, Paris, 1835, T. I, p. 36. En el capítulo del Tratado de las leyes expresa que las leyes inmutables, o naturales, dice que “todas sus reglas son esenciales para el buen orden de la sociedad y por esta razón son leyes inmutables”.

(11) Las leyes “arbitrarias” surgen en primer lugar de la necesidad “de regular algunas dificultades que nacen en la aplicación de las leyes inmutables” cuando esas dificultades son de tal naturaleza que deben ser resueltas por una ley, y brinda algunos ejemplos (ob. cit., ps. 37, 39 y 39). También considera que hay leyes que arbitran solución a los problemas que crean ciertos usos que la sociedad considera útiles, y se extiende en otros ejemplos (ob. cit., p. 39 y ss.).

pueden aplicarse penas en virtud de una nueva ley a conductas que estaban permitidas, que no estaban prohibidas. No puede una ley nueva afectar derechos ya consolidados de conformidad con las normas de una ley anterior.

En la historia de la humanidad los conflictos entre las nuevas y las viejas leyes se plantean sobre todo cuando hay revoluciones y el orden revolucionario pretende reemplazar todo lo que estaba vigente hasta ese momento (12). Los revolucionarios sancionan leyes a las que dan efecto retroactivo, cosa que fue muy notoria con la Revolución Francesa (13). Varias de las primeras leyes surgidas de la asamblea revolucionaria tenían carácter retroactivo, pero a poco andar la propia asamblea revolucionaria advierte el daño que se causaba con las leyes dotadas de efecto retroactivo, y da marcha atrás, disponiendo que no operasen retroactivamente (14).

Llega a crearse conciencia entre los juristas de que el principio de la irretroactividad, del que ya hablaron los romanos, y se menciona en el Código Teodosiano (15), tenía importancia fundamental, e incluso se llega a sostener que debía ser consagrado constitucionalmente. En Francia, aunque no alcanza jerarquía constitucional, cuando se sanciona el Código Civil, su art. 2º consagra la irretroactividad de las leyes. Algo similar sucede en el Código de Austria de 1811, y en el movimiento de codificación del siglo XIX, que se opera en Europa continental, y los países de América, que habían sido colonias de España y Portugal, al independizarse y dotarse de Códigos civiles, mencionan expresamente la irretroactividad.

Todos los escritores a partir de ese momento desarrollan el principio de la irretroactividad. Lo que fortalece sus escritos y sus libros es que no puede operar la ley retroactivamente y se buscan justificativos para ese principio; para fundamentarlo las teorías dominantes distinguen entre derechos adquiridos y meras expectativas. En el Código de Vélez se va a reflejar la teoría dominante en esa época: el respeto por los derechos adquiridos.

Pero, al mismo tiempo que se consagra la irretroactividad y técnicamente se da como fundamento el respeto de los 'derechos adquiridos', frente a la cantidad de conflictos diversos que se plantean y frente al hecho de que el legislador siempre cree que la ley nueva es mejor que la ley antigua que reemplaza y por tanto debe lograr efecto inmediato, se plantea el interrogante: ¿cuáles son los derechos adquiridos?, ¿cuándo se trata de meras expectativas y puede aplicarse de inmediato una ley nueva sin que se diga que hay efecto retroactivo?

Vemos entonces que juristas muy calificados llegan a afirmar: 'confesamos que hasta este momento no sabemos cuándo hay un derecho adquirido'. Esto lleva a una cantidad de jurisprudencia divergente y a opiniones diversas sobre la manera de establecer cuando se está frente a un derecho adquirido sobre el cual no puede avanzar retroactivamente la nueva ley.

En Francia, a comienzos del siglo XX, encontramos la explicación propuesta por ese iusfilósofo: Paul Roubier (16).

Roubier, en realidad, en el fondo de su pensamiento quería encontrar una técnica o una mecánica que hiciera posible el efecto inmediato sin que se le reprochara retroactividad. Lo inspiraba la idea de encontrar una técnica jurídica que permitiera a las nuevas normas lograr sin demora aplicación sin que se las tachara de retroactivas. Para ello elabora su sistema sobre la base de una idea esencialmente causalista, es

decir basándose en la causa generadora, es decir los hechos que dan nacimiento, o extinguen una relación o situación jurídica.

Esta es la idea esencial de Roubier y formula una construcción técnica que toma en cuenta la necesidad de aplicar la ley nueva a los hechos posteriores que dan nacimiento a una situación jurídica, es decir que la crean con posterioridad, o que con posterioridad modifican o extinguen una situación ya existente.

Esos hechos son los que van a quedar atrapados por la ley nueva. En cambio, las situaciones creadas bajo la influencia o aplicación de la ley antigua deben seguir siendo respetadas. Se atiende a la causa generadora para fijar el contenido de una relación; causa generadora para medir los efectos que produce una relación o situación jurídica existente; y también al hecho causal que provoca la extinción de la relación.

Fíjense una cosa que no es curiosa y que recién ahora advierto con más nitidez y que se refleja en los cuadros que les hice distribuir que han sido tomados de mi vieja obra sobre el art. 3º que la ley 17.711 incorporó al Código civil, en reemplazo de las normas que había previsto Vélez (17).

En esa obra incluyo un par de cuadros, que son los que ilustran esa idea de Roubier. Pero, cuando releo esos cuadros advierto que introduje sin querer una nota diferencial con relación al pensamiento de Roubier, porque el trasplante de una técnica o de una norma de un sistema a otro, impone necesariamente que se compagine con el sistema en el que se inserta y ¿qué ha pasado en este caso? Es cierto que Roubier era causalista; la causa es uno de los elementos esenciales de la relación o de la situación jurídica; los otros son: el sujeto y el objeto. Son los tres elementos que se estudian la Parte General del derecho civil. Pero, en Francia no se habían, ni se han hecho hasta el día de hoy estudios adecuados del funcionamiento de la causa como elemento generador de las relaciones. En cambio, nosotros, a través de Freitas recibimos la doctrina de la pandectística alemana y del Land Recht Prusiano (18), que es el primer código territorial, no civil, que regula los hechos jurídicos como causa generadora y les dedica un estudio profundo.

Savigny, basándose en esa idea que había germinado en el Land Recht Prusiano, construye su 'Sistema del derecho romano actual', que gira alrededor de los tres elementos esenciales de una relación: el sujeto —las personas—, el objeto y los hechos o actos jurídicos, la causa generadora. Estamos hablando de la causa eficiente generadora, no de la causa final, no del propósito ni del motivo, sino de la causa generadora.

Roubier, iusfilósofo, entiende la importancia que tiene la causa generadora, pero se deja en el tintero un aspecto y es que la causa generadora de una relación o situación jurídica no solamente crea o extingue, sino que también puede modificar. Entonces nosotros, en ese cuadrito que se les ha suministrado, decimos: 'situaciones jurídicas agotadas', su constitución, modificación o extinción, se rigen por la ley antigua. 'Situaciones jurídicas en curso de constitución', su constitución, por la ley nueva. 'Situaciones jurídicas existentes', su modificación o extinción, se rigen por la ley nueva.

Es decir, en todos los casos, influenciado casi inconscientemente por lo que hemos estudiado y enseñado en Parte General, vamos más allá que Roubier, que solamente habla de constitución y extinción, y tomamos en cuenta la posibilidad de 'modificación'.

Vélez había llegado a Savigny y a la doctrina germánica a través de Freitas que le había dado recepción en el Esbozo; y de Freitas tomó Vélez el método que preconizaba, aunque con una modificación, a los elementos de la relación jurídica no los trató unidos en un libro de Parte General, sino que los trató cerca de las materias con que cada uno de ellos estaba más vinculado: las personas cerca del derecho de familia; las cosas, antes de los derechos reales; la causa generadora antes de los contratos, o con más precisión, entre las obligaciones y los contratos.

Pero, uno mamó desde el primer día que en esta materia el sistema jurídico de nuestro país era de ascendencia germánica y debía tomarse en cuenta todas las etapas que pueden vivirse por una causa generadora, que no se reducen al nacimiento o a la extinción, sino que también hacen eje en la modificación de las situaciones jurídicas. Esto no lo dice Roubier, pero nosotros, casi inconscientemente lo incluimos en los cuadros que se encuentran en aquel librito de hace años.

Con el tiempo, hemos venido a comprender cuál había sido la omisión de Roubier y cómo debía tomarse en cuenta para la interpretación en nuestro sistema jurídico, donde no podemos prescindir del hecho de que una relación o situación puede haber nacido bajo una ley, y luego haberse operado una modificación bajo otra ley, antes de que llegue el momento de su extinción.

Esto tiene singular trascendencia, sobre todo con las relaciones procesales. La relación procesal transforma sustancialmente la relación sustantiva inicial. Cuando se reclama ante los tribunales la aplicación de un derecho, se modifica la situación original y queda fijada una situación distinta, que debe ser juzgada de acuerdo con la ley vigente en el momento en que se trabó la relación procesal.

Les pido perdón si marché rápido porque le pregunté al amigo Marcos de cuánto tiempo disponía, y no debo extenderme demasiado ni exceder el plazo que se me ha fijado. Creo que el tiempo corre inexorable, y aunque quizás necesitaría extenderme más, tengo que reducir mi exposición a cuarenta minutos.

Fíjense que la modificación de la situación sustantiva originaria en situación procesal —tiene importancia sustancial en el derecho de familia para el problema del divorcio—, tema sobre el que se ha discutido mucho y que Roubier lo malentendió, porque con relación a una situación de divorcio dice: 'Como el divorcio se establece por una sentencia constitutiva, los elementos que cambian la situación jurídica recién se integran cuando el juez dicta la sentencia'.

En realidad, el juez cuando dicta la sentencia, aunque esa sentencia tenga carácter constitutivo, debe hacerlo con efecto retroactivo al momento en que se modificó la situación jurídica familiar por el reclamo donde se dice: 'Se ha quebrado y declárese el divorcio'.

Es decir, la modificación de la situación tiene que ser juzgada por la ley vigente al momento en que se traba la litis y no al momento en que resuelve el juez. El juez en ese caso tiene que resolver sobre la situación jurídica modificada, no la situación de familia inicial, sino la situación de divorcio que se ha creado con la demanda. Esta es una de las cosas.

La doctora Kemelmajer, que ha hecho tanta 'propaganda' sobre mis conocimientos de derecho transitorio, ha publicado un libro en el que afirma dos o tres veces que el contenido de la relación o situación

(12) Se encuentran ejemplos muy claros a fines del siglo XVIII, en las leyes que aprueba la Asamblea revolucionaria en Francia. Algo semejante va a ocurrir en el siglo XX, primero en Rusia, después de la revolución bolchevique y luego en los países que adoptaron el sistema jurídico socialista.

(13) Roubier detalla de manera pormenorizada una serie de leyes que tuvieron efecto retroactivo, especialmente con relación a sucesiones y derechos feudales (ver "Le dríade transitoria", ps. 73 a 78).

(14) Ver ROUBIER, ob. cit., ps. 82 a 89.

(15) Ver ROUBIER, ob. cit., ps. 32 y ss.

(16) Paul Roubier comenzó enseñando después de la Primera Guerra Mundial en la Universidad de Beirut, en el Líbano que había dejado de pertenecer al Imperio otomano y pasado a ser protectorado francés. Fue allí profesor un par de años y luego retornó a Francia, donde se desempeñó como profesor y llegó a ser Decano en la Facultad de derecho de la Universidad de Lyon.

(17) Yo tenía otra intención. He procurado que se hiciera una impresión facsimilar del libro, para que sus ejemplares pudiesen

entregarse a precio de costo. Pero, resulta que a quien le encargué esa impresión en este momento no tiene ningún ejemplar y no pude traerlos para obsequiarlos. Insisto, autoricé a la editorial Advocatus de Córdoba, a reimprimir aquella vieja obra y que se entregase al precio de costo, es decir a 100 pesos, no a otro. Lamentablemente en este momento se han agotado y no he podido traerles ningún ejemplar.

(18) El Land Recht, como su nombre lo indica, no es un código civil, sino un Código "territorial", que abarca todas las materias jurídicas.

puede ser modificado por la nueva ley sin que ello signifique retroactividad. Eso es totalmente erróneo.

El contenido de la relación jurídica está integrado por las facultades o potestades y al mismo tiempo los deberes —no derechos, sino de ‘deberes’— que integran la totalidad de la relación. Ese contenido de la relación, no sus efectos posteriores, queda fijado por la ley vigente en el momento en que se da nacimiento a la relación o situación.

La doctora Kemelmajer procura ilustrar su afirmación con lo sucedido en el caso del camino de sirga, esa institución tan anacrónica que ni siquiera debió seguir siendo tan anacrónica porque en la Argentina no se sirgó jamás y no se va a sirgar nunca (no se arrastran las barcazas con sogas al borde de los ríos navegables); cuando Vélez redactó el Código, e incluyó el camino de sirga, estaban apareciendo los motores a vapor, que cambiaron sustancialmente la forma de navegar (19).

El camino de sirga era una carga, limitación o restricción impuesta al contenido del derecho de dominio de los propietarios ribereños, que en el Código de Vélez se extendía a 35 metros que debían dejar libres: el nuevo Código Civil y Comercial reduce esa carga a 15 metros. Las modificaciones del contenido en cuanto son beneficiosas al titular del derecho, disminuyendo cargas, o haciéndolas desaparecer totalmente, operan de inmediato, pero no porque el contenido pueda ser modificado de cualquier forma, afectando los derechos de los titulares. No podría el legislador operar retroactivamente aumentando la carga de 35 a 50 metros, pues esa ley vulneraría la prohibición de la irretroactividad.

Tanto en derecho penal, como en derecho civil, no se considera que afecte a quienes son titulares de una relación o situación jurídica el que se disminuyen las cargas. Se acepta que la ley más benigna opere de inmediato sobre todas las situaciones jurídicas, aunque hayan sido constituidas con anterioridad; por eso cuando una ley nueva modifica el contenido para conceder más facultades a los titulares, como esto no los perjudica, se acepta su aplicación inmediata. En esos casos, cuando se modifica el contenido de las situaciones jurídicas para concederles más facultades puede aceptarse el efecto retroactivo; pero, nunca se pueden disminuir las facultades, ni agravar las cargas que pesan sobre el contenido. Esto no debe olvidarse.

Un problema que me desvivió, desde el momento en que se sancionó el nuevo Código Civil y Comercial, fue el de los silencios. Ya hemos hablado del silencio anterior a la aparición del derecho positivo. El art. 7° es incompleto, crítica que le formula correctamente el doctor Rivera cuando sostiene que debieron preverse normas de tránsito, y sigue en eso a Roubier, que para los casos en que una nueva ley vaya a operar retroactivamente deben preverse las normas necesarias para pasar de la situación anterior a la situación nueva.

El art. 7° está concebido no para el cambio de ley a silencio, sino de ley a ley. Es decir, la solución A se transforma en la solución B; y no para el caso en que desaparece del Código la solución A y no queda nada más que silencio.

Esa hipótesis en el nuevo Código crea un problema de interpretación muy serio, porque son aproximadamente dos mil artículos que se han suprimido y ha aparecido un silencio horroroso.

El lunes 13 de abril de 2015, llegué a Madrid. A la hora y media de mi llegada al hotel, debí asistir a un pleno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en el que era ponente Doña Encarnación Roca Trías, académica de número, catalana, miembro del Tribunal Constitucional, destacada civilista, quien dedicaba ese día su exposición al silencio enigmático.

Al finalizar la reunión hice algún comentario y me obsequió los borradores (20) que había llevado para su exposición sobre el silencio. Recién después de esa reunión, cuando volví Argentina, advertí que, posiblemente sin proponérselo, el legislador había dado solución al silencio provocado por la nueva legislación.

Piensen ustedes que el Código de Vélez se sanciona casi como para llenar la nada, porque hasta ese momento —salvo unas pocas leyes patrias— se continuaban aplicando viejas leyes españolas, que no eran leyes de nuestro país.

La Nación Argentina decide sancionar por primera vez un código civil, que debe brindar todo el derecho.

Entonces, en el art. 22 del título preliminar Primero, ‘De las leyes,’ Vélez establece que aquello que no está dicho en el Código no tiene fuerza de ley, aunque haya habido una ley anterior que diera una solución (21). La sanción del nuevo Código tendía a desplazar totalmente algo que en realidad no era fruto del legislador argentino.

Ese artículo ha desaparecido del nuevo Código Civil y Comercial, y sin pensarlo se lo ha cambiado por el art. 1°, que es totalmente opuesto. ¿Qué dice el art. 1° del nuevo Código en su parte final? Vamos a leerlo porque tiene gran importancia. Dice así: ‘Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.’

Es decir, que todo aquello que se derogó globalmente sin consagrarse una solución contraria, creando un vacío y un silencio, va a ser regido por lo que era uso, práctica y costumbre. De manera tal que, si se plantean casos sobre los cuales la nueva legislación guarda silencio, pero que estaban regidos por el Código de Vélez con soluciones que no son contrarias a derecho, las partes y el juez tendrán que recurrir forzosamente al Código de Vélez para probar lo que era práctica, costumbre y uso.

Por supuesto que las prácticas son un hecho, no una norma legal, pero el art. 1° les ha conferido fuerza vinculante. Corre por cuenta del interesado probar la existencia de la práctica. ¿Cómo lo hará en estos casos? Con la norma del Código de Vélez y su aplicación.

Esta disposición imperativa mantiene viva la mayor parte de las normas sumergidas en el silencio.

El martes pasado en la Academia el doctor Efraín Hugo Richard se ocupaba, sin pensar en esto, de reformas introducidas en la Ley de Sociedades, donde ha desaparecido y se ha borrado la sociedad civil. Le preguntaba a un escribano, que es miembro de la Academia: ‘Dígame, señor escribano, si viene un cliente y le pide que haga la escritura de constitución de una sociedad civil, ¿qué hace usted ahora que no está en el Código?’

¿Qué se hace con las sociedades civiles existentes? A las sociedades civiles existentes tendremos que seguirles aplicando las normas que regían las sociedades civiles en la ley anterior, que eran la práctica, que era la costumbre; y ¿para la constitución de una nueva sociedad civil, hay prohibición de que se la denomine sociedad civil? No hay prohibición. ¿Es contraria a derecho? No es contraria a derecho. Pues, señor, tendrá que constituir la sociedad civil y hacerla regir por las normas que han desaparecido de la Ley de Sociedades.

Este ejemplo de lo que sucede en el campo de las sociedades, en el terreno del derecho civil lo hemos

ilustrado con el art. 6° del propio título preliminar del nuevo Código.

¿De qué trata? Este artículo comprime en una sola norma todos los artículos que constituían el título preliminar II del Código de Vélez, ‘Del modo de contar los intervalos del derecho’. Vélez, en esa norma, había reproducido casi textualmente la materia que contenía el Esbozo de Freitas de Freitas en su Parte General, con la diferencia que Freitas había ilustrado minuciosamente con notas las razones por las cuales se adoptaban esas soluciones.

Vélez no reprodujo las notas de Freitas, pero en la práctica los profesores en sus clases, los autores en sus libros y los jueces en sus fallos, para la aplicación de la forma de contar los intervalos del derecho las tomaban en cuenta para comprender bien el sentido y alcance que les había dado Freitas.

El nuevo artículo, además de haber comprimido en una sola norma una cantidad de situaciones distintas, prescinde de lo que era el primer artículo del título preliminar II. ¿Qué decía ese primer artículo en el Código de Vélez? Que todos los cómputos de plazos debían efectuarse de acuerdo con el calendario gregoriano; y esto desaparece.

¿No vamos a aplicar el calendario gregoriano? ¿Vamos a recurrir al calendario judío, árabe o chino? ¿Al calendario de la Revolución Francesa? No, vamos a seguir aplicando el calendario gregoriano porque era la práctica. Es decir, mantiene pleno vigor lo que Vélez decía con toda claridad en el art. 23 del Código.

Ahora, no se dice con claridad, pero queda subyacente que debe seguirse aplicando el calendario gregoriano y tan es así que los párrafos siguientes del artículo están haciendo mención de una serie de situaciones: meses más cortos o más largos, años más cortos o más largos, no lo dice con esas palabras, pero es así. Es decir, los meses del año seguirán siendo doce y conservarán sus nombres: enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre; habrá meses de 28 ó 29, de 30 y de 31 días; si un plazo de meses se cumple en un mes que tiene menos días, el plazo terminará el último día de ese mes y nacidos el 29 de febrero de un año bisiesto, todos los años en que no hay 29, cumplirán años el día 28, no el 1° de marzo.

Todo eso estaba muy claro en el Código de Vélez y algunos puntos quedan confusos por las reformas que ha introducido el nuevo art. 6°; donde Vélez decía, hablando del día: si un plazo de meses comenzó el día 15 de marzo, terminará el día 15 del mes en que venza el plazo, aunque en su transcurso se haya cruzado un año bisiesto; y como decíamos más arriba, si los plazos de años comenzaron el 29 de febrero, terminarán el día 28 de ese mes en los años más cortos. Pero ¿qué dice el nuevo art. 6°? ‘Los plazos de meses o de años se computan de fecha a fecha.’

En verdad, no dice nada. ¿Qué plazo hay que no se compute de fecha a fecha? Todos los plazos corren ‘de fecha a fecha’, lo que debió decir es lo que disponía con acierto el art. 25 del Código de Vélez, ilustrando con un ejemplo desde qué fecha y hasta qué fecha corre el plazo.

La insuficiencia por el silencio introducido en la forma de expresión tendrá que ser suplida aplicando lo que era práctica.

El problema de los silencios me había surgido antes del viaje a España por este hecho: en algún momento escribí un pequeño manual o curso de obligaciones y, como me he vuelto viejo y ocioso y no quería embarcarme en estudiar el nuevo Código porque ya no tengo la obligación de enseñar, le dije a un discípulo: ‘haz la actualización tú; el libro será de los dos y después será tuyo solo, desde el día que yo me muera.’

(19) Si recurrimos al Diccionario veremos que sirga son las sogas o maromss y “sirgar” era remolcar desde las orillas con esas sogas a las embarcaciones, para poder remontar la corriente. En los canales y ríos navegables, antes de que aparecieran los motores a vapor, era

indispensable una franja de terreno para que las personas o caballerías pudiesen arrastrar las barcazas.

(20) Los tengo aquí, en una carpeta.

(21) “Art. 22 (Código de Vélez). Lo que no está dicho explícita o

implícitamente en ningún artículo de este Código no puede tener fuerza de ley en derecho civil, aunque anteriormente una disposición semejante hubiera estado en vigencia, sea por una ley general, sea por una ley especial”.

Comenzó este discípulo a trabajar y en los dos primeros capítulos no tuvo ningún problema, pero cuando llegó al capítulo III, donde se habla de la condición, del plazo, del cargo; en la condición suspensiva y en la condición resolutoria a las que el Código de Vélez dedicaba treinta y cinco artículos, en el nuevo Código solo hay siete. Se ha suprimido una cantidad de circunstancias que en la práctica se daban y que ni siquiera se mencionan ni, se dan las razones de por qué la supresión.

En el primer momento, antes de haber leído el art. 1º del nuevo Código, quise buscar en los antecedentes cercanos de esta, reforma, y los encontré en el proyecto del 98, que tampoco brinda explicaciones de la supresión y se limita a remitir a un proyecto del Poder Ejecutivo, en el que habían trabajado los doctores Zannoni y Belluscio, donde se daba alguna razón de la supresión de normas. Pero, después, cuando veo el art. 1º, me pregunto cómo se soluciona este problema: tendremos que enseñar exactamente lo mismo que exponíamos anteriormente porque si se presentan las circunstancias que estaban previstas en el resto de los artículos de condición suspensiva o de condición resolutoria, como las normas suprimidas eran la práctica, el uso y la costumbre, esas prácticas, uso o costumbre, tendrán fuerza vinculante.

Lo que acabo de ilustrar y esto con un par de ejemplos, se da de manera similar en prácticamente todos los casos de vacío, algunos más o menos problemáticos cuando es menester dilucidar si la norma suprimida se opone a soluciones legales diferentes, otros en que pueden encontrarse nuevas normas que suplen el vacío.

En el Código de Vélez en materia de hipoteca teníamos un título hipertrofiado, porque en realidad había casi un centenar de artículos. Pero, eso se debía a que era el único derecho registrable y Vélez había incluido una especie de código registral en el título de la hipoteca.

Cuando llegó la ley 17.801 no derogó los artículos registrales del título de la hipoteca; era una ley escueta que no trata todos los problemas que estaban considerados en el Código, y escribanos, registradores y jueces, para solucionar problemas que no están en la ley 17.801, tenían que recurrir a las previsiones que contenía Código. La propia ley 17.711 reformó varios artículos de la hipoteca, de carácter registral, como el art. 3135 que establece de manera muy clara la posibilidad de que las partes establezcan un cambio del en el rango hipotecario o la reserva de rango, en forma más clara que la ley 17.801.

Adviértase que la ley 17.801 no ha sido tocada por el nuevo Código Civil y Comercial y las normas registrales del título de la hipoteca, que se aplicaban de manera complementaria han desaparecido, entre otras una muy importante, como el art. 3147 que establece la responsabilidad del registrador en el caso de omisión de datos, previsión que no se encuentra en la ley 17.801. Si el registrador omite datos y con eso ocasiona un daño, ¿deberá repararlos o no? ¿Se aplicará la norma clara del Código de Vélez o divagaremos invocando los principios generales de responsabilidad?

Por eso, antes de comenzar este acto, le comentaba al doctor Negri que, aunque él se ha lamentado de que al entrar en vigor el nuevo Código se había enterrado el Código de Vélez, pero a mi criterio eso no sucede, porque 'se ha consagrado su supervivencia, sin querer y sin pensarlo, al darle fuerza vinculante a las prácticas anteriores, cuando no hay regulación legal'. Las previsiones del Código de Vélez que se han suprimido eran práctica y seguirán teniendo fuerza vinculante, ahora no como ley, sino como práctica, por mandato del último párrafo del art. 1º del nuevo Código Civil y Comercial.

Se podrían multiplicar los ejemplos de los casos en que, nos guste o no, para solucionar los problemas que se planteen en el futuro, deberemos seguir recurriendo al Código de Vélez, a su jurisprudencia y doctrina, porque lo impone el nuevo Código, pese a la derogación genérica del Código de Vélez.

El tratamiento que se da a los silencios debe ser conocido y admitido, porque es la única forma solucionar una cantidad de vacíos creados por... No quiero calificar el 'por'. Es una manera de pensar; hay quienes creen que los códigos escuetos tienen una gran virtud. No es la opinión de todos; hay otros pensadores y metodólogos, como ese gran jurista que fue René Desmogué que decía: 'Es mejor un Código minucioso que deja sin margen de interpretación problemas que han existido y a los que la norma les ha puesto final facilitando a las partes y a los jueces la solución del problema.'

Recuerdo en este momento otro de los casos. Se ha hecho desaparecer los inmuebles por su destino o por cesación moral y lo dice expresamente por ahí. ¿Desaparecen?

Es decir, hay una cantidad de situaciones en las que se ha creado un silencio y donde vamos a tener que recurrir forzosamente a las prácticas; y las prácticas las seguimos encontrando en lo que era el Código de Vélez, que no ha muerto, no porque fuera la voluntad

del nuevo legislador que esto sucediera, sino porque a veces, ya lo han dicho, las leyes son más inteligentes que el legislador. (Aplausos).

Doctor Córdoba. Muchísimas gracias al doctor Luis Moisset de Espanés.

Cuando comenzó la reunión, les decía que nosotros tenemos nueva ley, nuevo derecho positivo, pero todavía no tenemos derecho. Es decir, tenemos una parte del derecho que es aquello que nos provee la norma exigible y obligatoria. Para tener derecho tenemos que relacionar eso con toda la estructura jurídica y para poder hacerlo adecuadamente necesitamos del pensamiento de aquellos que pueden lograr lo más elevado del pensamiento profundo.

El doctor Luis Moisset de Espanés nos ha indicado el camino para que todos ayudemos a realizar aquello que se convierta en derecho.

Muchísimas gracias, doctor. Muchísimas gracias, doctor Gómez y doctor Negri. Muchas gracias a todos y esperemos que esto nos sirva para poder trabajar durante todo este año en algo que resulte fructífero para todos. Muchas gracias. (Aplausos).

Abogada Ruiz de Ruiz. Por último, quiero hacer una mención especial y un agradecimiento a la abogada Débora Loreley Fernández, que está haciendo en este momento un registro en estenotipia —taquigrafía a máquina—.

Este registro será subido a la página de la Facultad, en el sitio pertinente a nuestro seminario. Con lo cual, nosotros ya veníamos teniendo un registro en audio de todas las reuniones; ahora, al agregarle este registro hace que el contenido de las reuniones del seminario sea de diseño universal. Esto significa que son aptas para que cualquier persona pueda optar por leer o escuchar el contenido de las reuniones del seminario.

Le agradecemos enormemente porque esto es de avanzada y en este momento somos el único seminario que tiene este tipo de material disponible para alumnos, docentes y los miembros.

Doctor Córdoba. Le agradezco también a Débora y muchísimas gracias a la doctora Noelia Ruiz, quien llevó adelante la organización de la reunión de hoy con enorme esfuerzo.

Cita online: TR LALEY AR/DOC/904/2025

## In memoriam | Guido Alpa

### El vínculo con la Argentina de un jurista extraordinario

#### I. Introducción

El día 8 de marzo de este año, los medios de difusión europeos informaban, respecto de una noticia del día anterior: "Murió Guido Alpa siendo el más grande jurista civilista a nivel internacional" (1).

Este trabajo rinde homenaje a nuestro querido maestro y amigo Piero Guido Alpa, cuya trayectoria y legado han influido notablemente en el desarrollo jurídico tanto europeo como argentino. Fue uno de los miembros fundadores de la "Revista Internacionalización del Derecho", integrando desde su comienzo el Comité Científico de Pares y publicando, en el número inaugural, un sobresaliente trabajo titulado "Sobre el poder contractual de las plataformas digitales".

Su legado se erige como un monumento jurídico. Sus enseñanzas atravesaron generaciones y fronteras

y seguirán haciéndolo. Construyó puentes entre la cultura jurídica italiana y la de América, protagonizando una conversación jurídico internacional incesante.

Su magnífica obra no ha quedado restringida a la transmisión del derecho existente, sino que ha producido los elementos que las circunstancias sociales del momento requerían del jurista. Claro ejemplo de ello fue su aporte a la comunidad mundial cuando esta vivió la última crisis de salud. Distinguía claramente cuáles eran las decisiones a las que debían quedar facultados los prestadores de salud y cuáles correspondían al jurista, resolviendo urgentes cuestiones éticas.



#### II. Aspectos de la trayectoria de Guido Alpa y sus aportes científico-jurídicos

Guido Alpa nació en Ovada, Italia, el 26 de noviembre de 1947 y desarrolló una sobresaliente carrera académica y profesional hasta su reciente fallecimiento en Génova el 7 de marzo de 2025. Fue reconocido mundialmente, su obra jurídica marcó tendencias y abrió

nuevos horizontes doctrinarios en campos fundamentales como el derecho privado y en la filosofía de la teoría jurídica.

Fue honrado internacionalmente con numerosos títulos y distinciones, difíciles de enumerar en su totalidad.

Para cubrir algunos de sus logros académicos, se menciona que, tras ganar el concurso, fue designado catedrático de “Instituciones de Derecho Privado” en la Universidad de Génova. Desde 1991 hasta 2009 ocupó la cátedra de “Instituciones de Derecho Privado” en la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma “La Sapienza”, antes de pasar a la cátedra de “Derecho Civil” que ocupó hasta 2018. Fue nombrado profesor emérito de esa universidad en 2019. A partir de 2002 dirigió allí el máster universitario de segundo nivel en “Derecho Europeo Privado y de Cooperación”. También ha sido profesor de Instituciones de Derecho Privado en la LUISS de Roma y, desde 2019, fue profesor de Filosofía del Derecho en la Unitelma Sapienza.

Entre otras muchísimas actividades, se destaca que fue director del British Institute of International and Comparative Law y director del “Centre of European Law at King’s College”, *University of London*. En ese país recibió una relevante distinción al ser homenajeado mediante la publicación del libro “Private Law Beyond the National Systems” por el prestigioso “British Institute of International and Comparative Law”. Esta obra es un auténtico tratado de derecho, editado en Londres, que incluye contribuciones de los más jerárquicos académicos y juristas internacionales, incluyendo importantes aportes argentinos de Atilio Alterini, Marcos Córdoba, y Viviana Kluger.

Posiblemente por este vínculo con el derecho anglosajón percibimos, en el contacto directo que tuvimos con él, que Alpa siempre intentó integrar el *Common Law* con el derecho continental. Además, se advierte la misma actitud en su obra del año 2015 “Le projet de Code des obligations franco-italien” (1927), donde destaca al proyecto de Código de Obligaciones franco-italiano (o italo-francés) del año 1927 como un monumento jurídico de gran importancia para la doctrina de derecho civil de dos países que comparten una larga tradición común.

Sin duda, su labor en este sentido se motivaba en su interés en extraer aquellos elementos que admiten conjugación logrando una mejoría respecto de sus precedentes. Actitud que le generó algunas resistencias doctrinarias de aquellos sectores que en defensa de uno de los dos sistemas rechazan al otro.

En el ámbito de la República Argentina, recibió la investidura de Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires en el año 2008. La Universidad Complutense de Madrid, en 1996, y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, en el año 2007 le otorgaron el mismo reconocimiento. Se anuncia que en el ámbito universitario francés también se hará lo propio, de forma póstuma.

Además, fue condecorado como “Cavaliere di Gran Croce dell’Ordine al Merito della Repubblica Italiana”, la más alta condecoración al mérito de ese país que reconoce aportes excepcionales en diversos campos como las ciencias, artes, literatura, economía, servicio público y contribuciones destacadas a la sociedad. Indica un reconocimiento oficial del Estado italiano por contribuciones extraordinarias, servicios excepcionales, méritos civiles destacados, o aportaciones valiosas a nivel cultural o social. Recibir esta condecoración posiciona a Guido Alpa entre personalidades distinguidas en Italia, reflejando el máximo aprecio y respeto institucional por su obra y trayectoria.

Recibió la condecoración de “Cavaliere dell’Ordine Equestre del Santo Sepolcro di Gerusalemme”, condecoración papal de carácter religioso y humanitario, de gran tradición histórica. Reconoce la labor ejemplar, contribuciones excepcionales y apoyo significativo a la

Iglesia Católica, especialmente por labores humanitarias y culturales. El Papa, también le concedió la condecoración de “Commendatore dell’Ordine di San Gregorio Magno” por destacadas aportaciones culturales, intelectuales, científicas, educativas o humanitarias.

Estas tres condecoraciones destacan a Guido Alpa como una autoridad jurídica internacional y un ejemplo humano e intelectual.

En el ámbito profesional, mencionamos que Guido Alpa fue presidente del “Consiglio Nazionale Forense, CNF” de Italia entre los años 2004 y 2015. El “Consiglio” es órgano de representación institucional de la profesión jurídica italiana. Es generalmente aceptado que, el período en que Alpa trabajó junto con Ubaldo Perfetti como su vicepresidente, fue la época de gloria de la institución. Durante este período, el CNF adoptó una posición muy activa y visible en defensa de los derechos fundamentales, la ética en la profesión jurídica y la promoción del Estado de Derecho. La institución ganó notoriedad en el debate público y en la elaboración de propuestas normativas clave. Alpa y Perfetti impulsaron significativamente la calidad y la profundidad de la formación profesional continua de los abogados italianos, promoviendo estándares más exigentes para mejorar la competencia técnica y ética. Se produjo una apertura más marcada hacia el ámbito internacional, estrechando relaciones con instituciones jurídicas europeas y mundiales, lo que fortaleció la presencia internacional de la abogacía italiana. De la misma manera, se enfatizó especialmente en la ética profesional y la dignidad de la profesión jurídica, lo que reforzó los estándares éticos y la reputación social de los abogados italianos.

La gestión conjunta de Alpa como presidente y Perfetti como vicepresidente del *Consiglio Nazionale Forense* marcó una época caracterizada por la excelencia académica, el fortalecimiento institucional, la promoción ética, una significativa proyección internacional en la que privilegió un acercamiento al derecho privado argentino. Ello motivó también que el Senado de la Nación Argentina distinguiera a Ubaldo Perfetti con su máxima distinción, la mención de honor “Senador Domingo F. Sarmiento” por su obra emprendedora destinada a mejorar la calidad de vida de sus semejantes, de las instituciones y de sus comunidades. En noviembre de 2018, el CNF nombró a Alpa como presidente emérito.

### II.1. Su vinculación con Argentina

El vínculo de Guido Alpa con la Argentina se concreta en su relación jurídica con el profesor Marcos Maurizio Córdoba.

Alpa fue la primera persona a quien Córdoba convocó como autor en una obra que se estaba concibiendo: el *Tratado de la Buena Fe*, editado por Thomson Reuters-La Ley.

Merece recordarse el contexto de aquella invitación: fue en los últimos días del año 2001 en que la República Argentina vivió circunstancias extraordinarias que conmocionaron las ideas a un extremo tal, que hubo una tendencia generalizada a la salvaguarda de los intereses singulares. Se observaba entonces que las garantías constitucionales, consideradas invulnerables en el pensamiento habitual, admitían quedar suspendidas. Conforme ello, siendo tales garantías pilar de toda conformación de un Estado de derecho, se llegó a sostener el criterio que informa que la totalidad de nuestro orden jurídico es susceptible de ser restringido. Fue entonces que se concretó la relación jurídica entre Alpa y Córdoba quien se dirigió a él para obtener de su pensamiento aquello que provoca una tendencia hacia los valores que respeten el interés general.

Así, los autores de dicha obra, Alpa incluido, reaccionaron contra el individualismo y el materialismo del momento, oponiéndose a esas ideas. Esos acontecimientos los llevaron a resaltar los valores rectores de las conductas históricamente consideradas como valiosas e inmovibles. Concluyeron en que existen principios generales del derecho que, en ninguna circunstancia admiten restricción. En ese marco, reconocieron a la buena fe como principio rector del orden jurídico

En la obra se dejó claro que no existe conmoción interior o ataque exterior capaz de justificar la suspensión del reconocimiento de tal principio. La obra provocó una transformación de esa tendencia imperante, en el pensamiento argentino en un proceso que culminó con su incorporación de la buena fe como un principio positivizado concretamente en el “Título Preliminar” del *Código Civil y Comercial de la Nación*.

En el capítulo de su autoría, Alpa analizó con profundidad las cláusulas generales en el derecho, especialmente centrado en la buena fe, destacando cómo su utilización contribuye a la flexibilidad del sistema jurídico. Argumentó que estas cláusulas generales funcionan como principios de interpretación abierta que permiten adaptar las reglas jurídicas a circunstancias específicas, nuevas o imprevisibles, asegurando así una evolución continua y dinámica del derecho frente a los cambios sociales y económicos. Además, Alpa señaló que la buena fe como cláusula general sirve como un elemento de equilibrio en las relaciones jurídicas, que obliga a las partes a comportarse de manera honesta y leal. Esta figura jurídica, según su visión, ofrece una plataforma común que permite conciliar intereses privados con valores colectivos fundamentales. De esta manera, las cláusulas generales y particularmente la buena fe se transforman en instrumentos esenciales para garantizar no solo justicia individual, sino también el adecuado funcionamiento y desarrollo de un ordenamiento jurídico más humano y solidario.

Todo este proceso forjó una amistad con Alpa que rápidamente se amplió para incluir a quienes integramos los diferentes ámbitos académicos que Córdoba impulsa en la Universidad de Buenos Aires, en la editorial Thomson Reuters La Ley, en la Universidad Abierta Interamericana, y en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, que nombró a Alpa, Académico correspondiente. El círculo se amplió también hacia el Colegio Público de la Abogacía de la Capital Federal, esta *Revista Internacionalización del Derecho*, la publicación de otras obras jurídicas como el *Tratado de la Buena fe. Evolución del Principio* y el *Tratado de la Buena fe y Solidaridad Jurídica* y muchas otras actividades científicas. Ciertamente la amistad de Alpa se volcó especialmente a toda la familia Córdoba.

Esa amistad ampliada fortaleció notablemente los vínculos jurídicos entre Italia y Argentina. Juntos abordaron múltiples diálogos sobre derecho privado, la importancia de la solidaridad jurídica y la ética en la práctica profesional. Las publicaciones europeas consecuentes de la muerte de Alpa, destacan su ocupación en protección de los frágiles, lo cual lo vincula también con el profesor Córdoba quien impulsa el principio de la solidaridad jurídica.

A partir de allí se sucedieron incesantemente eventos académicos de integración entre Alpa y la Argentina. En 2006, se organizó, desde el *Consiglio Nazionale Forense* de Italia, el cual presidía, la Conferencia “Il diritto contrattuale dell’America Latina e il modello giuridico italiano” a la que invitó como expositores a los catedráticos Sandro Schipani, Cesare Massimo Bianca y Marcos Maurizio Córdoba, intensificando su vínculo con la Argentina. Al año siguiente hizo lo mismo en el Congreso “Le Prospettive del Diritto Privato” esta vez, con la intervención del Ministero della Giustizia de Italia; y en 2008 en la “Conferenza dei Presidenti delle Avvocature del Mediterraneo. La Evolución del Derecho Contractual Europeo”, en Lipari. Siendo el profesor argentino el único invitado no perteneciente a la cuenca del Mediterráneo y no ejerciendo la presidencia de ninguna institución. Su participación provocó que en la conferencia de clausura el profesor Alpa expresara que los aportes del profesor argentino motivaban a que se lo reconociera como el vínculo entre el derecho europeo y el de América. Agregó que la Argentina es el puerto de ingreso de la cultura jurídica europea en América: la recibe, la adapta a sus necesidades locales, la enriquece y la proyecta hacia otros países de la región y en muchas oportunidades, nos lo devuelve potenciado (2).

Un hito particularmente relevante fue, como se señaló, el acto de investidura de Alpa como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Buenos Aires. Allí pronunció una conferencia sobre “Las tareas actuales del

(2) Actas de la Conferenza dei Presidenti delle Avvocature del Mediterraneo. *La Evolución del Derecho Contractual Europeo*, 2008.

Derecho Privado”. En dicha oportunidad, Guido Alpa exploró las funciones contemporáneas del derecho privado, destacando su dimensión ética, política y técnica, influenciado por las ideas del jurista alemán Ludwig Raiser. Alpa sostiene que el derecho privado no debe solo proteger intereses individuales, sino armonizarlos con los intereses colectivos, bajo principios de libertad, autonomía e igualdad.

Revisó la evolución histórica desde la codificación napoleónica hasta la actualidad, para demostrar cómo el derecho privado ha cambiado según los contextos históricos y geográficos, adaptándose a realidades sociales y económicas. Destacó, asimismo, cómo la Constitución y los derechos fundamentales han transformado la labor del jurista, imprimiéndole un carácter social y solidario. Igualmente, señaló que, en el contexto actual de globalización económica, el derecho privado adquiere un papel esencial, siendo vital no solo para el comercio global, mediante una *lex mercatoria* moderna, sino también como garante de derechos fundamentales en sociedades multiculturales, defendiendo la dignidad humana, la igualdad sustancial y la autonomía individual frente a desafíos como la informática y la biotecnología. Finalmente, Alpa subrayó la importancia de la tradición jurídica común, especialmente entre Italia y Argentina, resaltando su compromiso de preservar críticamente esta herencia cultural como fundamento esencial para la construcción de un derecho privado que, más allá de su evolución histórica, sea justo, ético y orientado al progreso social y humano.

En el año 2009 Alpa y Córdoba fueron designados copresidentes del “Consiglio di Diritto Italo-Latinoamericano” en el ámbito del Colegio Público de la Abogados de la Capital Federal. En el Congreso Internacional “Buena fe y solidaridad jurídica” realizado en el año 2013 en el Auditorio “Jorge L. Borges”, de la Biblioteca Nacional de la República Argentina Guido Alpa participó mediante videoconferencia como así también en 2016 en el Salón Dorado, Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina. En el año 2015 fueron codirectores del libro “La Mediación, nuevas investigaciones y aportes desde el Derecho Comparado” editado por Rubinzal Culzoni.

Desde la dirección del “Master di Diritto Privato Europeo e della Cooperazione” Universidad de Roma “La Sapienza” convocó frecuentemente a juristas argentinos junto a destacados académicos europeos. Así, participaron en los congresos por él organizados entre otros los profesores Leandro Vergara, Fulvio Santarelli, Osvaldo Pitrau, Francisco M. Ferrer, Lucila I. Córdoba, Felipe Moore, Ramiro Córdoba, Alejandro Laje, Adriana Morón, Marcos Di Loreto, Florencia I. Córdoba y Mariana Callegari.

Estas actividades conjuntas reflejan la fructífera relación entre ambos juristas y su compromiso con el desarrollo internacional del derecho privado, especialmente entre Italia y Argentina. El vínculo también de

manifiesta en la participación del profesor Córdoba en congreso que se realizará en “memoria de nuestro amigo y maestro Guido” titulado: “Continuando el dialogo con Guido Alpa” el 23 y 24 de junio en la Universidad de Roma-La Sapienza.

## II.2. Sus ideas sobre la Solidaridad Jurídica

Además de sus aportes al derecho privado, Guido Alpa desarrolló una teoría del derecho profundamente ética, en la que el principio de solidaridad ocupa un lugar central, al igual que en la de Marcos Córdoba. Para Alpa, la relación intrínseca entre el derecho, la cultura, las ideas políticas y sociales determinó que la solidaridad se constituya como un principio jurídico crucial en un contexto de posdemocracia, globalización económica y crisis de los derechos fundamentales. Marcos Córdoba defiende la necesidad de reconocer explícitamente a la solidaridad como un principio general del derecho debido a su relevancia para la resolución equitativa de conflictos sociales y su fundamento ético y moral, arraigado en la dignidad humana.

Ambos juristas construyeron, desde una perspectiva práctica-paradigmática del derecho, el concepto del principio de la solidaridad, como categoría normativa que ocupa una posición fundamental en la estructura de los sistemas jurídicos occidentales. Este enfoque plantea que el derecho tiene una dimensión constitutivamente valorativa y directiva del comportamiento humano, que reflejan plenamente los valores éticos fundamentales, siendo la solidaridad uno rector. Desde este paradigma, el principio de solidaridad ordena el sistema no solo hacia el cumplimiento de procedimientos formales, sino también una orientación intrínseca al bien común. La solidaridad, como principio general, es esencial para realizar adecuadamente este ideal, promoviendo cohesión social, justicia y seguridad jurídica.

Esta teoría del Estado de Derecho indica que tiene una dimensión profundamente moral y ético-política, con dimensiones formales y sustantivas esenciales para su cabal realización.

Así, la solidaridad jurídica no solo encuentra justificación filosófica, sino que se presenta como un elemento indispensable para lograr un auténtico Estado de Derecho, caracterizado por el respeto a los intereses fundamentales y por la justicia práctica en las relaciones sociales.

Con los desarrollos de Alpa, Córdoba y otros juristas se demostró que el principio de solidaridad jurídica, visto desde una perspectiva integral y práctica, cumple todos los requisitos para ser aceptado formalmente como principio general. Aporta solidez ética, justicia y eficacia al ordenamiento jurídico. Así lo acredita el mismo Alpa en su libro *Solidarietà, Un principio normativo*, de ediciones Il Mulino, 2023, donde cita la obra de Córdoba y la del suscripto, como manifestación de su enorme generosidad.

## II.3. Diálogo de juristas italianos y argentinos

Este homenaje académico a Guido Alpa no solo reconoce su extensa trayectoria e importantes contribuciones doctrinales y prácticas, sino también resalta su rol fundamental en la profundización del vínculo académico argentino-italiano y desde allí, italiano-americano. Su legado es una referencia clave para un derecho justo, solidario y comprometido con el desarrollo social.

## II.4. Aspectos de su personalidad

En lo personal, recordar a Guido Alpa es evocar su sonrisa franca y alegría constante. Significa reconocer su inmensa generosidad, siempre dispuesto descubrir virtudes en quienes lo rodeaban y ponerlos en el lugar que les correspondía, elevando a cada persona con respeto y consideración genuina. Su infinita predisposición para atender consultas, responder preguntas y a compartir sus ideas era testimonio de una humildad admirable, de la dignidad auténtica y profunda de un maestro. Sus cualidades humanas, tan valiosas como sus méritos académicos, dejan en nosotros un recuerdo imborrable y profunda gratitud.

El vínculo entre Alpa y Córdoba permitió a nuestra generación aprender y conocer de manera directa a prestigiosos profesores italianos con quienes mantuvimos un diálogo permanente, entre ellos Cesare Massimo Bianca, Giuseppe Conte, Laura Moscati, Mirzia Bianca, Carlo Granelli, Luca Di Donna, Luissa Avitabile, María Alessandra Livi, Lucilla Gatt, Stefano Troiano, Giovanni Iudica y muchos más en una conversación permanente que ha perdurado por veinte años.

## III. Palabras finales

Como cierre de este homenaje, reconocemos que la trayectoria y legado del profesor, del amigo, Guido Alpa, se levantan como una obra perdurable, digna de las tradiciones más nobles; ha erigido un legado jurídico cuyo valor perdurará más allá de nuestro propio tiempo.

En algunos de otras conmemoraciones que ya se han hecho del profesor Alpa se ha dicho: “Guido no nos abandonó, pero sigue estando porque sus ideas perdurarán”, ante ello Córdoba expuso que “lo que debemos lamentar es que ya no contaremos con su pensamiento respecto de las circunstancias futuras. Alpa reconocía muy bien los cambios del comportamiento social y su visión nos permitía anticiparlos. Él ya no podrá guiarnos ante las circunstancias que deberemos afrontar”.

En su magistral carrera, Alpa ha construido puentes entre culturas jurídicas distantes, consolidado vínculos entre Europa y América en su conjunto, y defendido con creatividad la dignidad humana, los principios de la buena fe y solidaridad como fundamentos indispensables de un orden justo y equitativo.

Alejandro Laje

Cita online: TR LALEY AR/DOC/905/2025

# In memoriam | Alessio Zaccaria

## Un jurista trascendente

### I. Introducción

Con profundo pesar rendimos homenaje a Alessio Zaccaria, jurista insigne y maestro, que falleció en Ferrara, el 6 de abril pasado. Sus aportes al campo jurídico han dejado una huella imborrable en la forma en que se comprende y se aplica el Derecho. Su rigor intelectual, su capacidad para anticipar tendencias y su profundo conocimiento del derecho privado lo convirtieron en una figura de referencia en el mundo académico y jurídico.



Sus intervenciones eran siempre reveladoras y marcaban intercambios intelectuales que enriquecían profundamente las perspectivas tanto del derecho italiano, como del sistema jurídico continental en general.

Para quienes lo conocimos fue un privilegio aprender de su obra, que ha influido no solo en nuestro pensamiento, sino también en el enfoque que tenemos frente a los desafíos contemporáneos del derecho. Su reputación era de ser un crítico exigente y metódico.

Un tema central de su reflexión jurídica fue la posmodernidad. Tempranamente advirtió sobre los riesgos de su enfoque que privilegia la descripción por encima de la regulación, y que tiende a basar la concesión de derechos en emociones individuales antes que en principios jurídicos sólidos. Como él mismo subrayó, en la posmodernidad el derecho ya no se limita al ámbito normativo, sino que se expande hacia el mundo de los hechos, implicando una transformación profunda en la forma en que concebimos y aplicamos las leyes. Esta observación tiene implicancias de gran alcance para la teoría y la práctica jurídica.

En los últimos años, Zaccaria celebró un cambio de rumbo respecto de esa tendencia, destacando la

revalorización de los sistemas jurídicos tradicionales y de las técnicas lógico-interpretativas que fueron fundamentales en el siglo pasado. Para él, este retorno a las raíces del derecho constituye una evolución necesaria hacia un sistema normativo más coherente y racional, esencial para el fortalecimiento del Estado de Derecho. Siempre se destacó por su capacidad de equilibrar tradición e innovación.

## II. Formación y carrera

Alessio Zaccaria se graduó en Derecho en la Universidad de Ferrara y desarrolló una extraordinaria carrera académica en la Universidad de Verona, donde fue designado profesor emérito de Derecho Civil en reconocimiento de su trayectoria. Su carrera académica se complementó con su actuación como miembro del Consejo Superior de la Magistratura de Italia, cargo al que fue elegido en el año 2014.

Fue nombrado doctor honoris causa por la Universidad de Bayreuth, Alemania, y por la Universidad de Buenos Aires.

Desde agosto de 2019, fue miembro pleno y fundador de la prestigiosa Academia Internacional de Derecho de Sucesiones donde fue elegido presidente y, al cumplir su mandato, declarado presidente emérito. Gracias a su actividad, esta institución alcanzó una trascendencia internacional de altísima jerarquía académica.

## III. Obra jurídica

La obra de Alessio Zaccaria constituye uno de los aportes más refinados y consistentes del pensamiento jurídico europeo contemporáneo. Desde su temprana reflexión sobre los mecanismos obligacionales en *La prestazione in luogo dell'adempimento* (1987), pasando por la exploración de la dimensión existencial del derecho en *Diritti extrapatrimoniali e successione* (1988), hasta su relectura teórico-práctica de *La mediazione* (1992), Zaccaria fue delineando una reflexión conceptual rigurosa pero sensible a los desafíos de su tiempo. Su análisis técnico de la *colazione dei crediti inesigibili* (RDC, 2013) y de las *partecipazioni sociali* (RDC, 2016) revela una habilidad poco común para clarificar las zonas grises del derecho sucesorio sistemáticamente.

A estos aportes se suma *Rapporti obbligatori e beneficio d'inventario* (1994), donde reconfigura los márgenes de la responsabilidad patrimonial. En *La vendita dei beni di consumo* (2002), coescrita con Giovanni De Cristofaro, analiza la protección contractual del consumidor bajo el prisma del derecho civil clásico. Obras como *Einführung in das italienische Recht* (2007), y *Gli effetti della trascrizione* (2008, con Stefano Troiano) y *Perfiles del derecho italiano de sucesiones* (2008), proyectan su influencia más allá del contexto italiano. En *Derecho y postmodernidad* (2012), advierte sobre los riesgos de un derecho disuelto en el pluralismo emocional posmoderno. En este sentido, textos como *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo* (2020) y *Impacto del postmodernismo en el derecho privado europeo* muestran su intento por reconciliar rigor normativo y la hermenéutica.

Esta misma tensión fecunda reaparece en estudios como *Pubblicità delle disposizioni mortis causa* (2014), donde Zaccaria propone una solución armónica entre el principio de continuidad registral y la protección del tercero de buena fe, y en *Del permanente e del transeunte* (2023), donde demuestra que el derecho sucesorio, lejos de ser inmutable, ha mutado en más del 30% de sus disposiciones desde la entrada en vigor del Codice Civile italiano.

Su profundidad conceptual también se plasma en *Mediazione e mandato, per tacer del contratto d'opera* (2011), publicada en varias lenguas, y en contribuciones como *Pactum fiduciae e donazioni indirette* (2021), que revelan la sutileza con la que abordó las zonas limítrofes entre confianza y liberalidad. A

ello se suman sus aportes a la teoría de la herencia digital (2020), y los legados (*Legati in conto e in sostituzione di legittima*, 2014) y los negocios jurídicos *post mortem* (*Negozi mortis causa e trans mortem*, 2014).

Finalmente, su ensayo *La collazione dei crediti inesigibili* incluido en el *Liber Amicorum Marcos M. Córdoba* (2013), y su capítulo en el *Tratado de la Buena Fe en el Derecho* (2019), cierran una trayectoria que supo balancear el respeto por la tradición y la apertura a las transformaciones del presente.

Cada texto, cada argumento, cada crítica, porta la huella de un jurista que seguirá dialogando con quienes buscamos en el derecho algo más que técnica.

## IV. Vínculo con la Argentina

El profesor Alessio Zaccaria visitó la Argentina en numerosas oportunidades. Vino por primera vez el 18 de abril de 1997 a las Jornadas del Colegio de Abogados del Departamento Judicial de Junín, en la Provincia de Buenos Aires y expuso sobre la protección del consumidor. A partir de allí, participó en esas jornadas muchas veces como invitado especial histórico. Se pudo comprobar su compromiso con la difusión del pensamiento jurídico comparado.

El 4 de septiembre 2019, en el Salón Rojo, se llevó a cabo la ceremonia de entrega del doctorado *honoris causa* de la UBA. La *laudatio* académica estuvo a cargo del profesor Marcos Córdoba, quien destacó la contribución de Zaccaria al pensamiento jurídico europeo y su influencia doctrinaria en América Latina.

La relación intelectual entre Marcos Mauricio Córdoba y Alessio Zaccaria se inscribe en el cruce entre las tradiciones jurídicas de América y Europa, especialmente en el ámbito del derecho civil y sucesorio. Este vínculo se consolidó a través de múltiples formas de colaboración académica y reconocimiento mutuo.

Zaccaria fue incluido como autor en obras colectivas dirigidas por Córdoba, como el "Tratado de la Buena Fe en el Derecho. Evolución del Principio" (2019), donde su capítulo destacó por su claridad metodológica y profundidad conceptual.

Ambos compartieron una preocupación crítica por el impacto del posmodernismo en el derecho privado. Zaccaria desarrolló esta línea en su ensayo *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo* (2020), mientras que Córdoba la articuló desde la óptica americana, subrayando la función de los principios generales del derecho como herramientas de contención frente a la disolución normativa. En ese marco, ambos convergieron en la defensa del principio de buena fe como pilar del sistema jurídico, tema central tanto en las obras de Zaccaria como en los múltiples tratados dirigidos por Córdoba.

En el ámbito institucional, compartieron conferencias y actividades académicas en la Universidad de Verona, la Universidad Abierta Interamericana y en ciclos doctorales internacionales. Córdoba fue profesor invitado y conferencista en Verona entre los años 2012 y 2016, y fue parte del mismo círculo académico que Zaccaria integraba junto con Stefano Troiano, promoviendo la cooperación jurídica italo-argentina.

La última actividad compartida por ambos fue su intervención en el Congreso "Il nuovo Codice civile e commerciale argentino e l'influenza della scienza giuridica italiana". Seminario en el marco del "Dottorato di ricerca in Diritto dell'Unione Europea e Ordinamenti Nazionali" de la Università degli Studi di Ferrara el 7 de noviembre de 2023, en que Alessio Zaccaria, Marcos M. Córdoba y Giovanni De Cristofaro dialogaron sobre la relación e influencia recíproca entre el derecho italiano y el argentino.

Este vínculo fue profundamente humano: ambos compartían una visión del derecho como construcción racional, sustentada en la responsabilidad hermenéutica del jurista. La obra y el legado de Zaccaria fueron celebrados en múltiples ocasiones por Córdoba, y su participación en homenajes y publicaciones cruzadas refuerza la imagen de una relación signada por la admiración, el diálogo riguroso y la amistad académica.

## V. Actividad de investigación

A lo largo de su trayectoria, el profesor Zaccaria desarrolló una actividad investigadora de gran profundidad teórica y notable impacto institucional. Fue responsable o coordinador científico de múltiples proyectos, entre los que se puede destacar: "La disciplina de la responsabilidad del prestador de servicios en el derecho privado europeo" en la Universidad de Verona, 2003-2006; "El régimen de las sucesiones legítimas en Europa: entre tradición y nuevas tendencias legislativas" (MIUR COFIN 2005-2006); "La disciplina de las garantías de la compraventa entre Código Civil y leyes especiales" (2007-2009); "Casos controvertidos en derecho sucesorio", proyecto también de la Universidad de Verona en el año 2015. Finalmente, referimos a su investigación sobre "Eficiencia económica y derechos de usuarios de servicios en la era digital" (2020).

Se destacó por sus colaboraciones científicas y por su participación en redes institucionales como el Centro para la Investigación y Enseñanza del Derecho Privado Europeo, dirigido por él en la Universidad de Verona, con financiamiento del programa europeo "Robert Schuman".

Participó activamente en redes de cotutela doctoral con universidades de Regensburg, Bayreuth, Barcelona, Salzburg, Heidelberg, Hamburgo, Osnabrück, Edimburgo, Oxford y Friburgo. Coordinó investigaciones interdisciplinarias sobre capacidad jurídica de pacientes con deterioro cognitivo, en convenio con el Hospital Universitario de Verona.

Alessio Zaccaria tuvo una extensa y significativa participación en la formación de juristas jóvenes: fue Fundador y director del Doctorado en Derecho Privado Europeo de las Relaciones Patrimoniales (Universidad de Verona); Miembro del Doctorado en "Derecho y aplicación del Derecho en Europa" en cotutela con la Universidad de Bayreuth; Miembro del comité científico del centro interuniversitario CeDiFam, sobre relaciones familiares y sucesorias en Europa del Sur. Realizó numerosas estancias académicas internacionales, destacándose su papel como *Visiting Fellow* en el Max-Planck-Institut de Hamburgo; las universidades de Oxford; Edinburgh; Bielefeld; Fribourg; Bayreuth y Salzburg.

## VI. Testimonio de sus discípulos y amigos

La relación Alessio Zaccaria con sus discípulos y amigos refleja que el vínculo que establecía con ellos era de un vínculo intelectual forjado en la investigación, la docencia y el compromiso institucional.

Así nos lo ha hecho saber el profesor Mauro Tescaro quien emerge como uno de los discípulos más estrechos y comprometidos de Zaccaria. Lo acompañó en diversos proyectos académicos y editoriales de notable trascendencia en el plano internacional. La relación entre ambos se consolidó a través de un fecundo trabajo conjunto basado en comunidad de valores: la pasión científica y el rigor conceptual.

Entre sus obras compartidas por Zaccaria y Tescaro se encuentra el volumen *Il diritto delle successioni nei continenti europeo e americano: suggestioni da oltreoceano* (Edizioni Scientifiche Italiane, 2023), que ambos coordinaron. Este libro presenta una mirada comparada entre los regímenes sucesorios de Europa y América; es un símbolo del enfoque transnacional que caracterizó la visión jurídica de Zaccaria, y que Tescaro contribuyó a traducir en términos editoriales.

La colaboración entre ambos excedió ampliamente el ámbito editorial. Cuando Alessio Zaccaria fue presidente de la Academia Internacional de Derecho de Sucesiones, Mauro Tescaro desempeñó con solvencia el rol de secretario de la Academia, articulando y potenciando la labor del organismo. Además, Tescaro integró el equipo de investigación del ambicioso proyecto “La decorrenza della prescrizione nel diritto europeo”, dirigido por Zaccaria, un emprendimiento que tendió puentes interpretativos entre diversas tradiciones jurídicas sobre la base de la racionalidad y la comparación estructural. A ello se suma su participación como coautor en el libro *L'amministrazione di sostegno: il modello vicentino* publicado por *Edizioni Scientifiche Italiane* en el año 2018.

Estos antecedentes ilustran una prolongada colaboración académica, y un vínculo formativo profundamente humano.

En un emotivo texto, el Profesor Stefano Troiano expresa su profundo dolor por la pérdida del Maestro Alessio Zaccaria, a quien considera una figura central en su formación académica y humana desde su llegada a la Universidad de Verona en el año 1997. Troiano relata cómo, tras breves encuentros en la Universidad de Ratisbona, Zaccaria lo invitó inesperadamente a sumarse a la

naciente Facultad de Derecho veronesa, confiándole un lugar. Este gesto fue, según sus palabras, la primera manifestación de una generosidad, confianza e intuición poco comunes en el ámbito universitario.

Troiano destaca el rigor intelectual y ético de Zaccaria, su exigencia sin concesiones —primero consigo mismo—, y la claridad y precisión que caracterizaban sus escritos. Subraya también el valor de su amistad, forjada sin atajos, y su incansable labor como generador de ideas e iniciativas académicas innovadoras: clases, seminarios, congresos, convenios internacionales, todos atravesados por una profunda vocación pedagógica y sin pretensiones de erudición vacía.

El profesor Troiano concluye evocando el papel central de Zaccaria en *Studium iuris* y su versatilidad como intelectual, reconociendo que el Derecho fue solo una de las muchas dimensiones que exploró a lo largo de su vida.

Otro testimonio de gratitud, sencillo y elocuente se evidencia en que, al momento de su muerte, ya estaba en marcha el *Liber Amicorum Alessio Zaccaria*, homenaje de los lazos humanos y académicos que él cultivó a lo largo de su vida. Precisamente fueron Stefano Troiano,

Mauro Tescaro, Mirko Faccioli y Riccardo Omodei Salè, quienes nos convocaron para sumarnos a esta obra.

Esta expresión espontánea de gratitud ilustra una de las dimensiones más visibles del legado de Zaccaria: su capacidad para generar vínculos duraderos, tanto académicos como afectivos, y su disposición constante a compartir el protagonismo con quienes, a su lado, contribuyeron a engrandecer la obra colectiva del pensamiento jurídico.

## VII. Conclusión

La actividad de Alessio Zaccaria fue de excelencia internacional, integrando la dogmática jurídica clásica con la innovación interdisciplinaria. Fue promotor de redes científicas, impulsor de reformas teóricas en el derecho privado y formador de nuevas generaciones de juristas en Italia, Alemania, España y Argentina. Su legado excede la producción bibliográfica, nos deja el testimonio de una existencia dedicada a lo esencial, al conocimiento, a la virtud y a la amistad.

Alejandro Laje

Cita online: TR LALEY AR/DOC/906/2025

## Árbitros sorteados para seleccionar las publicaciones de este número



Prof. Dr. Sergio Cámara Lapuente, Universidad de La Rioja, España.



Prof. Dra. Silvia Nonna, Universidad de Buenos Aires, Argentina.



Prof. Dra. Beatriz Ramos Cabanellas, Universidad de la República Oriental del Uruguay y Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.



Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.



Prof. Dr. Carlo Pilia, Universit. degli Studi di Cagliari, Italia.



Prof. Dra. Viviana Kluger, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.

## Comité Científico de Árbitros

† Prof. Dr. Guido Alpa, Università di Roma-Sapienza, Italia.  
 Prof. Dra. Úrsula C. Basset, Universidad Católica Argentina, Argentina.  
 Prof. Dr. Luis María Bunge Campos, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Sergio Cámara Lapuente, Universidad de La Rioja, España.  
 Prof. Dr. Juan Carlos Cassagne, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Giuseppe Conte, Università degli Studi Firenze.  
 Prof. Dra. Irene Coppola, Università degli Studi di Napoli Federico II, Italia.  
 Prof. Dra. Lucila I. Córdoba, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Gregor Christandl, Universität Graz, Austria.  
 Prof. Dra. Carmen Domínguez, Pontificia Universidad Católica de Chile.  
 Prof. Dr. Anatol Dutta, Ludwig Maximilians Universität, Alemania.  
 Prof. Alfredo Ferrante, Università di Pisa, Italia.  
 Prof. Dr. Augusto Ferrero Costa, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú.  
 Prof. Dr. Hugues Fulchiron, Université Jean Moulin Lyon 3, Francia.

Prof. Dra. Débora Gozzo, Universidade São Judas Tadeu, Brasil.  
 Prof. Dr. Carlo Granelli, Università degli Studi di Pavia, Italia.  
 Prof. Dr. Esteban Gutiérrez Dalla Fontana, Universidad Católica de Santa Fe y Universidad Nacional del Litoral, Argentina.  
 Prof. Dr. Jérémy Houssier, Université de Reims Champagne-Ardenne, Francia.  
 Prof. Dra. Viviana Kluger, Universidad de Buenos Aires y Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Alejandro Laje, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dr. Carlos Laplacette, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dr. Nenad Lhaca, Sveučilište u Rijeci, Croacia.  
 Prof. Dr. Carlos Martínez de Aguirre, Universidad de Zaragoza, España.  
 Prof. Dra. Adriana Morón, Universidad Abierta Interamericana, Argentina.  
 Prof. Dra. Silvia Nonna, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dra. Romana Pacia, Università degli Studi di Trieste, Italia.

Prof. Ubaldo Perfetti, Università degli Studi di Macerata, Italia.  
 Prof. Dr. Carlo Pilia, Università degli Studi di Cagliari, Italia.  
 Prof. Dra. Beatriz Ramos Cabanellas, Universidad de la República Oriental del Uruguay y Universidad Católica del Uruguay, Uruguay.  
 Prof. Dr. Pablo Sanabria, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dr. Fulvio Santarelli, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dr. Francesco A. Schurr, Universität Liechtenstein, Liechtenstein.  
 Prof. Dr. José W. Tobías, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Dr. Stefano Troiano, Università degli Studi di Verona, Italia.  
 Prof. Dr. Leandro Vergara, Universidad de Buenos Aires, Argentina.  
 Prof. Angelo Vigliani Ferraro, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria, Italia.  
 Prof. Dra. Sandra Winkler, Sveučilište u Rijeci, Croacia.  
 † Prof. Dr. Alessio Zaccaria, Università degli Studi di Verona, Italia.

Director editorial: Fulvio G. Santarelli  
 Jefa de Redacción: Yamila Cagliero  
 Coordinadora de revistas: Elia Reategui Hehn  
 Diagramador: Guillermo Sobre Casas  
 Correctoras: Zaira Chanta Montenegro  
 María Alejandra Mayoral

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.  
 Administración, Comercialización  
 y Redacción: Tucumán 1471 (CP 1050 AAC)  
 Bs. As. República Argentina  
 Impreso en La Ley, Rivadavia 130,  
 Avellaneda, Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreutersley



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



TRLaLey



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención  
 al cliente:  
 0810-266-4444