

Rafael Ángel Corral Martínez

Negocio jurídico personal y
negocio jurídico familiar:
Construcción de su sustancia
negocial. Posibilidades y
consecuencias

Departamento
Derecho Privado

Director/es
García Cantero, Gabriel

<http://zaguan.unizar.es/collection/Tesis>



© Universidad de Zaragoza
Servicio de Publicaciones

ISSN 2254-7606



Universidad
Zaragoza

Tesis Doctoral

NEGOCIO JURÍDICO PERSONAL Y NEGOCIO
JURÍDICO FAMILIAR: CONSTRUCCIÓN DE SU
SUSTANCIA NEGOCIAL. POSIBILIDADES Y
CONSECUENCIAS

Autor

Rafael Ángel Corral Martínez

Director/es

García Cantero, Gabriel

UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA

Derecho Privado

2014

TESIS DOCTORAL

**Negocio jurídico personal y negocio jurídico familiar:
construcción de su sustancia negocial, posibilidades y
consecuencias.**

Autor: Rafael Corral Martinez

Director: Gabriel García Cantero

Universidad de Zaragoza

Zaragoza, mayo - 2014

A Rafael María, who is in Oulu: más madera Padre.

INDICE

INDICE.....	3
ABREVIATURAS Y SIGLAS.....	18
INTRODUCCIÓN.....	21
<u>CAPÍTULO I).- DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO</u>	25
<u>1).- LA UNIDAD DEL DERECHO</u>	<u>26</u>
1.1).- El carácter público del Derecho para HOBBS.....	27
1.2).- El carácter público del Derecho para KANT.....	28
1.3).- Exterioridad y verticalidad del Derecho.....	29
1.4).- <i>Utilitas versus moral</i>	31
1.4.1).- Superioridad de moral sobre <i>utilitas</i>	33
1.5).- El carácter privado del Derecho.....	35
1.6).- Relación Derecho público/Derecho privado.....	40
1.7).- La adscripción de instituciones <i>materiae ratione</i>	42
1.8).- <i>Materiae ratione</i> e inteligencias público/privadas.....	44
1.9).- Obligación jurídica y derecho subjetivo.....	46
1.9.1).- Derecho subjetivo y obligación jurídica como poder.....	49
1.9.2).- La fuente característica del Derecho privado.....	52
1.9.3).- El negocio jurídico como fuente del Derecho privado.....	54
<u>2).- RECHAZO DE LA DISTINCIÓN POR SUJETO O INTERÉS</u>	<u>57</u>
2.1).- Distinción público-privado por sujeto e interés.....	58
2.2).- Función pública protectora de los Derechos humanos.....	59
2.2.1).- Conmixción de la naturaleza pública e individual.....	60
2.2.2).- Inexistencia de titularidad privada en la persona humana.....	61

2.2.3).- Dualidad humana individual y social.....	63
2.3).- Protección de Derechos humanos por particulares.....	64
2.3.1).- Carácter recíproco y multiafectante de estos derechos.....	66
2.3.2).- Los derechos como deberes/derechos.....	67
2.4).- <i>Privacy</i> y Derecho Privado.....	72
2.4.1).- <i>Ámbito de la privacy</i>	74
2.4.2).- Tolerancia y pluralismo.....	76
2.4.3).- Moral social mínima, máxima y justicia social.....	79
2.4.4).- Diversidad y disparidad.....	80
2.4.5).- Amigo/enemigo moral.....	86
2.4.6).- ¿Es posible definir una moral social de mínimos o encuentro?.....	89
2.4.7).- Carácter público de la <i>privacy</i>	92
3).- <u>DISTINCIÓN DE D'ORS POR LA FUENTE</u>	95
4).- <u>EL DERECHO CIVIL COMO DERECHO DE LA PERSONA</u>	97
4.1).- Derecho privado/público como inteligencias o tendencias.....	100
4.2).- El Derecho civil como garantía.....	102
4.3).- Derecho civil y Derechos humanos.....	103
4.4).- Derecho de Familia.....	105
4.4.1).- La familia como <i>prius</i> al contrato social.....	109
4.4.2).- El amor humano.....	111
<u>CAPÍTULO II).-DERECHO PÚBLICO DIRECTO E INDIRECTO</u>	115
1).- <u>DERECHO PÚBLICO DIRECTO</u>	116
1.1).- Verticalidad.....	116
1.2).- Derecho público directo.....	119

1.3).- Derecho público directo sobre conductas personales.....	120
1.3.1).- Servicio militar.....	125
1.3.2).- Concepción y crianza.....	126
1.3.3).- Jurisdicción.....	128
1.3.3.1).- <i>Ticket</i> y sumisión jurisdiccional.....	129
1.3.4).- Derecho Penal.....	130
1.3.4.1).- Perseguibilidad penal privada.....	131
1.3.5).- Anulabilidad.....	132
1.4).- Derecho público directo sobre actividades humanas.....	135
1.5).- Derecho público directo y Derecho público indirecto.....	137
<u>2).- DERECHO PÚBLICO INDIRECTO.....</u>	<u>139</u>
2.1).- Horizontalidad.....	139
2.1.1).- Derecho de derechos y Derecho de la fraternidad.....	142
2.1.2).- Horizontalidad y empoderamientos.....	144
2.1.3).- Valor mediato de la horizontalidad.....	145
2.1.4).- La individualidad humana.....	146
2.1.4.1).- Cumplimiento de fines individuales patrimoniales.....	147
2.1.4.2).- Cumplimiento de fines individuales personales.....	148
2.1.5).- La productividad social.....	149
2.2).- Derecho público indirecto.....	151
2.2.1).- Ámbito patrimonial.....	154
2.2.2).- Ámbito personal.....	156
2.2.3).- Tutela del Estado en estos espacios.....	159
2.2.4).- Atribución de estos espacios a los ciudadanos.....	162
2.2.5).- Dispositividad y complejidad social.....	163
2.2.6).- La colaboración público/privada.....	166

<u>3).- CRISIS DEL DERECHO PRIVADO POR DERECHOS HUMANOS.....</u>	168
3.1).- Derecho patrimonial como juego <i>versus</i> Derecho civil de la persona.....	168
3.2).- Crisis del Derecho privado patrimonial por eficacia directa de la CE.....	171
3,2,1).- Autonomía de la voluntad contra Derechos humanos.....	177
3.3).- Libertad del legislador frente a la CE.....	178
3.4).- La desvinculación del Juez ordinario respecto de la Ley.....	181
3.5).- Crisis del Derecho de la persona y familiar por Derechos humanos.....	182
3.5.1).- Individualismo jurídico desde los Derechos humanos.....	182
3.5.2).- Negación de juridicidad en el ámbito personal y familiar.....	183
3.6).- Protagonismo del Juez en sede fundamental.....	187
3.6.1).- Ejemplos de abuso legislativo.....	192
3.6.2).- Necesidad de arbitrio judicial en sede fundamental.....	193

CAPÍTULO III).- DERECHOS FUNDAMENTALES Y ATRIBUCIÓN

<u>UNIVERSAL.....</u>	196
<u>1). DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES.....</u>	197
1.1).- Terminología.....	197
1.2).- Enumeración de Derechos fundamentales.....	200
1.3).- Bienes e intereses iusfundamentales.....	203
1.4).- Concepto funcional de los Derechos humanos y fundamentales.....	205
1.4.1).- Biopoder y fin de los Derechos humanos.....	208
1.4.1.1).- Inmovilismo cultural.....	213
1.4.1.2).- La responsabilidad.....	214
1.5).- Igualdad formal e igualdad real.....	216
<u>2).- ATRIBUCIÓN UNIVERSAL.....</u>	221

2.1).- Dignidad humana.....	223
2.1.1).- Individuo y dignidad humana.....	224
2.1.2).- Grupo y dignidad humana.....	225
2.1.3).- Dignidad humana y humanidad.....	226
2.1.4).- Heteronomía de la dignidad humana.....	226
2.1.5).- Universalidad de la dignidad humana.....	227
2.2).- Juridicidad directa de los Derechos humanos.....	230
2.2.1).- Poder sustentador de esta juridicidad.....	234
2.2.2).- Interdependencia entre Derechos humanos y soberanía.....	235
2.3).- Metajuridicidad: violación por la soberanía constituyente.....	236
<u>3).- ALGUNAS DERIVADAS DE LA ATRIBUCIÓN UNIVERSAL.....</u>	238
3.1).- Atribución universal y primacía de apropiabilidad pública.....	238
3.2).- Atribución universal y significado de la nulidad.....	241
3.3).- Atribución universal y significado de la jurisdicción.....	243
<u>4).- ATRIBUCIÓN UNIVERSAL Y DERECHO DE FAMILIA.....</u>	248
4.1).- Familia y Derechos humanos.....	249
4.2).- Familia e individualismo jurídico.....	251
4.2.1).- Individualismo y matrimonio.....	257
4.2.2).- Individualismo y prodigalidad.....	259
4.2.3).- Individualismo y <i>favor filii</i>	260
4.3).- Imperatividad/ Dispositividad.....	265
4.3.1).- Derecho de la persona y Derecho de la familia.....	267
4.4).- Individualismo y socialización de valores en la familia.....	270
<u>CAPÍTULO IV).- SUSTANCIA NEGOCIAL.....</u>	273
<u>1).- LA LIBERTAD HUMANA.....</u>	274
1.1).- Vida y libertad.....	274

1.1.1).- El valor absoluto de la vida humana.....	276
1.1.2).- Libertad frente a infelicidad y sufrimiento.....	277
1.1.3).- <i>Wrongful birth, wrongful life</i>	279
1.2).- Paradoja de la libertad como fin en uno mismo.....	284
1.2.1).- Derechos fundamentales en negativo.....	286
1.2.2).- Libertad individualista.....	288
1.2.3).- Libertad responsable.....	291
1.2.4).- Exterioridad de la moral frente a decisionismos.....	292
1.2.5).- Intersubjetividad y solidaridad en KANT.....	294
1.3).- Libertad y ser moral.....	296
1.3.1). La dignidad del receptáculo.....	298
<u>2).- AUTONORMATIVIDAD E INTERNORMATIVIDAD.....</u>	<u>301</u>
2.1).- El ejercicio de los derechos.....	302
2.2).- Renuncia y disposición de Derechos fundamentales.....	305
2.2.1).- Irrenunciabilidad e indisponibilidad.....	305
2.2.1.1).- Prescripción moral directa.....	306
2.2.1.2).- Inherencia. Derecho y disfrute del derecho.....	312
2.2.3).- Reversibilidad y actualidad de voluntad.....	312
2.2.4).- Negociabilidad.....	314
2.2.5).- La imposibilidad de obligarse a nada.....	316
<u>3).- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....</u>	<u>320</u>
3.1).- La autonomía de la voluntad como tópico.....	320
3.2).- Concepto de autonomía de voluntad.....	320
3.3).- Insatisfactoriedad de este término en cuanto a normatividad.....	321
3.4).- Insatisfactoriedad en la faceta disfrutadora.....	323
3.5).- Heterogeneidad de la autonomía negocial.....	323

4).- SUSTANCIA NEGOCIAL.....	325
4.1)- Concepto de sustancia negocial.....	325
4.2).- Negocio y propiedad.....	328
4.3).- Negocio y normatividad.....	331
4.3.1).- Normatividad y negocio patrimonial.....	331
4.3.1.1).- Normatividad y guión.....	332
4.3.1.2).- Guión negocial e incumplimiento.....	334
4.3.1.3).- Sujetos de esta internormatividad.....	337
4.3.1.4).- Objetos de esta internormatividad.....	338
4.3.1.5).- Insuficiencia de la noción de prestación.....	339
4.3.1.6).- La reunión de objetos para el juego.....	341
4.3.1.7).- Derecho real y derecho obligacional.....	341
4.3.1.7.1).- Derecho real y soberanía nacional.....	345
4.3.1.7.2).- Noción omnicompreensiva de dominación.....	350
4.3.1.8).- El carácter especial de la prestación laboral.....	352
4.3.2).- Negocios patrimoniales no normativos.....	354
4.3.3).- Normatividad y negocio personal.....	357
4.3.3.1).- Prescriptividad de la dignidad humana sobre voluntad.....	357
4.3.3.2).- Ausencia de guión en el negocio personal.....	358
4.3.3.3).- Juridicidad consecuencial.....	360
4.3.4).- Normatividad y negocio familiar.....	363
4.3.4.1).- Posibilidad de sustancia negocial familiar.....	365
4.3.4.2).- Negocio familiar y guión.....	366
4.3.4.3).- Familia negociada.....	367
<u>CAPITULO V).- NEGOCIO JURÍDICO.....</u>	371

<u>1).- LA ESENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO</u>	372
1.1).- Sustancia negocial y poder.....	372
1.1.1).- Procedimiento administrativo <i>versus</i> negocio jurídico.....	374
1.2).- Sustancia humana, sustancia negocial y sustancia responsable.	374
1.3).- Superación de la normatividad como esencia negocial.....	377
1.3.1).- El negocio jurídico como plan de vida.....	382
1.3.2).- La condena del ciudadano a negociar.....	383
1.3.3).- Hecho negocial y vida de la relación negocial.....	384
<u>2).- HECHO, ACTO Y NEGOCIO JURÍDICO</u>	388
2.1).- Categoría jurídica y sustancia negocial.....	390
2.2).- La cuestión como relevancia de la voluntad para el contrato social.....	393
2.2.1).- Rechazo de normatividad y de cualidad jurídica del efecto.....	395
2.2.2).- Rechazo de la declaración de voluntad.....	398
2.3). Móvil y causa concreta en el negocio jurídico.....	399
2.3.1).- Causa concreta en las respectivas sedes negociales.....	402
2.4).- Interpelación del acto jurídico.....	405
2.4.1).- Causa eficiente interpeladora.....	407
2.4.2).- Voluntariedad en la ejecución del acto jurídico.....	408
2.4.2.1).- Hecho humano como no-acto y como hecho/resultado.....	411
2.4.2.2).- Negocios inválidos como hechos jurídicos.....	417
2.4.2.3).- Negocio anómalo.....	420
2.4.2.4).- Hecho humano voluntario como no forzado.....	420
2.4.2.5).- Hecho humano voluntario como decisión y creación.....	424
<u>3).- NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL</u>	431
3.1).- Normatividad y unilateralidad.....	431
3.2).- Unilateralidad formal y sustancial.....	434

3.3).- Historias complejas.....	436
3.4).- Unilateralidad y dignidad humana.....	440
3.4.1).- Consideración de la donación.....	442
3.4.2).- Consideración del testamento.....	447
3.4.3).- Consideración del poder.....	448
3.5).- Actos orgánicos.....	450
3.6).- Atomización del negocio jurídico.....	452
4).- <u>NEGOCIO JURÍDICO ADMINISTRATIVO</u>	453
4.1).- Actos del ciudadano respecto de la Administración.....	456
5).- <u>NEGOCIO JURÍDICO PROCESAL</u>	459
5.1).- Disponibilidad procesal.....	459
5.2).- Negocio procesal.....	463
6).- <u>EL DERECHO A DISCRIMINARTE</u>	466
6.1).- Igualdad de trato.....	468
6.2).- Discriminación.....	468
6.2.1).- Posición de dominio.....	469
6.2.2).- Dignidad humana.....	470
6.2.3).- Igualdad específicamente demandada.....	471
CAPÍTULO VI).- <u>NEGOCIO JURÍDICO PERSONAL</u>	473
1).- <u>NEGOCIO PERSONAL Y NEGOCIO PATRIMONIAL</u>	474
1.1).- Recontractualización de sedes personales y juridicidad consecuencial.....	479
1.1.1).- Multiafectación del negocio personal.....	484
1.1.1).- Costes de oportunidad.....	485
1.2).- Contrato y convención.....	488
1.3).- Regulación expresa de negocios jurídicos personales.....	491

<u>2).- COLISIÓN HORIZONTAL DE DERECHOS VERSUS DAÑO INJUSTO.....</u>	496
2.1).- Modo de proceder en la colisión de Derechos fundamentales.....	500
2.1.1).- <i>Sweat equity</i>	503
2.1.2).- Revocación de consentimientos sobre embriones.....	504
2.1.3).- El caso <i>Evans</i>	509
2.1.4).- Supuestos de colisión y daño injusto.....	513
<u>3).- ALGUNOS ÁMBITOS PARA EL NEGOCIO JURÍDICO PERSONAL.....</u>	514
3.1).- Liberalidad.....	517
3.2).- Ejercicios cooperativos de búsqueda de felicidad.....	521
3.2.1).- Reciprocidad antropológica.....	524
3.2.2).- Revitalización matrimonial mediante negocios personales.....	525
3.2.3).- <i>Ius connubii</i>	527
3.4).- Asociacionismo.....	533
3.5).- Negocios extintivos de función familiar.....	534
<u>4).- LIBERTAD REPRODUCTIVA Y CRIANZA.</u>	537
4.1).- Libertad reproductiva unipersonal.....	537
4.2).- Interés negocial del hijo en su filiación.....	540
4.3).- Interés negocial del adoptando.....	543
4.3.1).- La adopción como negocio jurídico.....	544
4.3.2).- La adopción como negocio o acto procesal.....	549
4.3.2.1).- Valor procesal de la jurisdicción voluntaria.....	552
4.3.3).- Representación del adoptando de 12 años o menos.....	555
4.3.3.1).- Valor jurídico y material de la voluntad negocial familiar.....	557
4.3.3.2).- Naturaleza jurídica de la representación legal.....	558
4.3.4).- Falta de ratificación por irrepresentabilidad de voluntad.....	566
4.4).- Interés negocial de sujetos en curso o potenciales.....	567
4.4.1).- Representación del interés del hijo futuro en la LTRHA.....	569
4.4.2).- Imposibilidad <i>de facto</i> en la procreación biológica.....	571

CAPITULO VII).- PACTOS SOBRE DISOLUCION MATRIMONIAL....573**1).- PACTO DE INDISOLUBILIDAD PURO.....574**

1.1).- Posiciones doctrinales.....577

1.2).- Paralelismo con la constitución heterónoma de unión no matrimonial.....578

1.3).- Pacto de indisolubilidad y libertad convencional.....580

1.3.1).- Pacto de indisolubilidad y normalización moral darwinista.....584

1.4).- Poligamia y poliginia.....587

1.4.1).- Impedimento de vínculo.....590

1.5).- Derechos y libertades del cónyuge divorcista.....593

1.5.1).- Pérdida de beneficios sociales.....596

1.5.2).- Inconstitucionalidad de pensiones de viudedad.....599

1.6).- Derechos del recíproco no divorcista.....600

2).- MODALIZACIÓN CONVENCIONAL DE LA DISOLUCIÓN.....604

2.1).- Requisitos generales608

2.2).- Realidad del daño.....611

2.2.1).- Posibilidad de daño cuando no es traducible a dinero.....615

2.3).- Injusticia del daño.....617

2.4).- Imputación.....621

2.5).- La cuestión como distribución de riesgos.....622

2.6).- Imposibilidad de la relación social, íntima o amistosa.....623

2.7).- Posibilidad de indemnizar por el ejercicio de un Derecho fundamental.....626

2.7.1).- El artículo 5.2 LTRHA.....627

2.8).- Responsabilidad objetiva por mala fe en sede personal.....629

2.9).- Valor y significado de pactos sobre la acción divorcista.....631

CAPÍTULO VIII).- NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR.....638

<u>1).- FUNCIONES FAMILIARES</u>	640
1.1).- Parentesco y familia.....	644
1.2).- Matrimonio y familia.....	648
1.2.1).- Inexistencia actual de dependencia.....	651
1.2.2).- Ideas legales sobre matrimonio familia.....	652
1.2.3).- Persistencia de la responsabilidad pública.....	653
1.2.4).- Matrimonio familia.....	654
1.2.5).- Contradicciones legales sobre matrimonio familia.....	656
1.2.6).- Sobre el limpio abandono de oficios públicos familiares.....	658
<u>2).- FUNCIONALIDAD Y JUSTICIA SOCIAL</u>	661
2.1).- Discusión en términos de modelo.....	664
2.2).- Política familiar y política social.....	667
2.3).- Funciones matrimoniales.....	671
2.3.1).- Matrimonio unidad de consumo.....	674
2.3.2).- Matrimonio apariencia.....	676
2.3.3).- Matrimonio prevención.....	677
2.3.4).- El artículo 1.320 CC.....	678
2.3.5).- Especialidad funcional del matrimonio vincular.....	680
<u>3).- AJUSTE ENTRE PADRES/MADRES HIJOS Y SOCIEDAD</u>	682
3.1).- Igualdad intraconyugal.....	683
3.2).- Ajuste padre/madre e hijos.....	685
3.3).- Voluntad y responsabilidad en la filiación.....	690
3.4).- Consentimiento informado paterno/materno.....	694
3.5).- Inocencia de los hijos y egoísmo de los padres.....	697
3.6).- Situaciones insostenibles.....	698
3.7).- Custodia compartida.....	699

4).- <u>ALGUNAS ESPECIALIDADES DEL NEGOCIO FAMILIAR</u>	702
4.1).- Especialidad de los vicios del consentimiento.....	702
4.1.1).- Posibilidad de vicios del consentimiento.....	707
4.1.2).- Causalización del consentimiento negocial familiar.....	711
4.1.2.1).- Sostenimiento del negocio de filiación <i>ex voluntate</i>	715
4.2).- Incongruencias de la idea de anulabilidad familiar.....	720
4.3).- La inteligencia putativa.....	721
<u>CAPÍTULO IX).- NEGOCIOS FAMILIARES EN CONCRETO</u>	724
1).- <u>ALGUNAS CUESTIONES SOBRE ADOPCIÓN</u>	724
1.1).- La recurribilidad procesal.....	725
1.2).- Reversibilidad de consentimientos.....	727
1.3).- Extinción y nulidad de la adopción.....	731
2).- <u>RECONOCIMIENTOS DE HIJO</u>	734
2.1).- Situación doctrinal.....	734
2.2).- Filiación <i>ex voluntate</i> como objeto negocial.....	738
2.3).- Valor negocial en los reconocimientos.....	744
2.4).- Filiación y padrinazgo.....	747
2.5).- Relevancia de la voluntad en los reconocimientos.....	750
2.6).- Panoramas fraudulentos.....	757
2.7).- El artículo 141 como acción de filiación.....	758
2.7.1).- Imposibilidad de negar acción de impugnación.....	766
2.8).- Impugnación negocial de reconocimiento-voluntad.....	767
2.9).- Unilateralidad del negocio de reconocimiento.....	775
2.10).- Negocio anómalo y hecho anómalo.....	779

3).- <u>CONSENTIMIENTOS EN LA LTRHA</u>	779
3.1).- Filiación biológica y “no biológica” derivada de TRHA.....	780
3.2).- Sustancia negocial en caso de usuaria casada.....	785
3.2.1).- Matrimonio de mujeres.....	788
3.2.2).- Justificación del consentimiento marital.....	789
3.2.2.1).- Justificación en TRHA de origen “no biológico”.....	791
3.3).- Sustancia negocial en caso de usuaria no casada.....	792
3.4).- Revocación e impugnación de consentimientos y de filiación.....	795
3.4.1).- Impugnación por vicio.....	801
3.4.2).- Igualdad en la condición de hijo.....	804
3.4.3).- Incapacidad.....	808
3.5).- Unilateralidad del negocio jurídico del consentidor.....	810
3.6).- Adopción de embriones.....	813
<u>CAPÍTULO X).- INTERNORMATIVIDAD CONYUGAL</u>	816
1).- <u>CONTRADICCIÓN <i>GESTALTUNGSFREIHEIT</i>-DERECHO DE FAMILIA</u>	816
1.1).- Contradicción legal.....	819
2).- <u>DELIMITACIÓN DE MATERIAS</u>	822
2.1).- Verticalidad y horizontal delimitadoras.....	823
3).- <u>NEGOCIO PATRIMONIAL, PERSONAL Y FAMILIAR COMO DISTINCIÓN</u> ..	826
3.1).- Naturalezas, estados y eficacias de un convenio entre cónyuges.....	827
3.1.1).- La ejecutividad superior del negocio familiar.....	829
3.1.2).- Imposibilidad de súper ejecutividad <i>ex conventione</i>	833
3.1.3).- Heteronomía y autonomía en Derecho de familia.....	837
3.1.4).- Opciones legislativas.....	841
3.1.5).- <i>Voluntas subiecta materia</i>	845

3.1.6).- Dualidad personal/familiar en la jurisprudencia.....	847
<u>4).- LA TIPICIDAD DEL NEGOCIO FAMILIAR.....</u>	<u>850</u>
4.1).- El pacto de delegación o distribución como negocio típico.....	851
<u>5).- REQUISITOS DE VALIDEZ DEL NEGOCIO FAMILIAR.....</u>	<u>853</u>
5.1).- Vicios del consentimiento y convenio regulador.....	856
5.1.1).- Congruencia del proceso familiar.....	860
5.1.2).- Competencia del Juez de Familia sobre estos vicios.....	861
5.1.3).- Incompetencia del Juez civil sobre la materia familiar.....	863
5.1.4).- Valor ratificante o enervante de posiciones procesales.....	865
<u>6).- INNECESARIEDAD DE APROBACIÓN DEL CONVENIO.....</u>	<u>867</u>
6.1).- Incongruencia y conflicto de competencia en el 233-3 CCC.....	868
6.2).- Pactos sobre pensión compensatoria.....	871
<u>7).- MODIFICACIONES POSTERIORES DEL CONVENIO REGULADOR.....</u>	<u>874</u>
<u>CONCLUSIONES.....</u>	876
<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	895

ABREVIATURAS Y SIGLAS

- BOE: Boletín Oficial del Estado
- BORME: Boletín Oficial del Registro Mercantil.
- CAHBI: Comité *Ad Hoc* sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas del Consejo de Europa.
- CAP: Centro de Atención Primaria
- CC: Código civil.
- CCC: Código Civil de Catalunya
- CE: Constitución española.
- CEDAW: Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.
- CNRHA: Consejo Nacional de Reproducción Humana Asistida.
- CP: Código Penal.
- DDHH: Derechos humanos.
- DGP: Diagnóstico genético Prenatal
- DGRN: Dirección General de Registros y Notariado
- DUDH: Declaración Universal de los Derechos del Hombre
- EEUU: Estados Unidos de Norteamérica
- EF: Expropiación Forzosa
- ESHRE: Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología
- ET: Estatuto de los Trabajadores
- FIV: Fecundación in Vitro
- IAAF: Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo
- IAD: Inseminación artificial con aportación de donante.
- IAH: Inseminación artificial heteróloga.
- LAP: Ley de Autonomía del Paciente

- LC: Ley Concursal
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil (2000).
- LF: Ley Foral.
- LO: Ley Orgánica.
- LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial
- LOPCHIFI: Ley Orgánica de Protección Civil del Derecho al Honor, Intimidad y Propia Imagen.
- LPJDF: Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales
- LRC: Ley del Registro Civil.
- LRJAPPAC: Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
- LSC: Ley de Sociedades de Capital.
- LTRHA: Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- OMS: Organización Mundial de la Salud.
- ONU: Organización de las Naciones Unidas
- PNL: Programación Neuro Lingüística
- REM: Régimen Económico Matrimonial.
- RRC: Reglamento del Registro Civil.
- RM. Reglamento Mercantil.
- RRM: Reglamento del Registro Mercantil.
- SIDA: Síndrome de inmunodeficiencia adquirida.
- SJPI: Sentencia Juzgado de Primera Instancia.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STDEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- STS: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TAS: Tribunal de Arbitraje Deportivo.

- TC: Tribunal Constitucional
- TEDH: Tribunal Europeo de Derechos humanos.
- TRHA: Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- TS: Tribunal Supremo.
- UE: Unión Europea
- URSS: Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas

INTRODUCCIÓN

Los horrores de la batalla de Solferino crearon la Cruz Roja y la I Convención de Ginebra. Aquéllos que desató la I Guerra Mundial produjeron la Sociedad de Naciones. Finalmente, los añadidos por la II Guerra Mundial y el holocausto supusieron el lanzamiento imparable de la doctrina de los Derechos Humanos. Hoy asistimos al triunfo de esta moral que se acepta incluso como límite metajurídico para los poderes constituyentes. No es ésta mera sustancia principalista o inspiradora para los constituidos: ha tomado eficacia jurídica directa en los ordenamientos y específicamente en lo que hemos venido llamando Derecho privado.

Así el balance entre Derecho y persona se ha roto en favor de la propia persona, de la persona en sí misma considerada. La idea jurídica procedía de una necesidad social de orden, convocando imperatividad y principios comunitarios. Ahora concluyen todos los debates sobre la *lex iusta*, no aceptando que exista Derecho legítimo si no honra y sirve a los Derechos del hombre. Se inaugura así una deriva individualista sobre las concepciones morales y jurídicas que ha terminado por alcanzar la playa de la libertad cúspide, la libertad personal como primer y principal derecho. En este sentido se certifica, por ejemplo, la muerte del interés familiar a manos del individual de cada uno de los miembros de la familia o ser inaceptable en el ámbito personal la “libertad de perder mi propia libertad”, siquiera 1) ello constituya un plan vital sobre valores fundamentales de desarrollo de la propia personalidad y 2) aunque tales valores sean congruentes con los constitucionales, (salvo libertad cúspide, claro), y prosociales, esto es públicamente funcionales.

No se es consecuente luego con estas afirmaciones. Esta ruptura del balance persona/Derecho arroja directamente a éste sobre las relaciones personales intersubjetivas para tutelar a las personas. No es posible colocar a la persona individual como medida de

todo lo jurídico y no es posible afirmar que el Derecho protege y sirve ya a la totalidad omnicomprendiva de la misma sin que el propio foco normativo termine por traer a la luz las relaciones íntimas, afectivas y personales. En tal caso, si el Derecho tiene algo que decir, habrá de hacerlo verticalmente desde fuera de cada persona individual, con arreglo a valores y no a libertad. De otro modo el nuevo balance persona/Derecho sólo funcionaría para el llamado Derecho público, en el que sólo existe persona, (y, por tanto protegido o vencedor), en uno de los extremos de la relación. No, por el contrario, en las relaciones horizontales entre particulares, las cuales oponen persona contra persona, esto es, se plantean como empatadas e irresolubles salvo en sede de *privacy*, (exclusión). Una solución para sostener todavía el individualismo jurídico unipersonal es declarar la falta de juridicidad en tales ámbitos, a pesar de que en ellos se manifiesta la persona en sí misma considerada con una profundidad y con una vulnerabilidad que no existen en otros lugares y que no habrían de ser desatendidas en el nuevo balance persona/Derecho.

La necesidad inexorable de una mirada jurídica sobre relaciones intersubjetivas no patrimoniales determina a las doctrinas individualistas a encontrar una segunda solución proclamando a la vez la libertad individual y el valor normativo *singularis* y el valor ejecutivo directo de los convenios privados en materias absolutamente personales y familiares, privatizando el matrimonio, las relaciones interconyugales y la propia maternidad/paternidad, una libertad de perder la propia libertad como principio de consentimiento formal. Ello desconoce que la sede familiar activa dos juegos simultáneos, uno horizontal entre los sujetos familiares y otro vertical de cada uno de ellos con el contrato social, en forma de función pública, (que aporta poderes y sumisiones, potestad), y de posición pública con trascendencia para terceros. Este último juego no puede regirse nunca por un principio de consentimiento formal.

Se advierte, por supuesto, que el pacto será ineficaz en cuanto ofenda a los Derechos fundamentales, pero ello es un esquema propio de la sede patrimonial, cuyo ser

vive masivamente alejado de cuestiones iusfundamentales. No ocurre así en los ámbitos personal y familiar. Constituyen éstos lugares de constante existencia y compromiso para los Derechos fundamentales en las formas más intensas y vulnerables: en ellos encontramos verdaderamente a la propia persona abierta, ofrecida en un modo que es inconcebible en la sede material. Con esta sola condición de validez, (tributaria de impugnación aunque ésta sea declarativa y no constitutiva), muchos autores reclaman ejecutividad para convenios familiares con el sólo trámite no sustancial de conseguirles un título ejecutivo, como sucede con cualquier otra deuda de cumplimiento. De esta forma nos vemos transportados desde la imposibilidad de Derecho sobre relaciones personales hasta la autonomía privada normativa y ejecutiva, (plenamente jurídica, por tanto), sobre las mismas. Ello supone que quien firma *chartae* a favor de otro convierte a éste en soberano de su misma persona, de su propia conducta personal, de modo que se ejercerá un derecho y una ejecución construida sobre una “libertad de perder mi libertad” que se había proclamado como absolutamente inaceptable en el orden constitucional.

Esta discusión es una cuestión sobre la sustancia negocial. En el pacto pierdo mi libertad hacia ti, mi recíproco. Ello sucede porque existe una realidad de contacto o colisión inexorable que continuamente nos interpela, así como porque la personalidad humana derrama inmediatamente la aptitud negocial que nos ha permitido construir y sostener las sociedades. El negocio es inmediatamente intersubjetivo y supera una visión unipersonal que es imposible. La dignidad humana sólo existe como encarnada y, si se encarna, lo hace en un mundo plural que convierte en propio ser de aquélla una necesaria cohonestación con las iguales dignidades de los demás. Ello no puede tener lugar por pacto porque, suscitada controversia, ambas dignidades son idénticas, sus portadores están en relación horizontal y ninguno puede imponerse sobre el otro. Sólo si existiera una única persona en el mundo coincidirían dignidad abstracta y dignidad concreta y podría ser todo absolutamente individualista.

Es precisa, a mi juicio, alguna mirada que explicita, (si es posible), por qué puede existir, (sin duda), la libertad de perder mi libertad en la sede patrimonial y, entonces, declarar razonadamente si existe la misma posibilidad en el ámbito personal primero y en el familiar después. Y que, en caso de considerar que no existe aquella misma libertad en estas sedes, manifieste argumentadamente en con qué otra forma y figura cabe, si no es posible absolutamente en ningún modo o si ha sido absorbida por otros valores y principios universales y sociales que la utilizan a su favor pero que no como normatividad y ejecutividad *per se* como fuerza convencional.

Ello obligará a revisar el significado de la libertad humana, su papel en el paquete íntegro de los Derechos fundamentales y la relación que, primero la realidad y luego la necesidad del contrato social que trata de dominarla, imponen a la tensión heteronomía/autonomía. Habrán de convocarse el sentido profundo de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, los valores y significados del Derecho dispositivo y del negocio jurídico. En este intento fundamentalista encontraremos una sustancia negocial que une individualidad, intersubjetividad e interés público, esto último por cuanto sin reconocimiento jurídico de la aptitud negocial inherente a la dignidad humana el Derecho no sería sostenible. Y examinaremos el distinto color que toma tal sustancia cuando se aplica a materia patrimonial, personal o familiar, intentando encontrar en las ontologías “cosa”, “persona”, “familia” la explicación del distinto valor de la “libertad de perder mi libertad” en cada una de ellas.

Éste es, en definitiva, el viaje que se propone en esta tesis.

CAPÍTULO I).- DERECHO PÚBLICO Y DERECHO

PRIVADO.¹

¹ Bibliografía fundamental para la confección de este capítulo: BARRANCO AVILÉS, M.C., *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, editorial Dykinson, Madrid - 2000; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 1, Las relaciones conyugales*, actualizado y revisado por GARCÍA CANTERO, G., y CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., 10ª edición, ed. Reus, Madrid, 1994; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, revisado y puesto al día por GARCÍA CANTERO, G., CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., ADROHER BIOSCA, S. Y ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I., ed. Reus, Madrid - 1995; DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, reimpresión facsímil de la edición original de 1971, ed. Civitas, Madrid - 1985; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 99, en *Derecho Civil de España, Volumen I*, reimpresión facsímil de la 3ª edición de 1955, ed. Thomsom -Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo II*, reimpresión facsímil de la edición original de 1952, en *Derecho Civil de España, Volumen II*, ed. Thomsom - Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, reimpresión facsímil de la edición de 1972, en *Derecho Civil de España, Volumen II, op. cit.*; DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona*, 4ª edición, ed. Colex, Majadahonda, Madrid - 2.011; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, ed. Civitas, ed. 1993; D'ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, ed. EU-NSA, Pamplona - 1963; GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España y en Europa: Anotaciones a la Ley de 2005*, en *Revista Jurídica del Notariado*, número 58, Abril-Junio 2006, ed. Consejo General del Notariado, Madrid - 2006, pp. 167-203; GARCÍA CANTERO, G., *Qué queda del vigente sistema matrimonial español?*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez / coord. por Josefina Alventosa del Río, Rosa María Moliner Navarro*, Vol. 1, ed. Universidad de Valencia, Valencia - 2008 (Volumen I), pp. 509-533; GARCÍA CANTERO, G., *Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad*, en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2012, ed. Consejo General del Notariado, Madrid - 2012, pp. 207-227; GARRIDO DE PALMA, V.M., *El Derecho civil, protector del ser humano*, en *Anuario de derecho civil*, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Vol. 36, Nº 4, Ma-

1).- LA UNIDAD DEL DERECHO.

El Derecho es uno y, como tal, es público, un producto del contrato social sin el cual no podría acontecer. En este sentido señalaba DE CASTRO Y BRAVO: “El Derecho positivo es uno, como el Derecho natural del que depende”... “No existen dos sistemas de Derecho, ni un Derecho con principios o caracteres exclusivos o esencialmente opuestos a los de otro Derecho”.² Añade este autor: “la diversificación se produce porque el Derecho se realiza respecto a distintas realidades que requieren normas adecuadas, presididas por principios que formulen esta especialidad. El Derecho realiza su función en dos direcciones fundamentales: 1ª para que la persona realice sus fines, lo que presupone (ser social) la organización y conservación de la comunidad; 2ª para que la comunidad realice sus fines (instrumentales), lo que presupone (como comunidad jurídica) que haga respetar y

drid - 1983, pp. 1359 - 1375; LACRUZ BERDEJO, (edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA), en *Elementos de Derecho civil*, 1-2º, 6ª edición, ed. Bosch, Madrid - 2010; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid - 2010; MARTÍNEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)*. Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 28-47; PARRA LUCÁN, *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, en PRATS ALBENTOSA, L., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, ed. por Consejo General del Notariado, Madrid y Wolters Kluwert España S.A., Madrid -2 012, pp. 97 - 454; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, ed. Universidad Carlos III- Boletín Oficial del Estado, Madrid - 1995; SARAZÁ JIMENA, R., *Jueces, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1407>.

² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 99, en *Derecho Civil de España, Volumen I*, reimpresión facsímil de la 3ª edición de 1955, ed. Thomsom -Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008.

proteja la persona. Esta doble función se expresa en dos principios: el de personalidad y el de comunidad... en constante y necesaria colaboración; los dos se reflejan en cada norma, aunque uno de ellos quede en segundo grado respecto al otro”.³

En el mismo sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ refiere: “...la vida social es, en realidad, una, del mismo modo que el ordenamiento jurídico es también uno.”⁴

“Uno” es cúspide, cima y soledad: el Derecho sólo puede tener lugar desde la emanación vertical, exclusiva y excluyente que es el poder soberano, (y soberano quiere decir suficiente para sostenerse a sí mismo⁵). En este sentido, todo el Derecho positivo es poder y es un producto político. La permisión que contiene el Derecho dispositivo manifiesta que permite quien podría prohibir, de modo que el Derecho privado es, (en este sentido y en un primer momento), un Derecho concedido, otorgado desde la verticalidad y la primacía públicas y sostenido desde ellas.

Verticalidad y unidad del Derecho resultan afirmadas, por distintas razones, desde el origen mismo del contrato social en HOBBS y KANT.

1.1).- El carácter público del Derecho para HOBBS.- HOBBS funda la necesidad del contrato social en la constatación de constituir el mal menor, (utilitarismo):

“El único medio de erigir un poder común capaz de defendernos de la invasión extranjera y de las injurias de unos contra otros (asegurando que, por su propia industria y por los frutos de la tierra, los hombres puedan alimentarse a sí mismos y vivir en el contento) es conferir todo su poder y fuerza a un hombre o asamblea de hombres que pueda

³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pág. 99.

⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona*, 4ª edición, ed. Colex, Majadahonda, Madrid - 2.011, pg. 40.

⁵⁵ SCHMITT, C., traducción de AGAPITO, R., *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid - 1991, pg. 68.

reducir todas sus voluntades con pluralidad de voces a una voluntad... Esto es más que consentimiento o concordancia; es una verdadera unidad de todos ellos en una idéntica persona hecha por pacto de cada hombre con cada hombre...[que] se llama república, en latín *civitas*.”⁶

1.2).- El carácter público del Derecho para KANT.- Para KANT el estatuto de ciudadano es equivalente a la condición de “fin en sí mismo” que todas las personas han de tener moralmente. Ello debe ser firmemente entendido en el sentido de que es una competencia ciudadana ser todos considerados miembros colegisladores del Estado⁷. Se trata de una libertad externa que MAREY subraya cómo para KANT no es reconducible a una ética de la autonomía privada⁸, sino que procede de la obligación moral de las personas humanas de reunirse para regular la mutua interafectación de sus acciones omnilaterales en la forma más inocua y menos inicua para todos.

La condición humana se resuelve así para KANT inmediatamente en una condición política, (*homo politicus, homo republicanus*), como manifiesta MAREY: “...nuestra humanidad demanda aquí la planificación de nuestros derechos, y esto sólo es asequible, para KANT, con la instauración de una república en la que el soberano que legisla con justicia y legitimidad sólo puede ser la voluntad popular general.”⁹

⁶ HOBBS, T., *Leviathan*, edición preparada por MOYA y ESCOHOTADO, segunda parte, capítulo XVII, Editora Nacional, Madrid - 1980, pp. 266-267.

⁷ KANT, I., *Doctrina del Derecho, Erster Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Tomo VI, en KANT, I., *Gesammelte Schriften*, ed. Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlín - 1900 y años subsiguientes, pp. 205-378, en concreto pg 345.

⁸ MAREY, M., *Libertad jurídica y comunidad interactiva en la justificación kantiana del ideal republicano*, en Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 43, 2010, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2010., pp. 519-544, en concreto pg. 542.

⁹ MAREY, M., *Ibidem.*, pg. 542.

De este modo existe: 1) una obligación moral sobre cada persona de acercarse a las demás para constituir tal república y erigirse en legisladores y 2) un contenido moral o “fin ético sustantivo” sobre tal legislación, (“proponerse al ser humano *en general* como fin”¹⁰, lo que supera tanto a individualismo como a comunitarismo).¹¹

Así desde HOBBS y KANT resultan dos formas de entender la relación entre sociedad civil y Estado, (modelo liberal y modelo republicano), cuya diferencia surge “de cómo el individuo se inserta en el Estado”, desde *utilitas* o desde moral¹².

1.3).- Exterioridad y verticalidad del Derecho legítimo.- El Derecho ha de ser exterior a la persona y a la reunión de personas para poder ser tal Derecho: en otro caso no puede haber prescripción sino decisionismo individual o grupal (mayoritario). HOBBS y KANT destacan cómo *utilitas* y *moral* son ajenas a cualesquiera de estos voluntarismos. KANT, en concreto, se refiere a “una voluntad omnilateral unida de manera no contingente [votación] sino *a priori*...y... por sí misma legisladora”¹³, lo que resuena en las críticas de D’AGOSTINO y OLLERO TARASSA a la democracia como dispensadora axiológica¹⁴.

¹⁰ KANT, I., *Doctrina de la virtud, Zweiter Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Tomo VI*, en KANT, I., *Gesammelte Schriften*, ed. Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlín - 1900 y años subsiguientes, pp. 379-491, en concreto pg. 395. El subrayado es mío.

¹¹ MAREY, M., *op. cit.*, pp. 529, 531 y 540 - 541.

¹² BARRANCO AVILÉS, M.C., *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, editorial Dykinson, Madrid - 2000, pg. 113.

¹³ KANT, E., *Doctrina del Derecho*, *op. cit.*, 263, §14.

¹⁴ D’AGOSTINO, F., *La bioética como Problema Jurídico Breve análisis de carácter sistémico*, en Cuadernos de Bioética, n. 28, 4ª, 1996, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, Madrid - 1996, pp. 470-476 en concreto pg. 472); OLLERO TARASSA, A., *La Engañosa Neutralidad del Laicismo*, <http://arvo.net/andres-ollero/la-enganosa-neutralidad-del-laicismo/gmx-niv868-con17441.htm>, pg. 8, última visita el 17 de Marzo de 2014.

En este punto HART distingue con precisión entre moral social, (*factum*), y moral crítica o auténtica¹⁵, lo que, por el contrario, no resulta advertido por los intentos de HABERMAS para superar la producción legislativa formal democrática, (mayoría parlamentaria), con un aparataje deliberativo social, (mayoría sociológica), pues esta última no contiene tampoco valor moral *per se*¹⁶. Afirmar un principio mayoritario de aritmética de escaños o sociológica, (olvidando la existencia externa y superior de un principio moral), desnuda otra vez la presencia de mero poder y no corresponde a la idea kantiana, (el patriotismo constitucional de HABERMAS esconde las mayorías satisfechas que denuncia GALBRAITH¹⁷).

El Derecho legítimo que resulta tanto de *utilitas* como de moral es ajeno al plano en que se sitúan individuos, sumas de individuos, mayorías y la propia comunidad, de modo que resulta inalcanzable por todos ellos en su razón de validez verdadera y última, (utilidad y moral no son nociones voluntaristas). Es ahora cuando apreciamos que el Derecho es superior y vertical no por “poder” sino por el valor externo que representan *utilitas* o moral

¹⁵ HART, H.L.A., *Derecho, Libertad y Moralidad*, ed. Dykinson, Madrid - 2010, pp. 122 y ss.; en el mismo sentido STRAUSS, L., *What is Political Philosophy*, ed. University of Chicago Press, Chicago - 1988, pg. 51y APARISI MIRALLES, A., LÓPEZ GUZMÁN, J., *El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto de aborto. De la fundamentación jurídico-filosófica a su reconocimiento legal*, en *Persona y Bioética*, Enero-Junio 2006, ed. Universidad de La Sabana, Chía - 2006, pp. 38-39.

¹⁶ Así la crítica de GOYARD-FAVRE a HABERMAS, (GOYARD-FAVRE, S., *Le Droit et le Societé d'aujourd'hui*, http://www.philopsis.fr/IMG/pdf_justice-droit-goyard-fabre.pdf, pp. 16-17, última visita el 17 de Marzo de 2014, o GONZÁLEZ MORÁN, F., *De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte*, editorial Dykinson, Madrid - 2.006, pg. 14).

¹⁷ HABERMAS, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, ed. Tecnos, Madrid- 1989, pg. 94: GALBRAITH, J.K., *La cultura de la satisfacción: los impuestos ¿paraqué? ¿quiénes son los beneficiarios?*, ed. Ariel, Barcelona – 1992.

y es ahora que sentimos el riesgo de dislocación entre Derecho y Derecho positivo, entre legitimidad y legalidad.

La verticalidad del Derecho determina que éste tome una forma imperativa o prescriptiva que es característica de lo que tradicionalmente llamamos Derecho público, (inteligencia de Derecho público). Pero esta verticalidad se nutre metajurídicamente, de modo que decae y permite disidencia o guerra civil cuando se convierte en Derecho injusto¹⁸, estando también el ejercicio constituyente o revolucionario sujeto a idénticos límites metajurídicos.¹⁹ De esta forma el Derecho público como producto político es una realidad vertical pero instrumental.

1.4.- Utilitas versus moral.- La polémica entre *utilitas* y moral para legitimar el Derecho es eterna. Así, en sentido kantiano, señaló ARISTÓTELES: “Los hombres no se han asociado solamente para vivir, sino para vivir bien”, y ello implica que “todos los que se interesan por la buena legislación indagan acerca de la virtud y la maldad cívicas. Así resulta también manifiesto que la ciudad que verdaderamente lo es, y no sólo de nombre, debe preocuparse de la virtud; porque si se limita a una garantía de los derechos de unos y

¹⁸ KANT, I., *Paz Perpetua, Zum ewigen Frieden*, Tomo VIII., , en KANT, I., *Gesammelte Schriften*, ed. Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlín - 1900 y años subsiguientes, pp. 341- 386, en concreto pg. 373; TAPIA VALDÉS construye en igual sentido el que llama derecho de insurrección, (TAPIA VALDÉS, J., *Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario*, en Estudios Constitucionales, Año 6, número 2, 2.008, ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2.008, pp. 121-142, en concreto pp. 136-137).

¹⁹ KANT, E., *Paz Perpetua...*, *op. cit.*, pg. 373; TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pp. 131-136.; DOUZINAS, C., *El final de los Derechos humanos*, traducción de FALCÓN TELLA, F., Anuario de Derechos humanos, Nueva Época, Volumen 7, Tomo 1, 2006, ed. Universidad Complutense, Madrid-2006, pp. 309 - 340, en concreto pp. 310 y 338.

otros, como sostiene Licofrón el sofista, deja de ser capaz de hacer a los ciudadanos buenos y justos”.²⁰

Entre HOBBS y LICOFRÓN y KANT y ARISTÓTELES media un abismo infranqueable, el que separa lo intrínseco, (inmanencia, ser moral), de lo extrínseco, (garantía, instrumento en favor de un ser que no manifiesta moral *per se*). VIDAL MARTÍNEZ señala un núcleo de Derechos fundamentales inmanentes a la persona que son referidos por el artículo 10 CE como “derechos inherentes” a la misma y que son invulnerables incluso para su propio titular.²¹ En el mismo sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ destaca el valor inherente de los derechos de la personalidad²². Y LÓPEZ JACOÍSTE revela la raíz monista, la imposibilidad de un *ius dominativum* y la conexión institucional, constitutiva y determinante entre persona y Derechos de la personalidad, (ser y no tener)²³, manifestando una dislocación entre titularidad de los derechos y persona que los encarna. Esta separación procede de la exterioridad, (como

²⁰ ARISTÓTELES, *Política*, III, 5, 1280 a y b, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, (trad.), ed. Istmo, Madrid - 2005.

²¹ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y otros contra Austria. TEDH 2010/56 1 de Abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo*, en Revista de Derecho y Genoma Humano, editada por Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizcaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao-2011, núm. 34 Enero-Junio 2011, npp. 109, pp. 155 - 201, en concreto pg. 194.

²² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pp. 553-554.

²³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid - 2010, pp. 351-352 y 358-365.

mandato moral), que tienen tales derechos respecto del individuo por razón de su universalidad, lo que será examinado posteriormente.

1.4.1.- Superioridad de moral sobre utilitas.- Resulta superior, a mi juicio, la idea moral sobre la utilitarista. El instinto construye también desde el utilitarismo, (necesidad extrínseca), una estructura grupal para todos los animales gregarios, (rebaños, manadas, bandadas). El hombre utilitarista no se diferenciaría de ellos sino en que posee la garra y colmillo especial de la inteligencia aplicada para responder a la demanda exterior. No habría, por tanto, sino una adaptación al entorno y a sus retos.

Sin embargo, a mi juicio el ser humano no se diferencia del animal tanto por poseer un aptitud especial, (como *factum*), cuanto por la intencionalidad con que emplea esos medios que están exclusivamente a su disposición, (cualidad moral o espiritual), la “intención moral de la lucha” que refería KANT.²⁴

En antropología se ha sostenido que no existe una calidad moral natural humana, negando cualquier altruismo psicológico innato. Si existen hombres morales son excepciones puntualísimas al egoísmo intrínseco a todo ser natural: el hombre se conduce estadísticamente por un cálculo interesado y egoísta. Ello conduce a una moral hobbesiana, (utilitarista). Un hombre puede cumplir la regla moral pero su acto no es virtuoso: tal acción es un medio para sus intereses y fines egoístas y no un fin en sí mismo. Así WILLIAMS, DAWKINS, Mc GINN y SINGER.²⁵

²⁴ KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, traducción de ROVIRA ARMENGOL, J., ed. Losada, Buenos Aires - 1961, pg. 92; DE LORA DELTORO, P., *¿Puede Gracia ser franciscana? Un comentario a Mark Rowlands: “¿Pueden los animales ser morales?”*, en DILEMATA año 4, (2012), número 9, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC: Instituto de Filosofía, Madrid, 2012, pp. 33-39, pg. 35 y pg. 38.

²⁵ WILLIAMS, G.C., *Huxley's Evolution and Ethics in Sociobiological Perspective*, en Thomsom, P., (coord.), *Issues in Evolutionary Ethics*, SUNY Press, Albany, 1.995, pp. 317 - 349, DAWKINS, R., *The selfish gen*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2ª edición, 1989, Mc GINN, C., *Evolution, Animals and the*

Pero el utilitarismo no puede verdaderamente fundar Moral ni Derecho por cuanto estos autores conciben una ecuación individualista. Con tal perspectiva mi palabra está siempre condicionada a que yo mismo no tenga suficiente poder para romperla obteniendo mayor provecho, de modo que será preciso bien afirmar un concepto de utilidad social o marginal, (que tampoco está presente psicológicamente), o bien caer en los peligros del comunitarismo.

En este sentido señala STRAUSS: “si el último criterio de justicia es en definitiva la voluntad general, por ejemplo la voluntad de una sociedad libre, entonces la práctica del canibalismo es tan justa como su prohibición. De manera que debemos considerar como sagrada toda institución tallada por el folclore o el color local”²⁶. Y desde aquí llega la aniquilación del que no es como nosotros, como señala críticamente LA TORRE: “para estas doctrinas no es el ser hombre lo que hace de un hombre un hombre, sino el formar parte de una “raza” o de una “comunidad””²⁷.

Por otra parte TRIVERS y ROSAS demuestran, a mi juicio, que existe un altruismo psicológico genuino en el ser humano individual y que éste es base de una cualidad moral que constituye, para mí, una condición espiritual.²⁸ Es desde esta condición moral innata del ser humano que podemos hablar con propiedad del Derecho injusto, de la validez y

Basis of Morality, en *Inquiry*, volume 22, ed. Routledge, Oslo -1979, pp. 81 - 99, SINGER, P., *The expanding circle: Ethics and Sociobiology*, ed. Farrar, Straus and Giroux, New York, 1.981.

²⁶ STRAUSS, L., *op. cit.*, pg. 51.

²⁷ LA TORRE, M., *Derecho, poder y dominio*, ed. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México - 1998, pg. 76.

²⁸ TRIVERS, R., *The evolution of reciprocal altruism*, en *The Quarterly Review of Biology*, volumen 46, pp. 35 - 57; ROSAS, A., *La moral y sus sombras. La racionalidad instrumental y la evolución de las normas de equidad*, en *CRITICA*, Revista Hispanoamericana de Filosofía, Volumen 37, número 110, Agosto 2005, pp. 79 - 101.

legitimidad de la ley y de la construcción del ordenamiento jurídico sobre un cimiento moral.

1.5).- El carácter privado del Derecho.- El Derecho privado es un Derecho en el que no existe aquella única voz pública legitimada desde un plano inaccesible para la voluntad decisionista de individuos, mayoría o grupo, (precepto moral), sino infinidad de voluntades y voces individuales legitimadas por y en sí mismas por el solo hecho de producirse como tales. Todas ellas son iguales y concurren, tantas como sean, en un plano de absoluta horizontalidad, pues tienen precisamente el mismo valor de corresponder a una persona individual. El Derecho privado no contradice la voz única y superior del Derecho público: en el momento en que ésta entrara en juego, habría de ser necesariamente escuchada. En este sentido un Derecho estrictamente privado sólo puede existir en un ámbito de posibilidad predefinido para el mismo de modo que no existan cuestiones de legitimidad, esto es, que se halle asegurado que el consentimiento formal que se producirá en las relaciones entre particulares no ofende al principio moral, (en tal caso será ineficaz).

La condición de privado de este Derecho hace referencia únicamente a que se produce entre iguales y por su voluntad, (autonomía), en un ámbito calculado y preconstituido para ello por haber sido prevaciado de cuestiones morales y iusfundamentalistas, las cuales son públicas aun cuando sean personales³⁰, (*privacy*, familia, protección de la persona física, etc.) En cuanto surgieran tales encrucijadas el Derecho privado deja de serlo y se apreciarán técnicas e inteligencias de Derecho público. Así mismo, este Derecho privado estará predeterminado como claudicante frente a la primacía de apropiabilidad pública respecto de necesidades principales para el sostenimiento del contrato social, (expropiación forzosa, retractos legales, etc.)

³⁰ LÓPEZ JACOÍSTE señala esta coincidencia a través de la noción de orden público, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 362)

En el ámbito prevaciado en el que el Derecho Privado puede funcionar como puro juego, lógica o mecánica que no excita cuestión de legitimidad o de primacía pública, la sola preocupación del contrato social será: 1) evitar empoderamientos, potestades y sumisiones que nieguen *de facto* el valor formal de los consentimientos³¹ y 2) proporcionar un árbitro y ejecutor que aplique las reglas técnicas del juego de la autonomía de voluntad, (negocio jurídico como partida o *match* y jurisdicción).

De aquí ya resulta que el Derecho civil no es tan sólo Derecho privado, pues comprende también inteligencias de Derecho público que realizan determinadas extrusiones e intrusiones desde la eficacia directa de los Derechos fundamentales y desde la primacía de apropiabilidad pública para los bienes y funciones comunitarios.

El Derecho civil es máximamente Derecho privado, (inteligencia de Derecho privado), en la sede patrimonial. Los objetos de este estricto Derecho privado que se produce en torno a lo patrimonial, (bienes, intereses, derechos), son disponibles en el ámbito predefinido para los mismos, esto es, absolutamente pendientes de una voluntad individual y de sus sumas³². Por ello los derechos recayentes sobre ellos pueden

³¹ Aunque respete todos los demás Derechos fundamentales un negocio impuesto fácticamente por un privado a otro ofende la dignidad humana y su emanación de autonomía y libertad. En este sentido “La igualdad está íntimamente unida a la libertad”, (VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, ed. Marcial Pons, Madrid - 2004, pg. 223), el pacto “sólo es admisible cuando existe entre las partes una igualdad de hecho y de derecho”, (NIPPERDEY, H.C., *Grundrechte und Privatrechte, en Festschrift für Eric Molitor zum 75 Geburtstag*, München - Berlín, C.H.,Beck’sche, 1962, pg. 27), y ALFARO AGUILA-REAL señala supuestos típicos en los que la libertad contractual no protege a los contratantes por ser formal y no real, (ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVI, 1993-1, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp- 57 - 122, en concreto pg. 96 y ss.).

³² Señala DE CASTRO Y BRAVO que “se ha dicho “todo derecho privado es absoluto, en el sentido de que le confiere del derecho a obrar en un interés personal y no en el interés social”; será cosa de la ley impedir

considerarse titularidad exclusiva de una persona, enajenables y reclamables automáticamente sin precisar de ningún ajuste o arbitrio iusfundamentalista o publicista sobre la norma jurídica técnica.

Hay en este ámbito estrictamente privatístico una igualdad radical: ninguna voluntad individual vale más que cualquier otra y todas ellas valen tan sólo por haber sido emitidas por una persona, incluyendo la libertad de perder mi libertad. De este modo el Derecho privado patrimonial se relaciona todavía con la universalidad de la idéntica dignidad humana. Pero lo hace a través del principio del consentimiento formal, (exterior y fijado en forma), y, por ello, con horizontalidad y negocio y no con verticalidad y mandato.³³ No obstante, esta formalidad es una mera presunción, (quien consiente se supone que es porque quiso verdaderamente), pero no un valor *per se*. Si no se pudo querer otra cosa, (necesidad, vicio), no hay querer sino empoderamiento y sumisión, heteronomía fáctica³⁴. Ello impide invocar el principio de autonomía para restringir absolutamente la igualdad sustancial y real en la esfera privada patrimonial.

que las prerrogativas concedidas sean contrarias al interés público”, (Ripert, Boulanger).”, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, pg. 136, en DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, reimpresión facsímil de la edición de 1972, en *Derecho Civil de España, Volumen II, ed. Thomsom - Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008.*) De aquí resulta el prevaciado de cuestiones sociales y públicas, (y entre ellas las iusfundamentales, como señala LÓPEZ JACOÍSTE, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 362), que permite la creación de derechos subjetivos perfectos en la sede civil patrimonial.

³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona*, , *op. cit.*, pg. 31.

³⁴ SUELMAN, H.G., *Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden - 1994, pp. 129-130.

De aquí surge la idea negocial, (entre iguales no se conquista o somete, se negocia y seduce), y, por ello, el fiel o clave es siempre que X quiso: ello abre también una herida siempre jugosa entre voluntad y declaración de voluntad que sólo tiene relevancia para los negocios jurídicos y los separa de hechos y actos jurídicos³⁵. Toma así el Derecho privado patrimonial un carácter técnico como reglamento de un juego entre iguales que deducen previsible y automáticamente sus jugadas, (relaciones jurídicas), de acuerdo con un código técnico que permite desarrollar partidas, (negocios jurídicos), libres pero regladas, esto es, guionizadas, previsibles.

Pero, además, el Derecho privado no es un regalo del contrato social a las voluntades individuales, sino que es organizado y sostenido por el Derecho público para dar satisfacción mediata a un interés y un fin igualmente generales y absolutamente necesarios para el grupo: la atención de la libertad y creatividad personal que exige la faz individualista del alma humana mediante el cumplimiento de acciones y propósitos particulares. Ello no se consigue imponiendo sino permitiendo espontáneamente, (heteronomía-autonomía), y mediante permisión el contrato social obtendrá indirectamente paz, menor coste social y mayor producción y circulación de riqueza y felicidad, (inteligencia de Derecho público indirecto o dispositivo).

Esta tendencia del contrato social a obtener mediata y no inmediatamente sus fines e intereses es propia de sociedades desarrolladas y complejas, pues los propios bienes que existen y son valorados en ellas son sofisticados y largamente destilados; requieren así una intensa colaboración e iniciativa de parte de los privados. Ésta no surge coaccionando sino más bien promoviendo, ofreciendo. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ lo señala así

³⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 58 - 63; MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *Tema 9 - El Negocio Jurídico - Parte Primera - Elaboración del Concepto*, en DELGADO DE MIGUEL, J.F., (coordinador general), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo I, volumen 4º*, ed. Aranzadi, Cizur Menor - 2005, pp. 81-343., en concreto pp. 195-246.

para "una sociedad como la nuestra, caracterizada por la complejidad y riqueza de sus relaciones sociales, jurídicas y económicas".³⁸

De todo ello resulta que no es posible un Derecho privado que sea formalmente igualitario y horizontal pero absolutamente libre y soberano en sus contenidos. Lo que llamamos Derecho privado es un Derecho organizado y sostenido por el Derecho público, (producción legislativa, procesos), y ello implica que el contrato social no empleará su actividad y esfuerzo para producir una especie que contradiga sus intereses generales y fines sociales, (Derecho público de la invalidez), o que los arrebaté, (Derecho de primacía pública en retractos legales, expropiación forzosa).

Fuera de lo patrimonial el Derecho privado se encuentra constantemente con la persona en sí misma considerada, lo que determina que a la horizontalidad de los individuos derivada de su igual dignidad humana se superpongan prescripciones morales verticales que son también jurídicas desde la doctrina de los Derechos fundamentales. En Derecho de familia se unen todavía a las consideraciones personales la percusión de funciones principalísimas del contrato social que han de ser necesariamente implementadas. Ello aniquila la posibilidad de sacralizar un consentimiento formal como *lex privata*, (reversibilidad de consentimientos personales, causalización de consentimientos negociales familiares), e introduce mayor número de mandatos que son inteligencias de Derecho público.

Estrictamente, un Derecho privado, (como absolutamente constituido por inteligencias y modos de Derecho privado), sólo puede existir, a mi juicio, en la sede

³⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Compendio de Derecho Civil, Introducción y Derecho de la persona*, 5.ª edición, Madrid, 1970, pág. 15, MARTÍNEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)*. Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 28-47, en concreto pp. 39 - 40.

patrimonial y dentro del ámbito predefinido y prevaciado para el mismo al objeto de funcionar como puro juego técnico o lógico-mecánico.

1.6). Relación Derecho público/Derecho privado.- Al Derecho público se le impone el deber de organizar un espacio de libertad, respeto y protección para la persona individual, para lo privado y para el Derecho privado y, con ello, de no constituir un fin en sí mismo sino una especie servil e instrumental. Así lo señalaba DE CASTRO Y BRAVO: “No debe olvidarse nunca el carácter instrumental del Derecho positivo; recoge los preceptos del Derecho Natural para darles la mayor fuerza social, ha de colaborar a la perfección de la persona, no a su perdición, a que la comunidad sirva no a su propio egoísmo sino a los valores más altos del hombre.”³⁹

Sin embargo, esta exigencia personal que legitima al Derecho único como Derecho justo no convierte al Derecho público en privado, ni en superior, (organizador, sostenedor), ni en inferior, (servil). Ello manifiesta tan sólo el carácter instrumental del Derecho, (y del propio contrato social), respecto de principios que son superiores a grupo e individuo, principios que proceden directamente de una fuente universal moral. El poder de toda herramienta no procede nunca de sí misma sino de la existencia de una necesidad que interpela perpetuamente a un agente desde la realidad: el instrumento es solución pero no sustancia. De ahí este doble carácter poderoso y sumiso que, como útil, muestra el Derecho y que DE CASTRO Y BRAVO diga que “No se puede afirmar científicamente una prioridad entre el Derecho público y el Derecho privado”.⁴¹

³⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pp. 40-41, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*

⁴¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 109.

En todo ser orgánico y funcional existe el riesgo sistémico de que el instrumento llegue a convertirse en un fin en sí mismo y para sí mismo, (hipóstasis⁴²), de modo que sus funciones terminen por concebirse como principios y necesidades *per se*, autojustificados y fuentes de nuevas sustancias que se alejarán del principio personal, (hiperinflación del Derecho constitucional y administrativo)⁴³.

No debe, tampoco, ofuscar el árbol de relaciones jurídicas privadas: cuando las personas ejercen su facultad y agencia relacionándose jurídicamente dentro del *hábitat* establecido sólo apreciamos, (como es lógico), personas, voluntad y libertad individual. Ello oscurece pero no niega el extraordinario sistema y esfuerzo público que supone la creación y sostenimiento de este juego de la autonomía de la voluntad.

Por otra parte, en cuanto una comunidad y un entorno son precisos para que las personas puedan desarrollarse como tales, (LÓPEZ JACOÍSTE⁴⁴), la exageración individualista presenta también el peligro de destruir o amenazar bienes, derechos e intereses comunes que son precisos no sólo para la supervivencia de los propios individuos sino también para poder afirmar que son dignos humanos. (no hay humanidad sin espacio público).

Así, existen dos riesgos simétricos de exageración y extremación sobre cada uno de los principios comunitario e individualista y en cada una de las ramas jurídicas que los

⁴² GARCÍA SIERRA, P., *Diccionario Filosófico*, Fundación Gustavo Bueno, Pentalva Ediciones, Oviedo, 2000, pg. 31

⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 99, en *Derecho Civil de España, Volumen I*, *op. cit.*; HESSE, K., *Derecho constitucional y Derecho privado*, traducción de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., ed. Civitas, Madrid - 1995, pp. 66 -67; SARAZÁ JIMENA, R., *Jueces, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1407>, pp. 845-846.

⁴⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 26-28.

sirven principalmente, Derecho administrativo y Derecho civil.⁴⁵ Por ello convendrá asegurarse, (y representará una garantía adicional), una aproximación precisamente civilista sobre la persona humana y los Derechos fundamentales, dada la sensibilidad individualista que el Derecho civil puede ofrecer frente a nociones funcionales y orgánicas⁴⁷. Considera así LÓPEZ JACOÍSTE que la previsión del artículo 162 CC, facultando a los menores no emancipados para ejercer derechos de la personalidad, “ha querido subrayar la radicación de la materia en el campo civil”⁴⁸.

Del mismo modo, una perspectiva pública podrá ser también adicionalmente garantista sobre ciertas actividades humanas y determinados bienes no atribuibles individualmente, (medio ambiente, bienes de primera necesidad, etc.)

1.7).- La adscripción de instituciones *materiae ratione*.- Existe una cuestión de sensibilidad e intuición en la adscripción de instituciones a unas u otras ramas, un *cuasi* sentimiento como “convencimiento intuitivo de los autores de que ciertas instituciones son

⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 74, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*

⁴⁷ GARCÍA CANTERO, G., *Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad*, en Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2012, ed. Consejo General del Notariado, Madrid - 2012, pp. 207-227, en concreto pg. 211, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A.), *Curso de Derecho civil, (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona, op. cit.*, pg. 32; PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del derecho de la persona y de la familia*, en Anales de la Facultad de Derecho, 19, diciembre 2002, ed. Universidad de La Laguna, Tenerife - 2002, pp. 139-158, en concreto pg. 153 -155; ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat en el Dret de Família de Catalunya*, en Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Nº. 1, 2007, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2007, pp. 429-447, en concreto pg. 441 - 445.

⁴⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 339.

de Derecho público y tales otras de Derecho privado”⁴⁹, más que ontología o dogmática. Ello deriva en una distribución *materiae ratione* que es convencional o elegible y que conduce, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, a ser “más relevante la adscripción a ramas más concretas del ordenamiento, (Derecho civil, Derecho mercantil, Derecho administrativo, Derecho penal...)”⁵⁰ que la proclama de ontologías dicotómicas para el Derecho privado y el Derecho público.

También DE CASTRO Y BRAVO señalaba que la distinción público/privado es una clasificación de instituciones, simple cuestión sistemática a resolver como tal sin producir una sustantivación de la dicotomía que sólo llevaría a desconectar los principios de personalidad, (individualismo jurídico exacerbado en Derecho privado), y de comunidad, (totalitarismo y uniformidad del Derecho público).⁵¹

JORDANO BAREA introdujo también un criterio *ratione materiae* que supone el predominio del principio personal o comunitario instrumental en ciertas sedes⁵². En igual dirección, RECASENS SICHES⁵³ se refiere a un carácter apriorístico y a una diferencia de

⁴⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pp. 98-99, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit*

⁵⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, op. cit., pg. 40.

⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 100, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*

⁵² JORDANO BAREA, J.B., *Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho público*, en *Revista de Derecho Privado*, octubre de 1963, ed. EDERSA, Madrid - 1963, pp. 869 - 872, en concreto pg. 871.

⁵³ RECASENS SICHÉS, L., *Introducción al estudio del Derecho*, ed. Porrúa, S.A., México -1970, pg. 179.

las ramas jurídicas por decantado histórico y DÍEZ PICAZO⁵⁴ a este mismo carácter histórico o decantado de la distinción.

1.8).- Materiae ratione e inteligencias público/privadas.- El Derecho patrimonial se caracteriza por admitir la voluntad privada como fuente de obligación jurídica, esto es, de mandatos intersubjetivos eficaces singularmente, sin el valor general de la norma jurídica. De ahí que no sea precisa *publicatio*: el afectado por ella la ha autocreado sobre sí y por tanto no ha de ir a ningún lugar a conocerla⁵⁵. Ello es posible porque en esta sede todos los bienes e intereses han sido diseñados, (prevaciado iusfundamental y público), para que puedan pender absolutamente de la voluntad individual, funcionando así como un juego con reglas técnicas y automáticas.

Es también por ello que es en este ámbito patrimonial donde actúan derechos o poderes subjetivos perfectos, automáticos, individualísimos que, si se tienen técnicamente, se ejercerán también automáticamente sin tener que valorar la justicia, moralidad o la primacía pública en el caso concreto, sólo su procedencia sistemática.

Por el contrario, es imperfecta y no automática la noción de derecho subjetivo en la colisión de dos derechos fundamentales o de éstos mismos con otros intereses no fundamentales entre privados⁵⁶: en tales casos es precisa una aplicación coyuntural del principio de proporcionalidad que no puede ser absolutamente absorbida por una norma jurídica general, (inexorabilidad de arbitrio judicial valorativo de adecuación, necesidad y

⁵⁴ DÍEZ PICAZO, L., *Lecciones de Derecho Civil, I, Parte General*, ed. Universidad de Valencia, Valencia – 1967, pg. 398.

⁵⁵ La responsabilidad civil extracontractual es, así, pública, inteligencia de Derecho público o heterónoma, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pp. 57-58).

⁵⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem.*, pg. 351; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, op. cit., pg. 552.

proporcionalidad o ponderación en sentido estricto⁵⁷). Por su parte, en sede familiar la posibilidad de derechos subjetivos perfectos y automáticos resulta aún más lejana por cuanto a las cuestiones personales se añaden otras derivadas de la percusión de funciones públicas principalísimas. No es posible construir aquí las mismas nociones de poder y de obligación jurídica que existen en la sede materialista.

DE CASTRO Y BRAVO advertía en este punto del peligro de convertir al Derecho privado en “una organización protectora del egoísmo individualista” hasta producir una “Monstruosa concepción del Derecho privado, como esfera intangible del egoísmo”, peligrosidad que “está en su misma lógica; si el Derecho privado fuese aquél en el que prevalece el interés individual, todo lo que sea extraño a él queda fuera, ha de ser expulsado del ámbito del Derecho civil.”⁵⁸

A mi juicio en este punto debe diferenciarse entre Derecho privado y Derecho civil, entre inteligencias de Derecho público e inteligencias de Derecho privado sin identificar Derecho civil con “inteligencia de Derecho privado”. El Derecho Civil patrimonial no contiene tan sólo inteligencias y técnicas de puro Derecho privado, sino que también encierra las propias del Derecho público que aseguran 1) que el juego lógico mecánico y egoísta no ofenda primacías e intereses generales ni los Derechos fundamentales y 2) que ese juego se sostenga y continúe funcionando, (jurisdicción declarativa y ejecutiva, 117.3 CE).

⁵⁷ HESSE, K., *Significado de los Derechos fundamentales*, en LÓPEZ PINA, A., *Manual de Derecho Constitucional*, ed. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid -2001, pp. 83-115, en concreto pg. 110; MEDINA GUERRERO, M., *El principio de proporcionalidad y el legislador de los Derechos fundamentales*, *Cuadernos de Derecho Público*, número 5, Septiembre-Octubre, Madrid.1998, pp. 119-141, en concreto pg. 121).

⁵⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 89, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*

Con tal advertencia es justísimo que el Derecho patrimonial sea un Derecho del egoísmo allí donde está precisamente armado para funcionar con técnicas de puro Derecho privado, puesto que es sólo así que cumplirá el objeto y los fines mediatos que le demanda el contrato social. Las referencias paradigmáticas “Derecho civil” y “Derecho administrativo” corresponden a una perspectiva sistemática y *materiae ratione*, en tanto “Derecho privado” y “Derecho público” apelarían más puramente a inteligencias, modos y técnicas que se producen con la intensidad y profusión que cada materia y sede requieren para los fines que persigue el contrato social en ellas. Así el Derecho constitucional y el Derecho administrativo se han servido también de técnicas e inteligencias propias del Derecho privado, (derechos fundamentales como derechos subjetivos y derechos públicos subjetivos, p.e.).⁵⁹

1.9).- Obligación jurídica y derecho subjetivo.- DE CASTRO Y BRAVO señaló cómo el normativismo positivista concibió unos “derechos subjetivos absolutos, (sin limitaciones implícitas), y, por tanto, no censurables aunque sean ejercitados abusivamente”⁶⁰. El derecho subjetivo contiene una irreductible heterogeneidad de situaciones, existiendo clasificaciones o agrupaciones diversas, (HOHFELD, KELSEN⁶¹), que, a mi juicio, subrayan la relatividad con que ha de tomarse cualquier concepto unitario del mismo. De todas estas categorías, y respecto de todos los criterios para detectar un

⁵⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, op. cit., pg. 144.

⁶⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 16.

⁶¹ HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídico fundamentales*, traducción de CARRIÓ, G., editorial Fontamara, 3ª edición, Buenos Aires - 1991, pg. 56 y ss.; KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, traducción de VERNENGO, R.J., editorial Porrúa, México - 1.991, pp. 138 - 157.

derecho subjetivo, (HART⁶²), el tipo más acabado y completo es el que surge en el Derecho Civil patrimonial.

KELSEN consideró al derecho subjetivo una técnica “específica del orden jurídico capitalista en cuanto éste garantiza la institución de la propiedad privada, atendiendo, por lo tanto, en forma muy especial al interés individual.”⁶³, (de ahí su perfección en la sede materialista), y FERRAJOLI separó las situaciones subjetivas de derecho fundamental, (personales), y las restantes situaciones de poder y deber⁶⁴, subrayando BARRANCO que su objetivo no fue tanto desvincular la categoría de los derechos fundamentales de la de los derechos subjetivos en general cuanto separar estos derechos personales respecto de aquellos otros patrimoniales.⁶⁵

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR refiere que hemos desarrollado con lujo de detalles un determinado concepto de derecho subjetivo que es apto tan sólo para el liberalismo y ciertos derechos humanos, pero inadecuado e impeditivo teóricamente para otros derechos humanos y una nueva teoría de los derechos⁶⁶.

DE CASTRO Y BRAVO señaló cómo la persona en sí misma considerada alcanza una “situación jurídicamente amparada” que excede de la noción de derecho subjetivo y

⁶² HART, H.L.A., *Legal Rights: Essay on Bentham Jurisprudence and Political Theory*, ed. Clarendon Press, Oxford - 1982, pp. 162 - 193.

⁶³ KELSEN, H., *op. cit.*, pg. 148.

⁶⁴ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de IBÁÑEZ, A., P., RUIZ MIGUEL, A., BAYÓN, J.C., TERRADILLOS, J. y CANTARERO, R editorial Trotta, Madrid - 1995, pp. 911 - 912.

⁶⁵ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 284 - 285; FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, en Teoría Política, número 2, ed. Franco Angeli edizioni, Milán - 1998, pp. 3 - 33, en concreto pp. 10 - 14.

⁶⁶ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*, en Sistema, número 46, 1982, ed. Fundación Sistema, Madrid - 1.982, pp. 45 - 61, en concreto pg. 46.

que comprende derechos subjetivos de la personalidad, facultades y, sobre todo, “un deber general de respeto a tal situación y calidad”.⁶⁷

En el mismo sentido LÓPEZ JACOÍSTE refiere que el esquema sujeto/objeto propio de los derechos subjetivos no es aplicable a los derechos de la personalidad. En ellos es “la personalidad misma en su plenitud la que se defiende y actúa”, sin que pueda cosificarse una dimensión escindida de la misma con entidad objetiva *a se*⁶⁸. El poder implícito en el concepto de derecho subjetivo oscurece los deberes conexos insitos en esta sede, y ni siquiera la idea de DE CASTRO y BRAVO como bienes de la personalidad⁶⁹ oculta que aquí, sigue diciendo LÓPEZ JACOÍSTE, hemos pasado del “tener al ser”⁷⁰ en la unicidad inseparable de la dignidad humana, fusionando lo objetivo y lo subjetivo⁷¹. Por ello propone aplicar a estos bienes la noción romana clásica de *ius* como idea dinámica de “posición justa” o “posición jurídica”⁷².

Un derecho subjetivo perfecto se corresponde con un concepto de obligación interpersonal directa también perfecta. Pero tal noción de obligación interpersonal es exagerada: la dignidad humana no permite concebir ninguna sumisión de un privado frente a otro. Lo que existe aquí verdaderamente es: 1) una prestación, (noción objetiva que esquivaba la cuestión dignitaria humana en los objetos de los derechos subjetivos privados

⁶⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo II*, pg. 36, en *Derecho Civil de España, Volumen II*, ed. Thomsom - Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008.

⁶⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 351.

⁶⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, en *Anuario de Derecho Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1959, pp. 1237 - 1276, en concreto pp. 1.262 y ss.

⁷⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 351.

⁷¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 362-363.

⁷² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 363-364.

patrimoniales⁷⁸); y 2) la sumisión jurisdiccional insita en el contrato de ciudadanía que liga a cada privado únicamente con el contrato social y no con cualquier recíproco contratante o ejecutante, (artículo 118 CE).

La interposición del Estado como jurisdicción yuxtapone a la relación horizontal privada A-B, (nacida de negocio jurídico), una relación vertical pública, entre A y el contrato social, (CS), (artículos 24 y 118 CE, *ticket* y sumisión jurisdiccional insertos en la condición de ciudadanía de A), y otra relación vertical entre B y el contrato social, (CS), (*ticket* y sumisión sobre B). Así se compone un esquema triangular con una base horizontal, (negocio A-B), y dos lados (A/CS y B/CS), que se unen en la cúspide del contrato social. Ello evita ofender al concepto de libertad y dignidad humana con la concepción de poderes privados de persona sobre persona, (obligarte, ejecutarte y concebir la jurisdicción como mera mandataria de los particulares)⁷⁹.

1.9.1).- Derecho subjetivo y obligación jurídica como poder.- Las muy heterogéneas especies de derechos subjetivos y obligaciones jurídicas y justiciables⁸⁰ sólo encuentran sustancia común en la noción de poder: alguien puede conseguir algo, lo que en

⁷⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, ed. Civitas, ed. 1993, Madrid - 1993, pp. 269 - 270.

⁷⁹ GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil. Tomo I., Introducción y parte general*, 7ª edición, ed. Thomsom - Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2006, pg. 96 y ss.

⁸⁰ Empleo el término jurisdicción para separar la especie jurídica de la íntima, social, amistosa o, en general, extrajurídica. Una realidad jurídica es mantenida por el ordenamiento jurídico como “uno de los nuestros” y, por ello, en una u otra forma las realidades jurídicas son también justiciables o judiciables, esto es, serán, en su caso, declaradas y sostenidas por la jurisdicción. En este sentido SARAZÁ JIMENA y JIMÉNEZ CAMPO hablan de justiciabilidad, (SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 53; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, editorial Trotta, Madrid - 1999, pg. 22), y LÓPEZ AGUILAR de judiciables, (LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1990, pg. 78).

el contrato social sólo puede remitir al poder domesticado en el propio acuerdo primigenio, (monopolio, *ticket* y sumisión jurisdiccional, 24, 117.3 y 118 CE); esto es, alguien puede conseguir que la jurisdicción haga algo.

En este sentido “*No right without remedy*” recoge SARAZÁ JIMENA⁸¹, y DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS señalan que “la única idea que califica correctamente al derecho subjetivo es la de poder”⁸². Todo ello apunta a una justicialidad que se impondrá, esto es, poderosa. De ahí la trascendental diferencia de concebir a los Derechos fundamentales como meros principios generales del Derecho o valores irradiantes, (sin poder), o como derechos subjetivos, (con poder inmediato)⁸³, creando, (o no), cierta noción de “compartir el poder”⁸⁴. Ello conlleva, sin embargo, una concepción muy amplia y diluida del derecho subjetivo como todo aquello que permite a una persona acudir ante el Juez, (pura legitimación procesal, puesto que el resultado favorable no está asegurado). Sólo así es posible reunir propiedad, crédito, derecho público subjetivo y Derechos fundamentales como derechos subjetivos.

El poder es siempre político y público, esto es, vertical. Es por ello que derecho subjetivo y obligación jurídicos y justiciables, (aunque se produzcan en el modo más perfecto y pleno como inteligencias de Derecho privado), son ellos mismos, (como tales), productos jurídico públicos y socio políticos. Una obligación jurídica y un derecho subjetivo surgen *ex voluntate* en una relación privada y constituyen un bien e interés

⁸¹ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 309.

⁸² DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Tecnos, Madrid - 1998, pg. 286. Ahora bien, con un denominador común tan inespecífico, la categoría de derecho subjetivo ofrece tal heterogeneidad que más bien semeja yuxtaposición de sustancias diversas a las que sólo se las reúne por tener un efecto o fenómeno extrínseco común: la eficacia jurídica, (hipóstasis).

⁸³ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pp. 308-312.

⁸⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, ed. Universidad Carlos III- Boletín Oficial del Estado, Madrid - 1995, pg. 198-199.

privado. Ello no se niega. Pero la propia categoría o especie del derecho subjetivo y de la obligación jurídica, (naturaleza, propiedades y esencia del poder que separará a estos derechos y obligaciones de aquellos otros íntimos, éticos, amistosos o sociales), es, por el contrario, pública, intangible e indisponible. Se puede renunciar un derecho pero no crear un medio derecho, un casi derecho o un derecho a voluntad del obligado (artículo 1.256 CC.); se puede coaccionar una obligación jurídica o no hacerlo, pero no crear una obligación jurídica casi coercible o no justiciable.

Así la dignidad humana prohíbe empoderamientos de privados sobre privados, y, por ello, el empoderamiento, (latente), que supone juridificar una relación privada sólo puede tener lugar, en términos de legitimidad, mediante una intermediación central y superior del Estado que convierte el expediente bilateral en triangular con cúspide en la jurisdicción. Ésta se halla legítimamente en un plano elevado y no horizontal por su condición de persona pública, desde la cual aporta el elemento del poder, (legítimamente poderosa).

Así lo señalaba para cualquier poder jurídico, KANT: “En este escenario, la obligatoriedad de la acción que manda la ley no surge en realidad de un derecho de los implicados sino de la voluntad de un tercero que no participa de la relación práctica entre ellos, y aunque esa ley satisfaga el criterio de universalidad de la obligación, el modo por el cual se ha implementado infringe el *derecho innato a la independencia del arbitrio constrictivo del otro*. De este modo, cuando las personas implicadas por una obligación que satisface la función *mínima* del derecho son meramente *forzadas* unilateralmente por una autoridad coactiva P a cumplir con un deber jurídico mutuo, ellas no tienen, en rigor, una *obligación mutua*: ellas no se obligan recíprocamente sino que son forzadas por «el arbitrio» de P.”⁸⁶

⁸⁶ MAREY, M., *op. cit.*, pg. 538.

Los privados pueden decidir relacionarse o no hacerlo y, en el primer caso, diseñar además el contenido de tal relación. Por ello hablamos de la voluntad como fuente de las obligaciones jurídicas. Pero que tal contacto entre ellos sea precisamente jurídico, (y no meramente íntimo, amistoso, social o ético), transmuta la naturaleza de su relación, (pero no de su elección), al introducir el elemento vertical y público del poder jurisdiccional, inaceptable como concepto *inter privatos*. El cumplimiento voluntario, (ético, utilitarista o intimidado por la certeza de existir juzgados), utiliza unos resortes psicológicos que, si funcionan⁸⁷, manifiestan una relación bilateral y horizontal que no permite apreciar la pública subyacente. Pero si falla el cumplimiento voluntario el poder no aparece *ex novo* con la demanda judicial, no era inexistente y sólo luego surgido dentro del proceso. El poder está presente desde que dos personas decidieron crear entre ellas una obligación precisamente jurídica, (tal es la mejor definición de la voluntad como fuente jurídica de obligación), convirtiendo en triangular aquel esquema aparentemente bilateral. De ahí la doctrina de la falta de seriedad, (parágrafos 118 y 122 BGB), o la siguiente afirmación de LÓPEZ JACOÍSTE: “Así el efecto último de la obligación ha sido y es la ejecución forzosa”⁸⁸.

1.9.2).- La fuente característica del Derecho privado.- Permitir que los privados puedan decidir si se relacionan jurídica o extrajurídicamente, (y que en ocasiones puedan además dibujar el contenido de tal relación cuando la han querido jurídica), es una concesión crucial del contrato social a los privados, (artículo 10 CE⁸⁹), pues sólo así consigue éste, (mediatamente), que la individualidad humana no implosione y se oriente al máximo desarrollo de las personas y de la riqueza nacional.

⁸⁷ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 2ª edición, Steven and Sons, London, 1971, pg. 175.

⁸⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 705.

⁸⁹ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 103.

De este modo, frente a las obligaciones generales surgidas de la norma jurídica, (fuente de situaciones), aparecen ahora obligaciones singulares entre personas concretas, determinando relaciones que tan sólo nacieron porque precisamente así lo desearon los implicados en sus términos, (espontaneidad negocial). Por ello se afirma que la fuente de estas obligaciones y relaciones singulares es la autonomía de la voluntad, de modo que puede decirse aproximativamente que existen aquí normas jurídicas singulares, (D'ORS⁹⁰), o normas *ex voluntate* (DE CASTRO Y BRAVO)⁹¹.

Tales obligaciones singulares y jurídicas no nacen sin que cada uno de los comprendidos se autoimponga a sí mismo una conducta futura tutelada por la jurisdicción, mecanismo que es el verdaderamente subyacente a la expresión “voluntad como fuente de las obligaciones” y que consiste en saber y aceptar que uno mismo está activando sobre sí el deber de sumisión jurisdiccional, (118 CE), respecto de un contenido concreto creado negocialmente por competencia, (conmutatividad), cooperación o en soledad, (negocios unilaterales), y, en todos los casos y para cada interviniente, voluntariamente por un móvil o propósito subjetivo radicalmente personal, ya sea que además este último se juridifique como causa concreta o motivo incorporado o permanezca en la realidad psicológica interna de cada negociante⁹².

⁹⁰ D'ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, ed. EUNSA, Pamplona - 1963, pp. 21 – 23.

⁹¹ DE CASTRO Y BRAVO señala que es así que el hombre conserva una parcela de soberanía como poder de crear Derecho, (*ita ius esto, subject made law*), otorgando valor institucional a la autonomía de la voluntad y dando su ser propio, (como fuente), al negocio jurídico, (norma concreta *inter partes*). Se opone así a las doctrinas que desnaturalizan el negocio jurídico al reducirlo a una declaración de voluntad dirigida al nacimiento, extinción o modificación de un derecho o relación jurídica. Ahora bien, el negocio jurídico no es fuente de Derecho objetivo sino tan sólo de mandatos singulares, (DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, reimpresión facsímil de la edición original de 1971, ed. Civitas, Madrid - 1985, pg 25, pg. 31 y pp. 32 y 33).

⁹² DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, *op. cit.*, pg. 103

Pero también ocurre aquí que la noción de fuente voluntaria de las obligaciones jurídicas es una noción sociopolítica y pública, pues, o bien encierra poder, o bien la obligación no será jurídica. El contrato social permite a los privados juridificar o no una relación entre ellos, pero el catálogo de fuentes voluntarias de juridicidad y justicialidad es un catálogo público dado que fluye a través de ellas poder vertical. Es por ello también que, si se activa una fuente voluntaria de juridificación, la relación ha ingresado irremisiblemente en lo jurídico y poderoso y nunca más podrá considerarse meramente ética, íntima, social o amistosa, excepto que se produzca un nuevo expediente y protocolo jurídico de retirada, (renuncia, *mutuo disenso*, revocación, resolución, denuncia en contratos continuados, etc.).

Esto es, los privados son libres de relacionarse jurídicamente o no, y de hacerlo con uno u otro contenido, pero no pueden establecer portales de juridificación o de eliminación de juridicidad que no sean los públicamente señalados. Ha de recordarse la máxima popular: no convoques a quien luego no puedas despedir.

1.9.3).- El negocio jurídico como fuente del Derecho privado.- Señalaba DE CASTRO Y BRAVO que, si bien la referencia a la voluntad es ineludible en sede de fuente de las obligaciones, ello llevó a interminables contradicciones y debates sobre la teoría de la declaración de voluntad y la naturaleza del negocio jurídico⁹³, discusiones que habrían de superarse afirmando directamente que la fuente característica y diferenciadora del Derecho privado es el negocio jurídico.⁹⁴ Ello diferencia negocio jurídico/proceso y negocio jurídico/especie o resultado.

⁹³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pg. 28 y pp. 58 - 61; *vide* también para el examen de estas doctrinas MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A., *Tema 9 - El Negocio Jurídico - Parte Primera - Elaboración del Concepto*, en DELGADO DE MIGUEL, J.F., coordinador general, *Instituciones de Derecho Privado, Tomo I, volumen 4º*, ed. Aranzadi, Cizur Menor - 2005, pp. 81-343, en concreto pp. 198-237.

⁹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 21

El negocio jurídico se produce por la voluntad de las personas y existe una experiencia y un desarrollo vital consecuente, (tratos preliminares, oferta/aceptación, negociaciones, etc.) Concluido el negocio jurídico éste es ya un resultado, y es entonces cuando propiamente existe como especie jurídica y fuente normativa singular, manifestándose exterior y objetivo respecto de las individuales y subjetivas voluntades negociales. Ello ha de ser así por cuanto sólo la conclusión trae la imprescindible fijación y exterioridad, (objetividad y no subjetividad), sin las cuales no hay Derecho, sino capricho, amistad, espontaneidad o decisionismo. No hay fuente jurídica *singularis* sin prescriptividad y ésta requiere sujeción e involuntariedad: la libertad de perder mi libertad ha hecho que efectivamente la pierda.

Ello nos indica que el negocio jurídico como especie y no como proceso es ya un producto socio político, parte del ordenamiento, contemplado y tutelado por él como uno de los nuestros, portador de un poder que es también político y jurídico público, (con la intermediación vertical de la jurisdicción). De este modo el negocio especie o resultado excede ya de la voluntad individual, se separa de ella y se derrama en obligaciones precisamente jurídicas sobre los negociantes.

Esta objetividad y exterioridad final se aprecia en el artículo 1.256 CC sobre arbitrio del cumplimiento, en el 1.261 sobre inexistencia, en el 1.115 sobre nulidad de condición puramente potestativa, y es la que explica los principios del Derecho privado patrimonial de agotamiento de turno o retirada protocolaria en declaraciones recepticias, (sujeción a la oferta, sujeción a la donación ofrecida, necesidad de *mutuo disenso*), o de necesaria producción de los resultados de juego, (cumplimiento, equivalencia, indemnización). Como señala DE CASTRO Y BRAVO, “la existencia de una voluntad dirigida expresamente a lo que ha hecho... se estima superflua. No porque se prescinda de

la voluntad sino en atención al significado normal de las conductas o a la responsabilidad que de ellas resulta.”⁹⁵

La relación natural entre el proceso voluntario y su resultado final permiten considerar que “querido durante el proceso” es “querido final y perpetuamente”. La fuerza de obligar que une el contrato social al negocio jurídico procede precisamente de tal presunción, pues es sólo así que la actividad autónoma privada se produce máximamente, (hago lo que quiero), para conseguir para el grupo paz social y productividad. Lo contrario, (hago lo que no quiero), volvería a ser estéril heteronomía y no fructífera espontaneidad.

Pero, siendo ello cierto, si el negocio jurídico como especie no se objetivara en algún momento, (conclusión), de las voluntades subjetivas individuales, no habría posibilidad de juridicidad ninguna sino de puro voluntarismo y decisionismo: ningún orden y ninguna productividad serían posibles si nunca termino de perder mi libertad. Ello revela una tensión entre la voluntariedad del proceso y la juridicidad del resultado y un riesgo de dislocación.

Debe afirmarse de principio la perspectiva pública sobre la privada: si se concluye formalmente negocio jurídico éste ha de considerarse obligatorio. Señala DE CASTRO Y BRAVO el valor mítico o emocional del concepto de autonomía privada, (“!libertad; ¡derechos del individuo;”) ⁹⁶, y cómo ello es engañoso y oculta “que se pretende algo más, se pide que el acto o la declaración de voluntad tenga un valor jurídico específico, que sea vinculante, con lo que implícitamente se niega la libertad de desdecirse o retractarse”. “*Contractus ab initio est voluntas, ex post facto necessitatis*”⁹⁷.

El negocio jurídico debe aceptarse como una categoría jurídica y, por ello, obligatoria, objetiva y exterior respecto de las voluntades negociales, (fuente de obligación

⁹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, *op. cit.*, pg. 30.

⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*..., pg. 12.

⁹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 12

jurídica). Los riesgos y tensiones entre proceso negocial y resultado negocial permitirán que un negocio jurídico sea retirado del terreno jurídico, y ello es definitorio del mismo frente a hechos y actos jurídicos. Pero habrá de ocurrir así por la concurrencia de circunstancias relevantes y objetivables de acuerdo con la doctrina de los vicios de la voluntad o situación de necesidad⁹⁸, nunca por el mero cambio de opinión o la revelación de un estado interno que no se exteriorizó ni fijó debidamente, (reserva mental, *clausulas ad cautelam*⁹⁹).

DE CASTRO señala cómo el Derecho valora al máximo el elemento voluntario en el negocio jurídico frente a otros ámbitos que el propio Derecho declara como no negociales, pero valora esta voluntariedad “como elemento del supuesto de hecho”: calificar un hecho social de negocial o no y calibrar el significado de la voluntad para su eficacia sólo corresponde al contrato social, no a la voluntad individual¹⁰¹.

Es en esta calificación donde el contrato social precisará cuándo atenderá y hasta qué punto, (en la sede precisamente negocial por ser imperio de lo querido e interdicción de lo no querido), esta tensión y dislocación posible entre voluntad en el proceso negocial y voluntad plasmada, exteriorizada y fijada en un programa final de obligaciones precisamente jurídicas, (coercibles jurisdiccionalmente).

2).- RECHAZO DE LA DISTINCIÓN POR SUJETO O INTERÉS

Debe rechazarse la distinción público-privado por razón de la naturaleza de los sujetos e intereses, pues produce confusión en las sedes personales y familiares, en las que se solapan intereses y necesidades públicas y privadas. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y

⁹⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 108, pp. 111 – 112, pp. 114 – 115.

⁹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 99.

¹⁰¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 34 y pg. 31.

ALDAZ manifiesta así la insatisfacción que produce basar esta dicotomía en un interés general/público y un interés particular/privado.¹⁰⁴

2.1).- Distinción público-privado por sujeto e interés.- La condición pública y privada de un Derecho ha sido establecida, sin embargo, muchas veces de acuerdo con este filo. Así VALLET DE GOYTISOLO: “el Derecho Público regula la organización y el régimen de los órganos oficiales, y el Derecho Privado, la de las personas y los órganos sociales espontáneos”¹⁰⁵ y RECASENS SICHES: “...se trata de una diferencia histórica entre normas inspiradas predominantemente por intereses públicos y normas protectoras de intereses privados”.¹⁰⁶ También DÍEZ PICAZO quien resalta el carácter histórico de la distinción y enuncia como criterios de orden práctico para deslindar los campos del Derecho público y del Derecho privado los característicos de la teoría de los sujetos.¹⁰⁷

D’ORS explica cómo estas insatisfactorias distinciones por sujeto e interés se originan en un error histórico: “Fue sólo un glosador que añadió una nota desorientadora al texto de Ulpiano *sunt enim quaedam publica utilita, quaedam privatim*. En virtud de esta torpe glosa la distinción quedó consagrada como diferencia de interés... como si unas normas pudieran interesar tan sólo al Estado y otras únicamente a los particulares”¹⁰⁸.

La distinción por naturaleza de personas e intereses conduce inmediatamente al fenómeno del arrebato de bienes privados por la superioridad del interés público y a un derecho privado como tolerado y claudicante, (primacía de apropiabilidad pública). Se

¹⁰⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona, op. cit.*, pg 39.

¹⁰⁵ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Panorama del Derecho Civil*, ed. Bosch, casa editorial, Barcelona – 1963, pp. 92 - 93.

¹⁰⁶ RECASENS SICHÉS, L., *op. cit.*, pg. 179..

¹⁰⁷ DÍEZ PICAZO, L., *Lecciones de Derecho Civil, op. cit.*, pg. 398.

¹⁰⁸ D’ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano, op. cit.*, pp. 21 – 23.

produce, por ejemplo, en la expropiación forzosa y retractos legales, e incluso afecta al núcleo mismo de la autonomía de la voluntad mediante lo que DE CASTRO Y BRAVO llama contratos impuestos o forzosos y DÍEZ-PICAZO constitución heterónoma de relaciones obligatorias.¹⁰⁹ No obstante, esta concepción no puede explicar por qué el interés público se ve definido esencialmente, (incluso mediante constricción y limitación), desde la dignidad de la persona humana, forzando al Derecho público a ser, *ab initio*, un instrumento por y para ellas.

Por otra parte, desde lo individual también ocurre que el valor moral de la persona en sí misma impide considerar que todo interés del sujeto sea un puro interés particular de libre disponibilidad, obligando a aceptar que sobre el individuo se produce también una conmixción y solapamiento de intereses públicos y privados¹¹⁰.

Ninguna distinción público-privado puede fundarse en el solo dato de que concurra, o no, en la relación una persona individual humana y bienes e intereses propios de las personas individuales humanas.

2.2).- Función pública protectora de los Derechos humanos.- No puede apreciarse nunca que las personas públicas actúen en interés ajeno en sede de Derechos humanos. El contrato social toma como fin propio la protección y respeto de la dignidad humana¹¹¹. Ello tanto por condición de validez sustancial como por un interés egoísta para conseguir mediatamente ciertos fines generales. Tal interés y tal función públicos resultan de la CE, (10.1, 14, 16, 17, 18, 32, 39.3, 49, 50 CE).

Se trata de un desempeño de interés y competencia público y general, insoslayable, sin que nunca pueda tipificarse un interés egoísta, particular y privado en su actuación, esto

¹⁰⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 41-42; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II Las relaciones obligatorias*, op. cit., pg. 154.

¹¹⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad extracontractual...*, op. cit., pg. 362.

¹¹¹ FOSAR BENLLOCH, E. op. cit., pg. 1112.

es, un interés “de otro” o “de otros”, ni siquiera cuando el “otro” sea aquél que se vea coyunturalmente protegido o favorecido, (quien encarne individualmente el Derecho humano tutelado o promovido), o aquél sobre quien se refleje precisamente una actuación pública en esta sede fundamentalista. Los poderes y personas públicas siempre se ejercitan en sede de Derechos humanos en nombre y derecho propio por razón de la función e interés sociales y públicos: no cabe aquí ninguna noción de ajenidad o representación.

Así el Juez que decide en la jurisdicción de los egoístas y profesionales por excelencia, la mercantil, activa una función e interés público y constitucional, (la supervivencia del orden y convivencia social que garantizan los artículos 24 y 117.3 CE resolviendo ordenadamente conflictos), y no un servicio particular en interés de quien gana el juicio, cuyo interés representara o procurara el juzgador o ejecutor.

La actuación del Ministerio Fiscal tuitiva sobre menores e incapaces, las funciones jurisdiccionales sobre los mismos, la suspensión de un gran premio de Fórmula 1 por el riesgo para la vida de los pilotos, la prohibición que señalara el defensor del menor de Catalunya para coronar *castellets* con menores de edad, el forzamiento por autoridad pública a transfusión sobre quien religiosamente lo rechaza con riesgo de muerte, son todas ellas actuaciones propias y directas del contrato social en propio interés y en propio nombre y derecho, siquiera los efectos de sus intervenciones y perturbaciones puedan recaer sobre sujetos individuales ajenos e incluso en contra de su voluntad.

2.2.1).- Connixión de la naturaleza pública e individual.- El contrato social no es titular y depositario de los Derechos humanos de todos, sino tan sólo obligado máximo en una función de protección y promoción que lo legitima o deslegitima. Se produce, así, un solapamiento de intereses públicos y personales, pues tales derechos se encarnan en personas o no existirán, concurriendo funciones públicas con actuaciones y sujetos individuales. Esta connixión permite:

1) la fusión entre interés general e interés privado, como señala LÓPEZ JACOÍSTE: "En los derechos de la personalidad el interés esgrimido no sólo no puede estar en contradicción con el interés general, sino que, lejos de ello, su relevancia específica les viene precisamente de ser, al par que personal, expresión del interés general. Tal es la función que aquí incumbe al principio de orden público..."¹¹⁵

2) la existencia de una organización difusa del poder público que comprende a personas privadas que no son, en ningún modo, personal de servicio administrativo y cuyos actos no son actos administrativos sino hechos de vida, (funciones delegadas por el contrato social sobre el amor familiar, oficios públicos familiares), como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ con referencia a GARCÍA DE ENTERRÍA: "un particular puede ejercer, por delegación o concesión, potestades públicas en sus relaciones con otros particulares"... "y entonces sus actos pueden ser considerados como verdaderos actos administrativos, (GARCÍA DE ENTERRÍA)".¹¹⁶

2.2.2).- Inexistencia de titularidad privada en la persona humana.- Tampoco puede considerarse en sede de Derechos humanos que los individuos sean auténticos titulares de los mismos¹¹⁷. Cuando un individuo rebaja su propia dignidad humana, (siquiera lo haga voluntariamente), está degradando y disminuyendo la de toda la Humanidad. Existe aquí, señala LÓPEZ JACOÍSTE, "una objetividad sustentadora en cuya virtud el interés de cada uno es al mismo tiempo interés de todos."¹¹⁸ En este sentido

¹¹⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 362.

¹¹⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona*, op. cit., pg. 40.

¹¹⁷ Ello es afirmado, sin embargo, por la tradición liberal, (BARRANCO AVILÉS, M.C., *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, op. cit., pg. 114).

¹¹⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 362.

CALABRESI, MELAMED y ALFARO AGUILA-REAL hablan a propósito de libertad, (convertirme en tu esclavo), de una “externalidad moral”, por cuanto esta decisión individual “daña” a terceros que no pueden soportar ver alrededor a esclavos, lo que justifica la intervención del contrato social.¹¹⁹

Así LÓPEZ JACOÍSTE rechaza la identificación de estos derechos de la personalidad con el derecho subjetivo, pues “están llamados a efectuar designios de sentido y alcance en principio semejantes y comunes a toda persona, al implicar esencial consonancia con el interés general. De ese modo, la voluntad individual no dispone aquí de un ámbito privativo de discrecionalidad libre y jurídicamente configurado”¹²⁰

En el mismo sentido VON THUR señalaba que la existencia de protección jurídica sobre ellos no autorizaba a equipararlos con estrictos derechos subjetivos, ya que en modo alguno cabe disponer nada acerca de su nacimiento, transmisión, extinción y renuncia.¹²¹

Por su parte DE CASTRO Y BRAVO refiere que “Hay que tener en cuenta que la persona no tiene en ellos un auténtico derecho subjetivo, (*ius dominativum*), pues carece de poder de disposición sobre los mismos...”¹²² y que “el respeto a la persona se impone a todos, incluso a la persona respecto de sí misma”.¹²³

De este modo, ninguna noción de titularidad propia de los derechos subjetivos privados patrimoniales, (absolutamente pendiente de una voluntad individual estanca), resulta adecuada para los Derechos humanos: habría de definirse un sujeto “humanidad”

¹¹⁹ CALABRESI, V.G., MELAMED, A.D., *Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral*, Harvard Law Review, nº 85, (1972), pg. 1112; ALFARO AGUILA-REAL, *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 101.

¹²⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 360.

¹²¹ VON THUR, A., *Der allgemeinen teil des burgerlichen Rechts*, I,1940, pp. 150 y ss.

¹²² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, *op. cit.*, pg. 1.262 y ss.

¹²³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo II, pg. 37, en *Derecho Civil de España*, Volumen II, *op. cit.*

que es imposible, como dice DOUZINAS: “La comunidad de derechos humanos es universal pero imaginaria; la humanidad universal no tiene existencia empírica y no puede actuar filosóficamente como un principio trascendental.”¹²⁴.

2.2.3).- Dualidad humana individual y social.- La imbricación de la individualidad en la socialidad se ha llevado incluso a la propia posibilidad de aquella y de la dignidad humana. Para HABERMAS “Las instituciones morales nos dicen cómo deberíamos comportarnos para compensar la vulnerabilidad extrema del individuo a través de la protección y la consideración. Nadie puede preservar su integridad por sí mismo. La integridad de las personas individuales requiere la estabilización de una red de relaciones simétricas de reconocimiento en las que individuos no sustituibles puede asegurar sus frágiles identidades de modo recíproco sólo como miembros de una comunidad”¹²⁶

Y refiere TAYLOR: “La diferencia crucial es por tanto el carácter no individual de la conversación. La conversación se constituye como el lugar originario del aprendizaje donde los significados de los términos claves son primero “para nosotros”. La conversación es, por lo tanto, el lugar donde las cosas tienen un significado común y donde se abre el “espacio común”. El intercambio con los otros hablantes es imprescindible para definir mi identidad. Y, a pesar de todo ello la modernidad ha motivado los ideales de libertad e individualidad que han llevado a olvidar este holismo de fondo constitutivo del mismo...”¹²⁷

¹²⁴ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 319.

¹²⁶ HABERMAS, J., *Justification and Application: Remarks on Discourse Ethics*, traducción de CIARAN, P.C., ed. The MIT Press, Cambridge, (Massachussets), 1993, pg. 109; MENDIETA, E., *El debate sobre el futuro de la especie humana: Habermas critica la eugenesia liberal*, *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002, pp. 91-114, en concreto pg. 97.

¹²⁷ TAYLOR, C., *Fuentes del Yo. La construcción de la identidad*, ed. Paidós, Barcelona 1996, pp. 51 y ss.

KÖNIG manifiesta en este sentido cómo nacemos dos veces, una del útero materno y otra del social, siendo más decisivo este último “alumbramiento”.¹²⁸ Y LÓPEZ JACOÍSTE señala: “la persona implica relación. Las relaciones confieren su ser propio a la persona... En tanto las relaciones no entren en algún modo de realidad o consideración, no hay lugar a conceptualizaciones de orden personal”¹²⁹.

2.3).- Protección de Derechos humanos por particulares.- DE CASTRO Y BRAVO señalaba que el deber de respeto general a la persona “se impone a todos”, a las “Autoridades”, a “una persona por otra” y a “la persona respecto de sí misma”¹³⁰. Y añade que “La doctrina moderna no ha sabido destacar la existencia del deber general de respeto a la persona, que imponen los principios del Derecho civil; hecho lamentable... que ha impedido la justa resolución de muchos casos prácticos”.¹³¹

Este deber general se encarna hoy, a mi juicio, en la eficacia normativa directa de los Derechos fundamentales reconocidos en la CE no sólo respecto de los poderes públicos, (relaciones verticales), sino también entre particulares¹³² en sus relaciones horizontales¹³³.

¹²⁸ KÖNIG, *Sociological introduction*, en MOHR, J.C.B., SIEBECK, P., *International Encyclopedya of Comparative Law*, ed. Mouton, Tübingen-The Hague- París 1974, Cap. I, Vol. IV, pg. 23.

¹²⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 26 y pg. 27.

¹³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España, Tomo II*, pg. 37, en *Derecho Civil de España, Volumen II*, *op. cit.*

¹³¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pg. 35.

¹³² SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pp., 251 -267; en contra ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *op. cit.*, en concreto pp. 59-64 y 86-92.

¹³³ SARAZÁ JIMENA señala cómo la naturaleza de muchos Derechos fundamentales los hace eficaces exclusiva o principalmente en las relaciones entre particulares, (SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 261), y QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO y GARCÍA MORILLO refieren cómo cabe en los artículos 53.1 y 9.1 y 9.2 CE cuando menos, una eficacia directa negativa de tales derechos sobre los particulares, (QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *El recurso de amparo y los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, ed. Civitas, Madrid - 1981 , pp. 69-70 y 73; GARCÍA

Así el ciudadano que cumple su deber constitucional de respeto de estos derechos no gestiona un interés ajeno ni representa una voluntad extraña, sino que cumple un deber que públicamente le compete a él mismo y satisface un interés propio aun cuando se encarne *ad cassum* sobre el cuerpo de otra persona.

Más allá de la omisión de socorro penal, (art. 195 CP), existe un océano inmenso de eficacia directa de los Derechos fundamentales sobre las relaciones entre particulares donde cada ciudadano puede verse sujeto a un deber público de proteger un derecho fundamental de otra persona, incluso contra la propia persona encarnadora.

Existe también, indudablemente, un derecho a vivir la vida propia de un modo incluso anticonstitucional¹³⁴. Así ALFARO AGUILA-REAL refiere que “en el ámbito protegido por el derecho a la intimidad no queda otro remedio que admitir la existencia de un “derecho a ser racista””¹³⁵, tal es el precio de construir una sociedad de hombres libres.¹³⁶ Pero ello sólo es posible en el ámbito de la *privacy*. Cualquier exterioridad e influencia hacia lo grupal, (intersubjetividad o constructividad social), extrae el supuesto de la ética individual y lo introduce en sede de moral, con deberes omnidireccionales que no permiten oponer la interdicción de injerencia privatística.¹³⁷

MORILLO, J., *La protección judicial de los Derechos fundamentales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia - 1994, pg. 200).

¹³⁴ CARBONELL, M., *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares, (Notas para su Estudio)*, IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Diciembre 2006, pp. 50-75, en concreto pg. 52; BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ed. Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid - 1997, pg. 362.; SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 260.

¹³⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 120.

¹³⁶ BILBAO UBILLOS, J.M., *op. cit.*, pg. 362.

¹³⁷ A estos deberes puede oponerse la libertad personal del afectado, que también es Derecho fundamental a respetar. Ello plantea, como siempre en estas colisiones, un problema de ponderación. Así LÓPEZ AGUI-

El particular que encuentra estos deberes topa con mandatos públicos y no con una cuestión sometida a su autonomía de voluntad. Así el suicidio no forma parte de la *privacy* sino que existe un mandato y un deber de no suicidarse frente al cual la acción de haberlo intentado es tan sólo una vía de hecho tolerada sólo para el suicida, (no un derecho subjetivo¹³⁸). Ello porque evitar tales impulsos exigiría medidas gravemente limitantes de libertad personal, (vigilancia o internamiento de personas en crisis o con perfiles de riesgo, tutela psicológica de adolescentes, etc.), o su penalidad animaría a intentarlo en forma aseguradamente eficaz. Pero no existe tolerancia para quien colabore a tal vía de hecho, (artículo 143 CP).

2.3.1).- Carácter recíproco y multiafectante de estos derechos.- Estos deberes directos y horizontales entre particulares pueden, no obstante, resultar cuestionados cuando existen personas obligadas recíprocamente entre sí por razón de Derechos fundamentales, cuando lo están uno en razón de tales derechos y otro ostentado bienes y derechos no iusfundamentales, o cuando en una misma y sola persona colisionan dos o más Derechos humanos que se manifiestan contradictorios *ad cassum*. Ello no elimina el concepto sino que revela que en las relaciones horizontales entre particulares la eficacia normativa de estos derechos se despliega como una colisión intersubjetiva, multiafectante y radicalmente ligada a la coyuntura, de modo que no es propio hablar aquí de “derechos” sino más bien

LAR señala cómo puede ser muy delgada la línea que por elección personal detenga o no detenga tales deberes ante un muy ferviente y disciplinado militante de partido político, un hijo entregadísimo a su familia o un miembro de una secta captado por ella física, psicológica y económicamente, (LÓPEZ AGUILAR, J.F., *op. cit.*, pg. 121).

¹³⁸ El concepto filosófico de tolerancia presupone un poder que se abstiene discrecionalmente pero que, sin protesta ninguna, podrá activarse en cualquier momento en el sentido normado, (GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*, pg. 540).

de “deberes” o “derechos/deberes” que requieren siempre una articulación y un arbitrio judicial.¹³⁹

Situaciones reiteradas se han planteado en este sentido respecto del derecho a la vida e integridad física y la libertad religiosa de una persona, en la eutanasia o en la alimentación forzosa a personas en huelga de hambre, señaladamente presos. Así, respecto del derecho/deber que recae sobre la misma persona, las sentencias 120/1990, 137/1990, 11/1991 y 67/1991 del Tribunal Constitucional ampararon la alimentación forzosa solventando en favor del derecho a la vida la colisión de éste con el derecho a la libertad, primacía que activa entonces el deber público de la administración penitenciaria de proceder a la alimentación forzosa, (GARCÍA-GUERRERO)¹⁴⁰.

Ello señala una característica intrínseca a la eficacia de los Derechos fundamentales entre particulares, aquella de manifestarse siempre con un valor intersubjetivo y multiafectante que SARAZÁ JIMENA califica de multidireccional¹⁴² y que LÓPEZ JACOÍSTE refiere a un contexto de alteridad.¹⁴³

2.3.2).- Los derechos como deberes/derechos.- La eficacia vertical de la CE sobre las relaciones horizontales entre particulares y el deber general ciudadano resultante componen más una forma de disfrutar la autonomía de la voluntad y de estar en sociedad que una función orgánica y competencialmente construida como la que corresponde a las personas de Derecho público.

¹³⁹ BÖCKENFÖRDE, E.W., *Sobre la situación de la dogmática de los Derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental*, traducción de REQUEJO PAGÉS, J.L., en *Escritos sobre Derechos fundamentales*, ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden - 1993, pp. 95-138, en concreto pp. 114-115.

¹⁴⁰ GARCÍA-GUERRERO, J., *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario; aspectos éticos, deontológicos y legales*, en *Revista Española de Sanidad Penitenciaria*, volumen 15, número 1, 2013, ed. Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria, Barcelona - 2013, pp. 8 - 15, en concreto pp. 12 - 13.

¹⁴² SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 11.

¹⁴³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 29.

Se trata de un deber universal que nace de la condición misma de ciudadanía, y que puede concretarse desde lo más nuclear, (legitimación universal para denunciar atentados a la vida o integridad de cualquier persona, auxilio o socorro sobre los ajenos), hasta lo más periférico, si bien adornado entonces con una prenda o virtud de intensidad que sólo puede aportar el caso coyuntural: limitación de la libertad asociativa obligando a admitir en una piscina privada *only for men* a una mujer cuando no existe en la zona disponibilidad de ninguna otra, procedencia del despido del trabajador cara al público que se niega a afeitarse cuando ello es relevante y congruente con el ramo de actividad¹⁴⁴, negativa a alquilar un piso a persona de determinada religión cuando ocurre sistemáticamente de un modo discriminatorio¹⁴⁵.

HUHLE subraya el pasivo tan oscurecido en el art. 29 de la DUDH: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”. Aquí se rompe la unidireccionalidad de los derechos humanos complementándose la relación del ciudadano como poseedor de derechos y del Estado como su garante con dos elementos: 1) la relación individuo comunidad implica también una relación horizontal y multidireccional entre los distintos individuos y 2) el concepto de deberes como complementarios a los derechos, deberes que HUHLE no refiere al Estado sino a la comunidad.¹⁴⁶

¹⁴⁴ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Criterios de Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, número 3, 1º, semestre 1999, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 193-211, en concreto pg. 209.

¹⁴⁵ CARBONELL, M., *op. cit.*, pg. 52.

¹⁴⁶ HUHLE, R, *La Violación de los Derechos humanos - ¿Privilegio de los Estados?* <http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>, última visita el 17 de Marzo de 2014, pg. 14.

PECES-BARBA señala: “ya dije que se podía aceptar la tesis de que tener un derecho es tener una necesidad cuya satisfacción hay razones para exigir en todo caso”¹⁴⁷, y HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR y GARCÍA SIERRA apuntan un concepto de necesidad humana antes que de Derecho humano: la necesidad convoca primero deberes y luego derechos, (“deber fundamental dice GARCÍA SIERRA”).¹⁴⁸

DOUZINAS refiere todo derecho como derecho del otro: “Si existe algo realmente universal en el lenguaje de los Derechos humanos, si algo metafísico subyace a ellos, eso sería tal vez el reconocimiento del carácter único del otro y de mi deber moral de protegerlo... El derecho del otro va primero; antes de mi derecho y de mi identidad organizada en torno a derechos está mi obligación hacia la dignidad del otro. La esencia no esencial de los Derechos humanos, lo que de universal hay en toda reivindicación particular de derechos, sería el reconocimiento de la prioridad de la otra persona...”¹⁴⁹

LÓPEZ JACOÍSTE trae a colación, (a propósito de una fenomenología de la responsabilidad), a LÉVINAS, que encuentra el fundamento de ésta en el “rostro del otro”, “el cual - dirá - siempre está requiriendo, aunque no se haya incurrido respecto de él en ningún modo de culpa.”¹⁵⁰ Y ello no sólo respecto del otro, sino todavía en relación con uno mismo: “los derechos de la personalidad tradúcese, a veces, en un ejercicio obligatorio que puede articular verdaderos deberes.”¹⁵¹

¹⁴⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales*, en Anuario de Derechos humanos, número 4, 1986-87, ed. Universidad Complutense, Madrid - 1987, pp. 219-258, en concreto pg. 227.

¹⁴⁸ GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*, pg. 479; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *op. cit.*, pg. 46.

¹⁴⁹ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 340.

¹⁵⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 659.

¹⁵¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, *op. cit.*, pg. 361.

RAZ afirma que han de conceptuarse los deberes como “algo bueno” y por ello conducir la moralidad no sólo hacia derechos sino también hacia valores y deberes, sin que ningún tipo prevalezca sobre los demás; tal es la única forma de justificar que, en ciertas ocasiones, se fuerce al individuo a actuar en beneficio propio, esto es sin existir un interés individualizado de otra persona e incluso contra la libertad del único sujeto presente y objetivamente beneficiado, (como ocurre con la obligatoriedad del cinturón de seguridad o del casco para motoristas y ciclistas).¹⁵²

PARRA LUCÁN señala también cómo “La dignidad de la persona como ser humano... se traduce en una pretensión genérica del respeto a los demás”¹⁵³.

Ello supone que el Derecho civil debe superar el esquema de puro derecho y puro poder automático o técnico que constituye la noción de derecho subjetivo privado patrimonial¹⁵⁴. Fuera de este último ámbito se afirma la existencia de unos derechos que constituyen más bien “deberes de protección” o “imperativos de tutela” que encuentran su razón de ser precisamente en la relación horizontal entre privados, frente a la noción del Derecho fundamental como “derechos de defensa” que es propia de la relación de los privados con el poder público, como señalan BÖCKENFÖRDE, y QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO.¹⁵⁵

¹⁵² RAZ, J., *Liberating Duties*, en *Law and Philosophy*, número 8, 1.989, ed. Springer Science + Business Media, Dordrecht - 1.989, pp. 3-21, en concreto pg. 8 y pg. 10.

¹⁵³ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, pg.140.

¹⁵⁴ Aunque incluso en esta sede materialista, la doctrina del abuso de derecho y ejercicio antisocial y de la buena fe señalan articulaciones y ponderaciones para tales poderes, (en su ejercicio pero no en su ser), que, como señala VIVAS TESÓN, tienen desde el Título Preliminar del CC, rango constitucional, (VIVAS TESÓN, I., *op. cit.*, pg. 6).

¹⁵⁵ BÖCKENFÖRDE, E.W., *Sobre la situación de la dogmática...*, *op. cit.*, pp. 114 -115; QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *op. cit.*, pg. 67 y ss.

Estos deberes y mandatos entre privados no quedan absorbidos y eviscerados por la presencia jurisdiccional cuando se suscita procedimiento, (de modo que sería sólo el juzgador que no dicta sentencia adecuadamente protectora quien incumpliría un mandato o deber de tutela), pues, como señala DÍEZ-PICAZO, “es extraordinariamente difícil saber por qué el Juez viola un derecho fundamental si éste no existía previamente entre aquéllos [particulares] que le han sometido el litigio.”¹⁵⁶ En el mismo sentido se manifiestan BILBAO UBILLOS Y DOEHRING.¹⁵⁷

Ello ya resulta de la propia definición intersubjetiva que KANT da para la libertad individual y de su noción de la insociable sociabilidad humana (MAREY, DE OLIVEIRA y REQUEJO COLL y VALLS PLANA¹⁵⁸). Por ello no es correcto utilizar la medida moral kantiana, (persona como fin en sí misma), como excusa para el individualismo jurídico y

¹⁵⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *La jurisprudencia constitucional de los Derechos fundamentales*, en LÓPEZ PINA, A., (director), *La garantía de los derechos fundamentales, Alemania, España, Francia e Italia*, ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense- Editorial Civitas, Madrid, 1ª edición, Madrid-1991, pp. 325-327.

¹⁵⁷ BILBAO UBILLOS, J.M., *op. cit.*, pg. 220; DOEHRING, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3ª edición, ed. Metzner, Frankfurt - 1984, pg. 209.

¹⁵⁸ MAREY, M., *op. cit.*, pg. 519; DE OLIVEIRA, P.F., *A liberdade em Kant: um fundamento da cidadania*, en Revista USCS, Direito, ano IX, número 14, junio 2008, ed. Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Sao Caetano -2008, pp, 123-149, en concreto pg. 132 y pg. 138; REQUEJO COLL, F., y VALLS PLANA, R., “Somos conflictivos pero... Actualidad de la tesis de Kant sobre la insociable sociabilidad de los humanos y su prolongación por parte de Hegel”, en Isegoría: Revista de filosofía moral y política, N° 37, julio-diciembre 2007, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2007, pp. 127-163, en concreto pp. 130-131.

para la exacerbación de la libertad individual como cúspide de los Derechos humanos, (que lleva al decisionismo y voluntarismo).¹⁵⁹

Esta concepción del derecho/deber impide un automatismo en el ejercicio del propio derecho que es especialmente impropio para unas relaciones entre particulares en las que todos tienen derechos, frente a los derechos públicos subjetivos concebidos como derechos unidireccionales contra el Estado.¹⁶¹ BARRANCO señala que cuando se reduce el derecho al deber y no se alude al poder de disposición “resulta difícil distinguir el titular del derecho y cualquier otro beneficiario”¹⁶². Pero ello no ha de sorprender si la persona encarnadora es mera usufructuaria, si nadie es verdadero titular y si todos estamos sujetos a deberes públicos y privados omnidireccionales por ser los Derechos humanos fruto de una atribución universal exterior al individuo y al grupo. Ello implica que son de todos y de nadie a la vez, (así, p.e., no es sólo quien se está ahogando quien habrá de pedir socorro).

2.4).- Privacy y Derecho Privado.- *Privacy* es un término que surge con el liberalismo para señalar un ámbito que el contrato social no puede ocupar puesto que precisamente se concluyó para garantizar la sobrevivencia del mayor espacio posible de individualidad. El *Leviathan* es el Dios que ha de salvar, con la mínima opresión posible, la propiedad y la libertad individual, lo que señala el terreno de la privacidad y lo privatístico: “El Soberano tiene el derecho de mandar en última instancia... para mantener el orden en el interior y la defensa en el exterior y, en general, para procurar, bajo su

¹⁵⁹ El individualismo jurídico se basa en diversas manifestaciones cuya exposición excede del objeto de esta tesis. BARRANCO AVILÉS señala el individualismo ético y abstracto o los individualismos metodológico, ontológico y normativo, (BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 116).

¹⁶¹ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *op. cit.*, pg. 52 y 56; LYONS D., *The correlativity of rights and duties*, en *Noûs*, número 4, 1979, ed. Wiley Periodicals Inc., Hoboken - 1979, pg. 45-55, en concreto pg. 51.

¹⁶² BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 296 - 297.

protección y por sus cuidados, una verdadera felicidad y, sobre todo, el ejercicio garantizado de su libertad...”.¹⁶⁴

Toda la tradición liberal desde GROCIO y HOBBS hasta LOCKE y BURLAMAQUI limita el alcance normativo del derecho subjetivo de la libertad al ámbito del derecho privado, (derecho de la propiedad privada), y tal origen explica naturalmente la inmediatez con la que surge la idea *cuasi* dominical de la *privacy*, (mi espacio, mi dominio). Así LOCKE señala: “no es posible suponer que sea la voluntad de la sociedad otorgar al poder legislativo el de destruir precisamente aquello que los hombres han buscado salvaguardar mediante la constitución de una sociedad civil y que fue lo que motivó el sometimiento del pueblo a los legisladores que eligió...”.¹⁶⁵

Otra es, por el contrario, la concepción de KANT, que da un giro copernicano a esta tradición liberal, pues para él la libertad externa pertenece al derecho público, al dilema de la aceptabilidad de las obligaciones jurídicas que se impongan para solventar el vacío legal natural. Ello no le lleva a construir desde lo mío y lo tuyo, (propiedad), sino desde el Derecho político, desde una libertad genéticamente autolimitada y desde el predominio de la voluntad general.¹⁶⁶

Privacy aglutina aspectos de diversos Derechos humanos y libertades públicas, (ideológica, religiosa, intimidad personal y familiar, inviolabilidad del domicilio y correspondencia, propia imagen, seguridad personal), todos los cuales refuerzan la idea de “lo mío”. No obstante, a mi juicio no debe reforzarse tal inteligencia ni deshilar el concepto de *privacy*: ésta tiene un carácter unitario pero negativo, (no injerencia), que

¹⁶⁴ BURLAMAQUI, J.J., *Principes du Droit Politique*, tomo II, capítulo V, ed. Barrillot et fils, Ginebra - 1747, pg. 25.

¹⁶⁵ LOCKE, J., *An lex naturae cognoscendi potest ex hominum consensum?* En *Essays on the Law of Nature*, edición de Von Leyden, Clarendon Press, Oxford - 1954, pp. 160 - 189, en concreto pg. 167.

¹⁶⁶ MAREY, M., *op. cit.*, pg. 534 y pg. 541.

puede derramarse en distintos vasos y lo decisivo no es encontrar al individuo en el otro extremo, sino apreciar ausencia de interés o competencia del grupo en aquellos ámbitos, (el contrato social viola tu correspondencia si planeas un atentado terrorista; en otro caso no le interesa y no actuará).

2.4.1).- Ámbito de la *privacy*.- El concepto central de la *privacy* debe relacionarse con la ética y con la autoproposición de planes de vidas propios y particulares para que cada cual busque su felicidad, (artículo 10 CE, libre desarrollo de la personalidad), esto es, el pluralismo, (valor superior constitucional *ex* artículo 1 CE): Pero en esta sede ello sólo en cuanto tales planes no tomen una derivada constructiva para lo grupal. Aun cuando los planes no tengan *per se* tal derivada, si son intersubjetivos, (comprenden a más de una persona, familia nudista en su casa), pueden mantenerse en la *privacy* en cuanto esa intersubjetividad no sea conflictiva, de modo que el subgrupo funcione unitariamente. Si la intersubjetividad derrota como conflictiva en el subgrupo ético, éste se convierte en subgrupo moral, (una hija cumple 14 años y rechaza el nudismo), apareciendo una derivada grupal y la posibilidad de imponer un contenido prescriptivo que va más allá de la sola no injerencia.¹⁶⁸

PARRA LUCÁN advierte de la vinculación entre *privacy* y libre desarrollo de la personalidad por su amplitud y ambigüedad; así cita la STC 119/2001 de 24 de Mayo en la que “se sostiene un concepto tan amplio de privacidad que acaba vinculado genéricamente al libre desarrollo de la personalidad y que parece identificarse con un genérico derecho a

¹⁶⁸ Ello porque como señala GARCÍA SIERRA, *ética-ethos* apunta a lo que resulta del carácter individual y *mos-moris* a la costumbre, lo que enfoca al grupo social, (GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*, pg. 468).

vivir en libertad y a no ser inquietado por los demás”.¹⁶⁹ En el mismo sentido EGEEA FERNÁNDEZ.¹⁷⁰

A mi juicio debe considerarse que, *per se*, ética y *privacy* están genéticamente condicionadas por el hecho de precisar de una ausencia de intersubjetividad que las reducirá a ámbitos bien concretos no constructivos o normativos para lo social, (irrelevancia social), y no intersubjetivos o no conflictivamente intersubjetivos. En este condicionamiento es donde se resuelve la ambigüedad o amplitud de su concepto abstracto. En la *privacy* el *quale* puede ser absoluto, (*noli me tangere*), pero el *quantum*, ámbito o espacio estará inevitablemente marcado o comprimido por no poder imponer tampoco mi ejercicio ético o privatístico a otro o a la sociedad.¹⁷¹

Así, si el marido protesta ser inquietado en la libertad ética de su plan familiar por su esposa coprogenitora de sus tres hijos, la cuestión no se resolverá en términos de no injerencia y *privacy*. Del mismo modo, si la ética de cada uno de estos miembros familiares comprende el nudismo en el jardín de su adosado confrontante con otros tres en estrecha exposición, la cuestión también ingresa en un ámbito moral referido a un espacio entonces público, no resoluble por pura no injerencia. Ética y *privacy* han de permanecer siempre en lo irrelevante para la construcción social y en lo no conflictivamente intersubjetivo. Por ello pueden quedar absolutamente entregadas a la individualidad, incluso mediante objeción de conciencia, (artículo 30.2 CE).¹⁷²

¹⁶⁹ PARRA LUCÁN, M.A, *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, pg. 144.

¹⁷⁰ EGEEA FERNÁNDEZ, J., *Ruido ambiental, intimidad e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001 de 24 de Mayo*, en <http://www.indret.com/es/?ed=21>.

¹⁷¹ Lo que señala LÓPEZ JACOÍSTE trayendo a colación unos versos de R. Frots: “*Before I built a Wall I’d ask to Know/What I was walling in or walling out*”, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 436).

¹⁷² GORDILLO, J.L., *La objeción de conciencia, ejército, individuo y responsabilidad moral*, ed. Paidós, Barcelona, 1993, pg. 120. APARISI MIRALLES, LÓPEZ GUZMÁN y REINA BERNÁLDEZ positivizan

2.4.2).- Tolerancia y pluralismo.- Los autores que sustentan un derecho de objeción de conciencia general parecen apuntar y construir su idea sobre una noción de tolerancia. Señala así REINA BERNALDEZ conseguir con ello la producción de “un enriquecimiento positivo del ordenamiento jurídico: humaniza al Derecho, obliga al Estado a no imponer su ideología, respeta no ya a las minorías sino al hombre individual, atrae otras axiologías distintas a la dominante para trascender de lo formalmente legítimo a lo materialmente justo”.¹⁷⁶

No obstante, la tolerancia es una noción política que hace referencia al ejercicio del poder: su concepto precisa de un poder suficiente previo, eficaz y articulado ya en determinado sentido: “la tolerancia formal resulta apoyarse sobre una intolerancia primaria”, dice GARCÍA SIERRA¹⁷⁷. Ello se orienta hacia cierto darwinismo moral y manifiesta cómo el concepto de tolerancia es inferior al de pluralismo: lo tolerado en cualquier momento puede ser no tolerado.

El pluralismo, por el contrario, se construye sobre la idea de existir una sola sociedad y de que todos somos miembros de ella de un modo igualmente valioso. Ello no es puramente formal sino inevitablemente sustancial y moral. De este modo cualquier opción plural y cualquier plan de vida ético individual o subgrupal, (siendo el grupo la nación soberana), son plenamente legítimos y no reciben tolerancia sino que, para el ordenamiento jurídico político, son plenamente “uno de los nuestros”. GÓMEZ SÁNCHEZ subraya esta diferencia entre tolerancia y pluralismo: “La aceptación de la

contenidos coyunturales para el ejercicio particular de la libertad de conciencia más allá de la sede militar, en el ámbito de salud y aborto, (APARISI MIRALLES, A., LÓPEZ GUZMÁN, J., *op. cit.*, pg. 51; REINA BERNALDEZ, A., *Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio*, La Ley, número 2, año 1983, ed. La Ley Actualidad, Madrid - 1983, pp. 1128 - 1235, en concreto pg. 1192).

¹⁷⁶ REINA BERNALDEZ, A., *ibidem*, pg.1192.

¹⁷⁷ GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*, pg. 540.

pluralidad implica no sólo la tolerancia de situaciones distintas sino también su valoración en similares términos”.¹⁷⁹

Ética y plan individual del objetor están a salvo de cualquier injerencia por carecer de derivada constructiva para lo grupal. Ello no es tolerancia sino falta de competencia del contrato social por inexistencia de interés grupal: la *privacy* señala una burbuja o dimensión asocial y lo que allí ocurre no se protege con intangibilidad por ser su contenido “uno de los nuestros”, sino por constituir un espacio radicalmente individualista, sea lo que fuere aquello que ocurra allí dentro, (incluso ideas inconstitucionales o racistas¹⁸⁰). Por el contrario, rebasado tal ámbito asocial, donde existe derivada intersubjetiva y constructiva social, abandonamos la no injerencia para abrazar el pluralismo y no la mera tolerancia, esto es, la ética individual se ajusta a una moral social de mínimos que, como moral prescriptiva pero también fundamental y de encuentro, permite una gran diversidad de plurales morales subgrupales.

BILBAO UBILLOS refería cómo a nadie se puede obligar a organizar su vida privada con arreglo a los valores constitucionales pero añadía: “Lo importante desde un punto de vista práctico, en este contexto, es determinar hasta dónde llega esa capacidad de auto organización que proviene del reconocimiento de que todos somos libres y responsables, y hasta dónde llega la vinculación del texto constitucional respecto a los particulares”.¹⁸¹

¹⁷⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida*, Revista de Derecho Político, núm. 26, ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid -1988, pp. 85-113, en concreto pg. 95.

¹⁸⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op cit.*, pg. 120; CARBONELL, M., *op. cit.*, pg. 52; SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 260.

¹⁸¹ BILBAO UBILLOS, J.M., *op. cit.*, pg. 362.

Este concepto del pluralismo supera la tolerancia, pero lo hace con base en exigir un contenido moral mínimo o de encuentro, una coincidencia esencial que permita a todos conjugar verbos y acciones jurídicos en términos de primera persona del plural. Con esta exigencia el pluralismo implementa simultáneamente 1) igualdad y universalidad en lo básico y fundamental, (moral social única de mínimos o encuentro), y 2) diversidad y neutralidad en lo máximo, periférico o detallista, (infinitas morales subgrupales de máximos o desencuentro, las cuales tienen lugar mediante elecciones individuales).

Todas las morales subgrupales de máximos o desencuentro son “uno de las nuestras” en el ordenamiento pluralista, pues componen variaciones sobre la reducida y esencial moral mínima de encuentro, (tantas variaciones como sean fácticamente posibles partiendo del cimiento moral nuclear). Es por ello que el legislador no debe normalizar, (mediante norma jurídica como señalaba FOUCAULT¹⁸²), una completa, minuciosa y determinada moral pública para la sociedad, (de modo que simplemente tolere ciertas desviaciones), sino que ha de limitarse a establecer el mínimo irrenunciable a partir del cual se constituya la diversidad pluralista, (1 y 10 CE).

La identificación de una moral constitucional como moral de mínimos, (valores), enfrenta la que ALEXY llama “objeción liberal”, basada en un derecho general de libertad como cláusula de cierre, (o cúspide), del sistema jurídico¹⁸³ y manifiesta de buen principio cómo exacerbar el derecho fundamental de libertad individual es enemigo del mejor orden jurídico: la entrada de la libertad decisionista sólo puede conllevar la salida de la moral.

¹⁸² FOUCAULT, M., *Historia de la Sexualidad 1. La voluntad de saber*, ed. SIGLO XXI DE ESPAÑA EDITORES, S.A., Madrid - 2009, (Tercera reimpresión), pg. 153.

¹⁸³ ALEXY señala frente a esta objeción que en Derecho la libertad es siempre “libertad jurídica”, esto es, condicionada e intersubjetiva, (ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, GARZÓN, E., (trad.), ZIMMERLING, R., (rev.), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1997, pg. 179).

2.4.3).- Moral social mínima, máxima y justicia social.- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ matiza en sede familiar que el pluralismo sustancial *ex art. 1 CE* impone respeto a plurales formas y éticas familiares que cumplan el mínimo moral constitucional, pero ello no se traduce en un igualitarismo absoluto y automático en su contemplación jurídica: “el Derecho de Familia difícilmente puede ser neutral en su modo de regular la familia... cuando el Derecho positivo decide ser “neutral” y dar el mismo trato a todos los modelos familiares, en realidad lo que está haciendo es optar por una determinada visión de qué es lo que debe hacer el derecho en relación con el matrimonio y la familia. La neutralidad no pasa de ser una falacia. En este sentido, la afirmación según la cual el Derecho de Familia puede ser completamente neutral ha sido calificada por Glendon como ilusoria”.¹⁸⁶

Como señala GARCÍA SIERRA¹⁸⁷: “El principio fundamental de la moralidad es la justicia, entendida como la aplicación escrupulosa de las normas que regulan las relaciones de los individuos o grupos de individuos en cuanto partes del todo social; de donde se deduce que la aplicación de la justicia en el sentido moral puede conducir a situaciones injustas desde el punto de vista de otras morales... sólo si de este modo, es decir, “poniéndole en su lugar”¹⁸⁸, se hace justicia a este individuo y a la sociedad que lo alberga”.

Esto es, las personas, individual o cooperativamente, escogen un plan de vida familiar y una moral subgrupal familiar, lo que constituye una elección personal *ex artículo 10 CE* que, en cuanto respete el mínimo moral constitucional y la funcionalidad pública

¹⁸⁶ MARTÍNEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia... op. cit.*, pg. 38.

¹⁸⁷ GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.* pg. 474.

¹⁸⁸ Esta puesta en lugar late también en el título del artículo “*A cada uno su familia, a cada familia su derecho.*”, que MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ toma de CARBONNIER, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia... op. cit.*, pg 28 y pg 47).

exigible en esta sede, (familia como agencia de bienestar social¹⁸⁹), habrá de ser considerado como un desarrollo o encarnación social y vital del propio contrato social *ex* artículo 1 CE, (una de las nuestras, pluralismo).

Estas elecciones particulares conllevan, como toda elección, tomar para uno mismo ciertos caminos con abandono de otros, siendo indudable que determinadas vías son más funcionales para el contrato social que otras. Una noción distributiva y retributiva de justicia social no es moral ni elección de plan de vida, sino enjuiciamiento en términos de eficacia pública del modelo¹⁹⁰; por ello se pueden establecer, desde tal perspectiva, diferentes contemplaciones jurídicas en los distintos casos. La diversidad moral del modelo corresponde al 1 y 10 CE y no admite discriminación en cuanto se respete la moral de mínimos. La diversidad retributiva social pertenece a la teoría de la función pública y sólo atiende a que exista, o no, o con distintas graduaciones, eficacia social.

2.4.4).- Diversidad y disparidad.- Disparidad es una noción del Derecho canónico que constituye impedimento matrimonial por la incompatibilidad de la elección religiosa de un contrayente respecto de los valores del ordenamiento canónico. Esta incongruencia impide que el matrimonio formado entre tal persona y un miembro de la sociedad canónica pueda ser considerado matrimonio canónico¹⁹². Diversidad, por su parte, es la divergencia posible a partir de los mínimos necesarios del pluralismo en la sociedad canónica. Lo mismo sucede en la sociedad civil.

¹⁸⁹ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 48-72, en concreto pg. 52.

¹⁹⁰ ¹⁹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, en Revista Española de Derecho Canónico, volumen 64, número 163, 2007, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca - 2007, pp. 703 - 744, en concreto pg. 704.

¹⁹² LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R. *Curso de Derecho Matrimonial Canónico y Concordado*, ed. Tecnos, Madrid – 2001, 7ª edición, pg. 139.

Así no todas las éticas y morales subgrupales son automáticamente diversas con base en los valores de libertad y pluralismo. La existencia de sustancialidad en unos valores definidos por la moral de mínimos o de encuentro determina que existan también éticas y morales subgrupales que no son diversas sino dispares.

En sede matrimonial RAMÍREZ NAVALÓN señala la bondad de desplazarnos desde un sistema de asimilación hasta otro de integración e incluso de autonomía de la voluntad¹⁹³. Pero DE MIGUEL ASENSIO destaca cómo es preciso compatibilizar la identidad cultural diferenciada con el respeto de los principios constitucionales que informan el ordenamiento del Estado donde conviven todos los que componen el espacio multicultural¹⁹⁴, (moral matrimonial de mínimos o de encuentro). En este sentido GARCÍA CANTERO, ESPEJO LERDO DE TEJADA y RAMS ALBESA manifiestan cómo hasta la reforma del año 2005 formó parte de nuestra moral matrimonial de mínimos o de encuentro el rechazo del divorcio repudio y la nota sexual, (orden público matrimonial)¹⁹⁶.

¹⁹³ RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., *Multiculturalidad y orden público matrimonial*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Vol. 2, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2097 a 2114, en concreto pg. 2099.

¹⁹⁴ DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado*, en Revista de Derecho Privado, 1998, número 82, mes 7-8, ed. EDERSA, Madrid - 1998, pp. 541-558, en concreto pg. 546.

¹⁹⁶ GARCÍA CANTERO, G., *Qué queda del vigente sistema matrimonial español?*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* / coord. por Josefina Alventosa del Río, Rosa María Moliner Navarro, Vol. 1, ed. Universidad de Valencia, Valencia - 2008 (Volumen I), pp. 509-533, en concreto pp. 532-533; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de la reforma del Código Civil de Julio de 2005*, en Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola, Vol. 1, 2006, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1461-1484.; RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.,

Por otra parte señala PARRA LUCÁN la posibilidad de elegir ley matrimonial que ofrece el Reglamento Roma III, de 20 de Diciembre de 2010 sobre Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹⁹⁷, pero tal posibilidad sólo se abre respecto de ordenamientos que compartan un fondo cultural y moral al menos algo cohesionado por una historia próxima y común, por la Carta Europea de Derechos humanos y por la propia penetración del Derecho de la Unión Europea en los Derechos de familia de los Estados miembros.¹⁹⁸ No obstante, señala GARCÍA CANTERO cómo la llamada Comisión de Derecho de Familia Europeo, fundada en Utrecht a principios del año 2003, “es plenamente consciente de que no hay consenso para lograr un derecho de familia armonizado entre los países de la UE, por lo cual sólo aspira a formular principios generales no vinculantes.”¹⁹⁹

La propia RAMÍREZ NAVALÓN expone también cómo es contrario a nuestro orden público matrimonial la ausencia de régimen económico matrimonial o la poligamia discriminatoria del matrimonio islámico²⁰⁰, lo cual, siendo dispar y no diverso, no ha impedido un ejercicio de tolerancia, (discrecionalmente retirable), en forma de orden

SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, ed. Dykinson, S.L., Madrid - 2009, pp. 80 y 115.

¹⁹⁷ PARRA LUCÁN, *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, en PRATS ALBENTOSA, L., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, ed. por Consejo General del Notariado, Madrid y Wolters Kluwert España S.A., Madrid - 2012, pp. 97 - 454, en concreto pg. 108.

¹⁹⁸ Otra cosa es la puerta abierta a través de la ejecutividad de la mediación civil para la aplicación de principios morales inaceptables en nuestro ordenamiento jurídico. Ello ha sucedido en Canadá respecto del Derecho del Islam si bien entre nosotros la permanencia del notario como controlador de legalidad habrá de evitar tal posibilidad, (art. 25.2 Ley 5/2012 de Mediación Civil).

¹⁹⁹ GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España y en Europa: Anotaciones a la Ley de 2005*, en Revista Jurídica del Notariado, número 58, Abril-Junio 2006, ed. Consejo General del Notariado, Madrid - 2006, pp. 167-203, en concreto pg. 186.

²⁰⁰ RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., *op. cit.*, pg. 2099-2102.

público atenuado en este punto²⁰¹. No deja de ser curioso que tras la Ley 15/2005 de 18 de Julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, resulte tan dispar para nuestro legislador un matrimonio con pacto o efecto de indisolubilidad como un matrimonio islámico poligámico o sin régimen económico para la mujer. Ello demuestra cómo, en palabras de GARCÍA CANTERO se ha “echado por la borda por una alegre y sectaria decisión de un gobierno”... “una tradición jurídica española que ha pasado a formar parte del acervo de nuestro patrimonio espiritual y cultural”.²⁰²

Se convocan así las ideas de SCHMITT, quien señalaba cómo en el orden interno el Estado no puede tener enemigos sino sólo amigos²⁰³, subrayando algo quizá no suficiente apreciado, que el éxito de un contrato social depende de la homogeneidad en su base personal, (compartición de una moral de encuentro o mínimos, diversidad pero no disparidad).

SCHMITT no demanda una homogeneización sustancial intraestatal, pues critica el pluralismo formal liberal y funda su discurso en el pluralismo sustancial que sólo encuentra en la *complexio opposituum* del catolicismo²⁰⁴. En este sentido es dogma de un

²⁰¹ RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., *ibidem.*, pp. 2104 y ss.

²⁰² GARCÍA CANTERO, G., *Qué queda del vigente...*, *op. cit.*, pg. 511.

²⁰³ BENAVIDES, F.S., *Excepción, Decisión y Derecho en Carl Schmitt*, en Argumentos, septiembre-diciembre, año 2006/vol. 19, número 052, Universidad Autónoma Metropolitana - Xochimilco, Distrito Federal, México, , Red de Revistas Científicas, Universidad Autónoma del Estado de México, México - 2006, pp. 125-145, en concreto pg. 136-137

²⁰⁴ Lo subraya BENAVIDES: “Teniendo en cuenta que el soberano no admite enemigos o contrincantes dentro de su territorio, sólo los amigos son admitidos. Dentro del territorio del Estado sólo podemos tener amigos, y sólo podemos ser amigos de aquellos que son como nosotros, esto es, para Schmitt la democracia se basa en la homogeneidad de la gente, algo que el pluralismo del liberalismo no reconoce.”, (BENAVIDES, F.S., *op. cit.*, pp. 136 y ss).

pluralismo meramente formal no advertir que resulta suicida desconocer los mínimos que hayan de regir el espacio multicultural, especialmente cuando la pérdida de la idea representativa que unificaba al pluralismo sustancial católico no fue sustituida por ninguna otra en el orden civil. En la sociedad canónica no es preciso insistir en este punto por cuanto toda la idea representativa culmina en Dios: “Todos los hombres forman parte por igual de la humanidad espiritual que se yuxtapone a la deidad”, dice DOUZINAS con relación a la *humanitas* aportada por la teología cristiana²⁰⁵. Por el contrario, en la sociedad civil no hay nada ni nadie que funcione necesariamente como armonía del pluralismo, de modo que será soberano quien se atreva a formular esta necesaria moral de mínimos o de encuentro o, sin tal formulación, se producirá una lucha darwinista de morales sociales que se resolverá por la tensión entre poder económico y poder demográfico.²⁰⁶

PRIETO SANCHÍS²⁰⁷ y BARRANCO AVILÉS²⁰⁸ critican que DWORKIN, (con la noción de integridad del Derecho), PÉREZ LUÑO, (que se refiere a un modelo de sociedad), o LUCAS VERDÚ, (que invoca la sociedad occidental cristiana), presupongan y demanden un determinado sistema de valores incorporado como principios al ordenamiento, así como un jurista comprometido con ese sistema de valores, esto es, una homogeneidad axiológica que encuentra BARRANCO AVILÉS expresamente en LUCAS

²⁰⁵ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 324.

²⁰⁶ SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, *op. cit.*, pp. 57 y ss. y pp. 74 y ss; PEÑALVER GÓMEZ, P., *op. cit.*, pp. 157 y ss.

²⁰⁷ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, editado por Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1.992, pg. 88.

²⁰⁸ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 398.

VERDÚ y a la que BARRANCO AVILÉS niega como “hecho en nuestra sociedad” y rechaza en cualquier caso como “deber ser”.²⁰⁹

DE LUCAS señala que “hoy más que nunca cultura es... encuentro, interacción, convivencia armónica, comunicación positiva”²¹⁰. BARRANCO recoge este paradigma y añade: “En este aspecto se revela una vez más la idea que apunté con anterioridad, según la cual los derechos en P.L. Verdú no son un instrumento de emancipación del individuo sino de integración absoluta de la persona en la comunidad de la que forma parte y a las que corresponde la definición del modelo de convivencia”... “desde la que se da pie para sustituir al Estado de Derecho por el totalitarismo”.²¹¹

No me parece en absoluto criticable la posición de VERDÚ. El pluralismo no es totalitarismo o comunitarismo y no pretende producir una raza, un pueblo o nación únicos, como querían BINDER, PASUKANIS o LARENZ²¹². El pluralismo admite en potencia innumerables variaciones morales subgrupales y planes de vida diversos a partir de su núcleo fundamental. Pero no se construye en abstracto o *ad infinitum* sobre una nada axiológica sino en concreto sobre una base que yo llamo moral de mínimos o de encuentro. Sin este cimiento tal pluralismo es un absurdo o una ingenuidad que puede derivar precisamente en la destrucción moral de la sociedad que decidió abrirse a la multiculturalidad y a ciertas minorías que sí que ejercen el pensamiento único y conquistador, (y volvemos a SCHMITT²¹³).

²⁰⁹ BARRANCO AVILÉS, M.C., *ibidem.*, pg. 394.

²¹⁰ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, ed. Planeta de libros, Madrid, 1994, pg. 69.

²¹¹ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 394 y pg. 396.

²¹² LA TORRE, M., *op. cit.*, pg. 76.

²¹³ PEÑALVER GÓMEZ, (PEÑALVER GÓMEZ, P., *op. cit.*, pp. 147 - 148), señala la demonización del decisionismo schmittiano, a la que opone su indudable valor y su inevitable vuelta y regreso en nuestro país, citando a D'ORS, (D'ORS, A., *Ensayos de Teoría Política*, ed. EUNSA, Pamplona - 1999,), y al materia-

2.4.5).- Amigo/enemigo moral.- Existe cierta confusión entre los presupuestos de la dignidad humana y la propia dignidad humana. Lo que explica como *factum* la agencia moral no es la moral ni la virtud moral, (allí solo se demuestra), sino el hecho biológico o fisiológico que la posibilita: en nuestro caso determinada evolución del cerebro. Así LÓPEZ JACOÍSTE refiere cómo la descripción de BOECIO, (“sustancia individual de sustancia racional”), “describe más propiamente al ser humano, que es, claro está, presupuesto, pero no, en rigor, a la persona”.²¹⁴ Por otra parte, que tengamos como especie esta posibilidad es un hecho místico: no podemos explicarlo y no hemos sido nosotros sus autores.

Esta separación manifiesta también cómo la referencia de esta especial dignidad como humana no es esencial sino circunstancial, basada en que hasta ahora sólo hemos conocido el camino humano hacia ella: pueden existir otros. Ello introduce en el debate, cuando menos, la posibilidad alienígena.

La forma más sintética de expresar esta dignidad es la que ofrece KANT como noción de agencia moral según refiere MAREY, (“autonomía racional entendida como capacidad general para juzgar en base a principios universales”²¹⁵), que es lo que permite orientar hacia el acuerdo republicano la propia acción, (virtud), como primera obligación moral: “Las personas que pueden afectarse mutuamente a través de sus acciones (como hechos), tienen un deber de reunirse para dar lugar a un contrato republicano constituyente en cuyo contexto todas ellas decidirán las instituciones y normas (republicanas) que han de regular su interacción”²¹⁶

lismo filosófico de BUENO que demanda “tomar partido” y concibe el saber filosófico siempre como un saber contra otros saberes, (BUENO, G., *¿Qué es la filosofía?*, Pentalfa ediciones, Oviedo - 1995, pg. 10).

²¹⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 26.

²¹⁵ MAREY, M., *op. cit.*, pg. 532.

²¹⁶ MAREY, M., *ibidem.*, pg. 540.

Quienes pueden concluir este acuerdo republicano son agentes morales y forman parte de una comunidad moral que es una hermandad: todos son iguales y orientados a la no maleficencia, (hermanos, amigos, prójimos o semejantes). Tener la capacidad biológica para concluir un acuerdo republicano no significa contraerlo y honrarlo. El agente moral tiene tal posibilidad pero, además, ha de quererla. La moralidad es cuestión de poder, (presupuesto), y de querer, (libertad y ejercicio moral de esa libertad). Si un sujeto tiene todas las calidades fisiológicas para ser moral, (inteligencia, autoconciencia, lenguaje, libertad y capacidad de compromiso), pero no quiere ejercerlas hacia el acuerdo republicano, (puede pero no quiere), entonces no podremos aceptarle como recíproco moral ni formará parte de la comunidad o hermandad moral, (amigo), sino que habrá de ser considerado como enemigo, pues él mismo se propone destruirnos, (afectarnos incluso perjudicialmente sin medida ni autocontrol). No importan sus ideas ni las mías, quizás aquéllas sean bellísimas, pero la cuestión es que el portador de tal hermosura no quiere tratarme como un igual, (sujeto), y no me reconoce como interlocutor valioso, (objeto conquistable).

Quienes no tienen capacidad fisiológica para este acuerdo son pacientes morales, ya sea que tengan posibilidad de perjudicarnos, (león, hongo, virus), o no, (oveja, trigo, mariposa).²¹⁷ Decir que el lobo o la gripe son mis enemigos es una proyección. Los hombres, por el contrario, estamos condenados a ser siempre amigos o enemigos, salvo que no entremos nunca en contacto.

El catolicismo comprende específicamente el precepto de amar al enemigo, al diferente. PELLITERO refiere a GUARDINI, quien en una conferencia dada en Munich en 1956, explicó la diferencia que, según el Evangelio, hay entre el "prójimo" y el "próximo": "No se debe entender el prójimo sin más en el sentido del miembro de la propia familia, del

²¹⁷ Señala CAVALIERI que esta distinción se debe a WARNOCK, G.J., (CAVALIERI, P., *The animal question. Why non human animals deserve Human Rights*, Oxford University Press, Oxford - 2001, pg. 29.

amigo o cercano en el grupo social o cultural, es decir, aquél con el que nos unen estrechos vínculos de sangre, intereses o simpatía; porque en realidad, este pertenece a uno mismo, al dominio de lo propio.”²¹⁸ Si la parábola contempló a un samaritano fue porque la aversión existente en la época entre este pueblo y el judío no señalaba proximidad o pertenencia sino precisa y magníficamente alteridad.

Distinto, extraño o exótico no es, por tanto, equivalente a enemigo, pues no se trata de comparar o enfrentar las ideas y principios morales sustantivos sino de poder y querer concluir un acuerdo republicano que permita el pluralismo. SCHMITT ya precisó que las categorías amigo/enemigo no son sustanciales sino formales y que se refieren a lo colectivo, no a lo individual. Ello permite salvar el evangélico “ama a tus enemigos” aunque hagas la guerra, sin odio, a tus enemigos colectivos.²¹⁹

SCHMITT explicitó cómo su objeto era desvelar este núcleo decisionista para poder precisamente recuperar “la antigua prudencia” y “encuadrar un problema de magnitud incalculable”²²⁰ en un tiempo, (agudización de la crisis interna de la República de Weimar), en que podían otearse tambores de guerra. No es irrelevante que SCHMITT señalara en el prólogo a *El concepto de lo político* que los destinatarios del mismo eran los concedores del *Ius Publicum Europeum*²²¹ y que el Derecho de gentes haya sido siempre el lugar de la moral internacional.²²²

En este sentido señala también PEÑALVER que *El concepto de lo político* está presidido por “un *pathos* que me atrevería a llamar de miedo a la guerra, de miedo

²¹⁸ PELLITERO, R., “*Prójimo y Próximo. Recordando a Guardini*”, Alfa y Omega, 4-X-2007, pg. 27.

²¹⁹ SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, op. cit., pg. 84 y pg. 57.

²²⁰ SCHMITT, C., *ibidem.*, pg. 123.

²²¹ PEÑALVER GÓMEZ, P., op. cit., pg. 162.

²²² CORRAL SALVADOR, C.M., *El blog de Carlos Corral, Moral Internacional, Blog 330*, <http://www.blogs.periodistadigital.com/carloscorral.php/2013/04/22/moral-internacional>.

prudentísimo a la guerra y a la conversión de la guerra barruntada en guerra total, (en movilización de los absolutos), y a la que muy bien podría llegarse por el camino de la idea de la Humanidad, la guerra de una parte de la Humanidad contra otra en nombre de la Humanidad”²²³, esto es, una unificación por vía militar que terminará con la distinción amigo/enemigo. Y, ante esto, SCHMITT, dice PEÑALVER, produce un intento casi desesperado de poner orden para mantener, precisamente, todavía la oportunidad de decidir unos mínimos y un pluralismo sin aniquilación bélica.²²⁴

2.4.6).- ¿Es posible definir una moral social de mínimos o encuentro?.- Tener la oportunidad de decidir es cuestión de poder y, por ello, una nación no puede estimarse hoy soberana ni no retiene la posibilidad de formular para sí una moral social de mínimos o de encuentro. El poder fue tema esencial en el pensamiento de GUARDINI, quien señaló que “El hombre tendrá que elegir [decidir] entre ser en cuanto hombre tan fuerte como lo es su poder en cuanto poder, o entregarse a él y sucumbir”²²⁵ Esta referencia se aplica a la persona y a la sociedad de hombres, piénsese en el Biopoder, (que habrá de compensarse con moralidad pública, axiología y responsabilidad científica), o en el poder económico global, (globalización y pensamiento único economicista e individualista con su propia moral *ad hoc*), frente al cual será preciso rearmar la Política frente a la Economía, en ambos casos señalando unos mínimos necesarios.

Los juegos de poder pueden ser perfectamente juegos de uno, de un solo sujeto; tal ocurre con la guerra y el narcisismo: quienes los quieren jugar no necesitan de ningún otro sujeto sino que, precisamente, convierten a todos los demás en objetos. Dos no pelean si uno no quiere no es cierto: en tal caso uno pelea y el otro es masacrado. Basta una sola

²²³ PEÑALVER GÓMEZ, P., *op. cit.*, pg. 162. Tal es la coartada de las intervenciones militares USA al margen de la ONU en las últimas décadas.

²²⁴ PEÑALVER GÓMEZ, P., *ibidem.*, pg. 164.

²²⁵ GUARDINI, R., *El poder*, ed. Cristiandad, Madrid - 1977, pg. 11.

persona en el mundo que quiera jugar a la guerra, al poder y a la conquista para que los ocho o nueve mil millones de hombres restantes no puedan eliminar de su realidad, (por muy evolucionados moralmente que estén), el elemento del poder. Su evolución moral tan sólo determinaría que para ellos su poder es mero reflejo de aquél que el enemigo pretende aplicarles, esto es, una legítima defensa que se aplica de igual modo a un cuerpo moral, (legítima defensa moral), que a uno físico o político. Defenderse es obligado para quien es agredido salvo que se afirme el autosacrificio de un heroísmo ético que no es moral, (no conservativo)²²⁶.

Aquí no se trata de normalizar grupos morales ajenos, (conquistas exteriores del Estado), o internos, (depuración), sino de llegar al hueso de una legítima defensa moral que es el otro, el inmoral, el enemigo, el conquistador, quien la plantea como inevitable. Y ello porque una moral va a ser definida sí o sí y la cuestión es tan sólo quién la determinará. La dimisión que el multiculturalismo efectúa sobre esta fijación tan sólo posibilita que sean otros quienes la establezcan²²⁷, y es así que nos encontramos sometidos a la moral

²²⁶ El concepto de “juego de uno”, (juego que un solo jugador puede obligar a jugar a todos los demás), explica el machismo de muchas sociedades en las que estos valores se perpetúan por las propias mujeres como madres y educadoras transmisoras de los valores culturales. Así lo señala HARRIS para los yanomami. Las madres yanomami podrían criar varones sensibles, dulces y cariñosos en lugar de violentos y agresivos. La cuestión es que la socialización de los niños con valores guerreros es una respuesta a un ambiente donde cada tribu está rodeada de otras también violentísimas y feroces que practican el exterminio mutuo. De esta forma, si las mujeres de una tribu yanomamo comenzaran la revolución feminista de forma no simultánea y no acordada con todas las demás, verían pronto como ellas, sus machistas parejas, sus hijos, animales y poblado eran borrados de la faz de la Tierra, (HARRIS, M., *Vacas, cerdos, guerras y brujas*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 93 y ss).

²²⁷ Así la Audiencia de Barcelona ha condenado a 12 años de cárcel a un matrimonio natural de Gambia residente en Vilanova i la Geltrú por ablación sobre sus dos hijas, (147 CP), y rechazando cualquier protesta de neocolonialismo señala que “El respeto a las tradiciones y culturas tienen como límite infranqueable el respe-

globalizada e individualista del pensamiento único económico, fundada sobre una noción de libertad personal absoluta, (postmoderna, cúspide), que termina el trabajo de disgregación y atomización de las personas que comenzó con el Nuevo Régimen.

Es cierto, entonces, que los mínimos morales requieren un ejercicio de poder para su legítima afirmación y sostenimiento frente a quienes no los respetan, (enemigos). El hecho intersubjetivo en un mismo espacio y tiempo produce esta imperfección: o todos alcanzamos a la vez una evolución moral sobre ciertos mínimos o vale más que tengan mayor poder y fuerza quienes sean más humanitarios, igualitarios y dialogantes para encontrar mínimos o ejercer éticas de responsabilidad y tolerancia sobre otros grupos morales. Si no existe una evolución moral suficiente y simultánea entre todos los que se hallan en contacto o convivencia la cuestión sólo puede solucionarse mediante guerra, (aniquilación de todos los enemigos, como preveía SCHMITT), o destierro, esto es, haciendo desaparecer la cercanía del subgrupo moral “enemigo”, (sefardíes, *Mayflower*). Si existiera a disposición de cada subgrupo moral un planeta alcanzable y terraformable, esta imperfección de la intersubjetividad forzada y obligada resultaría irrelevante: cada mundo tendría una matrícula moral determinada de modo que quien quisiera acudir allí a instalarse debería conocer y respetar, sin protesta, la moral publicada, dejando su disidencia al ámbito de su pura *privacy*.

La moral social de mínimos se define de acuerdo con la doctrina de los Derechos humanos, pero ocurre todavía que esta etiqueta fundamentalista significa diferentes cosas en unos y otros Estados y para unos y otros grupos morales. No obstante, considero aplicable para la construcción de una moral social de mínimos lo que establecía PENCE, a

to a los derechos humanos que actúan como mínimo común denominador exigible”,
(<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/05/22/Barcelona/1369233904.html>).

partir de RAWLS²²⁸, para el juicio de intereses genéticos intergeneracionales: “Rawls proporciona un marco para una respuesta coherente al argumento de que no deberíamos intentar mejorar la raza humana: si estuviéramos en el contrato social - tomando la perspectiva de millones de personas a través de muchas generaciones - y no supiéramos en qué generación íbamos a vivir cuando se levantara el velo, escogeríamos que las generaciones más tardías tuvieran el mayor talento genético posible, haciendo esto compatible con la libertad individual e igualitaria para procrear en las generaciones precedentes.”²²⁹

Esto es, pídase a quien defiende la igualdad y equivalencia multiculturalista sin posibilidad soberana de definir una moral de mínimos que acepte nacer él mismo o sus hijos, al azar, en cualquiera de los estratos subjetivos de las comunidades o subgrupos morales en liza en el espacio multicultural, (mujer en el Islam, homosexual en Rusia, niña o albino en África, niña, viuda o paria en la India, etc.).

2.4.7). Carácter público de la *privacy*.- LÓPEZ JACOÍSTE señala con PROSSER cuatro zonas en la *privacy*: 1) intrusión en el confín de tranquilidad o aislamiento personal, (pertenencias, enseres, documentos, vivienda, conversaciones y comunicaciones); 2) divulgación de datos o hechos privados cuya publicidad repugna al sentido común o al sentido humano, o que constan enterradas en el pasado de quien retornó ya a una línea de conducta estable, así como desvelar conductas ajenas que no son de interés público aunque puedan suscitar curiosidad; 3) desfigurar o mixtificar las circunstancias significativas de la propia personalidad, (dotes, rasgos, carácter,

²²⁸ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, traducción de GONZÁLEZ, M.D., ed. Fondo de Cultura Económica, México - 1979, pg. 82 y pp. 130 - 131.

²²⁹ PENCE, G.E., *Who's afraid of Human Cloning*, ed. Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham - 1998, pg. 113.

personalidad, modo de vida, antecedentes biográficos); y 4) explotar en beneficio propio datos personales ajenos, (efigie, nombre, prestigios o prerrogativas).²³³

Considera este autor que “los más logrados intentos de llegar a un concepto coherente de la *privacy* responden a una formulación expansiva de las exigencias propias de la vida privada frente a intromisiones y expectativas ajenas.”²³⁴

Los términos anonimato, privacidad y control sobre mi exposición al público pueden llevar a la confusión de creer que nos encontramos aquí en un ámbito privatístico y ante bienes y derechos de Derecho privado. Ello no es así, a mi juicio. La *privacy* participa de la misma naturaleza pública, de la misma titularidad no privada sino universal y de la misma sujeción a una función pública tuitiva constitucional y a deberes sobre privados que existe en cualesquiera otros Derechos fundamentales. Ello con el mismo carácter indisponible desde lo privado incluso para su persona sostenedora. *Privacy* no dinamita desde individualismo y decisionismo la existencia de una moral social mínima sino que, estrictamente, no la toca ni afecta, (la derivada grupal convierte al supuesto en moral y no ético), y ella misma es sostenida, (como inmanencia humana sea cual sea su sustancia ética), como valor y derecho público y moral.

SCHMITT señala la potencia deformante de un concepto desbocado de la *privacy*: “Lo primero que se privatiza es la religión, en nombre de la libertad religiosa. El efecto paradójico que se produce es, sin embargo, que “lo privado queda religiosamente santificado”, (*das Private religiös geheiligt*)²³⁵. En este punto PEÑALVER GÓMEZ refiere la lucidez premonitoria de SCHMITT: “la religión de las sociedades modernas es la religión de lo privado, (una religión ella misma en crisis, y se puede soñar con un SCHMITT divertido ante las contradicciones estructurales en la sagrada *privacy* y las

²³³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 397.

²³⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem.*, pg. 397.

²³⁵ SCHMITT, C., *Römischer Katholizismus und politische form*, ed. Klett-Cotta, Stuttgart - 1984, pg. 48.

actuales tecnologías imparablemente intervencionistas de la comunicación). Y anticipa un problema del pensamiento de hoy mismo, la necesidad de volver a pensar la diferencia entre lo privado y lo público.”²³⁶

En este sentido, la manipulación del concepto de la *privacy* hacia una idea privatística, de titularidad o disponibilidad absoluta de un individuo consagrada por ley general, (como sucede en el aborto), es denunciada por D’AGOSTINO: “No se logra, en otras palabras, por más que tercamente se intente, reducir las cuestiones bioéticas de carácter sustancial a los términos propios de las cuestiones políticas (1). Cuando se ha intentado hacer, hasta el fondo, como en el caso del aborto, (sobre todo por parte de aquellos que han recurrido a la categoría, estrictamente política, de la 'privacy', nacida no obstante en otros contextos y para otros fines), se ha debido pagar un precio exorbitante...”²³⁷

Y también por VIDAL MARTÍNEZ en sede reproductiva: “En mi opinión el Derecho Europeo en general, y el Derecho Español en particular, están siendo influenciados por la doctrina foránea del *right to privacy* exacerbada en la construcción de los llamados derechos reproductivos, lo que podría contribuir a dificultar, junto a los mentados cambios en la realidad social española, la correcta aplicación de las normas y principios constitucionales a las cuestiones aquí tratadas. Desde esta perspectiva se hacen notables esfuerzos para adaptar las categorías jurídicas establecidas a ese desmesurado “derecho a la privacidad” de modo que, mediante una serie de derechos derivados, pueda incluir entre sus coordenadas la embriología y genética humanas, proponiendo para ello fórmulas flexibles”.²³⁸ Esto es, se actúa sobre la noción de privacidad para percutir sobre

²³⁶ PEÑALVER GÓMEZ, P., *op. cit.*, pg. 159.

²³⁷ D’AGOSTINO, F., *La Bioética como problema...*, *op. cit.*, pg. 470 - 471.

²³⁸ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la protección jurídica de la persona en relación con el desarrollo tecnológico. Genética y embriología humanas, desde la perspectiva del Derecho Civil Constitucional*

bienes y derechos fundamentales distintos de la libertad e intimidad personal y que afectan moralmente a otras personas, (coprogenitor, feto, embrión, etc.), y al grupo.

No niega lo anterior el dato de haberse abierto una brecha patrimonial en el ámbito de esta *privacy* o que hayan aparecido “ámbitos de poder individual” y “poder positivo de disposición” respecto de la integridad espiritual y corporal, como señala PARRA LUCÁN²³⁹ Estos poderes, (*noli me tangere...* salvo que yo consienta), están sujetos a una crítica moral y jurídica constante por dignidad humana, sin que la voluntad de la persona encarnadora pueda obviarlas. No obstante, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, existe aquí una ponderación entre los Derechos fundamentales excitados en *privacy*, la autonomía de voluntad y otros bienes y derechos no fundamentales, (espacios de patrimonialización), que se resuelven siempre por intensidad, ponderación *ad cassum* y separando el espacio iusfundamental y sus reglas y valores de aquel otro patrimonial que pueda ser segregado del mismo.²⁴⁰

3).- DISTINCIÓN DE D'ORS POR LA FUENTE.-

D'ORS identifica *lex publica* con ley comicial y *lex privata* con las cláusulas negociales establecidas por la autonomía privada. Sólo la *lex comicial* era objeto de una *publicatio* que la convertía, precisamente, en patrimonio de todos, (*ius publicum*). Al

Español, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1229 - 1266, en concreto pg. 1.260.

²³⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre... op. cit.*, pg. 142.

²⁴⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pp. 554 - 556.

aparecer la jurisprudencia en la práctica de los negocios D'ORS la incluyó en el *ius privatum* cuando el jurista no gozara del *ius publice respondendi*, pues el privilegio de responder oficialmente ingresaba la *opinio iuris* en sede de *ius publicum*.²⁴¹

A partir de aquí señala D'ORS: “Cuando todo el *ius* llega a ser de origen estatal, el *ius publicum* se convierte en el conjunto de todas las normas, equivaliendo a lo que hoy llamamos Derecho objetivo. La progresiva ampliación de la actividad normativa estatal acaba por privar de sentido al *ius privatum*, pues en el nuevo sistema los particulares no hacen más que situarse en posiciones previstas por la norma pública sin crear directamente un *ius*. La autonomía privada pierde así su fuerza originaria y se integra en el marco de disponibilidad que deja la norma pública; el *ius privatum* pasa a ser originado por las normas estatales que encauzan la autonomía privada”²⁴²

Aquí se situaría el texto de ULPIANO antes citado, en cuyo texto D'ORS entiende la *utilitas singulorum* como discreción de la autonomía privada: “Las normas del *ius privatum* son ahora las normas dispositivas que los particulares pueden acomodar según su conveniencia, según su particular *utilitas*”²⁴⁴; para ULPIANO no se trataba de dos clases de normas que diferían por su objeto o interés, sino de una distinción de objetivos o puntos de mira, de dos perspectivas que se pueden tomar al considerar las normas jurídicas en el *studium iuris* según contemplemos el mundo jurídico como sistema de situaciones o sistema de relaciones.²⁴⁵

²⁴¹ D'ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, op. cit., pp. 21 – 22; también *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, ed. Ateneo, Madrid - 1952, pg. 32.

²⁴² D'ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, op. cit., pp. 21 – 22; *Los romanistas ante la actual crisis de la ley*, op. cit., pg. 32.

²⁴⁴ FOSAR BENLLOCH, E., op. cit., pg. 1110.

²⁴⁵ JORDANO BAREA, J.B., *Derecho Civil, Derecho Privado...*, op. cit., pg. 871.

FOSAR BENLLOCH concluye sobre la posición de D'ORS: "Así, D'Ors identifica el Derecho Privado con *ius dispositivum*, y el Derecho Público con el *ius cogens*. El Derecho Civil así no es puro Derecho Privado, pues contiene normas de Derecho Público: todas las normas que no se proyectan sobre el mundo de las «relaciones», sino el de las «situaciones», resultan, sin dejar de ser civiles, de Derecho Público²⁴⁶"

De esta forma D'ORS no distingue tanto dos materias como dos inteligencias, modos o perspectivas que son convocados por la particular *utilitas* o conveniencia que se excita para el contrato social en cada sector de la realidad social. En ocasiones los fines y teleologías del contrato social determinan que éste active fuentes de las que manan inteligencias, técnicas y modos de Derecho público. En otros casos aquellos mismos fines obligan al contrato social a excitar la espontaneidad y creatividad de sus ciudadanos para poder conseguir ciertos resultados, (productividad, circulación de riqueza, satisfacción de la individualidad humana, funcionalidad social del amor humano), de modo que dispone fuentes, (negocio jurídico), de las que resultarán inteligencias, técnicas y modos de Derecho privado.

Estas activaciones se producen y combinan distintamente de acuerdo con el reto que cada materia y sector de la realidad social presenta al grupo, determinando conmixtiones y preponderancias distintas para conseguir los objetivos pretendidos. De este modo, las ramas jurídicas *materiae ratione* no manifiestan nunca una zona absolutamente dominada por la inteligencia pública y el principio comunitario o por la inteligencia privada y el principio personal, sino un combinado de los mismos congruente con el reto que presente al contrato social ese concreto ámbito.

4).- EL DERECHO CIVIL COMO DERECHO DE LA PERSONA

²⁴⁶ FOSAR BENLLOCH, E., *op. cit.*, pg. 1110.

Señala PARRA LUCÁN que “La persona, en sí misma, su posición como tal en el Ordenamiento, la capacidad de obrar, la incapacitación, el estatuto de la persona en general, es el primer estudio del Derecho civil porque la persona es la primera realidad a la que se enfrenta el Derecho. Así se explica que, si el Código civil es el primer cuerpo legal del Derecho civil, dedique el primero de sus libros precisamente a la persona.”²⁴⁷

Con ello se está aludiendo a la persona física, (“en sí misma”), como también señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que enfoca el Derecho civil sobre “las personas, contempladas en cuanto tales, en su vida privada”, señalando que “tiene como centro de gravedad al ser humano en cuanto tal”.²⁴⁸

La realidad de la persona humana impone a cualquier intento de Derecho sobre ésta la imposibilidad de nutrirse exclusivamente de inteligencias y técnicas de Derecho privado o de inteligencias o técnicas de Derecho público, por cuanto comprende bienes, intereses y necesidades intensísimamente públicos y universales que incluyen también la propia necesidad de autonomía, libertad y creatividad individual.

De este modo, las etiquetas Derecho civil y Derecho privado no son coincidentes ni se refieren a las mismas sustancias²⁴⁹, (materia contra inteligencia), y la centralidad del Derecho civil en lo jurídico que señalan DE CASTRO Y BRAVO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ²⁵⁰ no procede de ser éste Derecho privado, sino de constituir el

²⁴⁷ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, pg. 140

²⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pg. 31.

²⁴⁹ En este sentido es exactísimo el título que otorga JORDANO BAREA a su artículo *Derecho civil, Derecho privado y Derecho público*, (*op. cit.*)

²⁵⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo I, pg. 111, en *Derecho Civil de España, Volumen I*, *op. cit.*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P.,

Derecho de la persona por excelencia: esta realidad personal convoca todas las técnicas e inteligencias públicas y privadas posibles. Así el Derecho civil es el que “determina de modo general el puesto y significado jurídico de la persona y de la familia” y el más próximo al Derecho natural, (dice DE CASTRO Y BRAVO²⁵¹), o “el que ofrece la regulación general de las relaciones más habituales de las personas”, (refiere MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ²⁵²), para lo cual emplea las técnicas, modos e inteligencias necesarios, públicos y privados.

Derecho civil como Derecho común²⁵⁴ comprende tanto una sede patrimonial como otra personal y familiar, de modo que MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ señala el elemento permanente del Derecho civil en la tríada persona, familia y patrimonio.²⁵⁵ Pero nótese que patrimonio y persona no son antagónicos o mutuamente extrañísimos en la sede civil por cuanto aquí, (incluso en lo material), permanecemos siempre cercanos y en contacto con la esfera nuclear de la propia dignidad humana, frente al alejamiento que ocurre en otras ramas jurídicas, (Derecho mercantil).

(coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pg. 41.

²⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo I, pp. 127-128, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*

²⁵² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pg. 31.

²⁵⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo I, pg. 111, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.* ; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pg. 41.

²⁵⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibidem.*, pg. 32.

La realidad de la persona humana obliga al contrato social a combinar en todas estas sedes civiles, (con distintas ponderaciones), los principios individualista y comunitario, existiendo tanto *ius cogens* en el sector patrimonial, (protección de deudores hipotecarios, p.e.), como un ámbito para el negocio jurídico familiar o para la libertad personal en sede de Derechos humanos y Derecho de familia.

4.1).- Derecho privado/público como inteligencias o tendencias.- Comprender la distinción público/privado como principios de valoración y de orientación de la acción estratégica del contrato social en unos y otros lugares de la realidad social única, (inteligencias, modos y técnicas, congruentes, oportunos o eficaces), más que como una ontología “Derecho público” y otra sustancia “Derecho privado”, permite apreciar que iusprivatistas y iuspublicistas estarán seguramente modelados en sus perspectivas y tendencias por las lógicas y valores que resultan de la estrategia con la que el contrato social se desempeña en sus respectivos campos de competencia *materiae ratione*.

DE CASTRO Y BRAVO, D’ORS, GARCÍA CANTERO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ caracterizan así la dicotomía público/privado como una distinta tendencia, punto de vista o perspectiva²⁵⁶, siempre con idea de responder congruentemente a los retos que plantea integralmente un hecho o realidad social.²⁵⁷

²⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España*, Tomo I, pg. 74 y pg. 99, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*; D’ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano, op. cit.*, pp. 21 – 23; GARCÍA CANTERO, G., *Reflexiones sobre la mejor...*, *op. cit.*, pg. 211; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pg. 39.

²⁵⁷ En este sentido se aprecian préstamos de técnicas privadas en materias tradicionalmente asociadas a lo público y viceversa, (PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, pg. 144), y DE CASTRO Y BRAVO señalaba que “nada impide que se utilicen disposiciones de Derecho privado para completar las de Derecho público y que principios de Derecho público sean tenidos en cuenta al aplicar el Derecho privado.”,

Como decía DE CASTRO Y BRAVO, “lo público-privado no supone ya una distinción tajante sino sólo diversas perspectivas para interpretar las mismas y únicas normas”²⁵⁸, y refería el riesgo de la especialización respectiva: “los cultivadores de la ciencia jurídica se apartan en grupos cerrados de especialistas [publicistas y privatistas] que pretenden crear para sus disciplinas métodos y conceptos independientes y que mutuamente se ignoran”, y esta animosidad es luego utilizada por distintas concepciones políticas que “utilizan uno u otro concepto, exagerando su distinción, enfrentándolos y haciéndolos signos de sus aspiraciones.”²⁵⁹

Añade GARCÍA CANTERO: “Tampoco olvido que, entre nosotros, y después de la CE de 1978, en ciertos sectores del ordenamiento civil - singularmente en Derecho de Familia - se ha abierto de hecho la veda permitiendo al legislador y al operador jurídico incursiones y desbordamientos del Derecho público en el otrora campo exclusivo del CC, cuyas últimas consecuencias, positivas o negativas, están todavía por ver. A algunos civilistas nos extraña - por no decir, nos molesta - que algunos publicistas manejen con desenvoltura delicadas instituciones civiles, cuya quintaesencia se ha ido decantando a lo largo de la historia para llegar a su configuración actual. Pero también debemos admitir que otros civilistas adoptan a la ligera criterios hermenéuticos administrativistas, sin calcular sus consecuencias”.²⁶⁰

También señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que no ha de caerse en “la tentación próxima” de prescindir de la bipartición público/privado; ha de evitarse pedir a esta distinción más de lo que puede ofrecer, (criterios absolutos, una segregación limpia),

(DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 103, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*)

²⁵⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 99.

²⁵⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 74.

²⁶⁰ GARCÍA CANTERO, G., *Reflexiones sobre la mejor..., op. cit.*, pg. 211.

pero ha de recogerse, y con celo, que en esta dicotomía se ofrecen con claridad “tendencias”, “perspectivas diferentes con una base cierta”.²⁶¹

4.2).- El Derecho civil como garantía.- Ello habría de llevarnos a concebir al Derecho civil como Derecho común de la persona, (persona, familia y patrimonio personal), aprovechando la deformación del civilista hacia el principio individual sobre el comunitario y obviando el adjetivo “privado”, (Derecho privado), en cuanto no define propia ni limpiamente ningún sector de la materia jurídica sino formas típicas o aquilatadas de enfrentarse a los hechos humanos y sociales que se presentan al contrato social y que éste utiliza y combina utilitariamente en ciertas encrucijadas, (inteligencias típicas), en una medida que no es nunca absoluta o excluyente.

FOSAR BENLLOCH subraya la virtud garantista de una mirada privatística sobre la persona al señalar que “un ordenamiento jurídico basado en una concepción humanista personal de la justicia, anclado en el respeto del Estado de Derecho, debe distinguir lo público de lo privado en las diversas instituciones que lo integran”.²⁶³

Por su parte VIDAL MARTÍNEZ señala el valor permanente del Derecho civil como Derecho de la persona en la era de la globalización²⁶⁴ y GARRIDO DE PALMA lo califica como protector del ser humano.²⁶⁵

²⁶¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, op. cit., pg. 39.

²⁶³ FOSAR BENLLOCH, E., op. cit., pg. 1116.

²⁶⁴ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del valor permanente del Derecho civil como Derecho de la persona en la era de la globalización*, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Vol. 1, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2825 - 2863.

²⁶⁵ GARRIDO DE PALMA, V.M., *El Derecho civil, protector del ser humano*, en *Anuario de derecho civil*, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Vol. 36, Nº 4, Madrid - 1983, pp. 1359 - 1375.

4.3).- Derecho civil y Derechos humanos.- DE CASTRO Y BRAVO

manifestaba cómo “una idea firme del Derecho sólo puede obtenerse en base del Derecho natural”²⁶⁸ y que “El Derecho civil es “el que está más cerca de la órbita inmediata del Derecho natural”.²⁶⁹

En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ introduce una exigencia de legitimidad, justicialista, para el Derecho, la cual sólo puede ser hoy la moral que resulta de los Derechos humanos desde su atribución universal: “es inexcusable la referencia a la dignidad humana como determinante de unos contenidos mínimos del Derecho civil”, de modo que el Derecho que no los incorpore se habría, como señala este autor, “desnaturalizado”.²⁷⁰

Derecho patrimonial y Derecho personal y familiar emanan de la dignidad de la persona humana, siquiera sólo el Derecho materialista puede ser, (y es), vaciado mediante predefinición y precalibrado de las cuestiones personales y humanitarias. Ese vaciamiento, (que es Derecho público), es también Derecho civil que convoca una inteligencia y técnica de Derecho público en protección de la persona.

En este sentido el Derecho civil puede y debe reclamar su papel central en la materia relativa a Derechos fundamentales. PARRA LUCÁN señala que “El concepto de persona en el Ordenamiento, también para el Derecho civil, exige completar esa perspectiva del Código mediante el reconocimiento del valor esencial que a la persona atribuye el artículo 10 de la Constitución, al considerar como fundamento jurídico del

²⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 13, en *Derecho Civil de España Volumen I, op. cit.*

²⁶⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem I*, pp.- 127-128.

²⁷⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pg. 37.

orden político y la paz social “la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, así como el libre desarrollo de la personalidad”²⁷¹.

Así pues, Derecho civil y Derechos humanos están directísimamente unidos, de modo que este Derecho habrá de estar presidido por la dignidad de la persona humana, como manifiestan LACRUZ BERDEJO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ²⁷² y PARRA LUCÁN, quien advierte, además, cómo la “visión de la persona del Código civil es parcial e incompleta, y adolece de una perspectiva excesivamente patrimonial, la persona como sujeto de derechos patrimoniales.”²⁷³ Y añade “a la doctrina civilista le sigue pesando el Código civil o, mejor, lo que no está en el Código. Aspectos fundamentales de los derechos de la personalidad que inciden en el ámbito jurídico privado están, sin embargo, no sólo fuera del Código, sino insertos en normas dispersas, que no siempre se están ocupando de aspectos jurídico privados... No es casualidad por ello que la discusión sobre la eutanasia esté fuera del ámbito de los círculos civilistas... Muchos de estos temas no suelen ser objeto de atención directa, como tales, en los manuales al uso, lo que a mi juicio provoca una explicación fragmentada e inexacta de la persona. De ahí la necesidad de construir el concepto de persona teniendo en cuenta todas las piezas del Ordenamiento...”²⁷⁴

²⁷¹ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, pg.140.

²⁷² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, 1-2º, 2ª ed.*, ed. Dykinson, revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J., Madrid - 1991, pp. 1 y 51; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pp. 181 y ss. y pg. 321; PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, pg.140

²⁷³ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pg.140.

²⁷⁴ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem.*, pg.142 - 143.

No obstante, es sólo recientemente que algunos manuales de Derecho civil comienzan a recoger estos temas²⁷⁵. En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ señala cómo es en fechas relativamente cercanas que se ha producido “la incorporación del Derecho civil a la defensa inmediata del ser humano... a través de la moderna categoría de los llamados derechos de la personalidad”²⁷⁶.

4.4).- Derecho de Familia.- El Derecho de familia y el Derecho de la persona en capítulo de protección de la persona física, desde sus sedes todavía civiles, organizan funciones esencialísimas sobre los individuos bien mediante una institucionalización pública directa, (administrativización que señalan GARCÍA CANTERO, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ y PARRA LUCÁN²⁷⁷), o bien atrayendo a ciertas personas individuales a oficios públicos que son precisamente públicos, siquiera el contrato social los delegue por confianza en el amor humano, (organización pública difusa que señala

²⁷⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)*..., *op. cit.*; LACRUZ BERDEJO, (edición revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA), en *Elementos de Derecho civil*, 1-2º, 6ª edición, ed. Bosch, Madrid - 2010.

²⁷⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)*..., *op. cit.*, pp. 545-546.

²⁷⁷ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, volumen segundo, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, revisado y puesto al día GARCÍA CANTERO, G., y CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., ed. Reus, Madrid - 1995, pg. 445; GARCÍA CANTERO, G., *Lucas y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)*, en *Revista española de derecho canónico*, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Vol. 52, Nº 138, Salamanca - 1995, pp. 43-54., en concreto pp. 52-53; *Reflexiones sobre la mejor...*, *op. cit.*, pg. 211; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coord.), PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho civil, (I)*, *op. cit.*, pg. 32; PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre ...*, *op. cit.*, pp. 146 y 153-155.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ a pesar de la privatización que reclama ROCA TRÍAS para el CCC)²⁷⁸.

El carácter público que puede apreciarse en la sede familiar, (organización pública difusa, funciones sociales generales, *ius cogens*, *imperium*, y relaciones verticales con potestades y sumisiones), puede llegar a plantear no sólo una discusión sistemática sino también la conveniencia de que el Derecho de familia siga formando parte del Derecho civil o que sea comprendido dentro del Derecho administrativo.

Debe advertirse que, a mi juicio, la publicización del Derecho familia, (reconocer su inteligencia dominante de Derecho público), no obliga a la administrativización del mismo, pues tal publicización procede tan sólo de situar el centro del foco de atención jurídica sobre el valor moral de la persona en sí misma. Ello coloca en crisis simultáneamente a la autonomía negocial, a la libertad unipersonal y al individualismo jurídico y no debe confundirse con que deba ser, o no, un servidor administrativo quien ejerza las funciones familiares. No obstante, PARRA LUCÁN y SILLERO CROVETTO señala cómo esta administrativización del servidor familiar ha absorbido entre nosotros ciertas funciones, así la educación²⁸⁰.

No debe olvidarse que la energía que convierte en única a la institución familiar es el amor humano y que un servidor administrativo y el modo o perspectiva del Derecho público no son congruentes con el cariño y la entrega incondicional. Así en sede de

²⁷⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)*..., *op. cit.*, pg. 40; ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat*..., *op. cit.*, pg 441 - 445.

²⁸⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 426; SILLERO CROVETTO, B., *Política legislativa en relación con la familia*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1075-1100, en concreto pg. 1086.

adopción es consideración unánime que la institucionalización del niño sólo debe existir como último remedio²⁸¹, de lo que resulta también una posible construcción del derecho del niño cuando menos a ser acogido familiarmente.²⁸²

CICU introdujo una divergencia en cuanto al Derecho de familia señalando la diferencia entre Derecho público y Derecho privado y la imposibilidad de encuadrar en este último al Derecho familiar, y ello 1) por ser la familia un ente subjetivo que manifiesta órganos y funciones; 2) por no ser horizontal la relación jurídica familiar y aparecer potestades; 3) por existir un interés familiar que no es el puro interés individual de cada persona inserta en una familia, (matrimonio), y, por último; 4) por existir simultáneamente sobre este interés familiar de modo inescindible un interés público que provoca una injerencia estatal en forma de orden público familiar.²⁸³

Ello no llevó a este autor a pedir la inclusión del Derecho de familia en el Derecho público sino en “un lugar independiente en la distinción entre derecho público y derecho privado, es decir, sustituir la bipartición por una tríada que respondiera a los caracteres particulares que socialmente asume el agregado familiar frente al agregado político”²⁸⁴.

²⁸¹ MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., DÍAZ-HUERTAS, J.A., *El niño que vive en una institución. Necesidades afectivas, psicosociales y sanitarias*, en CASADO FLORES, J., DÍAZ HUERTAS, J.A., MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., *Niños maltratados*, ed. Díaz de Santos, Madrid -1997, pp. 269-277.

²⁸² MARTÍNEZ GONZÁLEZ señala que este acogimiento es una alternativa justa, solidaria y conforme con el mejor interés del menor, pese a lo cual manifiesta seguir siendo “la Cenicienta del sistema”, (MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., *Acogimiento familiar, ¿justicia o solidaridad?*, en Revista Pediatría de Atención Primaria, Vol. 10, Nº. 40, 2008, editado por Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria (AEPAP), Madrid, 2008, pp. 129-136, en concreto pp. 134-135.)

²⁸³ CICU, A., *Scritti minori di Antonio Cicu, volumen primo, Scritti di Teoría Generale dei Diritto, Diritto di famiglia, tomo primo*, ed. Giuffré editores, Milano - 1965, pg. 73, pp. 118 -119 y pg. 145.

²⁸⁴ CICU, A., *ibidem*,, pg. 73, pp. 118 -119.

El argumento de CICU para proponer este *tertium* radicaba en que “Si el derecho público es el del Estado y el de los demás entes públicos, el derecho de familia no es derecho público. La familia no es ente público, no porque no esté sujeta, como los entes públicos, a la vigilancia y tutela del Estado, sino porque los intereses que debe cuidar no son, como en los entes públicos, intereses de la generalidad, por lo cual no está organizada como éstos”.²⁸⁵

CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ señalan también cómo el Derecho constituido no suele reconocer personalidad jurídica a la familia puesto que se “estructura sobre la base de la persona individual y no de la familia”, si bien, “por el contrario, desde el punto de vista de los ideales jurídicos, merece ser bien acogida la tesis de la personalidad de la familia” y “Lo importante es no caer, como el individualismo jurídico, en el error de reducir las relaciones de familia a relaciones individuales entre los miembros que la constituyen, desconociendo el carácter de asociación natural y de fondo ético que tiene la familia, cuyas relaciones no pueden ser regidas por criterios de interés individual ni de autonomía de la voluntad”.²⁸⁶

A mi juicio concebir la sustancia del Derecho de familia desde la idea estatutaria y orgánica de ser el Derecho del sujeto especial familiar no es fructífero por la propia indefinición jurídica que toma desde su realidad ético-social y orgánico-natural²⁸⁷. A su aspecto bifronte y doblemente interesante sociedad/individuo le corresponde una consideración de pieza esencial jurídica y política, (desde la propia CE), de centro

²⁸⁵ CICU, A., *ibidem*, pg. 145.

²⁸⁶ CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 1, Las relaciones conyugales*, actualizado y revisado por GARCÍA CANTERO, G., CASTÁN VÁZQUEZ, J.M y, ADROHER BIOSCA, S., 12ª edición, ed. Reus, Madrid, 1994, pg. 43.

²⁸⁷ CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS, J., *ibidem*, pg. 43.

intensísimo de Derechos fundamentales y de sede capital para libertad e intimidad personal. Sin embargo, los ordenamientos no han conseguido recursos conceptuales para construir jurídicamente de un modo unitario y pleno tal sujeto tercero. Ello quizá sea entonces una cualidad intrínseca de la misma.

Sobre la familia confluyen una perspectiva individual, intersubjetiva, funcional pública y distributiva social que complican un concepto unitario y que afecta a ramas muy diversas del Derecho. Compárese la idea de familia que resulta de patria potestad, alimentos o legítimas con aquella otra propia del Derecho administrativo distributivo en sede de retribución social a la familia numerosa²⁸⁸. En este punto resulta tentador construir un Derecho especial por razón del sujeto, (Derecho de la familia), pero, a mi juicio, la singularidad del hecho familiar no permite crear jurídicamente tal sujeto sino solo institucionalmente.

4.4.1).- La familia como *prius* al contrato social.- El *tertium* propuesto por CICU procede de que la familia es un sujeto inexplicable desde lo individual, social y político, un *prius* autofundado sólo en su singularísima conmixción de lo individual y grupal sin ser, tampoco, persona ni sociedad y que, por ello, posee intereses que no son propios de ninguno de los otros sujetos, (individuales, sociales, estatales).

No obstante, a mi juicio la familia no es un sujeto tercero ajeno a individuos y grupo, sino una herramienta antropológica para la solución de la tensión entre intereses individuales y grupales en un concreto estado ecológico y cultural. Ello no niega el valor de la familia como *prius* para Derecho y sociedad, (que ciertamente tiene, como señalan

²⁸⁸ En esta sede distributiva existe familia numerosa sin sangre o parentesco, (BONET NAVARRO, J., *El concepto de familia numerosa en la legislación española*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., [Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez](#), Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1321 a 1332, en concreto pg. 1328-1329.

CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ y MARTÍNEZ DE AGUIRRE²⁸⁹), pero sí que nazca de la existencia de una sustancia subjetiva principal.

El valor apriorístico de la familia sobre el contrato social surge de ser ésta un delicado pero potentemente eficaz cóctel entre sujetos individuales y el grupo, capaz de combinar los intereses coincidentes y contrapuestos de ciertas personas que son, cada una de ellas, un individuo y un alma distinta, y los objetivos propios de la sociedad mediante catalizadores y aglutinantes culturales propios de cada grupo humano, resolviendo constantemente los retos ecológicos también coyunturales de cada localización humana. Ello determina una extraordinaria variedad antropológica sobre familia y matrimonio, de modo que, como señalan D'AGOSTINO, KÖNIG y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, puede afirmarse un principio de libertad de formas, (soluciones), familiares a tales intereses y tensiones a pesar de ser la realidad familiar una constante estructura antropológica objetiva.²⁹⁰

La sustancia en esta argumentación no se encuentra en la aparición de un sujeto sino de un herramienta, no hay un *tertium*, (que supone un miembro más dentro de un mismo plano ontológico), sino un abandono del plano subjetivo, (individuo y grupo), y el ingreso en una sede funcional, instrumental. En este sentido, interesa más al Derecho definir una funcionalidad mínima familiar y localizar sus fuentes, (hechos sociales aptos o funcionales como familia, concepto funcional de familia o modelo familiar), que construir

²⁸⁹ CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 1, Las relaciones conyugales ...12ª edición, op. cit.*, pg. 43; MARTÍNEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia... op. cit.* pg. 36,

²⁹⁰ Así en D'AGOSTINO, *Linee d'una filosofia della familia*, ed. Giuffré, Milano, 1.999, pp. 149 y ss. y KÖNIG, *Sociological introduction*, en MOHR, J.C.B., SIEBECK, P., *International Encyclopedya of Comparative Law*, ed. Mouton, Tübingen-The Hague- París 1974, pg. 23 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *A cada uno su familia... op. cit.* pg. 38.

jurídicamente un sujeto familiar que es, ciertamente, difícil de ser aprehendido. Este concepto funcional entronca, indudablemente, con la noción institucional y con la concepción de la familia como institución que señalan CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ²⁹¹.

La cuestión es, además, que subrayar lo funcional o lo subjetivo tiene trascendencia a la hora de enfrentar las críticas del individualismo jurídico a la familia, críticas que necesitan localizar un sujeto tercero, (distinto de los individuos), para poder acusarle de *monstrum* opresor de las libertades personales²⁹², cuestión que revela mayormente su falta de fundamento si se colocan en primer plano las necesidades individuales que como mejor instrumento, (hasta hoy único), la familia viene a solucionar en bien de todos.

4.4.2).- El amor humano.- El carácter necesario y apriorístico de la familia procede de unas necesidades estructurales humanas que sólo han encontrado, (demostrada y comprobadamente), solución en la energía del amor interpersonal humano, el cual ha de estimarse como sustancia y esencia de la funcionalidad y del valor social de las familias. En la sede familiar las funciones genéticas del contrato social respecto de Derechos humanos y las funciones esencialísimas del mismo para asegurar la supervivencia individual y la maximización de aquellos derechos se producen con una exigencia

²⁹¹ CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. I, Las relaciones conyugales ...12ª edición, op. cit.*, pp. 44 - 45.

²⁹² ROCA TRÍAS habla de que “la tutela del individuo no puede subordinarse a la de la familia”, de que “el matrimonio no es una institución superior a sus miembros” y rechaza “la familia matrimonial” como sujeto de interés y protección que exige ser primada “incluso contra los derechos fundamentales de sus miembros”, señalando que entre estos derechos está el de libertad de los miembros del grupo “y la protección de la decisión de no continuar formando parte del grupo”, (ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas, op. cit.*, pp. 64 y 70). Para la inteligencia del individualismo es preciso crear un sujeto familiar y un interés familiar opresor de la persona poder justificar sus derivadas unipersonales estancias.

enormísima. En tal punto el contrato social precisa de ayuda so pena de fracasar²⁹³, y recurre a una técnica de delegación sobre personas individuales utilizando a su favor la energía del amor personal que encuentra típica, confiable y reiteradamente, (como *factum y prius*), en determinados centros o núcleos de su base subjetiva ciudadana que quedan así incorporados a la organización difusa del contrato social²⁹⁴.

Para esta energía amorosa la familia es *locus* o *hábitat*, (amar pide contacto, convivencia y hogar), pero no exactamente fuente. La fuente está en el alma humana individual y se manifiesta en la capacidad única que poseemos desde la época Neanthertal²⁹⁵ para transferir impulsos altruistas sobre dependientes tanto humanos como no humanos,²⁹⁶ un “*need to nurture*” que excede del puro instinto de crianza y que se derrama, incontenible, sobre las mascotas, (BASTEN²⁹⁷).

El amor es fruto de la individualidad, surge de la persona y no de la entidad familiar, nace del mismo lugar que el impulso moral genuino, esto es, de un altruismo

²⁹³ MARTÍNEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...* op. cit. pg. 35, FLAQUER VILADEBÓ, L., *El destino de la familia*, ed. Ariel, Barcelona - 1998, pg. 199; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Reflexiones sobre el Derecho de Familia*, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 74-98, en concreto pg. 89.

²⁹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, op. cit., pg. 40.

²⁹⁵ LALUEZA FOX, C., *Palabras en el tiempo. La lucha por el genoma Neandertal*, ed. Crítica, Barcelona - 2013, pg. 10.

²⁹⁶ DE LORA DELTORO, P., *¿Puede Gracia ser franciscana?...* op. cit., pp. 37-38.

²⁹⁷ BASTEN, S., *Pets and the “need to nurture”*, *The Future of Human Reproduction*, Working Paper #3, February 2009, ed. St. John’s College Research Centre, University of Oxford and the Vienna Institute of Demography, Austrian Academy of Science, <http://www.sjc.ox.ac.uk/3153/WP45%20Pets%20and%20the%20need%20to%20nurture.pdf>.download, última visita el 17 de Marzo de 2014.

psicológico innato a cada concreta e individual alma humana, aunque sea la familia la ecología donde puede desarrollarse, producirse y nutrirse máximamente.

Por otra parte, la delegación o recurso al amor humano no niega que aquí se actúa una función pública irrenunciable y que el contrato social no puede desprenderse de su titularidad y obligación principalísima²⁹⁸, (mera delegación, organización difusa), siquiera sea un privado quien aparezca actuando inmediatamente en la primera línea de fuego, (*oficium publicum* sobre un individuo particular).

Es cierto, no obstante, que el contrato social utiliza un arma que no es típica del estatuto orgánico y funcional público, el amor humano, para el cual es difícil articular una definición positiva, construir sujetos bien perfilados jurídicamente o colocar su producción y despliegue sobre raíles legales. Pero en este punto sólo cabe al contrato social confiar en esta fuerza pre y extrajurídica y tutelar verticalmente *ex extra*, *ex post*, (a veces *ex ante*, de ser posible como en la adopción), las posibles desviaciones.

Esta fuente de energía capaz de atender las necesidades estructurales humanas sin agotar las potencias, (insuficientes), del contrato social, sólo es encontrable en la persona misma, (individual), y en la relación *intuitu personae*: sólo allí habita el amor humano. *Intuitu personae* y amor pertenecen al sentido del tacto, al roce, contacto y convivencia, a la estrechez e intimidad humana, al concepto de hogar y a la etimología de la palabra “casados” en el sustantivo “casa”. Cariño y contacto son condición para la empatía del adulto, lo que señala la necesariedad social de una familia amorosa que los ofrezca y garantice³⁰⁰ y la disfuncionalidad de estructuras humanas y sociales que no consigan un *locus* y una convivencia que los asegure, (hogar familiar). Lo más congruente con esta

²⁹⁸ No comparto la idea de privatización de la función familiar de ROCA TRÍAS: “el sistema mixte... s’escora definitivament cap a l’àmbit privat”, (ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat...*, *op. cit.* pg. 444).

³⁰⁰ LOWEN, A., *El narcisismo. La enfermedad de nuestro tiempo*, ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona - 2000, pg. 184.

energía del contacto y del amor es la permanencia del Derecho de familia en la sede civil que prima lo personal sobre lo comunitario.³⁰¹

³⁰¹ MANGIONE MURO, M.H., *Derecho de Familia - Familia y Proceso de Estado*, ed. Centro de Publicaciones, Secretaría de Extensión Universitaria, Universidad Nacional del Laboral, Santa Fe, Argentina - 2000, pg. 13 - 18.

CAPÍTULO II).- DERECHO PÚBLICO DIRECTO E

INDIRECTO³⁰³

³⁰³ Bibliografía fundamental para la confección de este capítulo: BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *Introducción. Teoría del Contrato*, *op. cit.*; DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Tomo II, *Las relaciones obligatorias*, *op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, en *Anuario de Derecho Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1959, pp. 1237 - 1276; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*; DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M., *Las Nulidades de los Contratos. En la teoría y en la práctica*, ed. Dykinson, Madrid - 2.005; DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*; D'ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, *op. cit.*; DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, traducción de GUASTAVINO, M., 2ª edición, ed. Ariel, Barcelona - 1989, 2ª edición; FLUME, W., *El negocio jurídico*, ed. Fundación Cultural del Notariado, traducción de MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., y GÓMEZ CALLE, E., Madrid - 1996; FOUCAULT, M., *Historia de la Sexualidad 1. La voluntad de saber*, ed. Siglo XXI de España editores, S.A., (Tercera reimpresión), Madrid - 2009; GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España* *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *Recensión de Un solo mondo, un solo diritto? A cura di F. BONSIGNORI e T. GRECO*, Edizione Plus, Pisa, University Press, (Pisa 2007), en *Revista Jurídica del Notariado*, número 73, 2010, ed. Consejo General del Notariado, Madrid-2010, pp. 687-724; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 14ª edición, ed. Thomsom - Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2008; GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Pasado, presente y futuro de los Derechos humanos*, ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México - 2004; GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil. Tomo II., Parte especial: procesos declarativos y de ejecución*, 7ª edición, ed. Thomsom - Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2006; HARRIS, M., *Antropología Cultural*, Alianza Editorial, Madrid - 2004; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, 1984, reimpresión de 1990, 1ª, 2ª, ed. Bosch, Madrid - 1990; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, en *Anuario de Derecho Civil*, 39, número 4, 1986, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1986, pp. 1059 - 1120; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*; PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de fami-*

1).- DERECHO PÚBLICO DIRECTO.

1.1).- Verticalidad- El Derecho público produce normas imperativas que colocan a la generalidad de todos los ciudadanos en situaciones objetivas y no en relaciones particulares, (D'ORS³⁰⁴). Ello sólo es posible porque entre el emisor del Derecho público y el común de los ciudadanos receptores existe una relación de verticalidad: el contrato social ejerce un poder que no es discutido por ningún igual. Tal poder es innegociable: no entra en relación subjetiva con el destinatario sino que inserta a éste en una situación objetiva. Este poder es, además, legítimo en cuanto se convierta en instrumento para una moral que es metajurídica y afecta por igual al poder constituido y su producto, (Derecho positivo), y al poder constituyente.³⁰⁵

Los límites metajurídicos del poder, de su ejercicio y de su Derecho no pueden imponerse jurídicamente.³⁰⁶ Cuando un poder soberano decide dotarse de un ordenamiento

lia, op. cit.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*; RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, ed. Dykinson, S.L., Madrid - 2009; SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*; SCHMITT, C., traducción de AGAPITO, R., *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, Madrid - 1991.

³⁰⁴ D'ORS, A., *Elementos de Derecho privado romano*, *op. cit.*, pp. 21 – 23

³⁰⁵ Así lo señala KANT "... la sabiduría política deberá hacer de las reformas, de acuerdo al ideal del Derecho público, un deber para sí misma. Las revoluciones, en cambio, donde quiera que la naturaleza las provoque por sí misma, no deberán tomarse como excusa para una opresión mayor sino como una llamada de la naturaleza a instaurar, a través de reformas sólidas y minuciosas, una constitución legal fundada en los principios de libertad, la única constitución que es permanente", (KANT, E., *Paz Perpetua...*, *op. cit.*, pg. 373).

³⁰⁶ Estos límites son metajurídicos por ser morales, o sea externos a lo jurídico, pero, además, son prejurídicos y suprajurídicos, (TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pp. 121). Ello no obsta para que el Derecho positivo pueda ser inmoral, es mera cuestión de despejar una ecuación de poder suficiente. No obstante, la proporción

con un concreto contenido moral, éste no es ya límite jurídico a lo jurídico sino que es ya contenido jurídico, parte del Derecho objetivo y carente de la exterioridad al ordenamiento que le permitiría ser concebido como límite del mismo. Los límites del poder autoimpuestos y positivizados no son ya límites sino el propio ser de este poder: una vez positivizados forman parte de la definición del contrato social y de sus funciones, bienes e intereses propios y públicos, caracterizándole con un sesgo instrumental de servicio para maximizar los Derechos humanos de todos. Por ello toda acción pública injusta o inmoral es siempre una pura vía de hecho.³⁰⁷

En este sentido LOPEZ JACOÍSTE señala que “los derechos fundamentales se ordenan institucionalmente hacia la más efectiva vigencia y la más lograda congruencia respectiva. Se dice por ello que son mandatos de optimización”³⁰⁸, lo que significa que la acción y la apropiación pública que tiene lugar para conseguir la maximización de los mismos está basada en los propios Derechos humanos y se justifica en ellos, no en la sociedad *per se*, en *utilitas* o en poder.

de poder preciso para sostener una ley injusta es geoméricamente proporcional al *quantum* de inmoralidad que encierre para sus destinatarios. Por otra parte, también hay un límite a estos límites, pues un Derecho ha de sostenerse también hacia el exterior, frente a sus vecinos. En este sentido Japón ha redefinido el día 17 de Diciembre de 2013 su Estrategia Nacional de Defensa y ha diseñado un plan a cinco años para expandir sus recursos militares. La renuncia a las armas y al derecho de beligerancia que la nación soberana nipona hizo en el artículo 9 de su Constitución se revela ahora inexigible desde cualquier posición metajurídica frente a China o a la nueva guerra cibernética. Como dije la guerra es un juego de uno: cuando uno lo juega y otro u otros no quieren se llama masacre... Está en el cimiento mismo de cualquier moral, (conservatividad de la moral), la irrenunciabilidad de la legítima defensa.

³⁰⁷ En este sentido señalaba FOUCAULT que, puesto que no hay un afuera jurídico de la norma, la norma no puede ser transgredida jurídicamente, (OJAKANGAS, M., *Sovereign and Plebs: Michel Foucault meets Carl Schmitt*, en Telos, número 119, primavera, New York - 2001, pp. 32 – 40).

³⁰⁸ ALEXY, R., *op. cit.*, pg. 86; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 286.

El poder del contrato social no se discute como tal en ningún ámbito jurídico. La soberanía no se cuestiona o, entonces, lo que se revela es el que el soberano es otro o quiere ser otro, (guerra, guerra civil, revolución, rebelión, etc.)

Ciertamente el contrato social recibe su poder de los ciudadanos reunidos bajo la forma de pueblo soberano. Pero, contractualismo no es pactismo. Del contrato social surge un *Leviathan*, (HOBBS), o una voluntad general, (KANT), y ya sea por utilitarismo, (HOBBS), o por obligación moral, (KANT)³⁰⁹, no existe ninguna cláusula de reserva ni mecanismo de modificación posterior que pudieran exhibir individuos o grupos de individuos³¹⁰. En el pactismo medieval la cuestión era distinta por cuanto *príncipes*, nobleza, clero, gremios, villas, etc., no formaban una sociedad única sino una yuxtaposición de grupos estatutarios que negociaban o luchaban las cartas de derechos que podían exhibirse unos frente a otros³¹¹.

Así, cuestionar el contrato social supone interrumpir el Derecho, excepcionalidad y guerra o guerra civil. Y todo lo que no es ataque a la soberanía regresa a la doctrina de autolimitación positivizada o política interna en el Estado de acuerdo con las reglas del ordenamiento jurídico para la producción legislativa.

Ello resulta de SCHMITT, (noción del soberano y amigo/enemigo³¹²), y a partir del mismo señala BENAVIDES “el caso de la guerra civil. Si el soberano reconociera la igualdad del oponente, la guerra civil sería una guerra entre iguales y por tanto una guerra

³⁰⁹ HOBBS, T., *op. cit.*, , pp. 266-267; KANT I., *Doctrina del Derecho*, *op. cit.*, pg 345

³¹⁰ STRAUSS, L., *op. cit.*, pg. 51; D’AGOSTINO, F., *La bioética como problema...*, *op. cit.*, pg. 472; OLLERO TARASSA, A., *La engañosa neutralidad...*, *op. cit.*, pg. 8.

³¹¹ PÉREZ MARCOS, R.M., *Los Derechos humanos hasta la Edad Moderna*, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Pasado, presente y futuro de los Derechos humanos*, ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México - 2004, pp. 29 -60, en concreto pp. 35 - 38.

³¹² SCHMITT, C., *El concepto de lo político*, *op. cit.*, pg. 68

en la que el oponente tiene acceso a la territorialidad y a la representación en condiciones de igualdad al nivel internacional...”³¹³

1.2).- Derecho público directo.- En un primer momento las normas de Derecho público se muestran imperativas, indisponibles, absolutas, generales y creadoras de situaciones objetivas por cuanto son ejercicio del poder superior y monopolístico del contrato social. Este poder es, genéticamente, una realidad vertical que no admite compartición ni negociación singular con los privados.

El contrato social ejerce esta verticalidad del poder que posee para, en primer lugar, asegurar la supervivencia de la sociedad civil en cuanto mejor estrategia para la sobrevivencia individual maximizando los derechos humanos de todos. Con tal objetivo debe organizarse a sí mismo, dotarse de estructura y funcionalidad y tomar toda la energía, esfuerzos y riquezas objetivos y subjetivos que sean precisos para su creación inicial y para su mantenimiento posterior.

De aquí resulta un Derecho público directo en cuanto que se aplica verticalmente a obtener inmediatamente y para sí aquello que necesita, sustrayendo objetos y conductas del espacio de los individuos y adscribiéndolos al espacio comunitario para constituirse, organizarse y desplegarse. Es lo que ocurre con el instituto de la expropiación forzosa, la recaudación de impuestos, el servicio militar obligatorio, la propiedad pública de las aguas y del subsuelo, los mínimos servicios en huelgas, la limitación del *ius disponendi* por interés nacional estratégico para la defensa nacional, o cuando se impidiera al científico que ha conseguido una vacuna universal y perpetua suicidarse antes de revelarla.

Desde esta perspectiva el interés grupal entrará constantemente en conflicto con intereses particulares individuales o subgrupales y la afirmación de la primacía de la apropiabilidad pública de bienes, riquezas, esfuerzos y energías disponibles reducirá las

³¹³ BENAVIDES, F.S., *op. cit.*, pp. 136 y ss.

posibilidades de las apropiaciones privadas. Contrato social e individuo son aquí rivales, competidores, y su duelo no puede resolverse sino en favor del bien común.

La funciones a las que aplicará el contrato social los bienes, intereses y recursos previamente apropiados pueden ser claramente sobreindividuales, (defensa nacional, seguridad pública, etc.), o aparecer yuxtapuestos y conmixtionados con un interés particular al focalizarse sobre un ciudadano determinado, como ocurre con la jurisdicción civil y mercantil, (actor), o en la función gestora de la administración pública, (persona comprendida en un supuesto de hecho administrativo prestacional).

Gestionar y administrar el disfrute de recursos naturales, (parques naturales, patrimonio artístico o histórico, aguas, costas, etc.), o de recursos socio económicos disponibles, (catálogo sostenible de prestaciones públicas y sociales), supone afirmar la primacía y la titularidad pública sobre tales bienes, (hacia arriba, hacia el contrato social), pero también de la propia función distributiva del contrato social, (hacia abajo, hacia los privados). Ello introduce en esta inteligencia vertical la noción de justicia social o justicia distributiva, concepto totalmente extraño en el plano horizontal de relación entre privados igualmente atribuidos de derechos.

1.3).- Derecho público directo sobre conductas personales.- Ciertos intereses y necesidades públicas recaen sobre cosas que son apropiables *per se*, sin necesidad de actividad o intermediación humana. Así, por ejemplo, la propiedad pública de las aguas³¹⁵, o de la zona marítimo-costera³¹⁶. La primacía pública en su apropiabilidad puede, así, manifestarse como un interés directo alcanzable por su pura declaración jurídica sin mediación ni intermedio de nadie. Estos bienes son plenamente congruentes con la verticalidad y absolutividad de la soberanía del contrato social y su primacía pública.

³¹⁵ Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de Julio, que aprobó el texto refundido de la Ley de Aguas.

³¹⁶ Ley 2/2013 de 29 de Mayo de Protección y Uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de Julio, de Costas.

Otros intereses y necesidades públicas, por el contrario, son inseparables de las personas individuales en cuanto su satisfacción exige una apropiación de virtudes, aptitudes, capacidades, conductas y acciones u omisiones de las mismas. Todavía aquí cabe distinguir ciertas conductas apropiables, (inmovilización del reo en la sede carcelaria), y otras inapropiables si no son espontáneamente ofrecidas, de modo que sólo pueden ser esperadas o estimuladas, (A y B hacen nacer un nuevo ciudadano que cuidarán y socializarán, X monta una fábrica que ocupará a 34 personas, Z descubre petróleo en Sariñena). Estas últimas actuaciones particulares son doblemente interesantes, (para el contrato social y para el privado), de modo que se produce cierta confusión entre el interés mediato del Estado y el interés inmediato del ciudadano.

Es siempre Derecho público directo la primacía de apropiabilidad pública sobre bienes e intereses de los ciudadanos, lo que no plantea mayor cuestión en su reflejo sobre el patrimonio personal, (expropiación forzosa), pero que encuentra, sin embargo, dificultades en cuanto afecte a conductas y acciones personales, (penas privativas de libertad, servicio militar); una necesidad, un interés y un derecho de primacía de apropiación pública sobre bienes e intereses personales aproximan a los ciudadanos a la noción de cosa y cuestionan la dignidad humana.

La primacía pública sobre conductas personales se impone porque existen necesidades indispensables del contrato social y éste constituye la única estrategia hábil para asegurar la propia supervivencia individual y la maximización de los Derechos humanos de todos. Ello supone que el contrato social invoca la sostenibilidad de la sociedad para imponer su primacía de apropiabilidad pública, pero ello no lo efectúa como un fin en sí mismo sino porque es necesaria para asegurar el *maximum* posible de disfrute y conservación de los Derechos humanos para el mayor número de personas³¹⁷. No hay aquí

³¹⁷ Ello no se refiere estrictamente a la “carestía” de los derechos sociales o a cláusulas constitucionales de “reserva de lo posible” en relación con los mismos, (sostenibilidad), (BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*,

un argumento utilitarista por cuanto la moral, a diferencia de la ética, es conservativa, (ética y moral son antinómicas y la moral ha de prescribir la conservación del ser³¹⁸), de modo que la regla moral que expresa directamente el principio de conservación sobre el individualista no es utilitaria sino moral: se basa otra vez en la misma moralidad de los Derechos humanos.

Esta función pública es cuestión inexorable por la intersubjetividad de los propios Derechos fundamentales, los cuales no se producen en cada persona como isla y soledad sino en convivencia y contacto humano. Ello introduce la necesidad de 1) una articulación pública de los conflictos intersubjetivos y 2) de una organización pública que proporcione la estructura estable en la que el hombre podrá ser persona. Existe aquí un mandato de optimización que sólo puede acometer el contrato social.

En estos casos la regla moral se encuentra del lado del grupo y surgirá una norma de Derecho público directo expresando tal resultado, pues debe obtenerse el *máximum* de conservación de individuos y de sus Derechos humanos³¹⁹. Ello supondrá que el contrato

pg. 309), sino a Derechos fundamentales individuales cuando la intersubjetividad y la colisión de los mismos encarnados sobre distintas personas exigen del contrato social un ajuste de maximización. PRIETO SANCHÍS señala que “han de conjugarse para obtener la mayor medida posible del cumplimiento de ambos; es decir, los derechos no exigen una determinada medida de cumplimiento, sino la más alta que resulte viable a la luz de otros derechos”, (PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas...*, *op. cit.*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1992, pg. 41 y 47.) En el mismo sentido LÓPEZ JACOÍSTE se refiere a la “efectiva vigencia y la más lograda congruencia respectiva”, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 286).

³¹⁸ GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.* pg. 477.

³¹⁹ ALEXY concibe, en este sentido, unos “mandatos de optimización”, (ALEXY, R., *op. cit.*, pg. 86), y, como antes dije, LÓPEZ JACOÍSTE se refiere a la “efectiva vigencia y la más lograda congruencia respectiva”, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 286) y PRIETO a la necesidad de su ajuste y maximización, (PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas...*, *op. cit.*, pp. 41 y 47.)

social se apropia o toma, (aproximativamente), en ciertas ocasiones, concretos ejercicios de Derechos fundamentales de algunas personas, lo cual es en sí indiscutible, (la moral es conservativa en el límite), pero, en su protocolo, debe ajustarse a los principios de adecuación, proporcionalidad, necesidad, razonabilidad, concordancia práctica, buena fe y ejercicio no abusivo.³²⁰

El autosacrificio ético del grupo no puede formar parte de la moral, la cual ha de ser siempre especista, social, grupal, esto es, máximamente conservativa como señala GARCÍA SIERRA.³²¹ El heroísmo es siempre decisión individual, ética, (heroísmo ético), aunque yuxtapuestas una a una tales decisiones individuales heroicas reunieran a todos y cada uno de los miembros del grupo.³²²

Considero que hoy existe cierta confusión entre Derechos humanos e individualidad, mutando lo que ha de ser regla moral en decisionismo y voluntarismo. La primacía moral orientada a la supervivencia del grupo como mejor estrategia para maximizar los Derechos humanos de todos es indiscutible; cuando otorgamos a la libertad ética individual un valor intersubjetivo, (social), llegamos a la perplejidad de que aquella conducta, (incluso excelsa o heroica), podría determinar el exterminio del grupo que constituye la mejor garantía para la maximización de los Derechos humanos de todos, no existiendo en lo sucesivo tales derechos para nadie; ello no deja de ser incongruente. El absurdo procede de negar y ocultar que la intersubjetividad de la realidad humana convierte

³²⁰ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 804 y ss.

³²¹ GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.* pg. 474.

³²² Señala DE LORA DELTORO: “Lo moral, como sabemos, debe mantener una cierta frontera entre lo que nos es legítimamente exigible y lo que nos fuerza al heroísmo. Y no todos podemos, ni debemos, asumir la segunda alternativa.”, (DE LORA DELTORO, P., *¿Ser o no ser? El misterioso caso de los embriones “supernumerarios”*, en Anuario de derecho civil, , Vol. 56, Nº 1, 2003, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 101-138, en concreto pg. 135).

en quimérico cualquier enfoque individualista y estanco sobre la base de un individuo como único existente. Esta dislocación entre grupo/moral e individuo/ética es la razón por la cual moral deriva naturalmente en Derecho y, por su parte, ética en *privacy* y objeción de conciencia.

JIMÉNEZ CAMPO señala que los Derechos fundamentales se caracterizan por su resistencia frente a una intervención legislativa basada exclusivamente en consideraciones de utilidad social o interés general pero, como digo, los Derechos humanos son inexorablemente intersubjetivos y multiafectantes³²³ y están naturalmente abocados a una colisión, contacto y perturbación recíproca que trae consigo, irremisiblemente, una inteligencia conservativa o de máximos que es enemiga de la cerrazón del individuo en sí mismo y como absoluto.

Una cosa es afirmar el valor moral de los Derechos humanos frente a una normalización social, (valor sustancial del pluralismo o principio contramayoritario), y otra el corolario individualista que formula JÄCKEL: “no existe ningún interés en la comunidad capaz de justificar la derogación de un derecho fundamental”³²⁴.

Aquel interés derogatorio o apropiatorio de un derecho fundamental no es en realidad de la comunidad sino propio de la universalidad moral de los Derechos humanos, dado que éstos no se producen nunca sobre personas aisladas y estancas y conducen muchas veces a encrucijadas donde han de ponderarse unos frente a otros debiendo encontrarse la solución máxima de conjunto. No es casual, en este sentido, que el Derecho

³²³ VILLEY refiere que cada uno de estos pretendidos derechos humanos es la negación de otros derechos humanos, (VILLEY, M., *Le Droit et les droits, de l'homme*, ed. Presses Universitaires de France, París - 1983, pg. 13; SARAZÁ JIMENA señala su “eficacia multidireccional”, (SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 258).

³²⁴ JÄCKEL, H., *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG. 152 S*, editorial Duncker&Humblot, Berlín -1967, pg. 112.

fundamental que se protesta muchas veces como derogado por una consideración supraindividual es siempre el de libertad personal, (como ocurre en sede de aborto, divorcio, eutanasia, eugénesis y terapias génicas), llevando a un voluntarismo y decisionismo individual que es ausencia de moralidad.³²⁵

La idea de apropiación pública de conductas personales es más descriptiva o aproximativa que ontológica. Los bienes e intereses universales emanados de los Derechos humanos y comprendidos en este ámbito personal no pueden ser objeto de apropiación por el contrato social. Emanan de una universalidad que es imposible reunir en el grupo o en sus mayorías y el contrato social sólo actúa como gestor y consecuidor de esa intangible e ilocalizable universalidad, pero no como titular de los bienes e intereses emanados de la misma, (servidor y no dueño).

1.3.1).- Servicio Militar.- La soberanía y seguridad del Estado es un bien público que en muchos Estados se satisface contando con el servicio militar obligatorio. Aquí la dignidad humana exige que la obligación ciudadana sea la mínima absolutamente necesaria para tal fin³²⁶, y que su protocolo de satisfacción garantice así mismo la dignidad humana durante la prestación militar obligatoria.

³²⁵ De la misma rigidez o ingenuidad de este principio individualista participa también el llamado principio de irreversibilidad de las conquistas sociales que afirman ABRAMOVICH Y COURTIS, pudiendo comprobar hoy cómo tal principio no ha impedido la regresión en prestaciones esenciales para la sobrevivencia de algunas personas, (salud, dependencia), imponiéndose con toda holgura el principio de sostenibilidad económica del Estado, (ABRAMOVICH, V., COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, editorial Trotta, Madrid - 2002, pg. 95 y ss.)

³²⁶ Se trata de una articulación de necesidad pública y derechos fundamentales que, aunque resuelta con generalidad y no *ad casum*, sí que responde a los criterios de ponderación y proporcionalidad propios de las articulaciones de estos derechos. En nuestro país el servicio militar fue de 6-8 años hasta 1867, 3-4 años hasta 1924, 2 años hasta 1968 con el intermedio republicano de 1 año, 18 meses hasta 1984, 1 año hasta 1991 y, finalmente, 9 meses, (*vide* CARDONA ESCANERO, G., NAVARRO ESTEBAN, J., BUSQUETS

1.3.2).- Concepción y Crianza.- Es otra necesidad directa e imprescindible del Estado la producción de nuevos ciudadanos y nuevos ciudadanos funcionales, socializados, pues la sociedad está construida y se nutre ciertamente de personas humanas. Como señala RAMS ALBESA, “la preservación de la especie... pese a... el dato de la superpoblación... sigue siendo de interés general, sin que sean necesarias grandes previsiones para justificar tal interés, bastará con pensar en la estabilidad del sistema de seguridad social, en la renovación de puestos de trabajo...”.³²⁷

No obstante, concepción y crianza son también fines individuales fundamentalísimos propios de la dignidad humana y de su búsqueda de felicidad personal. La intersección entre un interés directo e irrenunciable del Estado y los Derechos humanos determina que no pueda tomar el contrato social tales bienes directamente y que lo haga a través de la libre actividad de sus ciudadanos mediante el derecho de fundar familia, (artículo 39 CE), produciéndose el fenómeno de negocios jurídicos familiares, (no sólo adopción y nuevas formas de filiación *ex voluntate* sino también toda la procreación biológica cuando es además buscada, querida y deseada), oficios públicos sobre privados y un modelo familiar que a veces es llamado mixto, (ROCA TRÍAS³²⁸), y que, con mejor imagen, se refiere también como organización difusa pública, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE³²⁹).

BRAGULAT, J., *El servicio militar: historia y problema*, en Historia 16, ISSN 0210-6353, N° 225, ed. Historia Viva, Madrid - 1995, págs. 11-25).

³²⁷ RAMS ALBESA, J.J., en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad...*, *op. cit.*, pg. 97.

³²⁸ ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat...*, *op. cit.* pg. 429.

³²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pg. 40.

No obstante la conmixción de función pública y plan de vida personal en la sede familiar se ve perturbada por cuanto la potente doctrina moral de los Derechos humanos tiende muchas a veces a exacerbar la libertad humana desplegándola en un imposible individualismo jurídico. Es con este sentido que los instrumentos internacionales sobre salud reproductiva subrayan la ominosidad que para la libertad individual representan las políticas reproductivas. La Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing, 1995, en su Plataforma de Acción, señala: “La salud reproductiva implica que los individuos sean capaces de tener una vida sexual satisfactoria y segura, y que puedan reproducirse de la forma que decidan, cómo y cuándo quieran”³³⁰, y el programa de acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo de 1994 define la libertad reproductiva como “un estado de completo bienestar físico, mental y social ...que incluye también: la prevención y el tratamiento de la infertilidad; la libertad para decidir si se desea o no tener hijos, cuándo y con qué frecuencia”³³¹.

Pero, a mi juicio, las políticas de natalidad no topan con un bien individualista absoluto³³². Aunque conviene, como hace VIDAL MARTÍNEZ³³³, separar libertad procreativa y derecho a fundar familia, (existiendo mayor contenido para la individualidad en aquél), una política de natalidad coercitiva no puede ser borrada de la lista de herramientas potencialmente necesarias para que el grupo pueda cumplir, en ciertas coyunturas dramáticas, su función instrumental para maximizar los derechos de todos. Es

³³⁰ UN, Doc. A/CONF. 177/20 § 94.

³³¹ UN, Doc. A/CONF. 171/13 § 1,15.

³³² DE LORA DELTORO, P., *¿Qué hay de malo en tener hijos?* en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, número 10, 2006, ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2006, pp. 1-23, en concreto pg. 20; BUCHANAN, A., BROCK, D.W., DANIELS, N., WIKLER, D., *From Chance to Choice: Genetics and Justice*, ed. Cambridge University Press, New York y Cambridge, Inglaterra - 2000, pg. 212.

³³³ VIDAL MARTÍNEZ, *Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo...*, *op. cit.*, pp- 173 – 174.

difícil, pero no imposible, imaginar una situación que precisara de una natalidad obligatoria o de su limitación exigiendo recurrir primero a la adopción o no permitiendo sino un hijo biológico y sucesivos adoptados, etc.³³⁴.

1.3.3).- Jurisdicción.- El contrato social convoca a una reunión en sociedad que es una convivencia y un contacto. De este modo surgirán conflictos entre el contrato social y los individuos y también de estos individuos entre sí.

Aun cuando el contrato social tuviera garantizada desde su supremacía vertical su organización, conservación orgánica y funcionalidad mediante el triunfo de sus intereses comunitarios sobre los individuales, de nada le serviría ello si se inhibiera y quedara indiferente cuando los privados tuvieran conflictos entre ellos respecto de los bienes y conductas no apropiadas por y para el grupo. Esta guerra privada imposibilitaría la paz social impidiendo que existiera sociedad. Se reproduciría, precisamente, el mismo conflicto que dio origen al acuerdo republicano. Es también por ello que los ordenamientos jurídicos no pueden admitir la vacancia de bienes de modo que, neto o *ultra vires*, todos ellos prevén un destino sucesorio.

Así, aunque las relaciones horizontales son ajenas al Derecho público y a su verticalidad y no niegan ni arrebatan directamente ningún bien o interés al grupo, puede ocurrir que indirectamente afecten decisivos intereses grupales. Que A mate a B reduce la base de ciudadanos del Estado. El gasto público producido por quienes adulteraron el aceite de colza para lucrarse ha pesado sobre la sanidad pública gravemente durante años.

³³⁴ VIDAL MARTÍNEZ y DE LORA DELTORO apuntan un principio de subsidiariedad de las TRHA respecto de la adopción en cuanto existieran niños en acogimiento o institucionalizados, (VIDAL MARTÍNEZ, *Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo...*, op. cit., pg. 191; DE LORA DELTORO, P., *¿Qué hay de malo...*, op. cit., pg. 21). En contra POSNER, R., *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, en *Journal of Contemporary Health, Law and Policy*, Vol. 5, 1989, ed. Columbus School of Law at The Catholic University of America in Washington, DC, pp. 21-31, en concreto pg. 24.

Y, en general, la pelea entre H y M sobre el carácter servil o tolerado de una ventana, sumado a las miríadas de restantes discusiones, luchas y colisiones horizontales entre individuos, imposibilitaría la paz social y la producción de riqueza. Finalmente la guerra privada determinaría la aparición de personas más fuertes que otras en competencia darwinista, lo que es insoportable para la universalidad y absolutividad de la superioridad vertical única del contrato social.

Por ello es interés público directo resolver las controversias privadas, cuestión que atiende el contrato social mediante la Jurisdicción, (117.3 CE). Este interés es necesidad del contrato social y función propia. En ella se juega el acuerdo republicano su prestigio, pues pacificó las guerras privadas prometiendo a cada ciudadano que cada uno de ellos podría defender sus intereses con toda la intensidad y esfuerzo que quisieran aplicar, si bien en la forma sublimada que es el sistema jurisdiccional y no por lucha y violencia, (artículo 24 CE, *ticket* jurisdiccional).

1.3.3.1).- Ticket y sumisión jurisdiccional.- La tutela judicial efectiva comprende la mera posibilidad de participar en los medios legalmente diseñados para solicitar y obtener una decisión judicial motivada y ejecutarla en su caso, pero no un derecho a obtener determinada sentencia. Ello subraya la dependencia de este derecho respecto de la ley procesal, separándolo de los derechos naturales individuales. Jurisdicción y tutela judicial efectiva se sitúan intrínsecamente en el ámbito de un Estado, de un ordenamiento jurídico y de un Derecho procesal determinado.

El *ticket* jurisdiccional recibido conlleva el reverso de la sumisión jurisdiccional, (artículo 118 CE), insita en el contrato de ciudadanía. El deber público que resulta de tal sometimiento de los privados supone una apropiación pública de conductas privadas, tanto en su aspecto declarativo como ejecutivo. El Estado se garantiza en última instancia la apropiabilidad de esta sumisión hacia la jurisdicción mediante la proclama de ésta como bien jurídico penal, (Título XX CP, delitos contra la Administración de Justicia, capítulo

IV, (realización arbitraria del propio derecho), capítulo VII, (obstrucción a la Justicia), capítulo VII, (quebrantamiento de condena).

Esta apropiación pública no significa que el actor ejecutante privado esté coaccionando al ejecutado, ni que el Juez esté atendiendo públicamente el beneficio o interés particular del vencedor procesal, actuando la jurisdicción como mera mandataria del actor: la jurisdicción es una función pública que sirve a un interés y necesidad también públicos.

1.3.4).- Derecho Penal.- El Derecho Penal encarna, como ningún otro, el poder vertical del contrato social. Este Derecho encierra todavía en algunos ordenamientos el mayor poder que existe, (el poder de muerte), que FOUCAULT atrae desde la *patria potestas* romana que daba al *pater familias* el derecho de disponer de las vidas de sus hijos y siervos, un privilegio del poder cuyo monopolio, allí donde pervive, es cuestionado por suicidio y eutanasia³³⁵.

El Derecho penal protege bienes jurídico penales que son públicos y nunca intereses o bienes privados. La apropiabilidad pública de los bienes jurídico penales, (para todos, con esfuerzo público policial y carcelario, y con arrebató de Derechos humanos de los reos), garantiza su primacía mediante la imposición de coacciones a los ciudadanos declarados penalmente culpables. Como ocurría en el servicio militar, la primacía pública y la apropiación de la conducta privada, (imponiendo una falta de libertad), no se discuten. Sin embargo habrá de exigirse la proporcionalidad entre el bien jurídico penal y la pena y el respeto a los Derechos humanos de imputado, reo y víctima en la investigación y proceso penal y en la ejecución de la pena.

Aunque el Derecho Penal pueda reflejar en que el ciudadano X recupere 39.000 Euros que perdió por estafa, el esfuerzo policial y judicial no atiende al interés particular y

³³⁵ FOUCAULT, M., *op. cit.*, pg. 143.

al beneficio patrimonial de X, sino que protegen el concepto abstracto del patrimonio y el orden socioeconómico como un bien y un interés de todos. Ni siquiera la técnica de perseguibilidad privada permite dudar de ello.

1.3.4.1.- Perseguibilidad penal privada.- ALONSO RIMO señala que los institutos de perseguibilidad privada son una exigencia de la importante base garantista sobre las que se asienta nuestro Derecho penal y procesal penal, concretamente desde el principio de humanidad en cuanto limite al ejercicio del *ius puniendi* y como instrumento integrador de la figura de la víctima. La perseguibilidad privada procede del valor supremo de la dignidad humana, subrayando estos institutos que además de reo y sociedad puede estar también presente la persona padecedora, cuya dignidad no podrá ser objeto de compensación contra su voluntad ni siquiera frente a necesidades colectivas y utilitarias preventivas y sancionadoras³³⁶.

Es a este pensamiento y no a otro al que obedece la protección prevalente de los intereses de la víctima por medio de la perseguibilidad privada, de modo que esta técnica no cuestiona las naturalezas penales y jurídico públicas constantes en estas sedes sino que añade, otra vez, una nueva cuestión jurídico pública: la protección en el proceso y en la acción penal de la dignidad humana de la víctima.³³⁷

Esta dignidad constituye un bien público de titularidad supraindividual, (universal), de modo que no puede anudarse la conclusión perseguibilidad privada = interés y disponibilidad privada. Puesto que el contrato social es una realidad servil e instrumental para la maximización de los Derechos humanos de todos, la perseguibilidad privada encierra una articulación de la función penal y de los bienes jurídico penales con la propia dignidad humana de la víctima en delitos en los que ésta se compromete con especial

³³⁶ ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia - 2002, pg. 478 y ss.)

³³⁷ ALONSO RIMO, A., *ibidem.*, pg. 480.

intensidad. No hay, por tanto, claudicación a la voluntad individual de la víctima, (disponibilidad privada), sino sujeción de todos, (contrato social, reo y víctima), a la exterioridad y universalidad de la dignidad humana.³³⁸

1.3.5).- Anulabilidad.- La anulabilidad, como la perseguibilidad penal privada, patentiza cómo una intervención pública no deja de serlo por razón de aplicarse coincidentemente sobre el interés y cabeza de una persona.

La reserva a favor de un contratante víctima de la legitimación para impugnar es subrayada por toda la doctrina como hecho diferencial de esta especie de ineficacia, (así LACRUZ BERDEJO, DELGADO ECHEVERRÍA y DÍEZ PICAZO³³⁹). Ello no significa, a mi juicio, que estemos aquí ante la protección de un interés privado y en una ausencia de interés público. Si existe aquí un interés privado, éste debería reconocerse a ambos contratantes, (culpable y víctima), pues ambos son privados y por ello iguales ante el contrato social. Por el contrario, si otorgamos un derecho facultativo sólo a uno de ellos empoderándole frente al recíproco, ello debe obedecer a un interés público o deberá rechazarse como inaceptable en la horizontalidad privada.

GORDILLO CAÑAS, sin embargo, señala que los regímenes de ineficacia “se configuran históricamente y se diferencian atendiendo a consideraciones funcionales: al servicio de la imperatividad legal bono público, la nulidad; al servicio del interés privado, la anulabilidad”³⁴⁰.

³³⁸ ALONSO RIMO, A., *ibidem*, pg. 480.

³³⁹ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil*, 1984, reimpresión de 1990, 1ª, 2ª, ed. Bosch, Madrid - 1990, pg. 313; DELGADO ECHEVERRÍA, J., en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XII, vol. 2, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., ed. EDERSA, Madrid - 1995, pg. 274, y DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *Introducción. Teoría del Contrato*, *op. cit.*, pg. 461.

³⁴⁰ GORDILLO CAÑAS, A., *Nulidad, anulabilidad e inexistencia, (El sistema de las nulidades en un código latino situado entre la primera y la segunda codificación)*, en Centenario del Código Civil, Tomo I, ed. Cen-

No obstante, a mi juicio, también hay imperatividad en la anulabilidad. Que la descarga de tal imperatividad activada se deje en manos del contratante socialmente interesante constituye una técnica instrumental pública de participación del administrado en el fin común perseguido, (autotutela), y es propio de todos los derechos potestativos creados *ex lege*, (retractos legales, p.e.). Con esta técnica oportunista el contrato social consigue averiguar con el mínimo coste, (al no tener que escanear continuamente la realidad en busca de contratos anulables), la existencia de un contrato con tal vicio y, no sólo ello, sino que también recibe sin esfuerzo la noticia de que hay un riesgo positivo en la anulación, reservándolo a favor del contratante patrocinado públicamente, (contratante víctima que decide confirmar).³⁴¹

Autotutela y participación no dejan de ser técnicas para la actuación administrativa y no ámbitos u oasis privatísticos. Así GARCÍA DE ENTERRÍA se refiere tanto a la participación del administrado en las funciones administrativas como a fenómenos de autoadministración³⁴². Y HABERMAS también señala que los derechos liberales y sociales no pueden suponer “una cuasi-renuncia privatista a un papel de ciudadano, que se

tro de Estudios Ramón Areces, Madrid - 1990, pp. 935 - 983, en concreto pp. 957-960 y pg. 970); DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M.A., *Las Nulidades de los Contratos. En la teoría y en la práctica*, ed. Dykinson, Madrid - 2.005, pg. 30 y pg. 46.

³⁴¹ Este riesgo positivo se contiene en el artículo 150.1.d del Proyecto de Pavía que declara que el contrato del incapaz “es anulable conforme a lo previsto en los artículos 146 y siguientes, salvo que del contrato en cuestión sólo deriven ventajas para el incapaz”, (GARCÍA CANTERO, G. *et alii*, *Proyecto de Pavía para la Parte General... op. cit.*, última visita el 17 de Marzo de 2014).

³⁴² GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 14ª edición, ed. Thomsom - Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2008, pp. 86 y ss.

reduce entonces a relaciones de clientela con unas administraciones que otorgan sus prestaciones en términos paternalistas”³⁴³.

En este sentido BETTI dice: “La anulabilidad del negocio por vicios del consentimiento... no puede ser aducida para demostrar que nuestra ley rinde homenaje al dogma de la voluntad. El fundamento de la anulabilidad no ha de buscarse en un motivo estrictamente lógico, derivado de la estructura misma del negocio jurídico, como el de la nulidad por ausencia de elementos esenciales, sino más bien en una razón de oportunidad práctica, apreciable desde el punto de vista político-legislativo.”³⁴⁴

También DE CASTRO Y BRAVO detecta que la nulidad relativa es cuestión de eficacia, de oportunidad para el legislador y no de esencia y sustancia, de modo que subraya el criterio del mecanismo de reacción para hacer valer la ineficacia como fundamental en nuestro Derecho en la distinción entre nulidad y anulabilidad. Y añade que “esta modalidad de la invalidez tiene ventajas prácticas, ya que así el protegido por la norma resulta más favorecido que con el régimen de la nulidad absoluta (en que no podrían aprovechar los beneficios del negocio que le resultara favorable) o el de la rescisión (en el que habría de probar la lesión sufrida)”³⁴⁵.

Esta instrumentalidad es señalada también por DELGADO ECHEVERRÍA³⁴⁶ y por DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN³⁴⁷. Y CARRASCO PERERA refiere: “La

³⁴³ HABERMAS, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de JIMÉNEZ REDONDO, M., editorial Trotta, Madrid . 1998, pp. 143-144.

³⁴⁴ BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción de MARTÍN PEREZ, A., ed. Comares, Granada - 2000, pg. 68.

³⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 497.

³⁴⁶ DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentario al artículo 1.300 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 541-543, en concreto pg. 543.

anulabilidad es una categoría creada por el legislador e instrumentalizada por éste a los fines que considere más oportunos”³⁴⁸. Es claro, a mi juicio, que todo ello no es bono privado sino público.

1.4).- Derecho público directo sobre actividades humanas.- Una inteligencia apropiativa ocurre con sentido ahorrativo en todos aquellos casos en que el contrato social descarga funciones propias sobre privados, lo que es tanto autotutela como sostenibilidad pública, (paternidad/maternidad legal, oficios públicos, tutor, curador, etc.). Este descargo es directo e imperativo, (inexcusabilidad de la patria potestad *ex* 110, 111 y 154 CC y constricción de excusas para la tutela, art. 251 CC).

Por otra parte, existen ciertos bienes e intereses generales que sólo pueden comprenderse como fruto de una actividad humana espontánea. En tales casos no interesa tanto al contrato social obtener directa e imperativamente la conducta particular de la persona que realiza tal actividad como favorecer y estimular que tal industria se desempeñe voluntariamente. Pero si el privado decide acometer tales tareas su conducta es socialmente interesante de modo que su decisión de efectuarlas produce efectos imperativos a su favor, (lo que las separa del Derecho dispositivo).

Así el interés general en la productividad del campo exige normas de retractos de colindantes, de retractos arrendaticios rústicos y de retractos para explotaciones prioritarias, los cuales reflejan o favorecen a una persona determinada con un derecho potestativo, pero ni ésta persona ni su beneficio particular son directamente el bien o interés buscado por el contrato social. La norma no convoca a la persona *nominalis* sino porque ella misma se ha

³⁴⁷ DELGADO ECHEVERRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, *op. cit.*, pp. 52- 53.

³⁴⁸ CARRASCO PERERA, Á. *Comentario al artículo 6º-3 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., ed. EDESA, Madrid - 1993, pp. 802 y ss.

dedicado voluntaria y espontáneamente a la agricultura, cuya productividad general es aquí el objeto y el interés público. Del mismo modo, la maximización de la producción de riqueza mueve al contrato social a declarar enemistad a la indivisión a través de los retractos de comuneros, (artículos 1.522 y 1.523 CC), coherederos, (artículo 1.067), colitigantes, (artículos 1535 y 1536), consocios, (artículo 1708), o dirige la misma enemiga a la división cualitativa en la aproximativa desmembración del dominio que resulta de los censos, (primeras cepas, artículo 1.656, enfitéutico, artículos 1.636 y ss. CC), e incluso del usufructo, (retracto a favor del nudo propietario en Catalunya, artículo 561-10 CCC), entre otros.

En todos estos casos el Derecho público directo obsequia con derechos potestativos concedidos por ley imperativa a un privado y que afectan verticalmente a otros por considerar que ocupa una posición socialmente interesante en el juego patrimonial, lo que revela que no existe generosidad sino egoísmo de parte del contrato social. Tal es la técnica adecuada a la naturaleza del supuesto, pues obligar a una persona a ser agricultor, a ser propietario único o a cultivar más tierra de la que ya posee no aseguran un incremento de productividad propietaria si fueron forzados contra su voluntad: no habrá consecución del fin general si verdadera y espontáneamente la persona que ocupa la posición socialmente interesante no desea producir el incremento de productividad, lo que manifiesta ejercitando el derecho potestativo y tomando sobre su conducta incluso apoyos imperativos públicos.

Esta inteligencia del Derecho público no se realiza tan sólo con derechos potestativos sino que compone con carácter general lo que JORDANA DE POZAS llama “Derecho de fomento”³⁶⁰, con diversas técnicas y posibilidades. La necesidad e interés general en la promoción de ciertas actividades humanas y económicas permite, en justicia social, su promoción pública a través de subvenciones, medidas fiscales e impositivas,

³⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *op. cit.*, pg. 96.

limitaciones de responsabilidad, privilegios crediticios, (artículos 1.921 y ss. y artículos 1.926 y ss. CC, artículo 90 LC), etc. Así, p.e., los artículos 4.4 y 6 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, o el artículo 73 de la Ley 50/1.980, del contrato de seguro, aceptando ciertas cláusulas limitativas como legalmente admisibles, si bien con unos fuertes requisitos garantistas para el consumidor. También cabe citar aquí la introducción en nuestro Derecho de la limitación de responsabilidad para el emprendedor individual, (Ley 11/2013, de 26 de Julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo). En todos estos casos se produce un solapamiento de lo público y lo privado.

No obstante, aunque sea precisa una colaboración o acción libre por parte de un privado, el interés del Estado es directo: éste pone su parte imperativamente, de modo que el vendedor de finca rústica no puede derogar los retractos que pesan sobre su *ius disponiendi*, el dañado atómico o el asegurado no pueden obtener indemnización *contra legem*, los contribuyentes no pueden impedir que parte de sus impuestos se deriven al subvencionado. Existe Derecho imperativo e idea vertical. Se ha creado un verdadero poder, (derecho potestativo, limitación *ex lege*, deber jurídico), y no una mera permisión, (derecho dispositivo), y la adquisición del retrayente, la negación de acción al dañado o la percepción del subvencionado son actos jurídicos de *imperium* en los cuales el privado favorecido se arroga una condición yuxtapuesta de representante o encarnador de un interés general.

1.5).- Derecho público directo y Derecho público indirecto.- No corresponde a la inteligencia mediata anteriormente señalada para el fomento de ciertas conductas privadas el sentido y función del Derecho público indirecto. Éste organiza un juego y un espacio de autonomía patrimonial privada y crea un Derecho dispositivo. Es cierto que existe un interés directo del contrato social en organizar, convocar y sostener tales juegos

de libertad para satisfacer, sin irritación, la individualidad y creatividad humana y maximizar la producción y circulación de riqueza, pero tal interés directo se agotó con esta creación sistemática y, a partir de tal momento, sólo existen intervenciones voluntarias y negociales de los privados. Todos los intereses presentes en el juego son jurídicos privados, horizontales, sin ninguna idea de verticalidad: nadie representa o encarna sino su propio interés particular y nadie tiene ningún poder o derecho potestativo para obligar a nadie a sentarse o a abandonar ninguna mesa contractual o para predeterminar contenidos necesariamente.

La mediatez del Derecho público directo de apropiación de actividades humanas, (fomento), supone sólo que es precisa la colaboración espontánea del particular socialmente interesante para que tenga lugar un efecto imperativo legal que es directo. Por el contrario, la mediatez del Derecho público indirecto y del Derecho civil patrimonial privado como juego dispositivo suponen que el contrato social no puede imponer nada a nadie ni directamente ni como consecuencia de la actividad promocionada de ciertas personas, de modo que no se ha construido ningún poder *ex lege* para ninguno de los contratantes y no existe imperatividad directa. El poder público tan sólo organiza este juego con la esperanza de que se juegue, pero sin obligar a ello, sin empoderar a ningún privado sobre otro para que pueda forzar a nadie a deducir jugada y sin manifestar nunca que nadie sea más socialmente interesante que nadie. En esta sede lo públicamente interesante no es ninguna posición en el juego sino el propio juego en sí mismo y éste no puede jugarse, (para producir sus dones mediatos respecto del contrato social), heterónoma sino autónomamente. Es por ello que, como señala GARCÍA CANTERO, el Derecho contractual es muy predominantemente dispositivo³⁶¹.

³⁶¹ GARCÍA, CANTERO, G., *¿Hacia la codificación europea del consumo? ¿Paso atrás en la codificación contractual europea?*, Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2012, ed. Consejo General del Notariado, Madrid - 2012, 529-579, en concreto pg. 545.

2).- DERECHO PÚBLICO INDIRECTO.

2.1).- Horizontalidad.- La verticalidad general y absoluta del contrato social sobre los privados determina que éstos se encuentran, unos respecto de otros, en un plano horizontal de igualdad, de modo que no existen poderes privados y no pueden producirse situaciones jurídicas objetivas. Las doctrinas de oponibilidad, inoponibilidad y situación jurídica real son inconstitucionales en la versión registralista que señalan, por ejemplo, GARCÍA GARCÍA y PAU PEDRÓN³⁶², pues crean una fuente de mandatos objetivos no prevista en nuestro sistema de fuentes.³⁶³

En este sentido LÓPEZ FERNÁNDEZ señala que “Las más diversas tesis elaboradas a partir de la extensión del concepto de propiedad o derecho real, o más directamente desde la generalización de los poco perfilados conceptos de “inoponibilidad” u “oponibilidad” ... vienen permitiendo una modificación fáctica del sistema de tutela de relaciones jurídicas sobre inmuebles”³⁶⁴, y RAGEL SÁNCHEZ manifiesta: “Tan importantes ideas, sin embargo, se exponen como un axioma, como si fueran tan evidentes que no necesitasen demostración” ... y denuncia este expediente como “enigmático” en

³⁶² GARCÍA GARCÍA, J.M., *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario, Tomo II*, ed. Civitas, Madrid - 1993, pp. 80 y ss; PAU PEDRÓN, A., *Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, ed. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid - 2001, pg. 35 y pg. 63.

³⁶³ El artículo 1.857 CC señala que es “requisito esencial” del contrato de hipoteca la legitimidad propietaria del hipotecante, y GUILARTE ZAPATERO considera que su ausencia determina verdadera nulidad del negocio jurídico. En tal caso, considero que no podrá recibir ningún efecto ex 34 LH dada la imperatividad del 33 LH, (GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al artículo 1857*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1858-1860, en concreto pg. 1860).

³⁶⁴ LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M., *Problema Real, Solución Registral, Libro Homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Volumen III, ed. Civitas, Madrid - 2002, pp. 3979-4003, en concreto pg. 3980.

cuanto toma un efecto o consecuencia, no lo liga con su causa, (acto jurídico), y lo convierte en una sustancia distinta, desarticulada de la que era propia y creadora de nuevos efectos.³⁶⁵

Es por ello que no caben, a mi juicio, constitucionalmente inscripciones constitutivas, *quasi* constitutivas ni determinativas que inserten a los particulares en situaciones objetivas oponibles, ni siquiera en el caso de la hipoteca, (relaciónense los artículos 1.473 y 1.857 CC con el 33 LH³⁶⁶).

Una inscripción constitutiva exige un desarrollo constitucional que pondere, mediante norma legal expresa, la seguridad del tráfico y la autonomía de la voluntad. En este sentido, el parágrafo 873 BGB produce una expropiación de la legitimidad modal, secuestrándola de la horizontalidad de los particulares y de su relatividad, (mejor derecho extrajudicial y judicial), y colocándola absolutamente en la Ley. Ello supone convertir, artificialmente, una realidad que es derivativa y compuesta, (voluntad humana y toma de posesión), en originaria *ex lege*, con una doble abstracción causal y física. Nada de ello existe en nuestro Derecho de modo que las posiciones registralistas serían, a lo sumo, *desiderátum, de lege ferenda*.

Así MIQUEL GONZÁLEZ señala el valor constitucional de la derivatividad desde el principio *nemo dat quod non habet*, y ello como ajuste, (entre varios posibles), escogido por el legislador civil para el desarrollo unitario de la CE en este punto, componiendo un

³⁶⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La Inoponibilidad*, en Nul: estudios sobre invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, ed. Nulidad de los actos 2007, 1, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=401>.

³⁶⁶ Los elementos para esta relación los proporciona GARCÍA CANTERO tratando el art. 1473 constreñido a la venta obligacional, (GARCÍA CANTERO, G., *Comentario al artículo 1473*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 930-93), y GUILARTE ZAPATERO al señalar la propiedad del hipotecante como requisito esencial que afecta al contrato y no al derecho real, (GUILARTE ZAPATERO, V., *op. cit.*, pg. 1860.)

principio que impide “una invasión en la esfera jurídica ajena, lo que concuerda con el principio de autonomía privada y sus límites. El principio afectado por la disposición del *non dominus* es el *nemo dat quod non habet* en este sentido normativo o, si se prefiere, el de la autonomía privada...Los límites de la autonomía privada son atacados. El principio de la autonomía privada impide, por tanto, generalizar la protección de los terceros adquirentes de buena fe en perjuicio de los titulares de los derechos que hayan procedido correctamente.”³⁶⁷

En este sentido GORDILLO CAÑAS ya había señalado que la congruencia de nuestro sistema inmobiliario se encuentra sólo en el carácter declarativo de la inscripción registral en todo caso: “hemos mantenido, y lo repetimos ahora para concluir, que nuestro Registro, sin necesidad de desintegrar la unidad de la inscripción haciéndola constitutiva en unos casos, (las transmisiones negociales *inter vivos* y declarativa en las demás), antes al contrario, atribuyéndole en general un mismo carácter publicador (declarativo) y convirtiéndola siempre en seguro fundamento de la buena fe de los terceros, logra para nuestro ordenamiento jurídico una seguridad del tráfico inmobiliario inalcanzada en el sistema francés de inscripción declarativa, (pero de publicidad negativa o preclusiva), y no inferior a la que, con tanta carga de innecesaria artificiosidad se obtiene en el sistema alemán de transmisión negocial abstracta e inscripción constitutiva. Es lástima que nuestra doctrina no haya valorado como se merece esta tan lograda y peculiar concepción de la inscripción en nuestro Derecho de la publicidad registral inmobiliaria”.³⁶⁸

³⁶⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *Comentario al artículo 7º.1 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 37-56, en concreto pg. 49.

³⁶⁸ GORDILLO CAÑAS, A., *La inscripción en el Registro de la Propiedad (su contenido causal, su carácter voluntario y su función publicadora de la realidad jurídico-inmobiliaria o generadora de su apariencia jurídica*, Anuario de derecho civil, ISSN 0210-301X, Vol. 54, Nº 1, 2001, pp. 5 - 257, en concreto pg. 256.

En el contacto entre particulares las personas no se encuentran sometidas a situaciones objetivas verticales sino que construyen horizontalmente sus posibilidades *ex voluntate* mediante igualdad negocial, autonomía patrimonial y libertad personal. La situación jurídica no es un producto socio político o jurídico público al modo de la obligación jurídica, el negocio jurídico o el derecho subjetivo, sino que es un puro concepto instrumental para segregar, (con base en criterios anecdóticos, (finca, persona, fecha), un sector de la realidad jurídica transido de deberes jurídico públicos *ex lege*, (mandatos generales), y de obligaciones jurídicas privadas, (mandatos singulares). Por ello no puede crear ni encerrar ninguna clase de poder distinto al que surge de estos deberes y obligaciones, sino tan sólo retratar el que existe en la zona que, como círculo del catalejo, señala anecdóticamente la situación jurídica.

Es la ausencia de poder del ciudadano X sobre B lo que determina que X no le arrebatase su casa y que, por el contrario, tenga que conquistar su voluntad negocial ofreciendo una prestación recíproca que sea tan satisfactoria para B como para que éste consienta en entregarla, (o en ser constreñido a ello en su caso). Esta misma ausencia de poder impide en lo personal que Z obligue a P a que le enseñe todas sus cartas y correos electrónicos. Y no existe ninguna ley, (ajuste en detalle del legislador ordinario entre los bienes constitucionales libertad, seguridad jurídica y propiedad privada), que haya encerrado ninguna clase de poder en nuestra inscripción registral o en el concepto de situación jurídica.

2.1.1).- Derecho de derechos y Derecho de la fraternidad.- Toda relación puede terminar en conflicto, salvo que exista perpetuamente una interrelación ética intachable e inconflictiva por parte de la totalidad de los ciudadanos que contacten. Esta calidad ética individual aseguraría el cumplimiento voluntario y espontáneo de todos los acuerdos, pactos o articulaciones de derechos e interafectaciones que se concluyeran, sin que llegara a

suscitarse una colisión de intereses que precisara romper la horizontalidad de la relación privada y empoderar a un privado sobre otro.

Un cumplimiento ético universal requiere una escucha hacia el prójimo y una concepción de los derechos como deberes que hoy, (todavía, aunque quizá no definitivamente), no se encuentra en la configuración del alma humana. Como señala GARCÍA CANTERO, “El paso a una civilización auténticamente global en la que el desarrollo de cada individuo sea considerado como condición para el desarrollo del conjunto es un ideal que se mantiene desde hace mucho tiempo. Este ideal es quizá el mito más relevante, o bien el anhelo de esa fe de que el mundo tiene necesidad para la propia supervivencia y el propio bienestar.”³⁷⁰

La lógica de los derechos es una lógica egoísta³⁷¹, paralela jurídicamente al egoísmo de los sistemas económicos capitalistas, (cada uno se procura lo suyo). El problema es que, siendo los privados y sus egoísmos radicalmente iguales y horizontales, es precisa una instancia vertical, (jurisdicción), que actúe los derechos y obtenga los cumplimientos desde lo público, salvando la horizontalidad y ausencia de empoderamiento entre los particulares. En este sentido jurisdicción y Estado soberano van unidos, y aquélla es un producto de la imposibilidad actual del alma humana para mostrar un altruismo genético que permitiera un Derecho de la fraternidad y no un Derecho de derechos subjetivos. Un cumplimiento ético psicológicamente asegurado no precisaría de ninguna inteligencia de verticalidad y mantendría las cosas perpetuamente en el plano de horizontalidad entre privados.

Así la construcción jurídica de la moral de los Derechos humanos ha debido fundarse en la exacerbación de la noción de derecho subjetivo y, por ello, de jurisdicción y

³⁷⁰ GARCÍA CANTERO, G., Recensión de *Un solo mondo, un solo diritto? A cura di F. BONSIGNORI e T. GRECO*, Edizione Plus, Pisa, University Press, (Pisa 2007), en *Revista Jurídica del Notariado*, número 73, 2010, ed. Consejo General del Notariado, Madrid-2010, pp. 687-724, en concreto pg. 723.

³⁷¹ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 334.

soberanía, intentando extraterritorializar las de los Estados o fundar jurisdicciones universales y supraterritoriales que buscan un poder mundial, un gobierno o un soberano planetario, al menos para la sede humanista.

Señala en este punto GARCÍA CANTERO que: “La propuesta fundada en la idea de un derecho fraterno, cuyo espacio coincida sustancialmente con el de la afirmación y tutela de los derechos humanos universales, sólo es susceptible de suscitar desconfianza basada, no tanto en el carácter utópico de una *civitas máxima*, sino más bien en que tal cosa sólo puede lograrse a través de las lógicas modernas como la finalidad última de una evolución jurídica real dirigida a una creciente concentración del poder; o como lo describe recientemente DUSO, como si se transfiriese a nivel mundial las aporías de la soberanía moderna”.³⁷²

Un Derecho de la fraternidad psicológicamente asegurado sería una alternativa a la actual dupla poder/soberanía, pero, como señala GARCÍA CANTERO, resulta más difícil, pues exige una evolución espontánea del alma humana que diluya y lave su actual constitución individualista³⁷³. Esta sociedad angelical organizada sobre la perfección ética de las almas individuales puede contemplarse en la novela/ensayo de GRAVES *Siete días en Nueva Creta*.³⁷⁴

2.1.2).- Horizontalidad y empoderamientos.- La horizontalidad es ajena a la idea del poder y, por tanto, el Derecho público no habría de ocuparse de estos espacios de

³⁷² GARCÍA CANTERO, G., Recensión de *Un solo mundo, un solo diritto?*, op. cit., pg. 721. Entonces, quizá, podríamos comenzar esta evolución por una técnica de programación neurolingüística: desterremos con toda rotundidad el término derecho subjetivo y derecho subjetivo individual y hablemos ya por siempre tan sólo de deberes/derechos y de derechos/deberes intersubjetivos.

³⁷³ GARCÍA CANTERO, G., Recensión de *Un solo mundo, un solo diritto?*, op. cit., pg. 721.

³⁷⁴ Esta es la sociedad angelical diseñada por GRAVES en *Siete días en Nueva Creta*, ed. Seix Barral, Barcelona - 1997.

libertad personal y autonomía patrimonial. Sin embargo, la horizontalidad no es un hecho social espontáneo, (*factum*), sino un deber ser que requiere una competencia y un esfuerzo de Derecho público para encarnarse aseguradamente en la realidad.

El Derecho de los consumidores es el gran ejemplo y paradigma de la intervención de Derecho público directo imperativo en el Derecho patrimonial para obtener directamente el bien jurídico público que es la horizontalidad de las relaciones privadas y la interdicción de poderes fácticos en ellas. En este sentido CARBONELL habla de “los “poderes salvajes” que existen en las sociedades contemporáneas, tanto en la esfera del mercado como en los ámbitos sociales no regulados³⁷⁶, si bien también se plantean recientemente algunos autores la posibilidad de habernos pasado de frenada en tal pública misión, (EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN).³⁷⁷ Así GARCÍA CANTERO subraya cómo “En el Derecho contractual las normas imperativas son la excepción más que la regla. La forma ordinaria en que el Derecho contractual opera es la fórmula dispositiva. Las normas imperativas necesitan justificación por alguna cautela legítima. La protección del consumidor no es una excepción. El mero hecho de que una de las partes de una determinada transacción sea un consumidor no justifica la imposición de reglas imperativas”.³⁷⁸

2.1.3).- Valor mediato de la horizontalidad- El Derecho público produce de un modo natural, (por ser la soberanía un asiento único), horizontalidad e interdicción de

³⁷⁶ CARBONELL, M., *op. cit.*, pg. 57

³⁷⁷ EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN, en CÁMARA LAPUENTE, S., director, ARROYO AMAYUELAS, E., coordinadora, *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, (Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento opcional sobre un Derecho Europeo de la compraventa*, ed. Civitas, Thomsom Reuters, (Cizur Menor, 2012), pg. 107 - 162.

³⁷⁸ GARCÍA, CANTERO, G., *¿Hacia la codificación europea...*, *op. cit.*, pg. 545.

empoderamientos en los espacios y ámbitos donde se relacionan y contactan los individuos entre sí y como tales. Ello por cuanto la superioridad vertical y la universalidad del contrato social no pueden tolerar a ningún poderoso intermedio entre él mismo y cada ciudadano individual, (SCHMITT³⁷⁹). Las ideas romanas de *statum juridicum* o la inteligencia pactista y estatutaria medieval ofenden hoy a la generalidad y absolutividad de esta verticalidad pública directa sobre el individuo. Es a esta superioridad general que emana del contrato social a la que hoy acudimos como único instrumento tanto para tener derechos subjetivos, (que son poder y verticalidad), como para sostener la horizontalidad de las relaciones privadas.

La horizontalidad de las relaciones personales y patrimoniales entre los individuos produce bienes y derechos y satisface intereses y necesidades particulares, pero también ofrece fines y bienes que son necesarios para el contrato social y que no son alcanzables directa sino mediatamente a través de la libre actividad y relación humana individual. El Derecho público no puede conseguir tales dones heterónomamente a las personas, (vertical y exteriormente); éstos sólo se ofrecerán si surgen de negocios jurídicos autónomos, espontáneamente contruidos.

2.1.4).- La individualidad humana.- La doble faz de la persona humana, (individual y social), no permite que ninguna de ellas masacre y aplaste a la recíproca, de modo que no es posible ninguna construcción grupal si se constriñe la creatividad y libertad individual más allá de lo que se perciba en el grupo como necesario para la supervivencia de todos en la coyuntura del reto ecológico que afrontan. Esta represión de un individualismo que es también constitutivo de lo humano producirá irritación, yuxtaposición de irritados y rebelión, una auténtica implosión que reventará la paz social:

³⁷⁹ SCHMITT, C., *El concepto de lo político, op. cit.*, pg. 65.

ninguna persona humana tolerará, sin un gasto especialmente intenso de poder, una constricción individual percibida como injustificada e innecesaria, (ilegítima).

De este modo, el contrato social hace suya, por necesidad e interés propio, la función de crear un espacio de interrelación entre los individuos para que puedan cumplir sus fines propios, esto es, unas reglas de libre juego de la individualidad en lo personal y en lo patrimonial.

2.1.4.1).- Cumplimiento de fines individuales patrimoniales.- Así el Derecho público ha de organizar, en primer lugar, un sistema para las relaciones privadas patrimoniales que satisfaga la necesidad humana de individualidad para perseguir finalidades materiales propias. Esta necesidad procede del hecho de que, exista o no un verdadero Estado social y democrático de Derecho, aun el más avanzado y progresista de los Estados actuales sigue siendo económicamente capitalista. Todas las constituciones encomiendan a sus ciudadanos la propia lucha por la supervivencia, siquiera sea sublimada en forma de reto patrimonial y negocial.

Existe, no obstante, desde la moral de los Derechos humanos, una dulcificación del principio capitalista mediante la inteligencia “nadie queda atrás” para atender a personas que estructuralmente no pueden sobrellevar tal lucha económica sublimada, (artículos 39.3, 49 y 50 CE respecto de “hijos”, “disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos” y “ciudadanos durante la tercera edad”), o cuando se afecta nuclearmente la virtud apropiatoria de las personas capaces amortizándolas a efectos prácticos³⁸¹, (mínimos inembargables, protección de deudores hipotecarios, debiendo añadirse, a mi juicio, un *fresh restart* para la persona física concursada y no culpable³⁸²).

³⁸¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, op. cit., pg. 89.

³⁸² En este sentido CUENA CASAS señala expresamente “el desprecio legislativo hacia la insolvencia de la persona física”, (CUENA CASAS, M., *Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la*

Esta derivada de los Derechos humanos sobre el sistema jurídico capitalista no debe engañar: la rescisión por lesión no protege del *malinvestment*³⁸³ y sólo se funda correctamente en la ausencia de voluntariedad por situación de necesidad, (leyes 499 y 500 del Fuero Nuevo de Navarra contra el muy insatisfactorio artículo 321 de la Compilación de Catalunya que, objetivizando, protege también al indolente). La procura del patrimonio personal no es un juego amistoso o baladí.

El principio capitalista egoísta manifiesta que si uno no defiende lo propio nadie lo hará, y que nadie defiende mejor su propio interés que uno mismo. Por ello confía en una conmutatividad jurídica y no económica: si uno presta libremente su consentimiento formal, (expresión del punto en que considera satisfecho su egoísmo o satisfactoriedad acreedora), el negocio será irrevisablemente conmutativo sin atender a tasaciones de mercado.³⁸⁴

2.1.4.2).- Cumplimiento de fines individuales personales.- Queda, además, para el contrato social la organización de un juego de individualidad en lo personal. La articulación de un juego público de convivencias y libertades personales más allá del juego privado patrimonial es también una necesidad del contrato social, por cuanto la individualidad y creatividad humana exceden de la pura lucha por la supervivencia material

persona física, en Revista Aranzadi Doctrinal, nº7 Noviembre 2.009, ed. Aranzadi-Thomsom Reuters, Cizur Menor, (Navarra), 2009, pp. 91-112, en concreto pg. 93).

³⁸³ Señala DE CASTRO Y BRAVO cómo precio justo y rescisión por lesión fueron prendas de justicia y equidad que se perdieron con el normativismo positivista, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, pg. 16).

³⁸⁴ Como señala también DE CASTRO Y BRAVO, la cláusula *rebus* forma parte de una tendencia moralizadora del Derecho que reacciona frente a la supremacía de la autonomía de la voluntad que resulta del normativismo positivista, pero no atiende a la equidad sino “al propósito negocial, sea respecto de la naturaleza del negocio...o del propósito concreto presunto” puestos en crisis por circunstancias extraordinarias en relaciones contractuales duraderas, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pg. 16 y pp. 317 - 319).

y comprenden otros fines e intereses no patrimoniales. Estos fines e intereses individuales no patrimoniales también se habrán de obtener y disfrutar en la medida que sea percibida como posible o disponible.

2.1.5).- La productividad social.- Es difícil discriminar si el capitalismo humano es corolario del egoísmo intrínseco del alma humana o si sucede lo contrario, pero lo cierto es que, a través de la historia, este egoísmo se ha revelado como la mayor fuente de energía disponible. De este modo, la riqueza acumulable por el contrato social será superior si consigue orientar y ordenar los impulsos egoístas de los individuos de modo que se produzcan máximamente. Para ello tiene que ofrecer un espacio de libertad y relación humana no sometido a la verticalidad directa del Derecho público, un espacio y un ámbito de horizontalidad sin empoderamientos. De otro modo, no se optimizará la producción de relaciones, contactos y consecuciones de fines individuales egoístas y sus derivadas para la producción y circulación de riqueza aumentando la disponible para todos.

Egoísmo es “yo quiero” y “sólo si yo quiero”, de modo que toda aplicación heterónoma desenchufa la corriente y energía del egoísmo individual. El egoísmo que es motor de todo este movimiento, (privado y particular pero indirectamente beneficioso para el grupo), es hijo del individuo y del individualismo, y exige un espacio horizontal para el desarrollo de fines egoístas y particulares: si existen sujetos poderosos intermedios entre el Estado y los individuos la maximización de la producción y circulación de riqueza queda sustituida por el mantenimiento de un *status quo* y de ciertas acumulaciones sectoriales para grupos intermedios entre el contrato social y los individuos.

El capitalismo y egoísmo humano son tributarios de la infraestructura y estructura de producción y, en este sentido, ambos serían inconcebibles sin posibilidad técnica de acumular. Esta capacidad sólo aparece en la historia humana con la tecnología agrícola. Los pueblos cazadores y recolectores no pueden imaginar el egoísmo acumulativo, pues su ecología les obliga a basar su estructura económica en la reciprocidad humana, hasta tal

punto que produce desprestigio y desaprobación social cualquier pretensión de ser generoso, (pueblo *!kung* de África y pueblo *semai* de Malasia).³⁸⁶ Por el contrario, sí es posible en tales pueblos el egoísmo negativo por distracción de esfuerzos, (el problema de los aprovechados, vagos y “gorrones”, que dice HARRIS), el cual se resuelve con sanciones sociales. Éstas pueden ser sutiles, pero también llegar hasta la atribución al aprovechado de la condición de embrujado o demonio y concluir con su asesinato, (sin remordimiento), por el grupo.³⁸⁷

En cualquier caso, la clave no está en una relación inexorable entre capitalismo y egoísmo sino en la dirección a la que se oriente tal egoísmo. El egoísmo humano se dirige siempre psicológicamente al poder para conseguir prestigio, esto es, por la imagen que nos devuelve de nosotros mismos: es bien sabido que el poder es narcisista³⁸⁸.

Existe, cuando menos una sociedad, (los *kapauku* de Indonesia), que poseen un concepto moderno de dinero y una economía capitalista donde el prestigio no se adquiere por acumulación material sino por generosidad. Acumular bienes tan sólo es el medio preciso para luego regalarlos y distribuirlos, siendo este desprendimiento el que otorga prestigio y ascenso social. Y la pieza de cierre del sistema *kapauku* es dramática: el avaro que no redistribuye es desterrado o asesinado.³⁸⁹ En el mismo sentido el *potlach* de las tribus indias del Noroeste del Pacífico norteamericano y los banquetes de los grandes hombres polinesios.³⁹⁰

Esta concreta forma de retribución no material del prestigio social no renuncia a la energía del egoísmo individual para maximizar las productividades individuales y

³⁸⁶ HARRIS, M., *Antropología... op. cit.*, pp. 179 - 180.

³⁸⁷ HARRIS, M., *ibidem.*, pg. 172.

³⁸⁸ LOWEN, A., *op. cit.*, pg. 101.

³⁸⁹ HARRIS, M., *Antropología... op. cit.*, pp. 190 y ss.

³⁹⁰ HARRIS, M., *ibidem.*, pp. 183.

circulación de riqueza, pero sabe asegurar una redistribución social de lo acumulado que entre nosotros sólo logran, con cierta eficacia, las socialdemocracias escandinavas vía grandes impuestos y estricta transparencia fiscal.

2.2).- Derecho público indirecto.- En su perspectiva indirecta el Derecho público se orienta a intereses y necesidades generales y propias del contrato social, pero que no resultan o se obtienen mediante una apropiación o primacía pública directa o directa intermediada, (fomento y ahorro), sino, precisamente, permitiendo la espontánea producción de conductas individuales entre iguales. Estas conductas son libres, esto es, ni prohibidas ni obligadas y será su espontánea producción la que otorgue, indirectamente, al contrato social los bienes e intereses públicos y generales buscados por éste.

Es por ello que esta inteligencia se conecta inmediatamente con la noción de permisión y del Derecho dispositivo, creando la posibilidad de los modos e inteligencias del Derecho privado. Utilizo el término Derecho público indirecto por cuanto me interesa subrayar que existen aquí intereses, fines y bienes públicos que florecen y se consiguen para todos, lo que no debe quedar oscurecido por la turbamulta de relaciones jurídicas privadas permitidas y de fines egoístas o individuales satisfechos. La noción de Derecho dispositivo enfoca directamente la permisión sobre el surgimiento y normación del contenido de una relación jurídica entre particulares, (voluntad como fuente de obligación jurídica), pero deja fuera de su lente la satisfacción que obtiene, (mediata, indirectamente), el propio contrato social.

Las relaciones privadas no son obligadas, (obtención directa, imperatividad, heteronomía), pero tampoco son puramente libres por cuanto no cabe duda que son indudablemente esperadas, lo que implica algo más que la pura neutralidad del “permitidas”. En este sentido, aun cuando tampoco pueda decirse que exista un estímulo, (fomento), sí puede afirmarse que el contrato social ha organizado la sobrevivencia individual, (y cualquier despliegue de la propia personalidad), de tal modo que es

imposible concebir una persona que no otorgue nunca jamás un solo negocio jurídico. El ordenamiento jurídico nos condena a negociar o a no existir, y por ello puede esperar con toda certeza que se producirán los innumerables negocios jurídicos que precisa para obtener sus fines indirectos o mediatos. Es sólo con esta interesada intención y certeza de que serán celebrados negocios jurídicos con la que el Derecho público organiza y sostiene los espacios precisos para que pueda tener lugar una libertad patrimonial y personal de los ciudadanos.

En tal punto, (organización y propuesta del sistema), acaba el interés y la labor del Derecho público indirecto. A partir de la propuesta de aquellos ámbitos de libertad, el contrato social y el Derecho público tan sólo pueden sentarse a esperar que los individuos libremente encuentren la ocasión y oportunidad de producir las relaciones, contactos, intercambios y disfrutes, (y sus contenidos y formas concretas), cuyas sumas totales determinarán beneficios, fines e intereses directos para los privados e indirectos para el grupo. En otro caso no existiría negocio jurídico sino cumplimiento de una norma imperativa, (heteronomía y no autonomía)³⁹¹.

Cuando hablamos de Derecho dispositivo nos referimos a un Derecho que permite ser completado o sustituido por reglas creadas *ad hoc* por sus destinatarios para una relación concreta que comprende a uno o varios de ellos. Pero aquí estamos colocando el acento en la normatividad, en la sustitución de una norma *ex lege* por una norma *ex voluntate*, (autonomía normativa), y olvidamos que existe una autonomía previa y más principal, la autonomía en el surgimiento de ese hecho que va a ser luego normado de una y otra forma. Es en el surgimiento donde se juega esencialmente la necesidad del contrato social de provocar indirectamente la producción espontánea de negocios jurídicos por parte

³⁹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 42; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T.I. Introducción. Teoría del Contrato*, op. cit., pg. 154.

de sus ciudadanos, (disponiendo todo para que nos veamos abocados “libremente” a ello), y es allí donde se encuentra su esencia.

Dispositividad normativa y atipicidad coadyuvan a la maximización y optimización de la libertad y creatividad, a la mejor satisfacción de la individualidad humana y a la mayor circulación de riqueza y obtención de fines propios personales y patrimoniales, orientándose por tanto en la dirección que pretende el contrato social con el Derecho público indirecto. Pero el efecto multiplicador de esta autonomía normativa privada no debe ocultar que la principal y primaria sucede sobre el surgimiento de la relación privada misma. Por ello existe autonomía negocial en los contratos dictados o reglamentados y no en los de constitución heterónoma así como es mayor el número de supuestos de aquéllos que de éstos.

Junto a la norma jurídica general surge aquí una norma *singularis*, una *lex* particular nutrida desde el valor general que sí posee el Derecho público indirecto, en interés propio del contrato social y que, por ello, forma parte del mismo: la *lex privata* será una especie jurídica tutelada por aquél, (jurisdicción), “una de las nuestras”.³⁹²

Retomando la idea de DE CASTRO Y BRAVO sobre la unidad del Derecho³⁹⁴ podemos decir que el Derecho público indirecto relaja y dulcifica el principio comunitario (verticalidad, imperatividad, poder)³⁹⁵ y potencia el principio personal, (incluso dándole relevancia para la génesis de un poder público concreto y singular). Ello para que puedan desplegarse los dones de la individualidad y creatividad humana revirtiendo mediatamente sobre unos fines e intereses del contrato social que no son obtenibles, (en igual *quantum* y

³⁹² JORDANO BAREA, J.B., *Derecho Civil, Derecho Privado...*, *op. cit.*, pág. 870, DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 32.

³⁹⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 99, en *Derecho Civil de España, Volumen I*, *op. cit.*

³⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *op. cit.*, pg. 95.

quale), por ninguna técnica directa y heterónoma, ni siquiera mediante Derecho público directo de fomento o derechos potestativos.

En este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA refiere también ciertas fórmulas cooperativas de participación en la función administrativa, en las cuales la Administración “opta por excluir el principio imperativo, limitándose a invitar o aconsejar direcciones o criterios determinados en el ejercicio de la libertad privada... para inducir por vía indirecta que esa libertad se oriente por sí misma para obtener tales beneficios en el sentido más conveniente al interés general.”³⁹⁶ Ello no coincide tampoco con el que JORDANA DE POZAS llama “Derecho de fomento”³⁹⁷, pues estos espacios de autonomía patrimonial y libertad personal y familiar no son verdaderamente subvencionados o fomentados aunque, como dije, estamos abocados a negociar, tales negocios son confiablemente esperados y el prestigio de la Administración influye también en el sentido que tomen estas corrientes negociales.

2.2.1).- Ámbito patrimonial.- En el ámbito patrimonial el Derecho público indirecto define un sistema de autonomía personal que constituye un juego para los privados: los negocios jurídicos son partidas que pueden celebrarse o no, producirse con estos o con aquellos partícipes, donde cada jugador desarrolla sus propias estrategias de acuerdo con sus móviles y propósitos y que determinan relaciones que son relaciones jurídicas privadas patrimoniales y resultados que son derechos subjetivos y obligaciones jurídicas.

El primer objetivo del contrato social aquí es asegurarse que este juego de la autonomía privada patrimonial, (que le interesa sólo mediatamente), no perturbe fines e intereses directos generales, (entre ellos los iusfundamentales), lo que consigue mediante Derecho de la invalidez, (nulidad absoluta), y la claudicación de las jugadas privadas frente

³⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *ibidem*, pp. 95-96.

³⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *ibidem*, pg. 96.

a la primacía de la apropiabilidad pública, (expropiación forzosa, retractos legales, etc.). La permisión que construye el Derecho público no es suicida, de modo que vacía previamente esta sede de cuestiones iusfundamentales y públicas.

En segundo lugar, y en aras de su interés mediato, el contrato social construye la arquitectura, armazón o sistema de este juego de autonomía patrimonial privada. En este punto el Derecho es técnico o sistemático, (organicista califica a esta inteligencia GORDILLO CAÑAS³⁹⁸), pues tan sólo se trata de proveer un sistema funcional. El Derecho privado patrimonial como reglamento de juego en sentido lógico mecánico define el juego pero no crea juego, no establece partidas ni negocios jurídicos, ni el contenido y forma de cada jugada y negocio que los ciudadanos, libre y espontáneamente, quieran entablar para realizar su plan de vida y para desarrollar su personalidad, (artículo 10 CE).

La libertad de los jugadores se refiere a la creación de juego y al contenido de las jugadas, pero no a la arquitectura lógico mecánica y estructural del sistema. Ello no es un mandato ni una prohibición, (como los que resultan de los bienes e intereses directos públicos y iusfundamentales), sino una exigencia lógica. Permitir una esfera de creatividad para los partícipes alterando el armazón lógico o reglamento de cualquier juego supone jugar a deconstruirlo: ¿cuántas reglas del fútbol pueden excepcionarse y a partir de qué momento resulta el nuevo juego irreconocible como balompié o imposible de jugar en cualquier concepto? Aquí no hay imperatividad *strictu sensu*, pues estas normas constitutivas sistemáticas poseen inteligencia de norma/modelo: separarse del modelo o plano más allá de lo previsto dispositivamente por el mismo supone inexistencia lógica, pero no prohibición ni sanción³⁹⁹.

³⁹⁸ GORDILLO CAÑAS, A., *Nulidad, anulabilidad e inexistencia...*, op. cit., pp. 957-960.

³⁹⁹ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G., ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires - 1968, pg. 33 y ss.; ATIENZA, M., *De nuevo sobre las madres de alquiler*, en *El Notario del S.XXI*, número

Así, la permisión del Derecho dispositivo se contiene sustantivamente dentro del ordenamiento jurídico general como Derecho público material, (o claudicará ante verticalidad por nulidad sustancial o por primacía de apropiabilidad pública), y se engarza formalmente dentro de la arquitectura estructural o lógico mecánica del Derecho privado como reglamento técnico u organicista del juego, (o resultará ineficaz por inexistente, imposible o absurda).

Además de estas lógicas mecánicas y de estas estructuras técnicas del juego el Código civil ofrece fórmulas contractuales magistrales que aherrojan soluciones típicas que pueden ser imitadas o no. La fijación de estos esquemas tuvo un coste, (ya olvidado), en forma de errores e imperfecciones, fallos y consecuencias indeseadas para los contratantes que históricamente se depuraron. Proponer tales fórmulas pero permitir que los privados las modifiquen o cambien por otras es una técnica de reglamentación del juego que tanto ayuda a su economía, (para quien no quiera esforzarse y arrostrar nuevamente costes de incertidumbre), como favorece apurar y exprimir todavía más la creatividad e individualidad humana cuando existan jugadores dispuestos a adaptar el juego y sus jugadas máximamente al fin y a la situación propia.

2.2.2).- Ámbito personal.- En el ámbito personal los bienes, intereses y Derechos humanos están omnipresentes en una forma, que a diferencia de la sede material, no puede vaciarse absolutamente de consideraciones iusfundamentales por cuanto estamos siempre en contacto con la persona en sí misma considerada. Aquí el contrato social organiza y sostiene un espacio para el libre desarrollo de la persona individual, su realización y búsqueda de felicidad, y ello sólo puede tener lugar mediante un desempeño libre de los individuos en el surgimiento y en el cómo, esto es, no guionizado, no sujeto a reglas, lógicas, mecánicas y resultados predeterminados.

27, Septiembre/Octubre de 2009, ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, pp. 52 – 56, en concreto pg.

Ello parece alejar de esta sede las nociones de negocio y juridicidad, (DE CASTRO Y BRAVO, ROCA TRÍAS, FLUME⁴⁰⁰), remitiéndolas a la libertad más irreductible o a lo amistoso, íntimo, social, etc. No obstante, en ciertas ocasiones una relevancia funcional pública, (sede familiar), y en todos los casos el carácter intersubjetivo y multiafectante de la vida personal, conllevan inexorablemente relevancias más allá del núcleo estanco de una sola persona individual y pueden mostrar la producción de convenios, acuerdos y ejercicios cooperativos de felicidad, (con dones, entregas y costes vitales de oportunidad que afectan también a Derechos fundamentales), que, a mi juicio, hacen sentir la necesidad de un principio de responsabilidad jurídica, (y no sólo social, amistosa, íntima, amorosa o ética), junto a la libertad personal ofrecida.

En este último sentido DE CASTRO Y BRAVO señalaba también que la autonomía es un “poder complejo reconocido a la persona... con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”⁴⁰¹, esto es, afectando inexorablemente a otros, en alteridad. Y LÓPEZ JACOÍSTE refiere cómo el protagonismo de la persona y la responsabilidad ante su indemnidad “expanden el campo de los daños civiles atípicos”, pudiendo hablarse de “una ilicitud abierta”⁴⁰² “que confiere relevancia jurídica a situaciones de sufrimiento íntimo por interrelaciones en las que se vulneren sentimientos, respetos y convicciones, consideración y estima... menoscabo de afectividad, detrimento psicológico, situaciones de soledad o indefensión humana...”⁴⁰³

⁴⁰⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 37; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, op. cit., pg. 63; FLUME, W., *El negocio jurídico*, ed. Fundación Cultural del Notariado, traducción de MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., y GÓMEZ CALLE, E., Madrid – 1996, pg. 115.

⁴⁰¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 12

⁴⁰² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, en Anuario de Derecho Civil, 39, número 4, 1986, ed. Ministerio de Justicia, Madrid – 1986, pp. 1059 – 1120, en concreto pg. 1.100 y pg. 1.102.

⁴⁰³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 129.

Por otra parte las articulaciones y coonestaciones a que lleguen los individuos en sus contactos, relaciones y conflictos no pueden generar propiamente una obligación jurídica intercambiable y ejecutable como en el Derecho patrimonial. Estos derechos de la personalidad son inherentes al ser humano, de modo que lo que yo disfruto no puedo transmitirlo y, si el intercambio consiste en que me prive del disfrute de tales derechos universales inmanentes para que otro pueda disfrutar más de los suyos, ello resultaría indigno; los individuos han de considerarse más propiamente como meros usufructuarios que no puede afectar a su capital.⁴⁰⁴

En el Derecho privado patrimonial ha de apreciarse que la intersubjetividad queda rebajada por cuanto los verdaderos protagonistas de los negocios, relaciones, derechos subjetivos y obligaciones no son tanto las personas físicas en sí mismas consideradas como los patrimonios personales, siquiera estén gobernados anímicamente por una persona humana. En el ámbito personal, por el contrario, la intersubjetividad es siempre directa, ineludible e intensísima sobre la persona, que está siempre presente. Es por ello que los negocios jurídicos personales no pretenden crear derechos subjetivos perfectos y obligaciones jurídicas específicamente coaccionables sino articular Derechos humanos que contactan o colisionan con otros Derechos humanos o con otros bienes e intereses no fundamentales.

La idea central en el ámbito personal no es la previsibilidad y aplicación de la regla técnica, sistemática u organicista del juego sino la proporcionalidad, razonabilidad, concordancia práctica, buena fe y ejercicio no abusivo en la coyuntura fáctica, principios

⁴⁰⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem.*, pg. 360; VON THUR, A., *Der allgemene teil des bürgerlichen Rechts*, I,1940, pp. 150 y ss; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, *op. cit.*, pg. 1.262 y ss.

todos ellos que exigen un margen de arbitrio judicial.⁴⁰⁵ Un automatismo o mecánica previsible en lo estrictamente personal sería insoportable.

El negocio patrimonial crea un objeto jurídico determinado, (la prestación), capaz de ser inserto en un derecho subjetivo perfecto o en una obligación jurídica, y no es ni la cosa misma objeto de la prestación de dar, ni la persona misma que ha de ejecutar la prestación de hacer o no hacer. Esta noción de prestación produce una objetivación que permite su ejecución en forma específica o equivalente.

Por el contrario, el negocio personal no crea ningún objeto nuevo pues: 1) en lo personal no puede diferenciarse u objetivarse entre prestación y persona; 2) existe un imperio absoluto del Derecho humano que no permite considerar objeto del negocio sino al disfrute del derecho pero no al derecho mismo, sin posibilidad de alienación, (calidad usufructuaria); 3) la potencia negocial sólo alcanza a una articulación en los disfrutes o encarnaciones concretas colisionantes, nunca a su desprendimiento de la persona, lo que impide cualquier intercambio de objetos.

La inmanencia entre Derecho humano y persona impone que aquí ejecutar específicamente lo convenido es siempre constreñir a la persona en sí misma considerada, en tanto no puede construirse una ejecución equivalente porque sólo la prestación, (como objetiva y material), admite tal operación. El *pretium doloris*⁴⁰⁶ no es ejecución equivalente sino indemnización de daño moral injustamente infligido.

2.2.3).- Tutela del Estado en estos espacios.- La construcción del espacio libre de convivencia y desarrollo personal y patrimonial se ha decantado como un espacio “contra el Estado” y como libertades negativas, esto es, en un esquema o inteligencia de

⁴⁰⁵ DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona, op. cit.*, pg. 235; SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 804 y ss.

⁴⁰⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 128 y pp. 84 - 87

emancipación donde el privado aparece siempre débil y temeroso frente al abuso de poder de quien organiza y sostiene estas esferas de autonomía. De este modo, cuando nos referimos al sistema en sí mismo es sólo esta derivada la que aparece como primera y potente preocupación.

Es así que tenemos garantías típicas y bien establecidas contra el Estado y sabemos cómo tratar sus inmisiones en nuestros ámbitos negociales personales y patrimoniales y en nuestras libertades individuales. No obstante, en los ámbitos de autonomía ocurrirá también que unos privados se empoderan frente a otros perturbando y afectando sus Derechos fundamentales. En este sentido, 1) la falta de calificación *ab initio* de los demás particulares como enemigos del sistema de autonomía, (en origen histórico todos ellos estuvieron unidos frente al Leviathan), 2) la falta de una estructura orgánica y territorial en los mismos, y 3) la existencia de derechos en todos los sujetos privados opuestos, determinan cierta viscosidad cuando los violadores son otros privados y provocan diferencias en la eficacia y tutela de los Derechos fundamentales cuando se esgrimen contra el Estado o *inter privatos*.

Es por ello que, como señala HUHLE, terminamos en este punto por acudir al propio Estado para exigirle, (vía jurisdicción), que evite las violaciones causadas por estos sujetos no estatales o que satisfaga un resarcimiento⁴⁰⁸, e incluso la *Drittwirkung* indirecta defiende que los particulares nunca violan Derechos fundamentales sino tan sólo el Juez cuya sentencia no los apreció debidamente y que será corregido, (él mismo y no el privado), por el TC en amparo.⁴⁰⁹

Se oculta así la cuestión privada detrás de un deber estatal de protección general que supone, según MENDOZA ESCALANTE, que el Estado no sólo tiene una función de

⁴⁰⁸ HUHLE, R., *op. cit.* pp. 3-4 y 16 y ss.

⁴⁰⁹ Tesis que desmontan DÍEZ-PICAZO, L., *La jurisprudencia constitucional...*, *op. cit.*, pp. 325-327, BILBAO UBILLOS, J.M., *op. cit.*, pg. 220 y DOEHRING, K., *op. cit.*, pg. 209.

defensa, (abstención), sino de protección activa, (positiva)⁴¹⁰. En este sentido, según EVRIGENIS “Los derechos humanos actualmente están expuestos a poderes distintos que los del Estado y el individuo debe estar protegido de este peligro... Pese a que no es el autor... [el Estado] es considerado responsable y tiene el deber de intervenir y prevenirla... Uno podría decir, en efecto, que el Estado moderno tiene un tipo de “responsabilidad ecológica” en el campo de los derechos humanos. Sea como fuera, esta extensión de las funciones de las autoridades públicas les obliga a ir más allá de la simple abstención y adoptar medidas positivas.”⁴¹¹

Los juegos o espacios de autonomía patrimonial y libertad personal están siempre condicionados por la moral de los Derechos humanos, tutelada jurídica e inexorablemente por el Estado como condición de su propia legitimidad. Todo ello no debe, sin embargo, rebajar la percepción del papel no sólo principal sino originario de los privados en la sede iusfundamental: los Derechos humanos no surgen precisamente contra el Estado sino contra los privilegios que desde el Antiguo Régimen ostentaban unos hombres contra otros⁴¹², discutiéndolos, negándolos y arrebatándolos para que, en lo sucesivo, los individuos sólo hubieran de articularse y coordinarse negocialmente en sus contactos y relaciones interpersonales. Nada de ello debe olvidarse ante los “poderes salvajes”⁴¹³ que existen en unas relaciones entre particulares que son, cada vez más, sólo formalmente horizontales.

⁴¹⁰ MENDOZA ESCALANTE, M., *La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontales.der.fund.pdf>, última visita el 17 de Marzo de 2014, pg. 12.

⁴¹¹ LABARDINI, R., *La Violación de los Derechos humanos por los Particulares*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, XC Aniversario, Año 26, Número 26, 2002, ed. Escuela Libre de Derecho de Puebla, México, 2002 *op. cit.*, pp. 529-600, pg. 584.

⁴¹² LEISNER, W., *Grundrechte un Privatrechte*, ed. Beck, Munich, 1.960, pg. 30 y ss.

⁴¹³ CARBONELL, M., *op. cit.*, pg. 57.

2.2.4).- Atribución de estos espacios a los ciudadanos.- Una vez creados estos espacios, sistemas y juegos de autonomía patrimonial y de convivencia y libre desarrollo personal, el contrato social efectúa un concepto atributivo señalando quiénes pueden ser jugadores y partícipes de ellos. De la condición moral de la dignidad humana resulta directamente que todas las personas son naturalmente partícipes y jugadoras de estos espacios y juegos de autonomía patrimonial y de libertad personal, sin distingo o discriminación posible.

Se trata de una atribución y no de una distribución, por cuanto no es graciosa o justa sino que es una atribución moralmente obligada desde fuera del contrato social, componiendo un reconocimiento inevitable: los seres humanos están atribuidos directa y extrajurídicamente de un modo universal por la dignidad humana. Por el contrario, la idea distributiva procede de la primacía de apropiabilidad pública y de la aplicación, sobre esta primacía, del principio de justicia social.

La justicia social sólo rige en los ámbitos distributivos que corresponden a prestaciones públicas que materialmente no son Derechos fundamentales, pues en éstos resulta superior la idea de una atribución universal exterior a individuo y grupo que cualquier distribución justa. La inmanencia en todos los ciudadanos de la condición de jugadores del juego de autonomía patrimonial privada emana de ser la apropiabilidad individual humana un derecho fundamental atribuido universalmente, (contenido moral del artículo 33 CE). No existe consideración ninguna, (de justicia social o de cualquier clase), que pudiera determinar mayor virtud o poder apropiatorio para unos u otros ciudadanos.

El *ticket* jurisdiccional tampoco atiende a cuestiones de justicia social sino que está atribuido también universalmente con la condición de ciudadanía como Derecho fundamental emanado universalmente de la dignidad humana, (intangibilidad y defensa de la propia persona y sus emanaciones).

En ocasiones se confunde articulación de Derechos fundamentales y consideración de justicia social. Que los servicios públicos de salud pospongan mi cita quirúrgica para eliminar una fístula por plantearse urgencia por apendicitis en otro ciudadano, indica que el conflicto entre mi integridad corporal y la de aquel otro compone una colisión fáctica por imposibilidad administrativa de atender ambas necesidades simultáneamente, pero esa imposibilidad no se decide en términos de justicia social sino ponderando la intensidad con que están comprometidos los derechos de cada persona. Sin embargo, cuando dos neonatos precisan el mismo tratamiento carísimo so pena de morir y los recursos sociales sólo pueden dispensarlo a uno de ellos, será la justicia social la que determine que sea administrado al más viable o al que pueda disfrutar de mejor calidad de vida.

2.2.5).- Dispositividad y complejidad social.- La diferenciación entre un Derecho público directo y un Derecho público indirecto, entre un Derecho imperativo y un Derecho dispositivo, procede de unas necesidades comunes y grupales que son fruto también de la evolución de las sociedades hacia formas más complejas. Mayores producciones y circulaciones de riqueza requieren mayor complejidad y el Derecho como herramienta política social se ve también obligado a sofisticarse: ya no sirve matar al ciudadano que no cumple la rígida norma imperativa⁴¹⁵.

Ello sitúa ante el poder político el reto de pasar de un sistema político y jurídico de Ley como prohibición y eliminación del ciudadano incumplidor, (un esquema sí/no, cumplir/vivir, transgredir/morir), hacia otro sistema político y jurídico donde gran parte de los bienes y necesidades públicas se obtienen indirectamente a través de espacios de libertad personal y patrimonial de los ciudadanos. En una sociedad más desarrollada y elaborada el Derecho público no se apropia de la vida, (incluso eliminándola), sino que

⁴¹⁵ FOUCAULT, M., *op. cit.*, pp. 143 - 145.

pretende que ésta crezca y se desarrolle para aprovecharse y beneficiarse de ello, (inteligencia indirecta).

Este es el paso desde la Ley hacia la norma que señala FOUCAULT destacando “la creciente importancia adquirida por el juego de la norma a expensas del sistema jurídico de la ley. La ley no puede no estar armada, y su arma por excelencia es la muerte; a quienes la transgreden responde, al menos a título de último recurso, con una amenaza absoluta... Pero un poder que tiene como tarea tomar la vida a su cargo necesita mecanismos continuos, reguladores y correctivos. Ya no se trata de hacer jugar la muerte en el campo de la soberanía, sino de distribuir lo viviente en un dominio de valor y utilidad. Un poder semejante debe medir, cualificar, apreciar y jerarquizar, más que manifestarse en su brillo asesino; no tiene que trazar la línea que separa a los súbditos obedientes de los enemigos del soberano; realiza distribuciones en torno a la norma.... No quiero decir que la ley se desdibuje... sino que la ley funciona siempre más como una norma...”⁴¹⁶

En el mismo sentido HART señala cómo en una “sociedad grande y compleja” la regla no puede ser que un funcionario ordene algo a un ciudadano “cara a cara”.⁴¹⁷

La complejidad social y el desarrollo del Derecho dispositivo señalan sustantivamente un valor material, el del pluralismo, que es valor superior constitucional, (artículo 1 CE). En este sentido REQUEJO COLL y VALLS PLANA señalan: “No es raro que las ciencias sociales admitan hoy la existencia de un “nivel creciente de complejidad” en las sociedades contemporáneas. Uno de sus aspectos lo constituye el aumento del número de valores, de identidades y de intereses presentes en los procesos de decisión y de legitimación democrática. Puede decirse que, tal como ocurre en el mundo físico, la entropía política de las sociedades contemporáneas no deja de crecer, tanto en el ámbito de las democracias, especialmente en relación a su pluralismo nacional y cultural internos,

⁴¹⁶ FOUCAULT, M., *ibidem.*, pp. 152 -153.

⁴¹⁷ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, *op. cit.*, pg. 26.

como en el ámbito internacional tras los procesos de globalización económica, política y tecnológica.”⁴¹⁸

ROCA TRÍAS también subraya esta idea: “las sociedades actuales se enfrentan a un pluralismo, mucho más presente en Europa dada su estructura. Rawls (1987) sugería que nos encontráramos ante un consenso “coincidente” en el sentido de que nos permite entender cómo un régimen constitucional caracterizado por el hecho del pluralismo puede, a pesar de sus profundas divisiones internas, obtener estabilidad y unidad social a través de un concepto razonable de la justicia; es un mecanismo para imponer la libertad y la democracia, al mismo tiempo que se respetan las diferencias culturales, morales y políticas.”⁴¹⁹

En cualquier caso, el verdadero fondo de la cuestión es, otra vez, que la moralidad de los Derechos humanos determinan que público y privado sólo pueden ser válidos y legítimos en cuanto coincidentes. Así PECES-BARBA MARTÍNEZ, (positivismo ético), señala que por una parte, no hay contraposición entre el interés colectivo y el interés individual cuando este último es legítimo y, por otro lado, que cualquier actuación legítima, (válida), del Estado sólo lo es en cuanto se orienta en última instancia e instrumentalmente a la realización de la dignidad humana encarnada en cada hombre individual.⁴²⁰ Y LÓPEZ JACOÍSTE refiere, como dije, la fusión entre el interés personal y el interés general mediante la noción de orden público.⁴²¹

⁴¹⁸ REQUEJO COLL, F., y VALLS PLANA, R., *op. cit.*, pg. 129.

⁴¹⁹ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 71.

⁴²⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 199 - 204. Vide también JIMÉNEZ CANO, R.M., *Positivismo Ideológico e Ideología Positivista en Norberto Bobbio: precursor del positivismo ético*, Papeles El Tiempo de los Derechos, Número 7, Año 2009, http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/6494/1/norberto_ansuategui_wp_2009.pdf, última visita el 17 de Marzo de 2014.

⁴²¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 362.

Pero nada de ello es posible, como manifesté anteriormente, sin desvelar cuál sea el contenido sustancial, (moral social de mínimos), que convocamos tras la etiqueta “Derechos humanos” o “valor moral de los Derechos humanos”, lo que requiere un verdadero ejercicio de soberanía nacional.

2.2.6).- La colaboración público/privada.- Pluralismo, globalización y complejidad ponen en valor la inteligencia del Derecho público indirecto y del Derecho dispositivo, la cual ha terminado por contaminar la sede propia del Derecho público directo. En este sentido la actividad administrativa conoce formas muy extendidas de colaboración público/privada y de privatización de servicios públicos.⁴²²

Sin embargo, las *naturae rerum* son tozudas. La permisión y la mediatez del Derecho privado como Derecho público indirecto o dispositivo es congruente por cuanto existe una separación absoluta entre el plano de verticalidad y poder y el plano de horizontalidad y ausencia de poder. Por el contrario, en la colaboración público/privada y en la privatización de servicios públicos ambos planos dejan de ser estancos y se confunden sus sujetos, de modo que se produce aquello que era precisamente imposible en el contrato social: la aparición de privados poderosos.

Se encuentra bien resuelta, a mi juicio, la colaboración público/privada que suponen los oficios públicos familiares, (cónyuges, padres, hijos, tutores, curadores, etc.), ya se refieran como sistemas mixtos, sistemas privados, u organización pública difusa.⁴²³ Estos poderes se justifican por la protección del dependiente, que es principio y sesgo constitucional y por cuanto el dependiente debe ser defendido, en primer lugar, contra sí

⁴²² Vide PALOMAR OLMEDA, A., *Colaboración público privada: análisis*, ed. Aranzadi-Civitas, Thomsom-Reuters, Madrid – 2011.

⁴²³ ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat...*, op. cit. pp. 429 y 444; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, op. cit., pg. 40.

mismo.⁴²⁴ Y están bien resueltos, a mi juicio, por cuanto estas funciones apelan al amor humano y existe todo un cuerpo normativo y unos mecanismos judiciales que definen este poder como ajustado al límite de lo que estrictamente requiere aquella protección garantizando que se produzca en la forma más ajustada al respeto de los Derechos fundamentales del dependiente de acuerdo con su capacidad natural.

No está bien resuelta, por el contrario, la aparición de poderes en los privados que subvienen a colaborar con la Administración o a prestar servicios públicos privatizados o delegados. Es paradójico, por ejemplo, contemplar cómo la Academia Militar de Zaragoza está vigilada por empleados de empresas de seguridad privada.⁴²⁶ Y no menos sorprendente que en el año 2007 Estados Unidos tuviera más contratistas militares privados que soldados en Irak, lo que supone haber privatizado en gran parte al ejército y con ello al poder más físico que existe en el contrato social.⁴²⁷

La privatización de funciones públicas comprende sectores tan absolutamente básicos en cualquier noción de lo público como salud y educación, nichos donde se excitan intensamente derechos fundamentales de los ciudadanos. Servicios absolutamente precisos para cualquier noción de igualdad han sido sometidos a la privatización y a las leyes del mercado, (aguas, electricidad, gas, telefonía), sustituyendo las viejas empresas públicas y constituyendo, de este modo, unas personas privadas con poder de afectar necesidades primeras de los ciudadanos, siquiera pueda reservarse el Estado cierta tutela sobre las reglas de juego de tales empresas, (CARBONELL y DE CASTRO Y BRAVO)⁴²⁸.

⁴²⁴ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre... op. cit.*, pg. 154.

⁴²⁶http://www.elpais.com/diario/2001/05/23/ultima/990568801_850215.html

⁴²⁷<http://www.jornada.unam.mx/2007/07/05/index.php?section=mundo&article=031n1mun>. En materia de seguridad era tradicional en Estados Unidos la privatización de los servicios carcelarios, que tomó pujanza con Reagan y Bush padre y continuó, quizá sorpresivamente, bajo la administración Clinton.

⁴²⁸ CARBONELL, M., *op. cit.* pg. 71; DE CASTRO Y BRAVO, F. *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 44.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ reclama aplicar aquí el mismo estatuto y las mismas exigencias que se aplican a las personas de Derecho público, no admitiendo en absoluto ningún argumento de privacidad, limitación de responsabilidad y autonomía de voluntad a su favor.⁴²⁹

LABARDINI refiere “una difusión del poder del Estado, (y del poder social), que va adscribiéndose, en forma voluntaria o no, a diversos individuos, grupos y empresas en la Sociedad”, sin que sea precisa una norma expresa de privatización de servicios tradicionalmente administrativos⁴³⁰.

Piénsese en el valor público que toman los centros de reproducción asistida cuando se les encomienda, desde la LTRHA; 1) ejercer función notarial para instruir, (y no sólo registrar o conservar), un consentimiento informado en orden a tomar uno de los estatutos más gozosos u opresivos posible, (según se quiera consciente y verdaderamente o no), el de padre *ex voluntate*; 2) anonimizar al progenitor biológico de una persona humana en contra del derecho a conocer el propio origen, (artículos 5 y 11.4 LTRHA); 3) escoger familia monoparental o biparental y los propios padres y madres de un niño nominalmente sin control jurisdiccional garantista, (servicio a mujer sola usuaria, adopción de embriones, artículos 5.5, 6.1 y 8 LTRHA y artículos 6.1 y 11.4.b LTRHA); y 4) decidir el destino de un concebido, (art. 11.6 LTRHA).

3).- CRISIS DEL DERECHO PRIVADO POR DERECHOS HUMANOS.

3.1).- Derecho civil patrimonial como juego versus Derecho civil de la persona.-

Como dije antes, el Derecho civil manifiesta un sector patrimonial donde puede, (y debe), producirse como un Derecho técnico. Caracterizar al Derecho patrimonial como juego

⁴²⁹ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, pg. 202.

⁴³⁰ LABARDINI, R., *op. cit.* pg. 553.

lógico y técnico permite que exista previsibilidad y automatismo entre el juego que libremente desarrolla un ciudadano y los resultados objetivos que se producirán en la partida negocial. Es sólo así que las personas pueden trazar estrategias para obtener sus fines egoístas materiales. La confianza en este carácter lógico y técnico del juego de la autonomía patrimonial privada anima a que los ciudadanos intenten máximamente desarrollar sus propósitos individuales acudiendo al mismo, pues obtenerlos sólo depende de su propia atención, dedicación y esfuerzo de acuerdo con un reglamento conocido y exacto, (no hay resultados injustos sino riesgo, torpeza o indolencia). Es sólo así que el Derecho Público indirecto consigue mediata y máximamente los bienes, intereses y fines generales que pretende con la creación y sostenimiento de un ámbito de autonomía privada patrimonial.

De este modo, este sector del Derecho civil se compone de objetos, (bienes e intereses), que penden absolutamente de la voluntad individual de cada jugador para poder ser apostados o arriesgados plenamente en las jugadas negociales, así como de poderes individuales, (derechos subjetivos), que se desencadenan, (si existen), ciega y automáticamente para que se produzcan, (sí o sí), los resultados previsibles del juego.

Por el contrario, el Derecho civil fundado sobre la persona en sí misma considerada manifiesta más bien conceptos de derechos/deberes, potestades funciones, articulaciones y ponderaciones necesariamente *ad cassum* y *ex factum*, nociones que revelan cómo sobre la horizontalidad propia de las relaciones y del juego de autonomía privada se ha sobrepuesto una consideración moral que es exterior y vertical desde su condición universal, aquella que resulta de la presencia constante e ineludible en esta sede de la dignidad humana. Ello determina que ninguna situación pueda considerarse absolutamente pendiente de la voluntad individual ni, por tanto, ser objeto de jugadas o partidas individuales con efectos o resultados, (y poderes), automáticos y necesarios, sino constantemente condicionados, instrumentalizados o cuestionados.

El mundo de las relaciones personales y familiares no funciona nunca, (y no necesita en absoluto funcionar), como un juego con guión, lógica y mecánica necesarios y obligados, sino como vida intersubjetiva radicalmente libre, negocios y relaciones atípicos. “No podrían éstos configurarse si vinieran acotados por tipos excluyentes. ¿Cómo iban a guardar congruencia con los desarrollos de la personalidad?”, señala LÓPEZ JACOÍSTE.⁴³¹

Así nunca hay un limpio derecho subjetivo individual en esta sede y siempre existen colisiones y encrucijadas. Tal esquema es el propio de la eficacia de Derechos fundamentales en las relaciones horizontales entre particulares, en la cual ha prosperado el término alemán *Drittwirkung*, como señala DE PABLO CONTRERAS⁴³². En esta sede tener un derecho fundamental una persona no quiere decir conseguir necesariamente un resultado, pues son inexorablemente intersubjetivos, multiafectantes y multidireccionales y encierran siempre el potente deber de respetar a los demás coordinándose con ellos para la optimización de los bienes e intereses de todos.

En este sentido LEISNER y STARCK conectan los Derechos humanos con la pluridimensionalidad del problema de la libertad antes que con el límite al poder público vertical⁴³³, y BALLARÍN IRIBARREN señala que el contractualismo supone que los Derechos humanos se tienen originariamente frente a los demás individuos y sólo

⁴³¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, op. cit., pg. 1104.

⁴³² DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona*, op. cit., pg. 235.

⁴³³ LEISNER, W., *Grundrechte un Privatrechte*, op. cit., pp. 30 y ss.; STARCK, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, en Revista Española de Derecho Constitucional, número 66, Septiembre-Diciembre 2002, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 2002, pp. 65-90.

derivativamente frente al Estado.⁴³⁴ Todo ello hace precisa una articulación no ya en el nivel de la política legislativa sino en el nivel de la colisión horizontal persona a persona, del caso concreto. Por ello señala SARAZÁ JIMENA que aquí todas las doctrinas confluyen en destacar la función principalísima del Juez.⁴³⁵

3.2).- Crisis del Derecho privado patrimonial por eficacia directa de la CE.-

La eficacia directa de la CE y la juridicidad directa de los Derechos humanos y fundamentales en las relaciones entre particulares, (*Drittwirkung* directa⁴³⁶), han hecho

⁴³⁴ BALLARÍN IRIBARREN, J., *Recensión del libro de Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, en Revista Española de Derecho Constitucional, número 24, Septiembre-Diciembre 1998, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 1998, pp. 283 – 318, en concreto pg. 285 y ss.

⁴³⁵ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 133.

⁴³⁶ En este sentido LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., (*La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 383 - 384), GARCÍA DE ENTERRÍA, E., (*El valor normativo de la Constitución*, en Revista de Derecho Político, número 44, ed. UNED, Madrid - 1998, pp. 33-44), PRIETO SANCHÍS, L., (*Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones*, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid - 2003, pp. 175-216), CRUZ VILLALÓN, (que explica el paso del constitucionalismo parlamentario al constitucionalismo normativo por la progresiva complejidad de nuestras sociedades, (CRUZ VILLALÓN, P., *La constitución y el “resto” del ordenamiento jurídico*, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (*coord., et alii*), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez- Picazo*, ed. Thomsom-Civitas, Madrid - 2003, vol. 4, pp. 6362 - 6372, en concreto pg. 6.364), PÉREZ ROYO, J., (*Las fuentes del Derecho*, ed. Tecnos, Colección Temas clave de la Constitución española, 4ª edición, 6ª reimpresión, Madrid - 1998, pp. 18 y ss); RUBIO LLORENTE, F., (*Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España*, en Claves de razón práctica, número 75, 1997, pg. 2), y nuestro TC, (4/1981 de 2 de Febrero, 16/1982, de 28 de Abril, 15/1982, de 23 de Abril, etc.), sostienen este constitucionalismo fuerte. A mi juicio la polémica entre *Drittwirkung* mediata, (mera irradiación por principios y cláusulas generales dirigidas al Juez), e inmediata, (eficacia normativa directa de la CE en relaciones entre particulares), debe resolverse como efectúa ALEXY, afirmando que la única objeción considerable a la segunda sería afirmar que no existe efecto ninguno de la CE entre ter-

superar el riesgo del juez desvinculado de la constitución, pero han creado el peligro de un juez desvinculado de la ley ordinaria. BACHOF y DÍEZ-PICAZO señalan el fenómeno paralelo de “desconfianza en la ley” y prestigio de la norma constitucional y RUBIO LLORENTE manifiesta cómo la anterior vinculación positiva del juez a la ley se ha transmutado en puramente negativa: el juzgador no puede decidir *contra legem*, pero sí negarse a decidir *secundum legem*.⁴³⁷

Son contrarios a aquella eficacia y juridicidad directa, entre otros, BÖCKENFÖRDE y VARELA DÍAZ⁴³⁸, y pueden considerarse también críticas con esta

ceros, concibiendo así un Estado abstencionista que es hoy inaceptable, (ALEXY, R., *op. cit.*, pg. 522). De este modo la distinción entre mediatez e inmediatez es superflua, sobre todo si con ello se pretende afirmar que sólo la *Drittwirkung* indirecta es compatible con la autonomía de la voluntad, (VENEGAS GRAU, M., *op. cit.* pg. 226). DE PABLO CONTRERAS también señala cómo la *Drittwirkung* directa es la única opción posible, si bien la aplicación del principio de proporcionalidad y la ponderación en la colisión de Derechos fundamentales entre sí y con otros bienes no iusfundamentales en las relaciones privadas determina que finalmente los resultados prácticos no sean diferentes de los propios de la *Drittwirkung* mediata, (DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona, op. cit.*, pg. 235).

⁴³⁷ BACHOF, O., *Jueces y constitución*, Cuadernos Civitas, ed. Civitas, 1ª edición, Madrid - 1985, pg. 48 y ss; DÍEZ-PICAZO, L., *Constitución, Ley, Juez*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 15, Septiembre-Diciembre, 1985, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 1985, pp. 9-23, en concreto, pg. 13; RUBIO LLORENTE, F., *La interpretación de la constitución*, en *La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid -1993, pp. 605.614, en concreto pg. 608.

⁴³⁸ BÖCKENFÖRDE, E.W., *Los métodos de la interpretación constitucional. Inventario y crítica*, en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden - 1994, pp. 13-43, en concreto, pp. 17, 36 y 40-41; VARELA DÍAZ, S., *La idea del deber constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 4, Enero-Abril, 1982, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 1.982, pp. 69-96, en concreto pg. 88.

inmediatez las posiciones de autores, (como MEDINA GUERRERO, FERRERES COMELLA o JIMENEZ CAMPO), que trabajan sobre la noción de fragmentariedad, ambigüedad o vaguedad calculada de la CE, (sean sus preceptos auténtica norma jurídica o no), reforzando sobre este dato fáctico el papel y el margen de libertad que compete al legislador en el desarrollo constitucional.⁴³⁹

Como dije, es esencial al Derecho privado patrimonial poder funcionar como un reglamento de juego, un código técnico. Corresponde al legislador conseguir el necesario vaciado de cuestiones iusfundamentales y públicas para que pueda producirse tal naturaleza, tomando en tal labor una opciones entre otras que son igualmente posibles dentro de la constitución, dependiendo de la concreta composición parlamentaria que aparezca la diversidad de uno u otro ajuste y el propio *tempo* con que sea desplegada y explicitada la norma constitucional, (sobre el parlamento no existe la interdicción del *non liquet* que oprime al Juez)⁴⁴⁰.

⁴³⁹ MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los Derechos fundamentales*, ed. Mc-Graw Hill, Madrid - 1996, pp. 23 y ss.; FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 1997, pp. 19 y ss.; JIMENEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, *op. cit.*, pp. 57 y ss.

⁴⁴⁰ PÉREZ ROYO y AHUMADA RUIZ señalan, en este sentido, que no existe inconstitucionalidad por omisión, (PÉREZ ROYO, J., en VARIOS AUTORES, *Diccionario Jurídico Básico*, Voz Inconstitucionalidad por omisión, Editorial Civitas, Madrid - 1995, pp. 3501-3503; AHUMADA RUIZ, M.A., *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, número 8, Enero-Abril, 1991, pp. 169-194, en concreto pg. 175 y ss.) , y aunque se plantee tal posibilidad por algunos autores, (AGUIAR DE LUQUE, L., *El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión*, en Revista de Derecho Político, UNED, número 24, Madrid - 1987, pp. 9-30, en concreto pg. 25; VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, ed. Mc-Graw Hill, Madrid - 1997, pg. 3; ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 77), existiendo eficacia directa de la CE en las relaciones particulares, (invocable por el Juez or-

Este vaciado o precalibrado no es sectorial y estanco sino que obedece más bien a una inteligencia núcleo/periferia⁴⁴¹ sobre todos los bienes e intereses posibles. Todo derecho, bien e interés humano pende, en última instancia, de la dignidad de la persona, y todo sector o materia puede presentarse nuclear o muy periféricamente relacionado con ella por razón de la coyuntura fáctica. Existe así un contenido esencial de los Derechos fundamentales que es multisectorial y merece la eficacia directa *ex CE*⁴⁴², y un contenido periférico o no esencial también multisectorial y en el que es posible y necesaria elección y diversidad en el detalle, en el programa y en la agenda. Es en este desacoplamiento donde surge la posibilidad de funcionalidad del Derecho privado patrimonial sin violentar los Derechos fundamentales, pues requiere tanto la honra sustancial al contenido constitucional esencial como el tecnicismo, y automatismo en sus disposiciones de desarrollo y detalle⁴⁴³. De otro modo “Las reglas del Derecho privado establecidas por el legislador pierden

dinario), la lesión para el derecho fundamental procedería, (aquí sí), de la actuación del juzgador y no de la omisión legislativa, (SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pp.772-773).

⁴⁴¹ Contenido esencial, no esencial y adicional distingue la doctrina, (MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, pg. 40 y ss.). No obstante, JIMÉNEZ CAMPO prefiere una concepción temporal y no espacial que exprese el solapamiento o comunicación que puede ocurrir: el contenido esencial sería lo que ha de permanecer siempre vivo pese al tiempo, abierto al cambio, reconocible siempre pero jamás idéntico, (JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, *op. cit.*, pg. 70 y ss.)

⁴⁴² Considérese el artículo 19 (2) de la Constitución Alemana: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.

⁴⁴³ Como señala LÓPEZ JACOÍSTE, no todos los derechos de la personalidad se han constitucionalizado, esto es, convertido en fundamentales, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 348), pero, a mi juicio, todos los derechos no patrimoniales podrían ser conectados, con mayor o menor esfuerzo, cuando menos con el artículo 10 CE y, por tanto, con un núcleo o nutrición iusfundamental que se revelará cuando la intensidad de la afección alcance cierto grado. Los derechos patrimoniales sólo alcanzarán esencialidad cuando nieguen la inherencia apropiatoria de las personas, las amorticen o, descapitalizándolas, las condenen a morir o perder su integridad física.

entonces su rigidez, su capacidad para indicar de modo categórico el contenido de la decisión judicial”⁴⁴⁴.

HESSE subraya este carácter técnico contraponiendo las normas de juego de los Códigos civiles, (“prolijas y muy decantadas” dice SARAZÁ JIMENA⁴⁴⁵), con las reglas abstractas y escuetas de los derechos fundamentales constitucionales, encontrando que en éstas existe la “amenaza de entrar en contradicción con la misión de un Derecho privado conforme a las exigencias del Estado de Derecho, que debe hacer posible con ayuda de regulaciones claras, detalladas y precisas, la modelación de las relaciones jurídicas y la solución judicial a los problemas del caso.”⁴⁴⁶ En este sentido, existen “límites de los límites”⁴⁴⁷, esto es, una necesaria ponderación en la aplicación y despliegue de estos Derechos fundamentales sin convertirlos en absolutos y omnipresentes a pesar de su valor moral⁴⁴⁸.

Es aquí donde la sujeción a un contenido esencial evitará, como señala HESSE, que el beneficio de una protección general y eficaz de los Derechos fundamentales se convierta en la plaga de la inflación constitucional de los mismos, con la cual, (dice este autor), el Derecho privado tiene mucho que perder y los derechos fundamentales poco que ganar⁴⁴⁹. Tal inflación pondría en riesgo bienes constitucionales como la seguridad jurídica, el principio de legalidad y la propia autonomía de la voluntad, pues ésta precisa de una

⁴⁴⁴ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 99.

⁴⁴⁵ SARAZÁ JIMENA, R., *ibidem*, pg. 101.

⁴⁴⁶ HESSE, K., *Significado de los Derechos fundamentales*, *op. cit.*, pg. 108.

⁴⁴⁷ DE OTTO Y PARDO, I., *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid - 1992, pp. 93-170, en concreto pg. 126; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, pg. 118.

⁴⁴⁸ VARELA DÍAZ, S., *op. cit.*, pp. 88 -96.

⁴⁴⁹ HESSE, K., *Derecho constitucional y Derecho privado*, *op. cit.*, pp. 66 -67.

eficacia automática en el negocio jurídico privado, el cual, (fuera de los vicios de la voluntad y del orden público), habría de ser indiscutible una vez concluido. Sin estos bienes no puede existir Derecho privado.⁴⁵⁰

En el mismo sentido VENEGAS GRAU señala cómo la doctrina admite que la eficacia de una doctrina de los derechos fundamentales plena y homogénea, normalizada y general, sería incompatible con todo el sistema del Derecho privado, y añade que ninguna de las teorías sobre *Drittwirkung* trata de extender a los particulares los mismos límites que se imponen al poder público.⁴⁵¹

No es posible aplicar una prevalencia automática, sistemática y jerárquica del Derecho fundamental sobre la autonomía privada, ni viceversa, imponer la autonomía de voluntad sobre los bienes privados por principio de especialidad; una ponderación concreta es siempre necesaria porque todos estos bienes o intereses, (fundamentales o no, nucleares o periféricos), tienen su razón constitucional de ser y es la configuración coyuntural y fáctica la que otorgará la clave para su articulación. Así dice MENDOZA ESCALANTE. “No existe un condicionamiento normativo para la aplicación de un derecho fundamental... sino sólo un condicionamiento fáctico: su relevancia en la controversia civil”.⁴⁵²

⁴⁵⁰ En este sentido JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, op. cit., pg. 46; FERRERES COMELLA, por su parte, señala que estos riesgos son menos apreciables para el mundo anglosajón, acostumbrado a la creación judicial del Derecho y a la *judicial review*, (FERRERES COMELLA, V., *La eficacia de los Derechos fundamentales frente a los particulares*, Ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica sobre Teoría Constitucional y Política (SELA), organizado por la Universidad de Yale en 2004 sobre “*Los límites de la Democracia*”, celebrado en Oaxaca, Méjico, (<http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerrerresPaperSpanishSELA2004.pdf>).

⁴⁵¹ VENEGAS GRAU, M., op. cit., pg. 201.

⁴⁵² MENDOZA ESCALANTE, M., op. cit. pg. 19.

SARAZÁ JIMENA considera que el “riesgo de totalitarismo de los derechos fundamentales”... es, simplemente, sacar las cosas de su sitio”⁴⁵³, señalando que aquí lo decisivo es el sistema de fuentes, la ponderación entre derechos fundamentales, bienes iusfundamentales y los demás derechos en una consideración unitaria de la Constitución⁴⁵⁴, y aceptar que hemos de plantear un contenido de los Derechos fundamentales distinto cuando éstos se insertan en una relación de Derecho público y cuando concurren en una relación entre particulares.⁴⁵⁵

3,2,1).- Autonomía de la voluntad contra Derechos humanos.- FERRERES

COMELLA señala las posiciones iusprivatistas tradicionales que rechazan la eficacia directa de los Derechos fundamentales por su riesgo de terminar con la libertad individual y la autonomía de la voluntad incluso en los ámbitos donde más propia y originariamente se predicó, (propiedad privada y libertad de contratación).⁴⁵⁶ Por su parte VENEGAS GRAU expone que ello obedece a una idea formalista y liberal donde el consentimiento negocial se considera suficiente para asegurar el respeto a todos los derechos y valores directa o indirectamente concernidos pues, de lesionarse alguno, su titular no habría otorgado, esto es, una igualdad y consentimiento formal con la sola cláusula de orden público de la moral burguesa sobre *extracomercium*.⁴⁵⁷

⁴⁵³ SARAZÁ JIMENA, *op cit.*, pg. 106.

⁴⁵⁴ Señalan el carácter inexorable de estas ponderaciones DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pg. 124; y JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales, concepto y garantías, op. cit.*, pg. 55 y ss.

⁴⁵⁵ Así MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pg. 549 y MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, pg. 86.

⁴⁵⁶ FERRERES COMELLA, *La eficacia de los derechos fundamentales...*, *op. cit.*

⁴⁵⁷ VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 57 y ss.

La autonomía de la voluntad tiene anclaje constitucional en los artículos 10.1, 22, 33 y 38 CE, señala SARAZÁ JIMENA, y debe realizarse siempre una interpretación unitaria de la misma⁴⁵⁸ que pondere también su valor frente a los propios Derechos fundamentales. Pero ello implica proporcionalidad y ponderación⁴⁵⁹ no masacre o predominio absoluto de ninguno de estos valores sobre el otro. De este modo señalan SARAZÁ JIMENA y ALEXY que la autonomía de la voluntad no puede relegarse a segundo plano en la materia iusfundamental⁴⁶⁰, pero tampoco protestarse como un valor superior al resto de los Derechos fundamentales.⁴⁶¹ En el mismo sentido DE PABLO CONTRERAS.⁴⁶²

3.3).- Libertad del legislador frente a la CE.- La CE funda su legitimidad moral en la doctrina de los Derechos humanos pero éstos, para poder existir y maximizarse, precisan de la vida y nutrición del completo orden constitucional: ahogar bajo el peso de un valor absoluto de los Derechos fundamentales a los bienes e intereses no fundamentales o a los principios comunitarios supraindividuales puede suponer también una amenaza para la subsistencia máxima de los Derechos humanos de todos si su sacralidad convierte en imposible la existencia y funcionalidad del contrato social que precisamente ha de servirlos y optimizarlos para todos.

Es otra vez la intersubjetividad de los Derechos fundamentales la que hace precisa, inexorablemente, su coordinación, coherencia y articulación, su ponderación o

⁴⁵⁸ DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pg. 125 y ss

⁴⁵⁹ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg 103.

⁴⁶⁰ SARAZÁ JIMENA, R., *ibidem.*, pp. 102-103 y ALEXY R., *op. cit.*, pg. 522.

⁴⁶¹ SARAZÁ JIMENA, R., *ibidem.*, pg 103.

⁴⁶² DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona, op. cit.*, pg. 235 y pg. 237.

limitación para que puedan existir derechos de otros y para que pueda funcionar el sujeto público servil que asuma y sostenga tales tareas y una vida social sin la cual no cabe ninguna dignidad humana. Ello obliga también a los Derechos fundamentales a convivir con otros bienes, intereses y derechos no fundamentales tanto orgánicos y funcionales, (comunitarios), como individuales o personales aunque no técnicamente iusfundamentales, pues todos ellos son precisos integralmente para la existencia de sociedad. En este sentido DE OTTO Y PARDO subraya cómo no debe aislarse a la doctrina de los Derechos fundamentales de la necesidad de operar siempre con una interpretación unitaria y sistemática de la Constitución⁴⁶³.

Por otra parte, la calidad de norma jurídica de la CE no niega que ésta presenta un grado de apertura que, en la mayoría de los casos, señala SARAZÁ JIMENA, permite al legislador “cerrarla” de acuerdo con su opción política en uno u otro sentido, respetando el abanico de posibilidades dentro de la regulación constitucional. Ello es pluralismo y diversidad a partir de un mínimo constitucional: las concreciones legislativas han de producirse dentro de la constitución en cuanto a su contenido sustantivo y modo de producción, pero su contenido concreto no viene completamente predeterminado por ésta⁴⁶⁴, (diversidad y no disparidad).

Como señala SARAZÁ JIMENA, la constitución no es un programa detallado de todo el ordenamiento jurídico que el legislador se limita a desarrollar. El poder legislativo no es un mero poder reglamentario y el Derecho constitucional no puede sustituir a la política. Así el legislador tiene libertad política para desarrollar la Constitución en diversos sentidos, si bien se encuentra vinculado negativamente por el contenido esencial de los

⁴⁶³ DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pg. 125 y ss.

⁴⁶⁴ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 645.

Derechos fundamentales, actuado en su caso mediante recurso y cuestión de inconstitucionalidad⁴⁶⁵.

En el mismo sentido MENDOZA ESCALANTE señala también cómo “Los derechos fundamentales despliegan su efecto normativo a través del Derecho Privado. El contenido jurídico de los derechos fundamentales como normas objetivas se desenvuelve en el Derecho Privado por medio de las prescripciones que dominan inmediatamente este campo jurídico.”⁴⁶⁶ Y LÓPEZ JACOÍSTE señala que allá donde coinciden Derechos fundamentales y Derechos de la personalidad aquéllos se actúan a través del concepto e inteligencias de éstos.⁴⁶⁷ HABËRLE señala también que corresponde al legislador la armonización de los derechos fundamentales con los demás bienes, así como su renovación, de modo que tal intervención legislativa no es de ningún modo excepcional.⁴⁶⁸

Así, en esta libertad legislativa, y sin afectar a aquel contenido nuclear, se encuentra también la necesidad del contrato social de producir una integración unitaria entre Derechos fundamentales y otros bienes e intereses que no son directamente sino conservativa o utilitaristamente iusfundamentales, por cuanto su ausencia o su deficiente implementación privarán al contrato social de bienes, intereses y fines mediatos que son precisos para conseguir el *máximum* de Derechos humanos de todos.

Así un Derecho privado patrimonial no técnico y no automático no podrá cumplir la función de máximo y pacífico desarrollo de la individualidad y creatividad humana, produciendo opresión o irritación de la individualidad, (riesgo de implosión), y pérdida de

⁴⁶⁵ SARAZÁ JIMENA, R., *ibidem.*, pg 646.

⁴⁶⁶ MENDOZA ESCALANTE, M., *op. cit.*, pg. 17.

⁴⁶⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual,...*, *op. cit.*, pg. 238.

⁴⁶⁸ HABËRLE, P., *Naturaleza y función de los derechos fundamentales en el complejo cuadro del ordenamiento constitucional*”, en *Las libertades fundamentales en el Estado constitucional*, ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, San Miguel - 1997, pp. 55 - 162, en concreto pg. 59.

productividad y riqueza, (mayor presión ecológica sobre los Derechos humanos). Es función y libertad del legislador concretar el vaciado preciso de cuestiones iusfundamentales para que el Derecho privado patrimonial pueda tomar la naturaleza lógica, mecánica y automática que precisa, (en este sentido la crisis ha exigido un nuevo ajuste iusfundamental sobre el contrato y derecho real de hipoteca).

3.4).- La desvinculación del Juez ordinario respecto de la Ley.- La libertad del legislador frente a la Constitución es, sin embargo, un problema judicial, pues todo lo dicho confluye en una triple vinculación para el Juez ordinario en sede Derechos humanos: 1) vinculación comunitaria al existir una legalidad comunitaria sobre estos derechos que se tutela mediante control difuso por el Juez ordinario, finalizando en el TJCE; 2) vinculación constitucional, que ejerce directamente el juez ordinario con cúspide en el TC vía amparo; 3) vinculación legal, con cima en el TS.⁴⁶⁹ Esta pirámide manifiesta un fenómeno que GARCÍA TORRES califica como “inseguridad jurídica estructural” y “pérdida de positividad de la Ley”.⁴⁷⁰

Ello manifiesta el riesgo de que el Juez, se desvincule de la ley ordinaria ante la presión de la legislación comunitaria y de la CE, por una parte, y de la jurisprudencia del TJCE, del TC y del TEDH de otro lado. De acuerdo con SARAZÁ JIMENA⁴⁷¹ esta cuestión ha de resolverse tomando el sistema de fuentes, de modo que el juzgador ha de aplicar la ley ordinaria donde exista y sólo podrá invocar directamente la CE y el derecho fundamental, (y la jurisprudencia del TJCE, TC y TEDH), allí donde exista laguna legal. En caso de que el Juez considere que la ponderación abstracta y general que efectúa el

⁴⁶⁹ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pp. 659-662.

⁴⁷⁰ GARCÍA TORRES, J., *Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los Derechos fundamentales frente a particulares*, en Poder Judicial, número 10, Junio, 1988, ed. CGPJ, Madrid - 1988, pp. 11-33, en concreto pg. 29.

⁴⁷¹ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pp. 682-685

legislador en ley ordinaria es inconstitucional o contraria al ordenamiento comunitario, habrá de suspender su propio enjuiciamiento y excitar cuestión de inconstitucionalidad ante el TC o consulta ante el TJCE. Pero no podrá aplicar directamente su propia interpretación del texto constitucional.

3.5).- Crisis del Derecho de la persona y familiar por Derechos humanos.-

Exacerbar la doctrina de los Derechos humanos conlleva aquí dos riesgos: 1) aquél que aporta el individualismo jurídico y 2) aquél que surge de una libertad absoluta que negaría cualquier posibilidad de juridicidad.

3.5.1).- Individualismo jurídico desde los Derechos humanos.- Exacerbar el derecho de libertad individual como cúspide de la doctrina moral de tales derechos no es filosóficamente correcto, por cuanto tales derechos y tal libertad componen una realidad inexorablemente intersubjetiva, la insociable sociabilidad que señalaba KANT en el ser humano.⁴⁷² Sin embargo, se produce un fenómeno político cuando se subjetivizan *ex lege* derechos individuales en ámbitos iusfundamentales que están sustraídos, (por su moralidad e intersubjetividad innata), al imperio de la pura voluntad individual, (aborto, derecho a no seguir casado, familia monomarental de intento).

Ya señalé antes cómo ni *utilitas* ni moral permiten un decisionismo grupal ni individual. Sin embargo, la creación de un derecho subjetivo al aborto o la fundación de familia sin coprogenitor para la mujer y de un derecho subjetivo a no seguir casado convierten unos dilemas intersubjetivos fundamentales y multiafectantes, (colisiones), en puras cuestiones individualistas absolutamente pendientes de la voluntad de una sola persona a la que se arma, frente a las demás, con el poder jurídico público y político que encierra un derecho subjetivo *ex lege*. Ello elimina también, desde la propia ley, derechos concurrentes, (incluso fundamentales), de otras personas presentes en el conflicto,

⁴⁷² REQUEJO COLL, F., y VALLS PLANA, R., *op. cit.*, pg. 129.

(coprogenitor, feto, embrión, cónyuge no divorcista, hijos), y sin ponderación o articulación ninguna⁴⁷⁴, (GARCÍA CANTERO)⁴⁷⁵.

El único derecho subjetivo individualista absoluto proclamable en sede de Derechos humanos sería aquél que desde la *privacy*, y en ámbitos éticos, (o sea, no morales, no intersubjetivos, no grupales), consigue rechazar y eliminar una injerencia pública, (y sólo la pública por cuanto una injerencia privada será otra vez intersubjetiva y multiafectante, tal es la diferencia entre un violador público y privado de estos derechos). En este sentido existen Derechos fundamentales en la órbita de la *privacy* que típicamente tienden a contactar y perturbarse mutuamente entre particulares: intimidad personal, y honor *versus* libertad de expresión,⁴⁷⁶ intimidad personal y no discriminación *versus* potestad laboral del patrono, etc.

3.5.2).- Negación de juridicidad en el ámbito personal y familiar.- La libertad individual absoluta y el individualismo conducen al decisionismo, esto es, a que ninguna voluntad puede proyectarse más allá del momento actual instantáneo, pues ello la objetivaría, alienaría y negaría. Toda voluntad está condicionada así a que permanezca constante, (actualidad de la propia voluntad, reversibilidad dice LÓPEZ AGUILAR⁴⁷⁷), y

⁴⁷⁴ En la adopción no se trata de un principio de “mal menor” o de subrayar que existe un menor institucionalizado, es que tal adopción unipersonal será consentida por el menor si tiene doce años o, en otro caso, habrá tenido lugar cuando menos con audiencia de los padres biológicos, con intervención del Ministerio Fiscal y con aprobación judicial que pueden aceptarse como materialmente representativos y garantistas del interés del mismo.

⁴⁷⁵ GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España op. cit.*, pp. 196 - 197 y 199 - 200.

⁴⁷⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho civil, I*, 4ª edición, ed. Colex, Majadahonda, Madrid - 201, pg 555.

⁴⁷⁷ LÓPEZ AGUILAR, J.F., *op. cit.*, pp. 119-120.

el compromiso y la obligación no serían posibles: no cabría así, la libertad de perder mi libertad.

Ello es lo que ocurre actualmente con el matrimonio civil, el cual se ha convertido ideológicamente, (libertad individual exacerbada), en una nada jurídica que ha derogado materialmente, (convirtiéndolos en absurdos), los artículos 66 a 68 del CC sobre deberes conyugales⁴⁷⁸, la intervención judicial prevista en ausencia de hijos, (no hay deberes), los impedimentos matrimoniales de sexo, (con un tema de responsabilidad padres/hijos sobre la maleficencia de tal reproducción), y que proyecta también cierta sombra sobre el propio impedimento de vínculo y la bigamia, (amenaza del artículo 234-2-c CCC sobre el artículo 46.2 CCC).⁴⁷⁹

La negación de juridicidad en el ámbito íntimo o afectivo, (inejecutabilidad específica de la promesa de matrimonio, art. 42 CC, p.e.), partía de la consideración de que nadie puede ser obligado específicamente a amar a nadie, pues no brotará aquel sentimiento por muchas multas coercitivas que se impongan. Pero desde esa evidencia no resulta que no pueda existir una juridicidad consecuencial en sede personal con alguno de sus significados indemnizatorio, reparatorio o satisfactorio⁴⁸⁰. Una aplicación consecuencial, siquiera muy concreta y patrimonial, es la contenida en el artículo 43 CC. Aquí la juridicidad parece unida a la patrimonialidad del asunto o consecuencia pero

⁴⁷⁸ Señala PARRA LUCÁN: “Más bien parece que buena parte de los deberes conyugales, (vivir juntos, fidelidad...), son hoy jurídicamente irrelevantes (salvo el de socorro, en una dimensión patrimonial, o el de respeto, en una dimensión penal), (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 160 - 161).

⁴⁷⁹ GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, op. cit., pp. 509-533, pg. 532; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, op. cit., pg. 1.482 - 1.483, RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., op. cit., pp. 80 y 115.

⁴⁸⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 124.

piénsese, (como se dirá luego), que existe también una doctrina jurídica sobre daño moral y que la intersubjetividad es obligada en ciertos Derechos humanos que han de ser ejercitados en forma cooperativa, determinando que la libertad individual de una persona pueda actuarse abusivamente en perjuicio o arrebato de Derechos fundamentales de otros, infligiéndoles un coste de oportunidad irrecuperable. Así, p.e. el caso Evans, tal y como señala ALKORTA⁴⁸¹ y que se examinará en otro lugar.

Un Derecho de la persona y familiar sin juridicidad de ninguna clase por libertad individual es un Derecho sin responsabilidad ninguna, y tal es la consecuencia inmediata de convertir la libertad personal en cúspide: una sede de irresponsables tutelada y sostenida como tal por el contrato social. Esta idea repugna de principio y no cabe duda que produciría dos efectos indeseables: 1) impedir obtener óptimamente ciertos intereses y cumplir ciertas funciones públicas para la maximización de los derechos de todos, pues la falta de confiabilidad⁴⁸² perjudicará en lo personal del mismo modo que dije en lo patrimonial, (pero aquí para funciones principalísimas; crianza, educación, socialización, protección de dependientes y la preservación de la especie que señala RAMS ALBESA⁴⁸³); y 2) tolerar comportamientos injustos y dañosos en lo personal que harán surgir un sentimiento de injusticia o inmoralidad que no se calmará por la supuesta excelencia de la anarquía individual, dejando un lema antisocial: haz tú lo mismo a otro.

⁴⁸¹ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho a procrear*, en Derecho privado y Constitución, N° 20, Enero- Diciembre 2006, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 2006, 9-61, en concreto pp. 57 - 58.

⁴⁸² En este sentido LÓPEZ JACOÍSTE señala el valor de confiabilidad que ofrece para el sistema de Derecho privado patrimonial la existencia de la responsabilidad civil extracontractual, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 701).

⁴⁸³ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 97

En mi opinión la intersubjetividad y multiafectación de los Derechos humanos para fines públicos esenciales, (matrimonio, familia, dependencia), y para los derechos, bienes e intereses de otros, obligan como propio de su naturaleza a afirmar dos responsabilidades: 1) una pública allí donde concurren funciones generales principalísimas, (no se obliga a querer o tener en compañía al hijo pero ni siquiera la privación de la guarda y custodia o de la patria potestad eliminan al padre/madre legal de su responsabilidad pública, esto es, frente al Estado, (artículo 110 CC), y 2) otra privada allí donde contacta o percute mi actuación con tus derechos, bienes o intereses, (daño injusto en las relaciones personales, abuso en el ejercicio de Derechos fundamentales)⁴⁸⁴.

Es aquí donde se explica que el TC, (SSTC 73/1982 de 2 de Diciembre, 170/1987 de 30 de Octubre, 129/1989 de 17 de Julio), señale que “el derecho a la intimidad de las personas no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula”, de modo que no es inconstitucional la transformación que tal intimidad experimenta por concurrir con derechos y deberes conyugales *ex* artículos 66 a 68 CC. Existe un valor moral en lo personal y en lo íntimo, y un valor moral oponible sobre el derecho de libertad individualista que permite articulaciones y negocios personales y familiares, ponderaciones y coonestaciones y que, en caso de conflicto irreductible, podrá cuando menos volcar su

⁴⁸⁴ JIMENA QUESADA, L., *Abuso de derecho y proceso de amparo constitucional*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, II.1 “Del abuso de derecho al abuso de derechos fundamentales”, pp. 1485-1500, (pp. 1.486 - 1.487), y II.2 “El abuso de derecho en el ejercicio de la tutela judicial efectiva”, (pp. 1.488 - 1.491).

contenido como daño moral resarcible si fue injustamente infligido, (RAMS ALBESA⁴⁸⁵, LÓPEZ JACOÍSTE).⁴⁸⁷

3.6).- Protagonismo del Juez en sede fundamental.- La eficacia de los Derechos humanos y fundamentales entre particulares es cuestión de proporcionalidad, (ponderación, adecuación, concordancia práctica y proporcionalidad en sentido estricto). Ello exige absolutamente una inteligencia coyuntural y fáctica que sólo puede proporcionar plenamente la jurisdicción.

En este sentido ALEXY afirma que las tres *Drittwirkung*, (inmediata, mediata y como deber de protección), confluyen en la necesidad judicial⁴⁸⁸ y BILBAO UBILLOS señala, desde doctrinas de *Drittwirkung* mediatas, que “es el juez, en el desarrollo de su función jurisdiccional, el vehículo a través del cual se concreta esa incidencia de los Derechos fundamentales en el Derecho privado.”⁴⁸⁹ Por su parte, SARAZÁ JIMENA también refiere cómo “normalmente son muchos los elementos a ponderar y la previsión de una solución concreta al conflicto en sede legislativa puede producir excesivas rigideces...”⁴⁹⁰, y DE DOMINGO PÉREZ dice que delimitar un derecho fundamental no

⁴⁸⁵ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 80.

⁴⁸⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 129 y pg. 260; PARRA LUCÁN señala los intentos de ingresar en lo jurídico deberes meramente morales mediante cláusulas de penalización, respecto de las cuales los Tribunales españoles, dice esta autora, se han mostrado muy restrictivos, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pp. 160 -161).

⁴⁸⁸ ALEXY, R., *op. cit.*, , pg. 514 y ss.

⁴⁸⁹ BILBAO UBILLOS, J.M., *op. cit.*, pg. 302.

⁴⁹⁰ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 638.

es una operación dogmática que conduzca a resultados inequívocos, es una operación que hay que realizar en cada caso concreto.⁴⁹¹

Por ello considero que, en estos ámbitos personales y familiares donde no se busca un automatismo ciego lógico mecánico, el legislador debe abstenerse de normalizar una solución general, abstracta y automática; la legitimidad le obliga, (desde la misma doctrina de los Derechos fundamentales), a reservar el necesario margen de arbitrio judicial⁴⁹².

No efectuarlo así supone normalizar estos derechos y los planes de vida consecuentes, creando una jerarquía entre ellos que no es natural y cuya artificialidad será, a mi juicio, ideológica. Ello contradice el pluralismo como valor superior constitucional, (artículo 1 CE), y produce una herida que no cicatriza, (D'AGOSTINO⁴⁹³), por cuanto aquella normalización crea poder y superioridad para los ciudadanos que comparten la ideología reflejada en la articulación legal. Así se ha empoderado, a mi juicio, a los cónyuges divorcistas sobre los no divorcistas o a las personas abortistas sobre las que no lo son.

⁴⁹¹ DE DOMINGO PÉREZ, T., *El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho*, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 15, Nº 25, 2011 ed. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid - 2011, pp. 251-289, en concreto pg. 277.

⁴⁹² En la "lucha del Derecho frente a la Ley", (HIRSCH, *Der Kampf des Rechts gegen die Gesetze*, en *Archiv für civ. Praxis*, ed. Mohr Siebeck GmbH & Co, Tübingen - 1975, pp. 471 y ss.), la sede judicial es zona de combate. Así señala LÓPEZ JACOÍSTE cómo "los principios reabsorben a las leyes concretas, de forma que las ideas, las jurisprudencias y las doctrinas incrementan de continuo su presencia a costa, frecuentemente, de las interpretaciones de la Ley", (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Entre Dominación y Responsabilidad: una dialéctica del Derecho frente a la Ley*, en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, Nº. 34, 2004, Real Academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 2004, pp. 347-379, en concreto pg. 350-351).

⁴⁹³ D'AGOSTINO, F., *La bioética como problema...*, *op. cit.*, pg. 470 - 471.

Considero entonces que el legislador abusa y que aquí existe bien un problema competencial, bien una incongruencia sustancial con la naturaleza propia de unos derechos cuya articulación abstracta y genérica puede suponer precisamente negarlos. Este vicio no se produce de igual modo en el Poder Judicial porque la judicatura, (además de poder examinar *ad cassum* y *ex factum* los asuntos), se encuentra integrada por personas con formaciones e ideologías plurales que reproducirán, en mayor o menor medida, la propia diversidad de la sociedad. Será el azar el que determine que un conflicto entre el padre y el Ministerio Fiscal contra la madre abortista sea juzgado por un Juez que sea favorable o contrario a tal interrupción.

Ello no significa que los juzgadores hagan política, (no han de decidir o elegir moralmente suplantando al legislador y a los implicados), sino que deben aplicar una norma jurídica que les reserva un arbitrio para valorar las circunstancias e intensidades del conflicto de derechos concretamente planteado *ad cassum*, valoración que exige en estas sedes concreción y coyuntura aunque, inevitablemente, como en otros sectores jurídicos, (ya quedó demostrada históricamente que la judicatura no es mera boca de la Ley), podrá teñirse de las convicciones personales del Juez⁴⁹⁴.

En este sentido LÓPEZ JACOÍSTE señala cómo “La jurisprudencia declara que tales ponderaciones son del todo ineludibles así que exista colisión entre derechos fundamentales, de tal modo que la ausencia de ponderación es razón suficiente para conceder el amparo y anular la sentencia que haya dejado de hacerla”⁴⁹⁵, que “la hermenéutica de la ponderación es así peculiarmente específica de los derechos fundamentales” y que es “muy sutil y exigente; habrá de mensurar dimensiones

⁴⁹⁴ El juez es una boca muda que pronuncia las palabras de la ley, (MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, (http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages2/Montesquieu/EspirituLeyes_06.html).

⁴⁹⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 285. Refiere las SSTC 104/1986, 159/1987, 197/1988, 121/1989, 171/1990 y 65/1991.

cuantitativas y cualitativas...”⁴⁹⁶, todo lo cual apunta a jurisdicción y arbitrio *ad cassum* antes que a un agotamiento absoluto *ex lege*.

No se olvide que esta es la solución tomada en el Derecho comunitario, en el que, señala LÓPEZ JACOÍSTE, “Se camina hacia normatividades generalizables, pero lo inmediato es suscitar interpretaciones cohesivas, que den lugar a vigencias armonizadas... Al TJCE le incumbe proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos que deben llevarle a interpretar el Derecho interno a la luz del Derecho comunitario y sus Directivas.”, lo que “se nos presenta como una nueva manifestación de la *interpretatio secundum ius commune*”.⁴⁹⁷

DWORKIN, señala una distinción fuerte principios-reglas y una desaparición de la frontera estanca entre Moral y Derecho que es especialmente trascendente ante los “casos difíciles”, una integridad entre principios y reglas⁴⁹⁸. Ello supone una tercera vía entre positivismo e iusnaturalismo basada en una nueva concepción del papel del juzgador como jurista comprometido con la moralidad encarnada en aquellos principios. En palabras de BARRANCO “las tesis de Dworkin permiten concluir que un juez Hércules será capaz de dar con la única respuesta correcta”⁴⁹⁹.

DWORKIN considera que integrar los principios y su moralidad en el Derecho proporciona mayor seguridad jurídica al conseguir la vinculación material de la decisión a aquellos valores que ya preexisten como jurídicos, eliminando la discrecionalidad que desde el positivismo se atribuye, (y se teme), en el Juez. DWORKIN refiere cómo un sistema no integrado encontrará, cuando un caso no se contemple por regla jurídica, que el

⁴⁹⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem.*, pg. 286.

⁴⁹⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem.*, pg. 696.

⁴⁹⁸ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, traducción de GUASTAVINO, M., ed. Ariel, Barcelona - 1989, 2ª edición, pg. 72, 148 y 158.

⁴⁹⁹ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg.146

non liquet obliga al juzgador a utilizar su discreción para encontrar un “argumento político”, (puesto que el argumento no es jurídico al no existir promulgado como norma), lo que supone aplicación retroactiva de la norma que decidirá la controversia, (pues no preexistía jurídicamente)⁵⁰⁰.

Pero, señala BARRANCO, en sociedades en las que los valores no son homogéneos ello no deja de padecer el mismo riesgo de ocultar el puro decisionismo judicial⁵⁰¹, especialmente si se piensa en debates que se han mostrado irreconciliables como el del aborto, (D’AGOSTINO⁵⁰²).

Todas las encrucijadas conducen al moderno soberano de SCHMITT: lo será quien pueda señalar el contenido moral mínimo que proporciona la homogeneidad precisa para la supervivencia de una sociedad. En este sentido señala GARCÍA CANTERO: “Vienen tiempos en que cada país miembro de la UE ha de tener el valor y ausencia de complejos para mantener sus propias convicciones familiares, resistiendo las amistosas *recomendaciones* de determinados organismos, quienes, ejerciendo facultades que no detentan, tratan de forzar una uniformidad jurídica en una serie de materias no afectadas por los Tratados Comunitarios, y una de las cuales es, cabalmente, la configuración del matrimonio y de la familia en cada uno de los países miembros.”⁵⁰³ En este sentido CORRAL SALVADOR subraya frente a la globalización el valor de un “glocalización”

⁵⁰⁰ DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, *op. cit.*, pp. 65 - 66 y pg. 150.

⁵⁰¹ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 399 - 400.

⁵⁰² D’AGOSTINO, F., *La bioética como problema...*, *op. cit.*, pg. 470 - 471.

⁵⁰³ GARCÍA CANTERO, G., *¿Derecho a no casarse?* Actualidad civil, ed. La Ley-Actualidad, N° 1, Madrid - 2004, pp. 13 - 22, en concreto pg. 21.

que procede del lema “*think global, act local*” y conforme a la cual “la globalización se autolimita adaptándose a lo local”.⁵⁰⁴

3.6.1).- Ejemplos de abuso legislativo.- Permítanseme dos ejemplos de abuso del legislativo. Ante la doctrina jurisprudencial que no permitió excitar el vencimiento anticipado, (más bien “vencimiento precipitado”), de los préstamos hipotecarios, (por todas la Sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1.999), el legislador reaccionó rápidamente rediseñando *ad hoc* el artículo 693 LEC. A cambio de una sola oportunidad en las hipotecas sobre vivienda, (luego una cada cinco años), el legislador consiguió, (por la sujeción al sistema de fuentes), cercenar definitivamente la dirección que había tomado la jurisprudencia en el caso concreto considerando que no existía técnica y civilmente la figura de anticipación de vencimiento. Por ello posteriormente los jueces no pudieron referirse a tal noción técnica para rechazar las ejecuciones y hubieron de buscar una nueva vía que pudiera evitar tal cauterización: aquella de la abusividad de la cláusula contra el consumidor.

Hoy, todavía de modo más sangrante, ante las sentencias que denuncian la injusticia de las ejecuciones hipotecarias con lanzamiento de la vivienda habitual y pervivencia de la deuda personal, el legislador se ha apresurado a tapan la boca del Juez, (quita total en caso de adjudicación de vivienda habitual de acuerdo con algunas sentencias), produciendo una ley que coloca general y abstractamente el derecho acreedor de la entidad bancaria por encima de la amortización de la persona deudora, (no culpable), y de su plan de vida, de felicidad y de desarrollo personal, (artículo 10 CE), sin ningún margen de apreciación o arbitrio judicial y con la sola pluma perdida para la banca de una quita parcial y de una

⁵⁰⁴ Señala CORRAL SALVADOR que el término “Glocalisation” nació en Japón en los años 80, pasó al inglés por el sociólogo Roland Robertson y, a continuación, fue desarrollado por Zygmunt Bauman en *Globalizaciones e Glocalizzazione*, ed. Armando Editore, Roma - 2005, (CORRAL SALVADOR, C.M., *Moral Internacional*, ed. Dykinson, Madrid - 2013, Capítulo XIV, pg. 6).

espera, (artículo 579.2 LEC), evitando para las entidades crediticias las amenazas de no poder desahuciar de la vivienda habitual y de padecer la quita total del remanente vivo.

En estos supuestos cabría plantear si puede el poder judicial defender su arbitrio en estos temas desde los artículos 73 y 59.1.c de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, (conflicto de competencia), o si cabe cuestión de inconstitucionalidad cuando el Juez estime no haber sido reservado el necesario margen de discrecionalidad que la naturaleza de toda colisión de derechos fundamentales demanda.

3.6.2).- Necesidad de arbitrio judicial en sede fundamental.- HART refirió la tensión estructural entre la certeza del Derecho y la relativa incertidumbre y textura abierta del lenguaje jurídico, lo que cristaliza en la oposición entre la creación legislativa del Derecho, (general y abstracta, precisada de ulterior determinación e interpretación), y la creación judicial del Derecho, (singular y concreta).⁵⁰⁵

HART⁵⁰⁶ defendió el positivismo frente a DWORKIN⁵⁰⁷, en una polémica que ya enfrentó antes a KELSEN y ESSER, según señala PRIETO SANCHÍS⁵⁰⁸, manifestando la tensión entre la norma jurídica general y la decisión judicial *ad cassum* exigida con *non liquet*, lo que, como dice BARRANCO, se resuelve en última instancia por la confianza

⁵⁰⁵ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., pg. 153 y pp. 155 y ss. También puede apreciarse esta tensión en JORDANO BAREA, J. B., *¿Es fuente primaria del Derecho la prudentia iuris o la lex? (Glosa a una vieja disputa entre Castro y D'Ors)*, Anuario de Derecho Civil Número LII-1, Enero, 1999, pp. 5-11.

⁵⁰⁶ HART, H.L.A., *El nuevo desafío al positivismo jurídico*, en Sistema, Revista de Ciencias Sociales, número 36, 1980, Fundación Sistema, Madrid – 1980, pp. 3 -18.

⁵⁰⁷ Señala este autor: “me propongo llevar un ataque general contra el positivismo. Mi estrategia se organizará en torno al hecho de que cuando los juristas razonan o discuten sobre derechos y obligaciones jurídicas... echan mano de estándares que no funcionan como normas, sino que operan de manera diferente, como principios, directrices políticas y otro tipo de pautas”, y ello hace referencia a “una existencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”, (DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, op. cit., pg. 72).

⁵⁰⁸ PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas*, op. cit., pg. 19

“en la actividad judicial como factor de “racionalización” del Derecho, que se ayuda de elementos existentes con anterioridad a la solución pero distintos de la Ley”.⁵⁰⁹

Lo que ocurre es que en sede de Derechos fundamentales forma parte de la propia naturaleza de estos derechos, (y por ello de su contenido esencial), el ser intersubjetivos, multiafectantes y rabiosamente coyunturales y fácticos en su encarnación en las relaciones entre particulares. Ello lleva a QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO a afirmar que no es posible determinar normativamente *a priori* la multitud de supuestos en que puede haber colisión entre unos derechos y otros, y que la ley no puede prever los mil detalles y las mil circunstancias que permitirán dar la solución correcta a cada caso.⁵¹⁰ Y PÉREZ TREMPs también señala que “ni la mejor previsión legal, por su carácter genérico, puede evitar que el juez haya de ponderar y dar eficacia a los derechos a la vista de todos los bienes en juego”.⁵¹¹

PRIETO SANCHÍS expone cómo existen frecuentemente antinomias entre derechos fundamentales que no se producen en el momento de regulación constitucional o legislativa sino únicamente en el momento aplicativo⁵¹² y señala también la tensión entre legislar y enjuiciar: el principio de proporcionalidad, (que él llama de ponderación), tiene una función negativa sobre el legislador y una función positiva, (creativa), sobre la judicatura⁵¹³. Por último, LÓPEZ AGUILAR considera que ha de otorgarse un “margen de actuación del órgano judicial sobre el vigor limitativo que encierran cláusulas tales como

⁵⁰⁹ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 14, npp. 57.

⁵¹⁰ QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *op. cit.*, pg. 36 y ss.

⁵¹¹ PÉREZ TREMPs, P., *La protección de los Derechos fundamentales por los jueces y tribunales, en Poder Judicial*, número 43-44, ed. CGPJ, Madrid - 1996, pp. 251-271, en concreto pg. 256.

⁵¹² PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones*, *op. cit.*, pg. 124.

⁵¹³ PRIETO SANCHÍS, L., *El juicio de ponderación*, en *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid - 2003, pp. 217-260, en concreto pp. 213 y ss.

las del orden público, la moral o las costumbres, e incluso la legalidad”, de modo que la subjetividad alcanza no sólo a la titularidad sino también a la operación hermenéutica considerando... las circunstancias peculiares y concretas de la relación cuestionada, de cada sujeto y de su caso”... Ello no es, dice este autor, “una operación que pueda efectuarse en abstracto”⁵¹⁴.

Por todo ello, si en esta sede hemos de considerar que es materialmente constitutiva del Derecho fundamental esta vocación a presentarse como una colisión intersubjetiva coyuntural y fáctica en las relaciones entre particulares, (exigiendo una definición ponderada de los derechos en contacto sólo abordable desde la jurisdicción), entonces un margen necesario de apreciación judicial debe considerarse que forma parte del contenido esencial de los mismos.

⁵¹⁴ LÓPEZ AGUILAR, J.F., *op. cit.*, pp. 74-75.

CAPÍTULO III).- DERECHOS HUMANOS Y

ATRIBUCIÓN UNIVERSAL⁵¹⁵

⁵¹⁵ Bibliografía fundamental para la confección de este capítulo: BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen I... 12ª edición, op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad, op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I, pg. 23, en Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España, Tomo II, pg. 336, en Derecho Civil de España, Volumen II, op. cit.*; DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, *op. cit.*; DÍEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución, en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Tomo II, De los derechos y deberes fundamentales*, editorial Civitas, Madrid -1991, pp. 1257-1270; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del contrato, op. cit.*; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias, op. cit.*; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos fundamentales*, ed. Civitas, Madrid - 2003; FOUCAULT, M. *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *ibídem*, pp. 196 - 197 y *La "non nata" cláusula de dureza en el divorcio español*, en *Anuario de derecho civil*, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Vol. 36, Nº 4, Madrid - 1983, pp. 1343 - 1358; GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *Recensión de Un solo mundo, un solo diritto?*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *Mundialización o Globalización, (Glosas a una reciente aproximación italiana)*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés Vol. 1*, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1141-1169; GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*; GARRIDO DE PALMA, V.M., *El Derecho civil, protector del ser humano, op. cit.*; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Pasado, presente y futuro de los Derechos humanos, op. cit.*; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías, op. cit.*; GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia*, ed. Marcial Pons, Barcelona - 1999; JARUFE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad, op. cit.*; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*; MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Régimen constitucional de los Derechos fundamentales*, en *Derechos fundamentales y Constitución*, editorial Civitas, 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid - 1992; MAR-

1).- DERECHOS HUMANOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1).- Terminología.- Existe una pluralidad de términos en esta materia. Se habla de Derechos humanos, naturales, universales, fundamentales, libertades públicas, derechos individuales, colectivos, civiles, políticos y sociales⁵¹⁶, multiplicidad que emplea también la CE⁵¹⁷. En Derecho civil, además, se concretan como objeto propio de estudio los llamados derechos de la personalidad⁵¹⁸ o bienes de la personalidad⁵¹⁹.

Sin entrar en una discusión terminológica en esta tesis utilizo preferentemente el término Derechos humanos en debates sobre su valor metajurídico, dado que este término

TÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, 4ª edición*, Editorial Colex, Majadahonda, Madrid - 2013; NINO, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, ed. Paidós, Barcelona -1984; PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derechos de familia*, *op. cit.*; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales...*, *op. cit.*; RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *La igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés Vol. 2*, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2149 a 2167; RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad...*, *op. cit.*; SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*; VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la protección jurídica...*, *op. cit.*

⁵¹⁶ PÉREZ MARCOS, R.M., *op. cit.*, pg. 33.

⁵¹⁷ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Régimen constitucional de los Derechos fundamentales*, en *Derechos fundamentales y Constitución*, editorial Civitas, 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid - 1992, pg. 49 y ss.

⁵¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, Cap. 21, pp. 545 y ss.

⁵¹⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, *op. cit.*, pg 1.262 y ss.

es el que enlaza directamente con el iusnaturalismo y racionalismo en que se originaron⁵²⁰ y desde el que se encaminaron hacia las distintas Declaraciones de Derechos del Hombre, (la última DUDH 10/12/1948). Y empleo en mayor medida el término Derechos fundamentales para referirlos cuando ya han sido positivizados constitucionalmente, (así CRUZ VILLALÓN, en contra PECES-BARBA MARTÍNEZ)⁵²¹.

Es tentador referirse a los Derechos humanos como un sector concreto de los Derechos fundamentales caracterizado por su naturalidad, frente a derechos artificiales, (como la tutela judicial, la participación política, los derechos sociales o los Derechos fundamentales de tercera o cuarta generación), que exigen preexistencia de sociedad, Estado, Derecho o progreso tecnológico. DE WAAL ha apreciado en comunidades de primates intervenciones “imparciales” del macho alfa en conflictos entre individuos, las cuales pueden tener, (entre otras posibilidades), un valor político para evitar la formación de coaliciones y de aspirantes apoyados para ocupar la posición cúspide de la comunidad; salvando distancias ello ofrece también cierta actividad política “natural” como base para derechos políticos y de participación ciudadana.⁵²³

⁵²⁰ ALVARADO PLANAS, J., *Fundamentación historicista de los Derechos humanos*, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Pasado, presente y futuro de los Derechos humanos*, ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México - 2004, pp. 61 - 92, en concreto pp. 67 - 69.

⁵²¹ CRUZ VILLALÓN, P., *Formación y evolución de los Derechos fundamentales*, en Revista Española de Derecho constitucional, número 9, Enero - Abril 1989, pp. 35-62, en concreto pg. 36 y ss.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pg. 358.

⁵²³ FLACK, J. y DE WAAL, F., *Any Animal Whatever. Darwinian Building Blocks of Morality in Monkeys and Apes*, en KATZ, L.D., (comp.), *Evolutionary Origins of Morality. Journal of Consciousness Studies*, Vol. 7/, número 1-2, 2.000, ed. Imprint Academy, Exeter – 2.000, pp. 1 - 29, en concreto pp. 12 y 14 - 15.

Por su parte los llamados derechos de la personalidad en sede civil⁵²⁴ son en su mayoría Derechos fundamentales, (excepto el derecho al nombre), y las perspectivas distintas que aportan estas dos calificaciones hacen más referencia a la organización de su protección que a sus sustancias, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ⁵²⁵).

LÓPEZ JACOÍSTE distingue en la persona humana un ser o dimensión estática, (comprendiendo los estrictos derechos de la personalidad *ex* artículos 15 y 18 CE), un hacer, (que conecta con el 10 CE), y un tener, (que convoca, entre otras, a la cualidad apropiante inherente a toda persona, o sea el art. 33 CE en su núcleo esencial).⁵²⁶

Que el ser “sea” es más esencial que lo que el ser haga es lógico, pues aun cuando el hacer del ser habrá de ser congruente con sus posibilidades intrínsecas, lo cierto es que el concepto de acción yuxtapone otras ontologías objetivas. Todavía menos esencial resulta el tener, por cuanto el objeto acapara aquí mayor protagonismo que en el hacer. Ello determina que encontremos más intensidad fundamental en cualquier ajuste que haya de realizarse frente a las manifestaciones del ser.

No obstante, nos hallemos ante un ser, hacer o tener, ante derechos o libertades políticos, sociales o civiles, complejos como fundar familia, simples como integridad física o periféricos como la propiedad o la vivienda, sea que exista una intensidad intrínseca, (derecho a la vida), o extrínseca, (propiedad privada), sea que pueda delimitarse, (o no), un terreno de juego donde aquellos quedan a salvo, el expediente no es cualitativamente

⁵²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ cita el acuerdo de la doctrina sobre vida, integridad física, honor, intimidad, imagen, identidad, si bien advierte que la cuestión no es pacífica y que también se añaden por algunos autores el derecho moral de autor y la libertad, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado, Derecho de la Persona, op. cit., pg. 547*).

⁵²⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., *ibídem.*, pg. 549.

⁵²⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad, op. cit., pg. 1068*.

distinto, (ponderación y proporcionalidad *ad cassum*), aunque sí lo sea su resultado. Así en su aspecto esencial nombraré a todos ellos como Derechos fundamentales, en tanto en su dimensión aplicada, (estén más o menos cercanos a la zona nuclear iusfundamental), se denominarán como derechos personales.

1.2).- Enumeración de Derechos fundamentales.- En una aproximación rápida parecería sencillo zanjar esta cuestión remitiéndonos a la lista de los reconocidos como tales en el Título I capítulo II, sección primera, de nuestra Constitución, (artículos 15 a 29), los cuales, además de estar expresamente rubricados con tal nombre, son también los únicos favorecidos con reserva de ley orgánica⁵²⁷.

Por otra parte, si consideramos la enumeración de violaciones de derechos recurribles en amparo, como señala JIMÉNEZ CAMPO⁵²⁸ con referencia a diversas sentencias del TC, la recurribilidad en amparo une a los artículos 15 a 29 el propio artículo 14 y el 30.2 sobre objeción de conciencia⁵²⁹, pero excluye al *ius nubendi* que para ROCA TRÍAS es Derecho fundamental aun no gozando de amparo.⁵³⁰

Además: 1) los artículos 1, 10 y 14 están inextricablemente unidos a los artículos 15 a 29 y SARAZÁ JIMENA señala cómo el Tribunal Constitucional ha considerado expresamente que el artículo 14 CE contiene también un derecho fundamental, (SSTC

⁵²⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pg. 484.

⁵²⁸ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, *op. cit.*, pg. 20.

⁵²⁹ Una clasificación detallada de tipologías de derechos fundamentales en atención al nivel de protección puede encontrarse en ATIENZA, M., *Una clasificación de los Derechos humanos*, en Anuario de Derechos Humanos, número 4, 1986-1987, ed. Universidad Complutense, Madrid - 1987, pp. 29-43, pg. 42 y *Sobre la clasificación de los Derechos Humanos en la Constitución*, en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, número extra - 2 de 1979, ed. Universidad Complutense, Madrid - 1979, pp. 123 - 132, pg. 127.

⁵³⁰ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 66.

7/1983, de 14 de Febrero y 19/1983 de 14 de Marzo)⁵³¹; y 2) existen otros derechos fundamentales que resultan de la combinación de varios de ellos, (complejos como libertad reproductiva o fundación de familia), que no se encuentran rubricados como derechos fundamentales ni excitan amparo. En este sentido GÓMEZ SÁNCHEZ entiende que el derecho de fundar familia, (integrando cuando menos los derechos fundamentales de libertad, integridad corporal e intimidad), debería avanzarse hasta el 32.1 CE, extrayéndolo del artículo 39 en que actualmente se encuentra bajo la rúbrica “principios rectores de la política social y económica”.⁵³²

La doctrina constitucionalista viene considerando que son Derechos fundamentales todos los derechos y libertades del Capítulo II, Título I de la CE, comprendiendo sus secciones primera, (artículos 15 a 29), y segunda, (artículos 30 a 38). La mera reserva de ley ordinaria, (y no orgánica), y la ausencia de amparo constitucional se considera que son prendas accesorias no esenciales que no niegan su carácter de fundamentales a los derechos de la sección segunda antes señalados.⁵³³

No obstante, la doctrina aprecia también que los derechos de esta sección segunda contienen remisiones y préstamos que toma la CE respecto del subordenamiento

⁵³¹ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 35.

⁵³² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia; arts. 32 y 39 de la Constitución*, en Revista de Derecho Político, núm. 36, ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid - 1993, pp. 207-223, en concreto pg. 217. En cualquier caso aquí se muestra que la remisión a una positivización concreta no está exenta de discusión o crítica.

⁵³³ CRUZ VILLALÓN, P., *Formación y evolución de los Derechos fundamentales*, *op. cit.*, pg. 39; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, *op. cit.*, pg. 27; MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, pg. XIII; GARCÍA TORRES, J., *op. cit.*, pp. 11-33, en concreto pg. 12 y ss.; PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*, editorial Marcial Pons, Madrid - 2003, pg. 280 y ss.; ARAGÓN REYES, M., *Problemas del recurso de amparo*, en PÉREZ TREMP, P., (coordinador), *La reforma del recurso de amparo*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia - 2004, pp. 145-176.

constitucional que precisan un desarrollo legislativo sin el cual son difícilmente invocables de modo directo, a diferencia de los contenidos en la sección primera. Ello entronca con la doctrina del contenido esencial y señala 1) ciertos bienes e intereses iusfundamentales que se encarnan o traducen directamente desde el reconocimiento constitucional, (sección primera), por demandarlo y permitirlo fácticamente su propia estructura y naturaleza, presentándose siempre con gran intensidad, y 2) otros bienes e intereses iusfundamentales que, por su propio ser y circunstancia de hecho, muestran un esquema que precisará de desarrollo y articulación de detalle y de cierta intervención legislativa, presentándose con menor intensidad intrínseca.

Es por ello, señala SARAZÁ JIMENA, que lo que toma valor constitucional en estos últimos derechos es un aspecto muy general o, dicho de otro modo, que la esencialidad en estos derechos de la sección segunda es necesariamente una declaración genérica⁵³⁴, lo que los aproxima más bien a la noción de garantías institucionales⁵³⁵. Tal sucede con el derecho de propiedad privada o de herencia, cuyos contenidos esenciales permiten diferentes sistemas legales y exigen una ofensa sustancial para estimarlos perturbados, pero cuyo núcleo no resulta violado tan sólo si se negara la propiedad privada en absoluto o si se afirmara el vertido automático de todos los bienes relictos en el patrimonio del Estado, sino también cuando el legislador ordinario estableciera un sistema propietario o hereditario marginal, irrisorio o irreconocible.⁵³⁶

⁵³⁴ SARAZÁ JIMENA., *op. cit.*, pg. 42.

⁵³⁵ SARAZÁ JIMENA, *ibídem*, pg. 43.

⁵³⁶ Para la propiedad privada lo explica DÍEZ-PICAZO , (DÍEZ-PICAZO , L., *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, *De los derechos y deberes fundamentales*, editorial Civitas, Madrid -1991, pp. 1257-1270, en concreto pp. 1.257- 1.258).

Desde esta idea de garantía institucional procede la legitimidad de plantear la inconstitucionalidad de las Leyes 13 y 15/2005 de 18 de Julio, dado que convierten al matrimonio en irreconocible e incluso inferior a la unión institucionalizada no matrimonialmente⁵³⁷, produciendo de facto la incongruencia y absurdo de partes del CC y de la LEC⁵³⁸; pese a la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, la nueva regulación no se cohonesta con la noción de garantía institucional, (en contra ROCA TRÍAS y ASÚA GONZÁLEZ⁵³⁹).

1.3).- Bienes e intereses iusfundamentales.- Todo el Derecho puede conectarse más o menos mediatamente con los Derechos fundamentales, desde el patrimonial privado, (sin patrimonio personal no hay sobrevivencia), hasta por supuesto el Derecho de la persona y la familia. Ello resulta de la diferenciación de un contenido esencial y un contenido desarrollado o de detalle en los Derechos fundamentales y abre en cada sector un determinado ámbito para la libertad del legislador⁵⁴⁰ y para las posibilidades negociales y repudiantes de los particulares⁵⁴¹.

Ello funciona también en la dirección inversa. En ocasiones una zona de regulación que pertenece a aquella sede de desarrollo o detalle puede, desde su concreción y en el momento aplicativo, afectar esencialmente a ciertos bienes e intereses

⁵³⁷ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *El matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos ad intra y ad extra*, Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 6 - 27, en concreto pg. 26.

⁵³⁸ GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, *op. cit.*, pp. 532 y 533, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1.484.

⁵³⁹ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 62; ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 20 - 21.

⁵⁴⁰ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 106.

⁵⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho civil, I*, *op. cit.*, pg. 555.

iusfundamentales. Así el derecho a la vivienda, (art. 47 CE con la rúbrica “principios rectores de la política social y económica”), en un sentido estricto no es un derecho fundamental, pero el desahucio puede llegar en ciertos casos a afectar al derecho a la vida e integridad corporal, máxime cuando en el curso de la presente crisis económica se ha aplicado incluso a personas mayores y dependientes. De este modo existe una zona nuclear donde puede tomar valor iusfundamental reclamando un ajuste entre el derecho de propiedad privada y el derecho a la vivienda en casos no culpables y cuya producción reviste cierta objetividad. En esta dirección actúa la Ley 1/2013 de 14 de Mayo, pero lo hace sin evitar el lanzamiento de la vivienda habitual, ni siquiera en los casos en que se afecte al umbral de exclusión y la zona de especial vulnerabilidad, (artículo 3 RDL 6/2012 y artículo 1.2 y 1.3 de la Ley 1/2013), cauterizando la creatividad judicial más protectora y permitiendo cuestionarse hasta qué punto actúa aquí un “principio rector de la política social y económica” o un derecho fundamental⁵⁴².

Una delimitación de los Derechos fundamentales no es posible por *nomen*, objeto o enumeración: toda materia es a la vez iusfundamental y ordinaria y requiere un permanente ajuste entre esencialidad y accidentalidad⁵⁴³ que es también temporal y evolutivo, (permite la variación sin perder la identidad)⁵⁴⁴. No hay sector del Derecho libre de los Derechos fundamentales como no lo hay tampoco ausente de intereses no iusfundamentales: corresponderá en todas las sedes la delimitación entre lo iusfundamental y lo ordinario a un

⁵⁴² En cuanto a la caracterización de tal derecho a la vivienda como derecho subjetivo, en contra CARRASCO PERERA, (CARRASCO PERERA, A., *Tener y no tener un derecho subjetivo a la vivienda*, Actualidad Jurídica número 814, 10 de Febrero de 2.011, editado por editado por Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2.011, pg. 2), a favor LÓPEZ RAMÓN, F., *Construyendo el derecho subjetivo a la vivienda*, editado por Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010.

⁵⁴³ MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, pg. 40 y ss

⁵⁴⁴ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, *op. cit.*, pg. 70 y ss.

juicio de esencialidad en una interpretación unitaria de la CE que es tarea de legislador y Juez.⁵⁴⁵

1.4).- Concepto funcional de los Derechos humanos y fundamentales.- A mi juicio lo más característico de la noción de los Derechos humanos es su inmediata invocación a una fuerza intrínseca de obligar que no es jurídica sino moral, progresivamente afirmada desde el s.XVI sobre los soberanos como condición legitimante.⁵⁴⁶

Este concepto ha absorbido con eficacia no conocida en la Historia el discurso de la legitimidad de la legalidad, de la *iusta lex*, tanto *de lege ferenda* como mediante disidencia o revolución. Estos movimientos de cambio del Derecho positivo reciben una energía social innegable en cuanto se estimen apoyados sobre Derechos humanos.

Hoy nos encontramos al final de esta historia, en una postmodernidad caracterizada por el triunfo definitivo de la ideología de los Derechos humanos, (DOUZINAS)⁵⁴⁷, y ante la aparición de una fuente no exactamente positiva del Derecho objetivo, más sustancial y material que formal, la fuente moral e ideológica de los Derechos humanos. De esta naturaleza altamente moral participa la CE, lo que produce perplejidades a la hora de encajarla como norma jurídica en un sentido tradicional⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pg. 125 y ss.

⁵⁴⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre el puesto de la historia...*, *op. cit.*, pp. 227-228; ALVARADO PLANAS, J., *op. cit.*, en concreto pg. 63 y ss.

⁵⁴⁷ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 310 y 338.

⁵⁴⁸ Así la existencia de abstracción, generalidad, y fragmentariedad en la CE, notas propias de un discurso inmediatamente pegado a valores y no a reglas. Ello dificulta concebir la eficacia normativa de la CE por comparación con el clásico automatismo directo de la norma jurídica ordinaria, (MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa...*, *op. cit.*, pp. 23 y ss., FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, *op. cit.*, pp. 19 y ss. y JIMENEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales, concepto y garantías*, *op. cit.*, pp. 57 y ss). BARRANCO AVILÉS también señala la separación entre las naturalezas de Constitución y

Así los Derechos humanos contienen un núcleo irreductible metajurídico que determina que su fuerza de obligar no sea nunca pura y simplemente positiva, (de un lado), y que coloca en permanente crisis a cualquier positivización histórica, (de otra parte). Ello señala su naturaleza dual, orientada a la dinámica, al cambio.

Para corregir la contradicción entre Derecho humano y Derecho fundamental PECES-BARBA creó la llamada doctrina dualista⁵⁴⁹, (en contra FERNÁNDEZ, quien señaló que solo se puede hablar de Derechos fundamentales cuando “esa moralidad impulsada por el Poder...se incorpora al Derecho Positivo”⁵⁵⁰). Ciertamente la teoría dualista distingue dos niveles e identifica, sin imprecisión, cuándo estamos en el nivel positivista y cuándo en la Filosofía de los Derechos Humanos, pero también se resigna a predicar esa dualidad insuperable.

FERRAJOLI señalaba también un punto de vista externo, que expresa los valores extra, meta o prejurídicos como necesidades fundamentales o naturales cuya satisfacción justificará las cosas artificiales que, en un punto de vista interno, son las instituciones jurídicas y políticas⁵⁵¹.

A mi juicio, la naturaleza diferencial de estos derechos está más en lo dinámico que en lo estático. El concepto de los Derechos humanos, es un concepto funcional⁵⁵², que surge de una necesidad, de ciertas necesidades fundamentales, (en este sentido GARCÍA

Ley y el principio de constitucionalidad como diferente del principio de legalidad, afirmando que “la especialidad de la Constitución le viene dada de la “naturaleza especial” de sus normas frente a las restantes normas jurídicas”, apuntando a una obsolescencia del método dogmático tradicional (BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pp. 130 - 131, pg. 133, pg. 134).

⁵⁴⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre el puesto de la Historia...*, *op. cit.*, pg 223.

⁵⁵⁰ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G, *ibidem*, pg 223.

⁵⁵¹ FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.*, *op. cit.*, pp. 853 - 854.

⁵⁵² PÉREZ LUÑO, A.E., *Análisis funcional de los Derechos fundamentales*, Anuario de Derechos Humanos, número 5, 1988 - 1989, ed. Universidad Complutense, Madrid – 1989, pp. 177 - 202, en concreto pg. 184.

SIERRA, HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR y DOUZINAS⁵⁵³), y de un anhelo de satisfacerlas en cuando fundamentales que BARRANCO sitúa como función externa y subjetiva, (ética dice esta autora), de los Derechos fundamentales.⁵⁵⁴

Es del hecho de que existen necesidades fundamentales humanas del que resulta el sentimiento de que concibamos inmediatamente que tales demandas han de ser satisfechas. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR las califica de “necesidades cuya satisfacción hay razones suficientes para exigir en todo caso”⁵⁵⁵, y AÑÓN matiza señalando que estas necesidades “pueden aportar razones suficientes para exigir su proyección en la esfera de los derechos, como *claims* en sentido fuerte y no simples pretensiones”⁵⁵⁶, pero que “no todas las necesidades tienen una traslación directa al terreno de los derechos” y que “lo decisivo aquí es argumentarlo de manera que reciba esta consideración y que sea aceptado como tal perjuicio por parte de la comunidad”.⁵⁵⁷

Las necesidades fundamentales humanas no cambian, pero cada estado cultural, económico, ecológico y tecnológico determina que los retos que afronta el ser humano discurren por encrucijadas y posibilidades coyunturales que determinarán tanto unas satisfacciones concretas aseguradas como fundamentales, (positivizando el reclamo de su satisfacción por el individuo mediante derecho subjetivo), como la insatisfacción de otras, (derechos no positivizados, ausencia de derecho subjetivo).

⁵⁵³ GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*, pg. 479; HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *op. cit.*, pp. 52-56; DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 340.

⁵⁵⁴ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 70.

⁵⁵⁵ HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *op. cit.*, pp. 52 - 56.

⁵⁵⁶ AÑÓN, M.J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1994, pg. 285.

⁵⁵⁷ LUCAS, J., y DE AÑÓN, M.J., *Necesidades, razones, derechos*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 7, 1990, ed. Universidad de Alicante y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Alicante – 1990, pp. 55-81, en concreto pp. 76 -81, pg. 77 y 79.

La realidad de este reto y del propio ser humano mutan al margen y más rápido que el propio Derecho objetivo, de modo que habría de condenar a los Derechos humanos al *desiderátum*, pero no es menos cierto que la evolución, la diversidad ecológica, y las diferentes coyunturas en necesidades fundamentales no dejan de revelarnos cómo nuclearmente estamos siempre ante el mismo reconocible problema, las mismas invariables necesidades principales⁵⁵⁸. Surge aquí la noción misma del clasicismo: una sola sustancia humana esencial vibra y amplifica para todos los hombres desde Homero y en tanto permanezcamos humanos; Cervantes y Shakespeare nos hablan directamente al corazón aunque nunca conocieran luz eléctrica o gigantes informáticos.

1.4.1).- Biopoder y fin de los Derechos humanos. El biopoder⁵⁶⁰ actúa sobre el propio ser del hombre, (basta ver su efecto sobre la reproducción humana), y amenaza cambiar tales derechos por haber mutado antes al ser humano. FOUCAULT señalaba que nuestras sociedades son las únicas donde la política y el Derecho se han introducido en la vida misma *per se*, en la propia biología humana a través del biopoder y el bioDerecho. FOUCAULT refiere un “umbral de modernidad biológica” y lo sitúa en el momento en que para una sociedad “la especie entra como apuesta del juego en sus propias estrategias políticas”.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Es el concepto esencial temporal de Derecho fundamental que refería JIMÉNEZ CAMPO: “lo que ha de permanecer siempre vivo pese al tiempo, abierto al cambio, reconocible siempre pero jamás idéntico”, (JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, *op. cit.*, pg. 70).

⁵⁶⁰ APARISIS MIRALLES, A., *BIOÉTICA, BIODERECHO Y BIOJURÍDICA (Reflexiones desde la filosofía del derecho)*, Anuario de Filosofía del Derecho, número XXIV, Enero 2007, ed. Ministerio de Justicia . BOE, Sociedad Española de Filosofía Política y Jurídica, Madrid – 2007, pp. 64 -84, en concreto pg. 73 y ss.; MALDONADO, E.M., *Bioética, biopolítica, bioderecho y bioeconomía: panorama práctico de la bioética*, en *Bioética y biojurídica*, autores varios, ed. Tunja, Uniboyacá - 2007, pp. 43-52, en concreto pp. 50 y ss.

⁵⁶¹ FOUCAULT, M., *op. cit.*, pg. 152

Y continúa: “Es sabido que muchas veces se planteó el problema del papel que pudo tener, en la primerísima formación del capitalismo, una moral ascética; pero, lo que sucedió en el s.XVIII en ciertos países occidentales, y que fue ligado por el desarrollo del capitalismo, fue otro fenómeno y quizá de mayor amplitud que esa nueva moral que parecía descalificar el cuerpo; fue nada menos que la entrada de la vida en la historia...en el campo de las técnicas políticas.”, y destaca “la creciente importancia adquirida por el juego de la norma a expensas del sistema jurídico de la ley... un poder que tiene como tarea tomar la vida a su cargo necesita mecanismos continuos, reguladores y correctivos... la ley funciona siempre más como una norma y la institución judicial se integra cada vez más en un *continuum* de aparatos (médicos, administrativos), cuyas funciones son sobre todo reguladoras.”⁵⁶²

Ello plantea la posibilidad de que este biopoder haga surgir un nuevo hombre y unas nuevas necesidades humanas que ya no hayan de ser reconocibles, esto es, discontinuas respecto de lo que vino siendo hasta entonces la realidad humana.

Se han intentado jugar aquí los Derechos humanos para evitar tal ruptura mediante una noción paralizante de la Humanidad como modelo congelado, un determinismo génico que intentaría patentar y esclerotizar la condición y dignidad humana en un concreto receptáculo y estado genético, (HABERMAS⁵⁶³).

VIDAL MARTÍNEZ recuerda el artículo 1 de la Declaración Internacional de la UNESCO sobre sobre Genoma Humano y los Derechos Humanos: “el genoma humano es

⁵⁶² FOUCAULT, M., *ibidem*, pp. 152 -153.

⁵⁶³ HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana, ¿Hacia una eugenesia liberal?*, traducción de CARBÓ, R.S., ed. Paidós, Barcelona - 2002. MENDIETA manifiesta el determinismo genético “implícito pero fácilmente identificable” del discurso de HABERMAS, (MENDIETA, E., *El debate sobre el futuro de la especie humana: Habermas critica la eugenesia liberal*, en Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002 pp. 91 -114, pg. 101).

patrimonio de la humanidad”. No obstante, el sujeto humanidad es de difícil construcción⁵⁶⁴, pues, como Godot, está siempre por llegar⁵⁶⁵ o es de imposible reunión⁵⁶⁶. Por otra parte, puede constituir una noción paralizante o excluyente, lo que le separaría de la idea siempre dinámica que manifiestan los Derechos humanos, de la universalidad de la dignidad humana como condición espiritual y no como ADN y del “posible y aun deseable aprovechamiento del conocimiento adquirido acerca de los citados elementos y de los procedimientos y productos que por medio de aquel conocimiento logre el ingenio y el esfuerzo humanos para atender a necesidades y carencias de sus semejantes”⁵⁶⁷ que señala también VIDAL MARTÍNEZ.

A mi juicio el determinismo genético: 1) no es congruente con la dificultad de definir y convocar a un sujeto humano omnicompreensivo, 2) contradice la evidencia de que la humanidad no está en el ADN sino en una condición espiritual, (o psicológica si se prefiere), que puede resultar impresa en cualquier biología, (humana o no, terrestre o extraterrestre⁵⁶⁸), 3) lo humano se encuentra precisamente en la posibilidad de superar determinismos⁵⁶⁹, 4) la congelación de un *status quo* presente no puede resistir un debate

⁵⁶⁴ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la protección jurídica...*, *op. cit.*, pg. 1239.

⁵⁶⁵ CAMPS, V., *op. cit.*, pg. 70.

⁵⁶⁶ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 319.

⁵⁶⁷ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la protección jurídica...*, *op. cit.*, pg. 1241.

⁵⁶⁸ La situación extraterrestre no es distinta de la que conocimos los españoles con el descubrimiento de América, la única diferencia sería encontrar ahora un alienígena de mayor poder tecnológico que el nuestro, (vide CASTILLA URBANO, F., *El esclavo por naturaleza en la España de la primera mitad del siglo XVI: Vitoria, Sepúlveda y Las Casas*, e-legal history review, ISSN 1699-5317, N°. 15, 2013, ed. Iustel, Madrid - 2013).

⁵⁶⁹ Los primeros determinismos que puede superar el ser humano son el genético y biológico pero, en general, su triunfo se encuentra en aceptar la condicionalidad de la libertad humana que señalaba ORTEGA Y GASSET y que recoge GIL: “la libertad humana no solamente es compatible con el determinismo sino que lo presupone”, (GIL, T., *Condicionalidad y Autoría. Sobre la verdadera libertad de los seres humanos*, Isegoría:

intergeneracional, (RAWLS y PENCE)⁵⁷⁰, ni la toma en consideración de los beneficios junto a los daños, (DWORKIN⁵⁷¹), y 5) resulta contrario a la esencia dinámica, evolutiva y universalista de la mejor doctrina de los Derechos humanos.

La posición determinista génica también resulta, a mi juicio, innecesaria, puesto que las formas de biopoder que pretende evitar, (terapias génicas mejoradoras, eugénesis, selección de hijos), entiendo que se encuentran sometidas a una verdadera prescripción moral irrenunciable que las sujeta con firme bocado: la condición de igualdad que resulta directamente de la dignidad humana. El corazón de la dignidad humana se encuentra antes en igualdad que en libertad.⁵⁷² Universalidad es igualdad y la libertad como tal no existe, pues siendo inexorablemente intersubjetiva no consiste en ser libre yo mismo sino en ser igual de libre que todos los demás. Por otra parte la igualdad no cauteriza, no paraliza, no reprime, no destruye la dinámica perpetua de los Derechos humanos, tan sólo asegura que nadie quede atrás y que la comunidad moral continúe siendo una categoría única, sin fractura, esto es, universal⁵⁷³.

Revista de filosofía moral y política, Nº 32, 2005, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2005, pp. 135-144, en concreto pg. 135).

⁵⁷⁰ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, traducción de GONZÁLEZ, M.D., ed. Fondo de Cultura Económica, México - 1979, pg. 82.; PENCE, G.E., *op. cit.*, pg. 113.

⁵⁷¹ DWORKIN, R., *Playing God: Genes, Clones and Luck*, en *Sovereign Virtue*, ed. Harvard University Press, Cambridge - 2000, pp. 427 - 452, en concreto pg. 439 - 442.

⁵⁷² VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 223; ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 114.

⁵⁷³ Ejemplifico en CAMPS cómo muchos autores reclaman el valor cúspide libertad para terminar en igualdad. CAMPS señala “No puede desaparecer una humanidad *libre*, ése es el primer valor que hay que conservar”, pero, inmediatamente reclama las virtudes de medida y autodominio, unas renuncias a la libertad en aras de la propia humanidad, un uso de la libertad que no sea contrario a su propia condición humana, un uso responsable, (o moral), de la libertad, (CAMPS, V., *op. cit.*, pg. 70 -71). Por tanto no existe tal libertad sino una libertad intersubjetiva sujeta a prescripción moral. A mi juicio, cuando CAMPS se refiere a la cualidad de

El biopoder resulta inmoral en cuanto pudiera conducir a hombre dispares y no sólo diversos, lo que ha de medirse por la ruptura de la igualdad entre ellos. Ello no se aplica a cualquier diferencia, (diversidad), sino a auténticas disparidades. BUCHANAN, BROCK, DANIELS Y WIKLER emplean el concepto de umbrales de capacidades básicas para asegurar la igualdad de oportunidades, (universalidad humana), sin cercenar el pluralismo valorativo y la diversidad de planes de vida⁵⁷⁴. Quebrar estos umbrales generaría diferentes calidades, (y por ello dignidades), humanas y fraccionaría nuestras sociedades postmodernas y los contratos sociales únicos, volviendo a ideas políticas estatutarias y pactistas, a estamentos distintos con diferentes derechos para unas u otras calidades y, con ello, a la quiebra de la doctrina de los Derechos humanos.

SINGER termina también en igualdad su discusión sobre las terapias génicas⁵⁷⁵, si bien ante las imposibilidades simultáneas de impedir a los ricos que se las autopractiquen y de conseguir que el Estado pueda costearlas para toda la población universalmente, se abona a la lotería genética que proponen MEHLMAN y BOTKIN: un regalo de tratamientos génicos gratuitos estatales costeados con impuestos sobre los servicios

libre no señala un valor moral sino una condición fáctica, la aptitud biológica, fisiológica y espiritual que permite a los humanos librarse del determinismo biológico y de la acción puramente instintiva para alcanzar la posibilidad de concluir un acuerdo republicano, esto es, tener aptitud fisiológica para la libertad tan sólo para poder cederla en un sentido moral.

⁵⁷⁴ BUCHANAN, A., BROCK, D.W., DANIELS, N., WIKLER, D., *op. cit.*, pp. 141 – 148 y pp. 264 – 266 y pp. 284 - 288; NUSSBAUM, M.C., *Genética y Justicia: Tratar la enfermedad, respetar la diferencia*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, N° 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid – 2002, pp. 5-17, en concreto pp. 14-15.

⁵⁷⁵ SINGER, P., *De compras por el supermercado genético*, en Isegoría: Revista de filosofía moral y política, N° 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002, pp. 19 - 40, en concreto pp. 37 - 40; también destacan el valor igualdad en la sede genética NUSSBAUM, M.C., *op. cit.* pg. 11 y pp. 13 -14 y MENDIETA, E., *op. cit.*, pg. 110.

privados de mejoras genéticas⁵⁷⁶. Más que un problema filosófico encaramos aquí un problema práctico, posibilista: ¿cómo asegurar que el biopoder ofrezca progreso para todos sin destruir la unidad de la condición humana?

1.4.1.1). - Inmovilismo cultural.- Un inmovilismo se ha intentado desde nociones culturalistas a partir de características físicas, (cultura de los sordos, p.e.), con una derivada indebida entre plan de vida, (que es una elección individual), y cultura, (realidad supraindividual), que lleva al comunitarismo en detrimento de la persona humana⁵⁷⁷. Se considera, en este sentido, que las terapias génicas correctoras producirán la anormalización de los individuos no corregidos, los cuales constituían un centro de interés y valor social por su número, (cada vez menor por la rectificación génica), y por su cultura, (cada vez más insignificante por desaparecer sus practicantes). Es por ello que se habla de “el genocidio de la cultura de los sordos”⁵⁷⁸, o que la asociación de hombres bajos, (*Little People of America*), protesta que el DGP llegue a negarles a ellos y a sus hijos “la oportunidad de vivir”⁵⁷⁹.

Incluso ha ocurrido que dos lesbianas sordas, (que acudieron a la IAD reclamando un donante con historia familiar de sordera remontada a cinco generaciones), consiguieron su propósito con la colaboración de un buen amigo y una inseminación que - dice DE LORA DELTORO- “de “artificial” puede que tuviera bien poco”. El niño nació completamente sordo de un oído pero con alguna capacidad auditiva en el otro y, ante el consejo médico de introducir un implante coclear a los 4 meses de vida, ambas se opusieron alegando que ya lo decidiría el niño por sí mismo en el futuro, (cuando quizá ya

⁵⁷⁶ MEHLMAN, M., BOTKIN, J., *Access to the Genome: The Challenge to Equality*, Georgetown University Press, Washington D.C. - 1998, pp. 126 - 128.

⁵⁷⁷ DOUZINAS, C., *op. cit*, pp. 330-332.

⁵⁷⁸ ALDEN, B., <http://hometown.aol.com/scarter11/gdc.htm>.

⁵⁷⁹ <http://web.syr.edu/sndrake/lpgen.htm>.

fuera demasiado tarde), por no ser para ellas la sordera una discapacidad sino un rasgo, (como el género o la raza), y una cultura.⁵⁸⁰

Fijémonos que los ingenieros genéticos y estos ingenieros culturales hacen lo mismo: manipular el azar natural y la libertad individual de otra persona hacia una dirección prejuiciada; tan sólo muestran desacuerdo en el destino de su intervención.

A mi juicio las culturas son meros productos del genio de la especie humana que sólo han de pervivir en tanto sean actualmente útiles. En otro caso deben quedar en el catálogo de la Humanidad para ser rescatadas cuando el reto histórico las hiciera precisas de nuevo. No debemos vivir hoy como lo hicieron nuestros bisabuelos labradores en un mundo sin energía fósil y eléctrica, pero quizás hayamos de recuperar tal cultura del muestrario antropológico dentro de algunas décadas.

1.4.1.2).- La responsabilidad.- El contrato social debe regular el Biopoder para obtener de él, (de acuerdo con principios de no maleficencia y beneficencia y la moral de los Derechos humanos), lo que pueda ofrecer al hombre actual y a las generaciones futuras⁵⁸⁶. En tal caso, toda la prudencia y todo el control deben ser empleados para no dar un paso de antes de tiempo y no correr riesgos indeseables, (principio de precaución y responsabilidad⁵⁸⁷, especial consideración de la imprevisibilidad de consecuencias en

⁵⁸⁰ DE LORA DELTORO, P., *¿Qué hay de malo ... op. cit.*, pg. 4

⁵⁸⁶ En este sentido FEITO GRANDE señala cómo la libertad de investigación es también un valor a conservar y defender, (FEITO GRANDE, L., *Los Derechos humanos y la ingeniería genética: la dignidad como clave*, en Isegoría: Revista de filosofía moral y política, N° 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002, pp. 151-165, en concreto pg. 163 - 164).

⁵⁸⁷ FEITO GRANDE, L., *ibidem*, pg. 162 y pg. 159; también el imperativo de responsabilidad que formula JONAS, (JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, editorial Herder, Barcelona - 1995, pg. 40. Por su parte ECHEVERRÍA propone, sobre el principio de responsabilidad de JONAS, una completa axiología para la tecnociencia que supere las deficiencias que encuentra en aquél, (ECHEVERRÍA, J., *El principio de responsabilidad: Ensayo de una axiología para la tecnociencia*, en Isegoría: Revista de filosofía moral y políti-

ciertas sedes⁵⁸⁸), así como para asegurar la igualdad que es unidad y universalidad en la condición de humanos. Pero también debe exigirse al contrato social que no dimita de sus obligaciones limitándose a rechazar de plano y por anticipado ciertas posibilidades por dudar de su capacidad para controlarlas: cuando una acción es posible la omisión es también una decisión moral y política; la biotecnología abre espacios de libertad que son inmediatamente espacios de responsabilidad en todos los niveles.⁵⁹⁰

Así lo señala NUSSBAUM: “Todas las teorías éticas actuales establecen algún tipo de distinción entre el reino de la naturaleza o del azar y el reino de la justicia... Algunas cosas que nos van mal son sólo tragedias, se encuentran más allá del control humano; otras se podrían haber evitado o controlado con una mejor planificación social, y de este modo son propias del reino de la justicia social. Pero... vivimos en un tiempo caracterizado por “la colonización de lo natural por lo justo”. Muchas cosas que siempre se han visto como accidentes inmutables ahora parece que las podemos cambiar, y que tenemos incluso la obligación de cambiarlas”.⁵⁹¹ Cada vez queda menos espacio para una inacción moralmente neutral.

ca, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002, pp. 125 - 137). Y LENOIR detalla una ética de la investigación científica en cuatro puntos: 1) respeto de la dignidad y libertad humana, 2) prevención de riesgos tecnológicos 3) preservación de la libertad de creación científica y 4) solidaridad intelectual y moral de la humanidad concibiendo la ciencia como patrimonio común, (LENOIR, N., *La ética de la Ciencia, entre humanismo y modernidad*, en Informe mundial sobre la Ciencia, editorial Santillana/UNESCO, Madrid - 1996, pp. 206 - 215, en concreto pg. 214.

⁵⁸⁸ CAMPS, V., *op. cit.*, pg. 67.

⁵⁹⁰ DE LORA DELTORO, P., *¿Qué hay de malo...*, *op. cit.*, pg. 3-4; PÉREZ TREVIÑO, J.L., *Padres e hijos, responsabilidad moral de la reproducción*, en Revista de Bioética y Derecho, número 4, 2005, ed. Universitat de Barcelona, Barcelona - 2005, pp. 3-8, en concreto pp. 3 - 5.

⁵⁹¹ NUSSBAUM, M.C., *op. cit.*, pg. 6.

VIDAL MARTÍNEZ señala los principios de precaución, responsabilidad e irreversibilidad pero también en sede de patentabilidad del genoma humano considera, como antes señalé, el valor que la adquisición responsable de conocimiento en estas sedes puede tener para “atender a necesidades y carencias de sus semejantes”.⁵⁹²

LÓPEZ JACOÍSTE refiere cómo ARENDT contempla esta necesidad dinámica hacia una vida activa y responsable en la que cada generación ha de asumir su propio reto: la responsabilidad vivida efectivamente redundando en una renovación que hace recomenzar “a la persona y también a la trayectoria de la sociedad, “el milagro que salva al mundo: en definitiva la natalidad, el nacimiento de hombres nuevos, el hecho de que ellos comiencen de nuevo; son *initium*, innovadores en virtud de su nacimiento y están llamados por derecho de nacimiento a la acción de que sean capaces.”⁵⁹³

1.5).- Igualdad formal e igualdad real.- Los Derechos humanos significan, en primer lugar, que las personas tenemos “derecho a tener derechos” por el solo hecho de ser personas. Ello implica universalidad e igualdad pero, también, por la inevitable perspectiva jurídica que tomamos, formalismo. Este “derecho a tener derechos” se confiere a las personas por su sola condición de tales dado que todos tenemos las mismas necesidades fundamentales que satisfacer, aportando una subjetivación sobre la idea objetiva histórica del Derecho⁵⁹⁴. Ello supone que nadie puede exhibir ningún título distinto ni superior más allá que el de ser persona para reclamar esta vocación inherente a

⁵⁹² VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la protección jurídica...*, *op. cit.*, pg. 1241.

⁵⁹³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 658.

⁵⁹⁴ MEGÍAS QUIRÓS, J., *La consolidación del derecho subjetivo en el período postclásico romano*, en en Anuario de Filosofía del Derecho, Núm. XX, Enero 2003, ed. Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pp. 189 - 206, en concreto pp. 193 - 194; GUZMÁN, A., *Para la historia del Derecho subjetivo*, en Revista Chilena de Derecho, Volumen 2, número 1-2, 1975, ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago - 1975, pp. 55 - 68, en concreto pp. 65 - 67.

tener derechos, lo que es también una condición igualitaria, universal y general. Justicia e igualdad se fusionan aquí: no puede tratarse desigual al desigual porque aquí todos somos radicalmente iguales.

Pero tener “derecho a tener derechos” es una idea formalista. Entre tener un derecho y tener una situación real de satisfacción media, todavía, un mundo. Así una formulación correcta de la funcionalidad de los derechos humanos y de su significado habría de decir que es todo aquello que se orienta 1) a conseguir que las personas seamos realmente iguales en aquello que es fundamental e imprescindible para un ser humano en cada época y momento dados, desde el pasado hacia el futuro a través de infinitos presentes, y 2) a asegurar que seamos diferentes en todo aquello en que, como personas, podemos, queremos y debemos ser distintos.

En cada coyuntura, sin perder nunca su sentido dinámico, este motor señalará un núcleo o un conjunto de derechos positivizados que expresarán qué necesidades se están considerando entonces fundamentalísimas para las personas, qué medios instrumenta el contrato social para asegurar su satisfacción universal y qué evoluciones están ya cuestionando y tirando del Derecho promulgado para cambiarlo.

Para PECES-BARBA no puede abstraerse nunca el elemento coyuntural e histórico, (el resultado de este motor en cada época), pues “si se omite este punto de vista al hablar de las necesidades como fundamento de los derechos humanos se puede caer fácilmente, y a veces inconscientemente, en justificaciones iusnaturalistas”⁵⁹⁵ que en ocasiones se han sustituido sin más, *mutatis mutandi*, por justificaciones sociológicas. Así HABERMAS⁵⁹⁶ afirmó haber superado al sujeto indeterminante y autónomo del liberalismo, el *citoyen* abstracto que no es aquél que luego concretamente vive la experiencia jurídica, y

⁵⁹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre el puesto de la Historia*, *op. cit.*, pg 228

⁵⁹⁶ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, *op. cit.*, pg. 53 y pg. ; *Théorie de l'agir communicationnel*, Tomo I, ed. Fayard, París - 1987, pp. 394 - 396.

reclamaba ello mediante una razón procedimental y una política deliberativa instauradoras de una ética de la discusión en el espacio público. GOYARD-FABRE señaló, sin embargo, cómo con ello HABERMAS puede describir un ciudadano y una *opinio* sociológica, pero no una fuente de validez jurídica, de ahí que nunca haya podido concretar sus propuestas ni su “*agir communicationel*”.⁵⁹⁷

DOUZINAS no sólo refiere la metafísica y la inmanencia crítica sobre la legalidad que posee la idea de los Derechos humanos⁵⁹⁸, sino que considera también que la situación de los Derechos humanos “no puede funcionar en abstracto sino sólo como instrumento de los poderes dominantes de los nuevos tiempos o por los ciudadanos que reclaman una igualdad material y no sólo formal”.⁵⁹⁹ Esto es, el motor de estos derechos se alimenta de energía conservadora o revolucionaria que protestan por igual sostener la bandera humanitaria, (fuerza de resistencia del *status quo versus* energías de renovación), pues si bien la metafísica humanitaria está aceptada en la postmodernidad, queda el problema de quién es su intérprete auténtico. Es por ello que señala que el carácter post-histórico de los derechos humanos debe ser buscado en la paradoja del triunfo de su espíritu y a la vez en su estrangulamiento por la incredulidad universal acerca de su ejercicio, “la lucha continua y siempre defectuosa para acortar la distancia entre el hombre abstracto y el ciudadano concreto, para añadir carne, sangre y sexo a los tenues trazos de lo humano”⁶⁰⁰.

DE LUCAS advierte que la postmodernidad y el final de la historia en el triunfo de los Derechos humanos han conducido a un orden global rebautizado como “pensamiento cero”, secuestrando la tradición de estos derechos, (so pretexto de su éxito definitivo), para privarla de su dimensión crítica y reducirla a soporte de una estrategia de dominación, (la

⁵⁹⁷ GOYARD-FABRE, S., *op. cit.*, pg. 15 y ss

⁵⁹⁸ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 310.

⁵⁹⁹ DOUZINAS, C., *ibidem.*, pg. 321.

⁶⁰⁰ DOUZINAS, C., *ibidem.*, pg. 325.

que interesa al intérprete único de los mismos). Ello supone privar a la moral de los Derechos humanos de su virtud más preciosa, el perpetuo cuestionamiento de legalidades y poderes constituidos, por cuanto la igualdad real que demanda el humanitarismo es enemiga de cualquier *status quo*.⁶⁰¹

VILLEY critica la “religión de los derechos humanos” con sus “potentes asociaciones”, sus “prestigiosas instituciones internacionales” y su “culto”⁶⁰², y hace suyas las críticas de MARX sobre su “pseudo-universalismo”, subrayando un desfase entre la proclamación formal de libertades iguales para todos y la imposibilidad real de disfrutar todos de ellas, una impostura de la cual se aprovechan los políticos⁶⁰³.

La dinámica de los Derechos humanos como motor de cambio y el perpetuo filo entre positivismo y moral son inevitables porque la imperfección del alma individual humana, (en su actual estado psicológico evolutivo), no permite la fusión automática de Derecho humano y Derecho positivo al no estar emocional y éticamente asegurado el cumplimiento espontáneo del Derecho y un trato recíproco entre nosotros que honrara con igualdad real nuestra condición de meros usufructuarios de una misma dignidad. Sin una evolución psicológica y emocional del alma individual no será alcanzable esta igualdad real que permita a los Derechos humanos descansar y detener, confiados, su motor, pues por el camino del poder ya señaló BALZAC que “la igualdad tal vez sea un derecho, pero no hay poder humano que alcance jamás a convertirla en hecho”. Es preciso un poder sobrehumano, aquél que surja del querer de hombres más evolucionados, más que humanos, ángeles en aquella sociedad que dibuja GRAVES donde Derecho, Ética y Moral desaparecen porque se encuentran verdaderamente inscritas en la psicología y emotividad

⁶⁰¹ DE LUCAS, J., *La globalización no significa...*, *op. cit.*, pg. 4.

⁶⁰² VILLEY, M., *Philosophie du Droit, (Definition et fins du Droit. Les moyens de Droit)*, ed. Dalloz, París - 2001, pg. 115.

⁶⁰³ VILLEY, M., *ibidem*, pg.16.

genética de las personas, aquélla en la que te resultaría físicamente insoportable ver y sentir que tienes o eres más que otro.⁶⁰⁴

BARRANCO refiere teorías de la “bondad estatal” del Estado de Derecho que niegan la tensión entre objetivos generales y derechos individuales, concibiendo éstos como elementos de integración en el Estado protector con un “cambio de paradigma” hacia “una ideología solidaria.” Pero, a mi juicio ello no es cuestión de iniciativa vertical sino cuestión individual atinente a la esencia del alma humana, (espiritual o psicológica), sin cuya evolución personal ningún Estado solidario será alcanzable⁶⁰⁵.

Entre tanto no podremos librarnos de una relación polémica y luchada entre los Derechos humanos como sustancia moral y los Derechos humanos positivizados como sustancia jurídica, habremos de soportar las aporías del concepto de soberanía estatal, la oposición entre igualdad formalista e igualdad real, la tensión entre un *status quo* alcanzado por algunos en la condición de humano y una nueva humanidad que pugna por su primer vagido, esto es, flujo y reflujo de poder conservador o revolucionario en la misma vena que nutre a la Humanidad hasta que tú, verdaderamente, seas tan importante para mí como yo mismo.⁶⁰⁶

⁶⁰⁴ Un ejemplo: la señal “no me ves” servía para proteger la intimidad personal. Dibujada en la frente de cualquier persona provocaba que ningún ciudadano viera ni tomara conciencia de lo que aquel otro quiso hacer o disfrutar en intimidad. Y nunca se utilizó tal señal para perpetrar fines ilícitos o inmorales, (GRAVES, R., *Siete días en Nueva Creta, op. cit., op. cit.*)

⁶⁰⁵ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 71.

⁶⁰⁶ Como recuerda CAMPS: “El hombre es un ser inacabado - *homo is quammodo omnia*- y es esa falta de realización final lo que le hace un ser libre”, (CAMPS, V., *op. cit.*, pg. 70). Esta dinámica surge, por tanto, del combustible o energía de la imperfección. Comprender que la vida no es un juego de yo sino un juego de ti representa, a mi juicio, el final del camino, el momento en que el mar dejará de batir olas por ser ya innecesario, la consecución de lo que GARCÍA CANTERO ha calificado como un “ideal” y “quizá el mito más relevante, o bien el anhelo de esa fe de que el mundo tiene necesidad para la propia supervivencia y el propio

2).- ATRIBUCIÓN UNIVERSAL.-

Señalar que los Derechos humanos son resultado de una atribución universal quiere indicar 1) que estos derechos vienen dados al individuo desde fuera de sí mismo, (exterioridad), 2) que están ligados a una calidad, (dignidad humana), cuya compartición con otras personas no remite tampoco a un sujeto global 3) que todo sujeto que exhiba esta dignidad será miembro de la comunidad moral y tendrá tales derechos, (universalidad abierta, absoluta por el *quale*), y 4) que esta dignidad es fuente perpetua de sí misma y convoca renovada y constantemente a todos aquellos en quienes se manifiesta. Esta dignidad tiene procedencia mística, pues no podemos explicar por qué nos encontramos en posesión de ella: "... la vida humana no es una cosa objeto de dominio o propiedad disponible, sino un don", (LÓPEZ JACOÍSTE)⁶⁰⁸.

La atribución universal es, por tanto, impropia y toma más bien el valor de una adscripción usufructuaria, con su connatural mandato de no afectar al capital o sustancia. Puede encontrarse algún asomo de esta noción en la siguiente afirmación de DE CASTRO Y BRAVO: "Hay que tener en cuenta que la persona no tiene en ellos un auténtico derecho subjetivo, (*ius dominativum*), pues carece de poder de disposición sobre los mismos...y que sus facultades sobre los mismos, (llamados impropriamente derechos), las de *custos et administrator*, se refieren fundamentalmente a la exigencia de protección y, en su caso, de indemnización."⁶⁰⁹

bienestar.", (GARCÍA CANTERO, G., Recensión de *Un solo mundo, un solo diritto?*, op. cit., pg. 1.168 - 1.169.

⁶⁰⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, pg. 661.

⁶⁰⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, op. cit., pp. 1.262 y ss.

La noción usufructuaria nos conecta también con la calificación de criaturas. Exista o no creador identificable, vida y autoconciencia no son en ningún modo obras humanas y, por ello, nadie puede ser dueño o titular de la dignidad humana siquiera encarnada en uno mismo. De ahí que LÓPEZ JACOÍSTE recoja la idea de religación de ZUBIRI: “Todo ser personal, dirá, se halla referido a alguien de quien recibió naturaleza y, además, a alguien con quien de algún modo pueda compartirla. La persona está esencial, constitutiva y formalmente referida a Dios y los demás hombres”⁶¹⁰, añadiendo LÓPEZ JACOÍSTE “La radicación de la dignidad de la persona es de carácter metafísico. Se sustenta en el orden creacional”.⁶¹¹

Así los Derechos humanos constituyen un núcleo de bienes e intereses que, propiamente, no podemos considerar atribuibles a nadie como absolutamente pendientes de su voluntad⁶¹². No es posible considerar que tales derechos son titularidad de la persona individual en que se encarnan por cuanto, si emanan de la dignidad humana, no corresponden al hombre en cuanto tal sino en cuanto digno, como universal, o como decía KANT, “ser humano en general como fin”⁶¹³, siendo así que es inseparable la cualidad de hombre y la cualidad de digno. El hombre no puede convertirse en indigno por su pura voluntad, (ello sería ejercicio de mero voluntarismo); pero si lo consiguiera y verdaderamente alcanzara tal condición de indigno, entonces ya no sería hombre⁶¹⁴. En este sentido debe ser justamente entendida la previsión del artículo 155 CP como un ajuste

⁶¹⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad extracontractual...*, pg. 27; ZUBIRI, X., *Naturaleza. Historia. Dios*, 6ª edición, (igual paginación que la 5ª), Editora Nacional, Madrid - 1974, pg. 357.

⁶¹¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibídem*, pg. 331.

⁶¹² Como señala FEITO GRANDE, estos derechos “están basados en una moral de respeto universal”, indisponible individualmente, (FEITO GRANDE, L., *op. cit.*, pg. 156).

⁶¹³ KANT, I., *Doctrina de la virtud...*, *op. cit.*, pg. 395

⁶¹⁴ Considérense las criaturas del Dr. Moreau, (WELLS, H.G., *La isla del Dr. Moreau*, ed. Alianza editorial, Madrid - 2003).

de penalidad por energía criminal y alarma social y no como una disponibilidad del bien “integridad corporal humana”, (atenuante cuando medió el consentimiento del lesionado).

Por otra parte, la atribución universal conecta inmediatamente con intersubjetividad, con la existencia inexorable de otros igual de dignos que yo mismo.

2.1).- Dignidad humana.- Como dije, la forma más sintética de expresar esta dignidad es la que ofrece KANT como noción de agencia moral, constituyendo la primera obligación moral aquella de concluir el acuerdo republicano. Ello implica inteligencia, autoconciencia, libertad y capacidad para comprometerse y para comprometerse precisamente hacia la paz, (agente moral, amigo, enemigo y paciente moral). La moralidad es, así, intersubjetiva, conservativa y grupal, y ello surge del hecho indudable de que 1) la existencia del individuo humano es una existencia social (yuxtaposición de individuos)⁶¹⁸; 2) diferentes sociedades existen en el mismo tiempo y espacio, (yuxtaposición de sociedades).

Ello no es sólo *factum*. Sin intersubjetividad no es posible dignidad ni personalidad humana. La dignidad humana exige un espacio público de intersección entre todos los dignos. (HABERMAS, TAYLOR).⁶¹⁹ Estos espacios son así tributarios en primer lugar de un lenguaje común y, en segunda instancia, de un espacio político.

Dice DOUZINAS: “La autorrealización es un proceso de perfeccionamiento del yo, de cuidado poético, que sólo puede llevarse a cabo en las relaciones con los otros y dentro de la comunidad. Los demás, los grupos y el derecho, son aspectos de nuestra identidad, los soportes y límites de nuestra radical apertura al mundo, ser es ser junto a otros. Los

⁶¹⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Prólogo a DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. XXII.

⁶¹⁹ HABERMAS, J., *Justification and Application...*, *op. cit.*, pg. 109; TAYLOR, C., *op. cit.*, pp. 51.

derechos humanos son conscientes de la radical intersubjetividad de la identidad humana, insertan al otro y al derecho en la construcción del yo”.⁶²⁰

Sin lenguaje común dos seres biológica y fisiológicamente muy diversos no podrán conocer si se están ofreciendo mutuamente el acuerdo republicano o no. El lenguaje preciso para contraer este acuerdo es muy básico. Entre nosotros puede reducirse a enseñar las palmas de las manos desnudas y boca arriba. Los perros humillan el cuello. Pero, ante seres ininteligibles en términos terrestres y sin lenguaje común posible se impondrá el principio de legítima defensa: en la duda irresoluble sobre las intenciones exterminadoras del confrontado no es ilegítimo disparar primero.

Por su parte, el espacio político manifiesta que el verdadero cimiento de nuestras sociedades modernas no es la libertad sino la igualdad y ésta es una prenda política, (universalidad del contrato social), de modo que la dignidad humana no sólo exige un hombre social o un hombre público sino, además, un *homo politicus*.

De todo ello resulta que la dignidad humana contempla e integra a un individuo con determinada capacidad espiritual o psicológica y a un grupo intencionalmente constituido en una forma precisa, (igualitaria, universal), pero no es propia y absolutamente una cosa ni otra: no resulta reducible a ninguna de estas componentes exclusivamente y no encuentra ni en el grupo ni en el individuo la explicación de por qué pueden y quieren los hombres ser morales.

2.1.1).- Individuo y dignidad humana.- Por la parte del individuo la naturaleza de la dignidad humana manifiesta que su degradación u ofensa en un solo hombre afecta a la dignidad de todos⁶²². No es sólo que la esclavitud me hiera moralmente a mí,

⁶²⁰ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 332.

⁶²² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 362.

(CALABRESI, MELAMED y ALFARO AGUILA-REAL⁶²³), es que la existencia de un solo hombre esclavizado sobre la faz de la Tierra amenaza mi libertad: algún día podría caer yo bajo el imperio de quien considera legítimo tratar a los hombres como cosas. La regla de los Derechos Humanos es la siguiente: que yo pueda estar en cualquier punto del planeta sin temer por mi condición y dignidad humana. Esta es la base de la extraterritorialidad de la jurisdicción humanitaria.

2.1.2).- Grupo y dignidad humana.- Tampoco el contrato social puede considerarse titular de estos Derechos humanos. Primero porque el grupo es grupo pero no es individuo humano⁶²⁴; sólo podría, por tanto, corresponderle una función de gestión de los mismos. Segundo porque, si los individuos no son titulares de los Derechos humanos, tampoco podrían llevarlos al momento constituyente. En este sentido señala BALLARÍN IRIBARREN: “los derechos del hombre preexisten al Estado y éste nace para su defensa, de suerte que aquéllos se tienen originariamente, frente a los demás hombres y sólo derivativamente frente al Estado que, por su parte, no sólo debe reconocer los límites que los anteriores imponen a su acción, sino también protegerlos frente a los consociados que pueden violarlos. Así, los derechos naturales a la libertad, a la seguridad, a la propiedad, a la búsqueda de la felicidad, son, en primer término, derechos frente a los presuntos “terceros”, los particulares, su *Drittwirkung* les es connatural.”⁶²⁵.

⁶²³ CALABRESI, V.G., MELAMED, A.D., *op. cit.*, pg. 1112; ALFARO AGUILA-REAL, *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 101.

⁶²⁴ NINO, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, ed. Paidós, Barcelona -1984, pg. 173; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, pg. 202.

⁶²⁵ BALLARÍN IRIBARREN, J., *op. cit.*, pg. 285 y ss

Como señala DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, “no se trata de pertenencia... a la comunidad concebida como racialmente determinada”⁶²⁶, lo que excluye cualquier ligamen entre Derechos humanos y nación o raza. Han de rechazarse concepciones comunitaristas, (BINDER, PAKUSANIS, LARENZ), que, como expone LA TORRE, consideran 1) que “no es el ser hombre lo que hace de un hombre un hombre, sino el formar parte de una “raza” o de una “comunidad”⁶²⁷ y 2) que el acto de sumisión del individuo a la raza o comunidad no es heterónimo sino autónomo porque el “espíritu” de la comunidad “le transmite por vía orgánica y genética sus preceptos... no llegan al sujeto desde una entidad externa a él, sino que provienen de su misma naturaleza... como miembro de la comunidad y portador del espíritu común”.⁶²⁸ De este modo el comunitarismo no admite la universalidad de la dignidad humana.

2.1.3).- Dignidad humana y humanidad.- Como señalé anteriormente, no es identificable un sujeto “humanidad” que pudiera ser convocado yuxtaponiendo a todos los individuos para atribuir a su suma total estos bienes e intereses, pues habría de comprender seres pasados, futuros o probables que ninguna reunión actual podría agotar.⁶²⁹ Y, aun cuando pudiera reunirse, de nada serviría ello si entráramos en contacto con otras biología no humanas espiritualmente morales y amigas.

2.1.4).- Heteronomía de la dignidad humana.- La primera cuestión es, por tanto, subrayar que los Derechos humanos no nos los hemos dado nosotros mismos ni proceden

⁶²⁶ DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L.M., *Fundamento filosófico de la autonomía de la voluntad*, en PRATS ALBENTOSA, L., (Coordinador general), *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, editada por Consejo General del Notariado, Madrid, 2012, *op. cit.*, pp. 09-184, en concreto pg. 174.

⁶²⁷ LA TORRE, M., *op. cit.*, pg. 76.

⁶²⁸ LA TORRE, M., *ibidem*, pg. 76.

⁶²⁹ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 319, JUNG citado por CAMPBELL, J., *La imagen del mito*, ed. Atalanta, Girona - 2012, pg. 38 - 39.

del contrato social, de modo que no puede existir una atribución autónoma, (desde el individuo y para sí), ni heterónoma grupal. Surgen de una atribución universal y mística, (exterior e inidentificable sin fe), por la cual cada uno de nosotros nos encontramos a nosotros mismos vivos y autoconscientes a partir de cierta edad, (5-7 años), y durante cierto período de esperanza de vida.

La atribución universal y mística de los Derechos humanos a las personas significa que éstos y su moral están inmanentes en ellas, ciertamente, pero no porque ellas mismas los hayan colocado allí dentro. Es una atribución y una inherencia que tiene un origen exterior, esto es, concedido, otorgado, heterónomo. Ello permite fundar un principio moral y prescriptivo y elimina cualquier decisionismo individual y grupal⁶³¹. Ello convierte también al contrato social en una entidad instrumental y servil respecto del principio moral, el cual se alza como condición de su legitimidad: el contrato social es sólo titular de funciones o misiones respecto de los Derechos humanos, pero no de los propios derechos.

2.1.5).- Universalidad de la dignidad humana.- Se ha criticado la idea de universalidad de los Derechos humanos relacionándola con los Derechos humanos de primera generación concebidos como derechos del “hombre abstracto”, (BARRANCO⁶³²), o del hombre desnudo, (DE LUCAS). Señala DE LUCAS que estos derechos son universales en el tiempo y en el espacio porque no se ligan a ningún atributo o característica adicional, de modo que, en su opinión, este esfuerzo de abstracción cobró el precio de producir un sujeto vacío, inexistente⁶³³.

⁶³¹ MAREY, M., *op. cit.*, pp. 531 y 540 - 541

⁶³² BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 307.

⁶³³ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras....., op. cit.*, pp. 41 y 43. No obstante, también DE LUCAS considera que la universalidad es prenda propia de estos derechos, (DE LUCAS, J., *La globalización no significa universalidad de los Derechos humanos, (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)*, en Jueces

Se afirma así que ahora el Estado social de Derecho cuestiona la universalidad: la dignidad humana va a ser la de un sujeto histórico en una coyuntura comprometida por las condiciones materiales de existencia, teniendo en cuenta circunstancias que hacen desiguales a los individuos y que justifican un tratamiento desigual, (BARRANCO). No obstante, esta autora añade inmediatamente que “surgen los derechos sociales como “derechos de clase” que se van convirtiendo progresivamente en derechos de todos”:⁶³⁴ ello remite otra vez a la universalidad.

En mi opinión ha de separarse la justicia social distributiva y retributiva, (tratar igual al igual, desigual al desigual y distribuir y retribuir la participación individual en beneficios, costes y funciones sociales), de la cuestión moral, (universalidad de los Derechos humanos). Un tratamiento discriminatorio positivo en el Estado de Derecho es cuestión de justicia social sólo si existió una estructura también social y jurídica que determinó sistemáticamente superiores réditos para ciertos grupos identificables y en perjuicio de otros también identificados. Esta energía no es la misma que la que demanda, desde la universalidad de los Derechos humanos, que exista no sólo una igualdad formal sino también una igualdad real entre todas las personas por el solo hecho de ser personas. Por otra parte tampoco han de confundirse los Derechos fundamentales con el catálogo de estándares o calidades de vida en los diferentes países del planeta.

DOUZINAS incluye dentro de la moral y de la fuerza moral de los Derechos humanos su vocación dinámica a una igualdad real, que es universalidad materialmente encarnada.⁶³⁷

para la Democracia, número 32, 1998, ed. Jueces para la Democracia, Madrid – 1998, pp. 3 - 9, en concreto pp. 7-8).

⁶³⁴ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 308.

⁶³⁷ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 316.

LÓPEZ JACOÍSTE emplea una noción de objetividad que lleva de suyo ser universal: “una objetividad sustentadora en cuya virtud el interés de cada uno es al mismo tiempo interés de todos...una objetividad que antes y al margen de sustentarse en normas, consiste en la objetividad misma del ser, pues la condición de persona es inherente a todo humano”.⁶³⁸

PECES-BARBA MARTÍNEZ señaló también que los Derechos humanos deben ser universales, pero otorgando a la universalidad un valor como *desiderátum* u objetivo.⁶³⁹

Esta universalidad se proyecta más allá de la biología humana. Hablamos de universalidad como universalidad humana porque no concebimos, (como es posible o probable), que otras biología en el universo participen de la condición espiritual o psicológica en que consiste la llamada dignidad humana. Y al hablar de universalidad humana creemos que tal condición nos pertenece en algún modo.

Como señala CAMPS, “no es la especie sino la “condición humana” lo que tenemos la obligación de preservar”⁶⁴⁰, pero aquí nos falta un *nomen* para liberar, (desde lo terminológico), a esta condición espiritual de su adjetivado como “humana”, de su limitación al hombre y al planeta Tierra⁶⁴¹.

A mi juicio la universalidad es característica esencial de estos derechos y la paradoja que haya podido detectarse procede de la falta de encarnación de los mismos en la realidad de modo absoluto, esto es, de la dislocación entre la universalidad de su titularidad

⁶³⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 362.

⁶³⁹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La universalidad de los Derechos humanos*, en *Tiempo de Paz*, número 29-30, 1993, ed. Movimiento por la paz, el desarme y la libertad, Madrid - 1993, pp. 10 – 17; BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 308.

⁶⁴⁰ CAMPS, V., *op. cit.*, pg. 70.

⁶⁴¹ Con igual constricción JONAS formula su imperativo moral como valores o virtudes que aseguren la pervivencia de una vida humana auténtica o íntegra en la Tierra, (JONAS, H., *op. cit.*, pg. 40).

y la no universalidad de su ejercicio o disfrute. La medida de esta fisura lo es también de nuestro grado de imperfección actual, impotentes para optar entre un altruismo psicológico innato y una empatía que nos lanzan hacia los cielos de la igualdad real y un egoísmo y un miedo que nos encierran en los sótanos del desamor .

2.2).- Juridicidad directa de los Derechos humanos.- Con este concepto quiero referir cómo la doctrina de estos derechos ha difuminado la barrera estanca y definida que el positivismo levantó entre Derecho y Moral⁶⁴².

DE CASTRO Y BRAVO ya había señalado la tutela constante de valores morales sobre las legislaciones y una “Tendencia “moralizadora” del Derecho, que viene sirviendo de freno o contrapeso...”, así como “la necesidad interna que siente toda ordenación jurídica de justificarse en términos de Justicia”⁶⁴³. En este sentido ratificaba “la dependencia jerárquica del Derecho positivo, mediata respecto a la Moral e inmediata hacia el Derecho Natural.”⁶⁴⁴

DOUZINAS⁶⁴⁵ considera que esta doctrina ha superado su sede puramente moral y muestra una eficacia ideológica que la ha dotado de un doble valor:

1) cierta juridicidad internacional supraestatal o no territorial estatal: Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Corte Europea de Derechos humanos, Corte Americana de Derechos humanos, Corte Africana de Derechos humanos y de los Pueblos, la vida de la jurisdicción universal en nuestro país a través del artículo 23.4 LOPJ,

⁶⁴² PECES-BARBA MARTÍNEZ, G, *Sobre el puesto de la Historia...*, op. cit. pg 223 y 228.

⁶⁴³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 16 y 18.

⁶⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 23, en *Derecho Civil de España, Volumen I*, op. cit.

⁶⁴⁵ DOUZINAS, C., op. cit., pp. 310 y 338.

finiquitada hoy por LO 1/2014⁶⁴⁶, y el llamado Derecho Internacional humanitario, que desde las cuatro convenciones de Ginebra busca humanizar el conflicto armado y se aplica también a grupos sublevados en armas⁶⁴⁷.

2) cierta juridicidad *de facto*, entendiendo aquí un motor o poder que determina efectivamente cambios legislativos y que no es difuso sino identificable.

3) una difuminación de las barreras entre Derecho y Moral. En este sentido PRIETO SANCHÍS menciona a ALEXY, DWORKIN, ATIENZA y RUIZ MANERO a través de sus doctrinas de los principios y de una distinción fuerte entre éstos y las reglas jurídicas⁶⁴⁸, y también cabe citar a OLLERO, para quien el positivismo jurídico deja de ser válido como teoría jurídica dominante desde el momento en que el sistema de fuentes queda modificado con la Constitución de 1.978⁶⁴⁹.

BARRANCO señala a LAPORTA SANMIGUEL y HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, quienes basan los Derechos fundamentales positivizados en derechos morales⁶⁵⁰, y en los que se produce también cierta difuminación entre Derecho y Moral. Señala esta autora que tales posiciones son tributarias de NINO, quien manifiesta que esta

⁶⁴⁶ La justicia universal desaparece del art. 23 LOPJ con la reforma por LO 1/2014 de modificación de la LOPJ relativa a la justicia universal de modo que la Audiencia Nacional ha decidido el día 21 que resolverá en pleno acerca del archivo de todas las causas pendientes, (http://www.teinteresa/política/UNIVERSAL-AUDIENCIA-UNANIMIDAD-RESOLVER-PRESENTADOS_0_1105690080.htm)

⁶⁴⁷ HUHLE, R., *op. cit.* pg. 13.

⁶⁴⁸ PRIETO SANCHÍS, L., en BETEGÓN, J., *et alii*, *Lecciones de Teoría del Derecho*, editorial McGraw-Hill, Madrid - 1997, Lección XIV, pp. 335 – 360, en concreto pg. 357 - 358.

⁶⁴⁹ OLLERO TARASSA, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, editorial Edersa, Madrid - 1982, pp. 162 - 188.

⁶⁵⁰ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 314 - 315.

dimensión moral es de tal tipo que impone a los órganos del Estado el deber de estatuir su reconocimiento institucional.⁶⁵¹

En este mismo sentido no deja de ser significativo el modo en que el TJCE se ha autoatribuido una competencia general de protección de Derechos humanos que no tenía jurídicamente transferida, basándose en que una norma expresa no era necesaria para estimar que cualquier competencia transferida sobre cualquier materia llevaba innatamente aparejada que debería ser ejercida por las Instituciones Comunitarias respetando las mismas obligaciones en materia de DDHH que tenían los Estados miembros antes de transferirlas⁶⁵², (¿fuente sustancial del Derecho?).

DOUZINAS refiere una metafísica de los Derechos humanos inmanente en las sociedades, constituyendo exigencia ineludible para lo jurídico: “La persistencia de la distancia entre la humanidad y los derechos, (legales), o entre el momento de la utopía en los Derechos humanos y la ley, indican que su fuerza y rebeldía se relaciona con algo metafísico que está latente y adquiere nuevo significado en la postmodernidad”⁶⁵³

Y añade: “...los Nuevos Tiempos tras el colapso del comunismo han elevado a los Derechos humanos a la categoría de principio central... Los Derechos humanos son la ideología que queda tras el fin y la superación de las ideologías o, para adoptar un término en boga, la ideología de la globalización “al final de la historia”⁶⁵⁴.

BARRANCO señala cómo a partir de un determinado momento histórico el poder necesita a los derechos para asegurarse la obediencia⁶⁵⁵, y ello consagra la fuerza que sobre el Derecho tiene la doctrina moral de los Derechos humanos.

⁶⁵¹ NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona - 1983, pp. 196 - 197.

⁶⁵² MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, ed. Iustel, Madrid - 2005, pg. 179.

⁶⁵³ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 338.

⁶⁵⁴ DOUZINAS, C., *ibidem.*, pg. 310.

⁶⁵⁵ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 77.pg

Finalmente, TAPIA VALDÉS manifiesta que “se ha generado el desarrollo de un derecho global que no consiste en legislación propiamente tal, ni tiene constitución política ni una jerarquía normativa políticamente ordenada. Esto obliga a repensar la doctrina tradicional sobre fuentes del Derecho”.⁶⁵⁶

En esta redefinición se sitúa la especialísima norma jurídica que es la propia constitución y los forzamientos a que obliga respecto de la teoría tradicional de la norma objetiva al caracterizarse como una nueva fuente del Derecho materialísima o sustancialísima⁶⁵⁷, única en caracteres y propiedades frente a las demás. Se señala así su abstracción, parquedad o fragmentariedad sin que nada de ello impida su eficacia directa y su invocación por el Juez ordinario sin intermediación legislativa, (ante laguna legal, como se dijo), sin reducir la CE a meros principios generales del Derecho o valores del ordenamiento jurídico.⁶⁵⁸ Estas características resultan sorprendentes desde el punto de vista de la norma jurídica tradicional y ello procede del sobrevalor material y sustantivo que poseen, en cuanto morales, los Derechos fundamentales.

⁶⁵⁶ TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pg. 123.

⁶⁵⁷ BARRANCO AVILÉS señala que “si la Constitución es superior a la ley en otro sentido del jerárquico, es preciso introducir una nueva teoría del Derecho que tenga en cuenta la idea de una “constitución material” - expresión que utilizo en un sentido muy amplio”, quedando así superado el positivismo como teoría del Derecho, (BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 133). Y, asimismo, destaca la superioridad de los principios [normas que contienen Derechos humanos] sobre las reglas “por cuanto contienen los valores más importantes del Ordenamiento, y es precisamente la vinculación con la moral la que justifica su fuerza expansiva”, (BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 156).

⁶⁵⁸ Valores o principios sin eficacia normativa directa los consideran las doctrinas de *Drittwirkung* mediata, (como señala BILBAO UBILLOS, *op. cit.*, pp. 302 y ss.), y la teoría alemana de los valores, (*Wertheorie*), que los concibe como derechos subjetivos de defensa y como normas objetivas de principio para inspirar al legislador y al Juez, (una crítica en PACE, A., *¿Para qué sirve la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea? Notas preliminares*, en UNED. Teoría y Realidad constitucional, número 7, primer semestre 2001, Madrid - 2001, p. 173-186, en concreto pg. 186).

2.2.1).- Poder sustentador de esta juridicidad.- DOUZINAS explica la vena de poder real que funciona en la no vertebrada sociedad internacional: “Esto nos conduce a una distinción crucial entre globalización y universalización, que ha sido casi totalmente eludida en el debate sobre los derechos humanos. El universalismo del derecho natural clásico o el universalismo normativo kantiano actuaron como principios reguladores... La universalidad empírica de los derechos humanos, por otro lado, no es un principio normativo. Es más bien una cuestión de ver cuantos estados han ratificado convenios, cuántos y cuáles, y cuáles han introducido reservas o derogaciones a las obligaciones de los tratados. Cuando la universalidad normativa se convierte en una calculable globalización, pasa de ser un etéreo, imposible ideal a convertirse en el denominador común de los intereses y rivalidades estatales. Cada estado y poder cae bajo el manto del derecho internacional de los derechos humanos, cada gobierno se convierte en civilizado cuando el “derecho del príncipe” se convierte en el derecho “universal” de la dignidad humana. Pero ésta es una universalidad empírica, basada en la competitiva solidaridad de los gobiernos soberanos y en los cálculos pragmáticos de la política internacional”.⁶⁶⁰

Ello tiene también una lógica económica: “Pero esos principios y el intento por diseminarlos no son simplemente el resultado de la predisposición liberal y caritativa de Occidente. La moral global y las reglas cívicas son intrínsecas a la universalización de la producción económica y el consumo, a la creación de un sistema capitalista mundial... hemos sido testigos sin gran ruido de la creación de reglas jurídicas globales para la economía capitalista mundial, entre las que se encuentran reglas para la inversión, el comercio y la propiedad intelectual... que preparan al individuo del nuevo orden, un ciudadano del mundo, altamente moral, altamente regulado, pero también muy diferente a

⁶⁶⁰ DOUZINAS, *op. cit.* pg. 319.

nivel material, pese al conjunto de derechos humanos de los que disfruta, desde Helsinki a Hanoi y de Londres a Lahore”, (DOUZINAS)⁶⁶¹.

Así la moral de los Derechos humanos no es la única fuerza universalista existente: la globalización es una energía fundamentalmente económica que tiene su propia ideología y propuesta moral. Junto a los Derechos humanos universales señala LAPORTA SAN MIGUEL una *Lex Mercatoria* o *Ius Mercatorum* internacional que “pretende ser algo más que un Derecho internacional desarrollado.”⁶⁶³

2.2.2).- Interdependencia entre Derechos humanos y soberanías.- Señala DOUZINAS cómo “Los Derechos humanos y la soberanía nacional, los dos principios antitéticos del derecho internacional, nacieron juntos, siendo su carácter antagónico más aparente que real”⁶⁶⁷ Así la dependencia de los Derechos humanos respecto de las soberanías estatales es finalmente, (por el contacto internacional de los diferentes Estados), una dependencia respecto del soberano más fuerte, (*dictator* o soberano planetario en sentido schmittiano), que prestará su poder superior para imponer su propia interpretación y aplicación de los mismos, (*Spread Democracy*)⁶⁷⁰.

Este papel del soberano más poderoso hacia lo universal puede manifestarse: 1) mediante cláusulas de exclusión, así cuando los americanos rechazan la jurisdicción universal del nuevo Tribunal Internacional de Justicia; y 2) mediante interpretación auténtica: George Bush declaró que, pese a la unánime doctrina internacionalista en contra,

⁶⁶¹ DOUZINAS, C., *ibidem*, pg. 320.

⁶⁶³ LAPORTA SAN MIGUEL, F.J., *Globalización e imperio de la ley. Algunas dudas westfalianas*, en CANCIO MELIÁ, M., *Globalización y Derecho*, ed. Universidad Autónoma de Madrid – BOE, Madrid - 2006, PP. 177 – 198, pg. 187. En el mismo sentido TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pg. 123.

⁶⁶⁷ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 315.

⁶⁷⁰ No debe olvidarse que la autoatribución por parte de USA de ser el intérprete y garante único de los DDHH no es obra exclusiva de G.W. Bush. Ya en 1998 la administración Clinton atacó unilateralmente Afganistán y Sudán.

los talibanes presos en la Bahía de Guantánamo no son en realidad prisioneros de guerra sino una nueva categoría designada como “combatiente ilegal”, siendo ésta la única interpretación “auténtica” de la Convención de Ginebra.⁶⁷¹

GARCÍA CANTERO considera también estas cuestiones a partir de la realidad de la mundialización o globalización de la soberanía: “Muchos signos nos dicen que todavía no hemos salido, y quizá no saldremos, del horizonte de la soberanía. Nuestro horizonte no puede ser sino el de un Estado - nacional, europeo, mundial - que ejercita su soberanía sobre los individuos, y que la ejercita mediante el derecho. Pero si la lógica de los derechos refuerza la hipertrofia del derecho y obliga a permanecer encerrados en la lógica de la soberanía, las vías a recorrer son otras y más difíciles, puesto que obligan a repensar las coordenadas jurídicas, políticas, sociales y económicas de la modernidad... Esta ponencia, en definitiva, nos alerta sobre el riesgo de trasladar miméticamente la noción clásica de soberanía estatal a un hipotético Estado mundial, pues hacerlo así equivaldría a crear un *Leviatán* gigantesco que terminaría devorando a la persona. A mi juicio, constituye un auténtico desafío el tener que repensar un breve catálogo de derechos-deberes cuyo cumplimiento debiera poder exigirse, por cualquier ciudadano del mundo, ante un Tribunal universal.”⁶⁷²

Como dije antes, en espera de una sociedad angelical no parece que podamos aspirar a otra cosa.

2.3).- Metajuridicidad y límite a la soberanía constituyente: El poder constituyente originario no está sujeto a límites normativos procedentes de ningún sistema

⁶⁷¹ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 323.

⁶⁷² GARCÍA CANTERO, G., *Mundialización o Globalización, (Glosas a una reciente aproximación italiana)*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Vol. 1, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1141-1169, en concreto pg. 1.165).

constitucional pues el puro ejercicio de poder es metajurídico, óntico, como la guerra⁶⁷³. Por ello señala TAPIA VALDÉS que los límites, de existir, habrán de provenir del metalenguaje con que quiera expresarse tal poder que, en el mundo globalizado actual, es el propio del sistema democrático constitucional, conocido y sujeto a crítica por los pueblos del mundo que lo comprenden, aceptan y practican⁶⁷⁴.

TAPIA VALDÉS enumera los siguientes límites genéricos para los ejercicios constituyentes: 1) los Derechos fundamentales, 2) los principios consustanciales al sistema político y forma del Estado democrático y de Derecho, 3) los principios de *Ius Cogens* y Derecho Internacional Público consuetudinario y convencional.⁶⁷⁵

Acto irregular del poder constituyente es para TAPIA VALDÉS aquél que quebrantara la lógica, ética y la fuerza política del *supra* ordenamiento jurídico o metalenguaje de la sociedad mundial democrática globalizada.

La posibilidad de sanción de tal acto irregular procede de la aceptación general por la comunidad internacional de que el deber de no intervención de los Estados en los asuntos internos de otros cesa en caso de violaciones masivas y sistemáticas de los Derechos humanos y de que tales violaciones generarían, además, un derecho a la resistencia e insurrección.⁶⁷⁶ Otra discusión es si ello ha de tener lugar a través de organismo multinacional o unilateralmente por el soberano schmittiano en el orden internacional que representa hoy USA, lo que contrapondría una sanción reglada *versus* un ejercicio de decisionismo.

⁶⁷³ PEÑALVER GÓMEZ, P., *op. cit.*, pg. 166.

⁶⁷⁴ TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pg. 131, manifestando que ello explica la llamada Cláusula Democrática del sistema latinoamericano de naciones.

⁶⁷⁵ TAPIA VALDÉS, J., *ibidem.*, pg. 132.

⁶⁷⁶ TAPIA VALDÉS, J., *op. cit.*, pg. 140 y pg. 131.

Ciertamente las acciones unilaterales de USA en estos asuntos han actualizado las doctrinas del soberano y el decisionismo de SCHMITT. BOSOER⁶⁷⁷ señala que la acción neoliberal, el desafío de la globalización y la crisis de gobernabilidad refutan los argumentos contractualistas y racionalistas del contrato social y abren paso a un decisionismo que ya no es estatista, (como en los años 20 y 30 del s.XX), sino anti o extra estatista, (las soluciones llegan desde fuera del Estado en procesos no reglados y opacos, G7, G20, BCE, Reserva Federal, FMI, *troika*, reuniones discrecionales entre gobernantes). Ello debilita al Estado soberano a pesar de que es éste nuestro mejor instrumento para la inteligibilidad y protección de los Derechos humanos.⁶⁷⁸

3).- ALGUNAS DERIVADAS DE LA ATRIBUCIÓN UNIVERSAL

3.1.- Atribución universal y primacía de apropiabilidad pública. Al examinar el Derecho público directo señalé cómo en ocasiones éste se produce imperativamente sobre conductas personales que afectan a Derechos humanos y fundamentales, particularmente sobre la libertad humana, (servicio militar, sumisión jurisdiccional, concepción y crianza, Derecho Penal, etc.).

Ello contraría la naturaleza instrumental del contrato social y su condición de legitimidad en el respeto precisamente de tales derechos: no debería existir ninguna necesidad orgánica o funcional del contrato social que pudiera imponerse sobre la consideración humanitaria⁶⁷⁹. Como dije antes, las claudicaciones de Derechos humanos

⁶⁷⁷ BOSOER, F., *Maquiavelo, Schmitt, Gramsci y el decisionismo de los años 90: viejos y nuevos príncipes*, en VRNAGY, T., *Fortuna y virtud en la república democrática: ensayos sobre Maquiavelo*, ed. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires - 2000, pp. 115-126, en concreto pp. 118-123.

⁶⁷⁸ LABARDINI, R., *op. cit.*, pg. 584; HUHLE, R., pp. 3-4 y 16 y ss.

⁶⁷⁹ JÄCKEL, H., *op. cit.*, pg. , pg. 112.

frente a los poderes públicos no pueden fundarse sino en estos mismos Derechos humanos otra vez, esto es, en el dato de que estos derechos sólo existen intersubjetivamente, en sociedad de individuos y en competencia de sociedades, de modo que es precisa una cohesión y organización que sólo puede acometer el contrato social, (instrumentalidad). La sociedad no es superior al individuo ni se protege *per se*.

Como señala GARCÍA SIERRA: “Suponemos referida la moralidad a los sujetos humanos pero entendidos no ya como “espíritus”, “conciencias” o “mentes” inmatriciales...sino como sujetos corpóreos... No tendría ningún sentido hablar de una ética o de una moral referida a las cosas impersonales. Las cosas impersonales no son sujetos morales...salvo indirectamente: si debemos preservar incontaminados a los mares no será por su condición de partes de la Naturaleza... sino porque ellos son necesarios para la vida humana”.⁶⁸¹ No es posible, por idénticas razones, referir la idea moral a la sociedad en sí misma considerada, y en este sentido GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ y NINO.⁶⁸² De ahí, como dije, que el principio conservativo que separa a la moral de la ética, (sin convertirla en utilitarismo), no es verdaderamente principio conservativo de la sociedad sino del propio individuo y de su dignidad humana.

En este sentido, la opresión del servicio militar obligatorio es menos ofensiva para los Derechos humanos que la conquista y sumisión a un pueblo guerrero que asesina o esclaviza al extranjero o derrotado. Este dilema fue enfrentado por todas las sociedades previas a las nuestras actuales y tiene tan sólo una solución moral: la que se orienta a la máxima conservación aun imponiendo sacrificios de libertad individual.

La condena al precinto y cuarentena de barrios y casas afectados por la peste en el Londres del s.XVII no puede justificarse en la necesidad de salvar el todo, (sociedad,

⁶⁸¹ GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*, pg. 465.

⁶⁸² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *op. cit.*, pg. 202; NINO, C.S., *Ética y derechos humanos...*, *op. cit.*, pg. 173.

ciudad), sacrificando una parte, (un barrio, miles de ciudadanos), sino en que la máxima conservación y protección del derecho individual a la vida se encuentran en salvaguardar el mayor número de personas cuando la alternativa es la muerte de todas ellas⁶⁸⁴.

Puesto que, como dice DOUZINAS, la explicación de la situación de los Derechos humanos “no puede funcionar en abstracto sino sólo como instrumento de los poderes dominantes de los nuevos tiempos o por los ciudadanos que reclaman una igualdad material y no sólo formal”⁶⁸⁵, entonces una situación inaceptable u opresiva de los Derechos humanos en una sociedad dada o bien es tiranía o bien es la mejor organización y disfrute posible de los mismos en relación con los retos que la supervivencia de ese grupo y de esos individuos enfrentan. Sólo esta segunda opción ahorra costes de poder y dominación porque precisamente ofrece el máximo posible para todos: las mujeres *yanomami* no tolerarían infanticidio femenino selectivo, agresiones a las adultas incluyendo en ocasiones el asesinato y sumisión absoluta al varón si no percibieran que ello es necesario o mal menor. Hoy olvidamos muchas veces la relación directa entre los retos que enfrenta un grupo y la posibilidad de un espacio para la individualidad y la dignidad humana en el mismo⁶⁸⁶.

El debate moral toma aquí esta característica conservativa. El debate ético, (individual), puede ser otro. Así en el dilema de los naufragos, (dos naufragos, una balsa que sólo sostendrá a uno de ellos y un cuchillo), ambos hombres pueden escoger

⁶⁸⁴ En el pueblo de Eyam, (Derbyshire), la cuarentena supuso la muerte del 75% de sus habitantes: casi no quedó un todo que salvar, pero, de haber sobrevivido una sola persona, ello habría sido justificación moral suficiente, (www.eyammuseum.demon.co.uk/)

⁶⁸⁵ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 321

⁶⁸⁶ Ya DE CASTRO Y BRAVO apreció cómo el renacimiento de la doctrina de la autonomía de la voluntad, al tiempo en que él escribía *El negocio jurídico*, era fruto de un “momento histórico, de vigencia del neo-realismo y en el que se persiguen los logros de una “sociedad opulenta”, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 22).

arriesgarse a salvarse los dos o ninguno de ellos negándose a luchar entre sí, o incluso uno de ellos, (héroe), puede suicidarse con el propio cuchillo o arrojándose al mar. La ética no precisa ser conservativa⁶⁸⁷.

3.2).- Atribución universal y significado de la nulidad.- La violación de los Derechos humanos produce ineficacia en todos los órdenes civil, administrativo y procesal. En Derecho privado la nulidad exclusión utiliza la técnica de no permitir nacer a la especie sistemáticamente posible cuando a afecta a tal núcleo de derecho. Pero no lo expresa directamente sino convocando ciertas cláusulas generales en las que pueden considerarse comprendidos, (orden público, moral, buenas costumbres, buena fe⁶⁸⁸). Ello ha podido abonar las ideas *Drittwirkung* mediata irradiando sólo a través de principios y conceptos generales dirigidos al Juez.⁶⁸⁹

En Derecho administrativo se declarara directamente no reparable, perpetuamente sin valor jurídico y siempre retirable como mero hecho, (nulidad absoluta), a los actos administrativos que afecten a los “derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional”, (artículo 62 a) LRJAPPAC), lo que también es una inteligencia sustantiva o material.

Y en Derecho procesal el artículo 238 LOPJ establece la misma ineficacia irreparable, *ab initio* y perpetua, (nulidad absoluta), para cinco supuestos que detalla. Todos ellos tienen un significado sustantivo que suponen una lesión *ad cassum* del derecho

⁶⁸⁷ GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.* pg. 477.

⁶⁸⁸ Díez.PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias, op. cit.*, pg. 59-67

⁶⁸⁹ Así RUBIO LLORENTE, F., *El recurso de amparo constitucional*, en *La jurisdicción constitucional en España*, ed. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1995, pp. 125 - 190, en concreto pg. 141; ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 75. Cita, pero no comparte estas doctrinas, SARAZÁ JIMENA, *op. cit.*, pg. 109.

fundamental de tutela judicial. Por ello el número 3 del artículo 238 LOPJ sólo admite nulidad absoluta por defecto procedimental cuando sustantivamente éste haya producido indefensión; en otro caso se expulsa hacia la anulabilidad.

La idea sustantiva que domina esta sede de nulidad por violación de Derechos humanos puede considerarse que surge directamente de la misma fuente material de la que procede la universalidad de la atribución de los Derechos humanos y la eficacia directa de la CE como norma jurídica. No sería precisa por tanto, (aunque es obligado para el legislador y lo ha establecido), la concreción expresa de aquella nulidad en la norma jurídica de detalle civil, administrativa o procesal. Pese a la tradicional regla “*pas de nullité sense texte*”, la peculiar naturaleza de la CE en este punto como fuente y norma jurídica material determina no sólo su eficacia directa en derechos/deberes públicos y privados y su invocación directa por el Juez, sino también esta otra consecuencia de ineficacia general *contra substantiam*.⁶⁹⁰

A pesar de lo dicho, DELGADO ECHEVERRÍA y PARRA LUCÁN⁶⁹¹ manifiestan cómo, en la cuestión civil general, la apreciación de la nulidad absoluta de oficio encuentra jurisprudencia contradictoria y sólo cabría su admisión muy restrictivamente y por causas muy señaladas debiendo, además, señalarse que esta apreciación de oficio no podría ser inaudita parte por razón del 24 CE. Señalan estos autores cómo DÍEZ-PICAZO señaló en sus Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial T.I, 4ª edición que “Es concebible que el Juez proponga de oficio la cuestión de la validez y decida oír a las partes sobre ella, aunque

⁶⁹⁰ DE CASTRO Y BRAVO recuerda como la regla “*pas de nullité sans texte*” es tributaria de un concepción de la nulidad como pena y norma odiosa, (DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 464), hoy superada por la noción de norma jurídica constitutiva, (HART, H.L.A., *El concepto del Derecho, op. cit.*, pg. 33 y ss.; ATIENZA, M., *De nuevo sobre las madres de alquiler... op. cit.*, pg. 56), y, en la sede humanitaria, por la virtud sustancial de su valor moral.

⁶⁹¹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, *op. cit.*, pg. 178.

esta solución no encuentre hoy una vía procesal clara”, afirmación que desaparece en la 5ª edición de 1996 y reaparece en la 6ª del año 2007.⁶⁹²

3.3).- Atribución universal y significado de la jurisdicción.- La jurisdicción tiene una función general de resolución de conflictos privados y una función específica de proteger los Derechos fundamentales en las relaciones entre particulares.⁶⁹⁶ En su aspecto contencioso ello puede suponer función sobre función, (protección de Derechos fundamentales resolviendo una controversia sobre los mismos, tutela jurisdiccional como derecho de segundo grado). En otras ocasiones, se limita a la pura función garantista, (proceso judicial en la adopción, nombramiento de defensor judicial, seguimiento de tutela), o a la contenciosa, (proceso sobre materia ordinaria).

La jurisdicción en función contenciosa puede excitarse en sede de Derechos humanos en las relaciones entre particulares bien por existir una intrusión o agresión, bien por existir una articulación o cohesión pactada particularmente entre las personas concernidas que luego no se respeta. La especialidad de esta sede determina que en este último caso el objeto del litigio no sería propiamente el incumplimiento del negocio personal, (inejecutable específicamente), sino directamente la lesión de un Derecho fundamental, volviendo a invocarlo *ex novo* y no *ex conventione*.

En todos los casos el significado de la actuación jurisdiccional habría de ser libre respecto de cualquier convenio o petición de las partes, y ello por la atribución universal de la que proceden tales derechos, por su valor moral, y por los deberes omnidireccionales públicos y privados que nacen de ellos y forman parte del estatuto material de la jurisdicción y del proceso. Ello conecta al juzgador directamente con los Derechos

⁶⁹² DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem.*, pg. 178; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del contrato, op. cit.*, 4ª edición pg.433, 5ª edición pp. 472 - 473, 6ª edición pg. 566.

⁶⁹⁶ LABARDINI, R., *op. cit.*, pg. 584.

fundamentales y la CE, no con las peticiones e impulsos de las partes y, de este modo, parecería que el *petitum*, o el impulso procesal de parte, (179 y 216 LEC sólo modulados por la LEC para competencia desleal, publicidad ilícita y discriminación por sexo⁶⁹⁷), no habrían de impedir al juzgador civil señalar lo que considerara como mejor articulación de los Derechos humanos en contacto en orden a conseguir su maximización *ad cassum*, siempre *audita parte* ex 24 CE y encontrando el cauce procesal oportuno para ello.

Hoy no existe, sin embargo, ningún procedimiento civil especial para esta clase de derechos⁶⁹⁸, pues el Libro IV de la LEC sólo establece procedimientos singulares para otros institutos personales en sede de capacidad, filiación, matrimonio y menores. La LEC se limita a prever en su artículo 249.1.2º que las demandas que planteen la tutela judicial civil de estos derechos se sustanciarán por los trámites del procedimiento declarativo, si bien será siempre parte el Ministerio Fiscal y se tramitarán “preferentemente”⁶⁹⁹, sin conceder a la sede iusfundamental contenciosa las virtudes del proceso sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, (artículo 751 LEC, (indisponibilidad del proceso), y artículo 752, (prueba en cualquier momento y de cualquier origen, incluso decretada de oficio por el Tribunal, la conformidad de las partes sobre los hechos no vincula al Tribunal, libertad del Tribunal respecto de las normas de valoración de prueba, etc.), virtudes todas ellas procedentes de teñirse lo contencioso con una nota garantista, (así el Juez puede separarse del convenio presentado por los divorcistas, art. 777.7 y 8 LEC sin verse sujetado por su voluntad).

⁶⁹⁷ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg 428 - 434.

⁶⁹⁸ SARAZÁ JIMENA considera tipos especiales los procesos para ejercer el derecho de rectificación, la tutela en la jurisdicción ordinaria de los derechos de honor, intimidad personal y familiar y el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 241 LOPJ, (SARAZÁ JIMENA, R., *ibidem.*, pg. 437).

⁶⁹⁹ SARAZÁ JIMENA, R., *ibidem.*, pg 421.

Esta distinta consideración podría obligar al Juez a conformarse con un silencio, inacción, renuncia o con un *status quo* fácticamente producidos que quizá no encarnen el *máximum* para los Derechos fundamentales concernidos y que como fruto, siquiera tácito, de autonomía de voluntad que aparta al Juez, no sería admisible en mayor medida de lo que señale la doctrina de renuncia y disponibilidad de estos derechos que se tratará con posterioridad.

CARRASCO DURÁN señala una pérdida de interés del legislador por la figura del proceso especial, preferente y sumario que del artículo 53.2 CE, lo que atribuye a una demanda inferior a la esperada y a las dificultades de separar contenidos iusfundamentales, (en el proceso especial), y otros de mera legalidad ordinaria, (en el proceso común).⁷⁰⁰

SARAZÁ JIMENA señala la dificultad de discernir tales materias, (la cuestión iusfundamental surgirá frecuentemente por vía de reconvención), y subraya cómo la conmixción de distintas calidades puede afectar a la tutela de los derechos subjetivos, (comenzar el pleito como iusfundamental y haberse de terminar por versar sobre legalidad ordinaria, proveer el Juez sólo a lo iusfundamental y no poder resolver sobre lo conexo como intereses no fundamentales)⁷⁰¹. No obstante, ello supone colocar al artículo 24 CE como superior sobre otros Derechos fundamentales.

Aun con estas coartadas SARAZÁ JIMENA termina por reconocer la contradicción entre la LEC y el artículo 53.2 CE, pues no sólo no desarrolló la sumariedad y especialidad prevista por la Constitución, sino que derogó la LPJDF de 26 de Diciembre de 1978 que era más complementaria y congruente con aquel artículo. No obstante, intenta todavía

⁷⁰⁰ CARRASCO DURÁN, M., *Los procesos para la tutela judicial de los Derechos fundamentales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 2002, pg. 90.

⁷⁰¹ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 425 - 427.

salvar esta desacoplamiento invocando las medidas cautelares dispuestas por los artículos 721 y ss. de la LEC⁷⁰².

Si apreciamos la actuación paralela de la jurisdicción constitucional podremos apreciar cómo en ella el TC no se limita a lo iusfundamental anulando la resolución judicial previa, (TS o AN), reenviando el asunto con técnica casacional o incluyendo, a lo sumo, unos parámetros sobre las posibles medidas de protección o reparación, sino que toma sus atribuciones y sus poderes con la mayor amplitud a pesar de lo que resulta de la consideración conjunta de los artículos 44, 54 y 55 de la LOTC, (SSTC 38/1981 de 23 de Noviembre, 104/1987 de 17 de Junio, STC 99/1994 de 11 de Abril).⁷⁰³ Y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ considera que la STC 186/2001 de 17 de Septiembre permite concluir que el TC aprecia que él mismo puede otorgar y fijar en el amparo la indemnización por violación de Derechos fundamentales.⁷⁰⁵

Es posible que sea la autonomía de la voluntad la clave que determina estas diferencias entre el proceso constitucional y el civil. Pero, como también señalé, la autonomía de la voluntad no es un absoluto frente a los Derechos fundamentales y la continuidad de la naturaleza iusfundamental y de su atribución universal, (sea que haya de ponderarse o no con las autonomías personales), no permiten negar de plano, a mi juicio, las mismas excepciones a las reglas del proceso civil que existen cuando esta jurisdicción

⁷⁰² SARAZÁ JIMENA, R., *ibidem*, pg. 459; también señalaron la mayor importancia de medidas cautelares eficaces antes que procedimientos especiales, sumarios o preferentes DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, (DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Los procesos constitucionales*, (coloquio), editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1992, pg.147 y PÉREZ TREMP, (PÉREZ TREMP, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Fundación Alternativas, documento de trabajo 28/2003, (www.fundacionalternativas.com/laboratorio), 2003, pg. 24.

⁷⁰³ SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pp. 360 - 362.

⁷⁰⁵ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos fundamentales*, ed. Civitas, Madrid - 2003, pg. 88.

contenciosa se desempeña con notas garantistas, (artículos 751 y ss. LEC), o como plenamente garantista, (art. 1825 y ss. LEC 1881).

Como dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, los bienes e intereses iusfundamentales son objetos de una cuádruple protección y sus afecciones más intensas y nucleares son atendidas por el Derecho penal⁷⁰⁶. Ello resulta más aherrojado en cuanto el derecho emane más propiamente del ser, (todo atentado a la vida corresponderá al tipo del homicidio), que del tener o hacer, (sólo perturbaciones muy potentes de la libertad como coacción o secuestro ingresan en esta sede y sólo afecciones a la inherencia misma del derecho de defensa permiten entender ofendido el 24 CE, (condena penal sin proceso frente a denegación sin motivo de una prueba en proceso civil), o la intimidad, (revelación puntual vs. grabación y exposición en internet de todo lo que ocurre en un domicilio sin conocimiento de sus moradores).

Pero, a mi juicio, entre la intervención penal y la plena disponibilidad del proceso civil sobre Derechos fundamentales queda todavía una zona donde no puede afirmarse automáticamente que la controversia dependa absolutamente de las voluntades privadas y que tome siempre una neutralidad moral que permita limitar o apartar la acción jurisdiccional, (incluso criticando las posibilidades de arbitraje en tal *locus*⁷⁰⁷). Entiendo que una sumisión general del juzgador en cuestión iusfundamental a los principios generales de la controversia civil ordinaria resulta inadecuada.

⁷⁰⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*, pg. 547 - 548).

⁷⁰⁷ En sede familiar ROCA TRÍAS considera por estas razones que “el resquicio para acudir a esta forma de resolución de los conflictos conyugales es muy pequeño”, (ROCA TRÍAS, *Crisis matrimonial y arbitraje*, en Anuario de Justicia Alternativa, ed. Tribunal de Arbitraje de Barcelona y J.M: Bosch, editor, número 6, Febrero 2005, Barcelona - 2005, pp. 171 - 200, en concreto pg. 174).

4).- ATRIBUCIÓN UNIVERSAL Y DERECHO DE FAMILIA.-

La familia es un *locus* o *hábitat* donde se encuentran Derechos fundamentales emanados del ser mismo de la persona, (predominio del ser sobre el hacer o tener), y donde, además, estos intensos y nucleares Derechos fundamentales se manifiestan desnudos, abiertos, ofrecidos íntimamente a la perturbación ajena por cuanto, si en algún lugar la persona ha de ser ella misma sin máscaras ni armaduras, es en este dominio de afección y sentimiento. Esta realidad convierte a la familia en lugar máximo para la manifestación y desarrollo del amor humano y, con ello, para que el contrato social aproveche esta energía amorosa para cumplir funciones principalísimas del contrato social, (prole, crianza, socialización, dependencia).

Constituyen relaciones de individuo a individuo, pues el amor humano y el impulso altruista y moral son productos psicológicos individuales. No existe un sujeto “familia” sino que las necesidades y los deseos de las personas tejen unas relaciones que, a veces, se han identificado con un *tertium* nuevo entre individuo y contrato social. No obstante, los papeles y guiones que aparecen en la obra familiar se conforman típicamente porque es típica la necesidad de los humanos para amar y ser amados en las distintas perspectivas de dependientes y sostenedores.

La afirmación de la atribución universal de los Derechos fundamentales subraya simultáneamente la indisponibilidad del derecho mismo, (falta de titularidad o autoatribución), y la intersubjetividad, (yo no soy el único digno), lo que deriva en la necesidad de negociación y convenio, (con significado jurídico o sin él). Esta negociabilidad intrínseca a la inexorable intersubjetividad tiene el valor de una articulación entre usufructuarios concurrentes, pero no de un intercambio entre titulares o de un

ejercicio de derechos, (libertad), superiores a otros. Ello es un problema personal, intersubjetivo y iusfundamentalista.

Percuten, además, en las familias funciones públicas que tienen un valor necesario para la optimización de los Derechos fundamentales de todos los ciudadanos, otorgándoles primacía de apropiabilidad pública, (siempre ponderadamente), incluso sobre conductas personales y sobre aquellos mismos derechos. Una vez aparecido el hecho familiar, (incluso *ex voluntate*), estas funciones se imponen verticalmente con inteligencia de Derecho público en tanto permanezca el mismo, (mayoría de edad, recuperación de capacidad). El punto, grado y proporción de tales apropiaciones públicas y su protocolo ha de ser dibujado por cada sociedad, escogido, elegido y mantenido, (por supuesto), en el fiel que verdaderamente exija la protección del dependiente y el sostenimiento del grupo como herramienta de supervivencia de los individuos y *máximum* de los Derechos humanos de todos.

Todo ello ha sido expuesto anteriormente y, a mi juicio, habrá de servir para excluir todo individualismo jurídico en la sede familiar, afirmando la existencia de negocios jurídicos familiares pero situando el valor de la autonomía de la voluntad en sus justos límites, separando Derecho de la persona y Derecho de familia.

4.1).- Familia y Derechos humanos.- Todo el Derecho está construido, con mayor o menor lejanía o esencialidad, sobre los Derechos fundamentales, pero esta relación es manifiesta y más intensa en el Derecho de familia por su inmediatez sobre la raíz humana. ROCA TRÍAS señala que la única finalidad de la intervención de los poderes públicos en el control familiar es asegurar el respeto y la eficiencia de los derechos fundamentales y que “Entre los derechos fundamentales que deben ser protegidos se

encuentra la libertad de los miembros del grupo... Y ello con el único límite del respeto a los derechos fundamentales de los sujetos implicados.”⁷⁰⁸

Y concluye: “*El dret de família té un sostre marcat constitucionalment: el respecte dels drets fonamentals dels individus i, moltes especialment, els drets a la igualtat dels cónyuges entre ells i dels fills davant la llei*”.⁷⁰⁹

PARRA LUCÁN señala que la aparición de una organización de afectividad e intimidad en las familias, frente a las tradicionales tareas de producción, crianza y educación de ciudadanos, “enlaza con una ideología en la que el valor fundamental de la sociedad no es el grupo sino el individuo y está respaldado también por una lectura individualista de los derechos humanos”.⁷¹⁰ Así el Derecho de familia imperativo y la intromisión externa en la libertad de los individuos ingresados en una familia “sólo estaría justificada en los casos extremos en que fuera preciso, por ejemplo, para salvaguardar los derechos de algunos de sus miembros”⁷¹¹ y sólo existe cierto matiz en la percusión sobre el interés de los menores. En este sentido RAMS ALBESA considera que la función judicial debería ser no tuitiva sino contenciosa y propone de *lege ferenda* para el divorcio un convenio formal en escritura pública “con traslado al Ministerio Fiscal en caso de presencia de hijos menores o incapacitados sometidos a patria potestad prorrogada.”⁷¹² No obstante, como reitero, a mi juicio la realidad de lo que ocurre en sede familiar no se explica desde estas puntualidades sino desde la constante presencia de una función; en este sentido VIDAL MARTÍNEZ considera que la familia es objeto de un “derecho-función” del que

⁷⁰⁸ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 70 -71.

⁷⁰⁹ ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat ...*, op. cit. pg. 434.

⁷¹⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derechos de familia*, op. cit., pg. 104.

⁷¹¹ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem.*, pg. 105.

⁷¹² RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., op. cit., pg. 115.

sería paradigma la propia patria potestad⁷¹³ y MONTÉS PENADÉS cita a DÍEZ PICAZO quien señala que “la regla B es padre/madre de A en realidad significa que B tiene que cumplir respecto de A el conjunto de deberes - con el correlativo conjunto de derechos - o el conjunto de funciones o el conjunto de papeles que la sociedad o el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación”.⁷¹⁴

4.2).- Familia e individualismo jurídico.- Las posiciones individualistas consideran la función pública familiar preñada de riesgos para los Derechos fundamentales de quienes se encuentran insertos en relaciones familiares, lo que resuelven en favor de la individualidad de los derechos de cada persona, o sea de su libertad. A mi juicio, dos matices: 1) que se están tomando tales derechos en consideración individualista y no intersubjetiva; y 2) que no se está considerando que los Derechos fundamentales pueden ser afectados y tomados por la apropiabilidad pública cuando ello sea necesario para la función instrumental del contrato social en orden a la maximización de los Derechos humanos de todos.

En cuanto a lo primero el individualismo es una perspectiva irreal. La dignidad humana sólo puede existir en el espacio intersubjetivo y los Derechos fundamentales son inexorablemente intersubjetivos y multiafectantes.

En cuanto a lo segundo, existe un punto en el que interés personal e interés público coinciden no sólo para limitar la actuación pública sino también para justificarla.⁷¹⁵

⁷¹³ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, en *Revista General de Derecho*, número 631, Valencia - 1997, pp. 3505 - 3526, en concreto pg. 3526.

⁷¹⁴ MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *Actualidad Civil*, número 47, 19-25, Diciembre 1994, ed. La Ley-Actualidad, Madrid - 1994, pp. 957 - 979, en concreto pg. 968.

⁷¹⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op.cit.*, pg. 362; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 199 - 204.

PARRA LUCÁN y ROCA TRÍAS reconocen la permanencia de las funciones tradicionales familiares, pero no explicitan qué apropiabilidad pública y consecuentes imperatividades *ex officium publicum* tendrán lugar cuando aquéllas entren en contradicción con la libertad individual y autonomía de voluntad personal.⁷¹⁶

ROCA TRÍAS señala la limitación de autonomía de voluntad en las relaciones verticales familiares, pero no liga esta verticalidad con funciones y oficios públicos sino que sólo subraya cómo el interés a proteger del menor expulsa la autonomía de voluntad a las relaciones horizontales entre cónyuges⁷¹⁷; pero si aquel interés es puntual y no funcional no se comprende bien el porqué de esta expulsión general cuando basta una mera representación legal en su caso con la puntualidad de un defensor.⁷¹⁸

PARRA LUCÁN sí que detecta la existencia de una función y necesidad no resoluble con mera representación sino con potestad, (pues el menor ha de ser protegido de sí mismo⁷¹⁹), pero en la discusión sobre autonomía de voluntad y familia manifiesta su preferencia por la voluntad de las partes con la sola consideración del interés de los hijos y de “algún factor corrector” adicional.⁷²⁰

⁷¹⁶ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 105; ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat...*, op. cit., pg. 438.

⁷¹⁷ ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat...*, *ibidem*, pg. 438 y ss.

⁷¹⁸ Tampoco resulta coherente, a mi juicio, en el discurso de ROCA TRÍAS que ésta también señale que “la pretesa autonomía s’acaba aquí: la imperatividad del réjim primari; la de les regles sobre la potestat dels pares i la tutela i la regulació de les relacions entre convivents signifiquen una forta intrusió dels poders públics en l’ámbit familiar, que segurament fa il.lusòria la declaración de respecte a la llibertat de les personas que formen part de la familia, feta en el preámbul del Codi”, (ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat...*, *ibidem*, pg. 438.)

⁷¹⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, op. cit., pg. 154.

⁷²⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 115.

RAMS ALBESA, por su parte, niega la existencia del sujeto y del interés familiar y afirma la única realidad de intereses individuales⁷²¹ y de un espacio de rabiosa intimidad, negando que existan cuestiones de moral familiar. Sin embargo valora positivamente la construcción de ROUBIER, CASTÁN TOBEÑAS y LACRUZ de la figura de un “oficio de Derecho privado” aun cuando, señala este autor, esta “doctrina bien intencionada llegaba tarde a un ámbito como el familiar que estaba a punto de girar y moverse en la dirección opuesta a la seguida en los últimos setenta años”.⁷²²

“Interés” es algo puntual y externo al adulto padre/madre legal, una noción que detiene a éstos extrínsecamente cuando quieren realizar ciertos actos concretos. Oficio público, por el contrario, proporciona una idea estatutaria intrínseca que absorbe al adulto en un estatuto o posición justa singular que comprende, (constantemente en tanto existe la necesidad que lo funda), limitaciones de sus libertades personales. Ello es más real, a mi juicio, respecto de lo que aquí sucede.

Puede considerarse que la preservación de la especie, (RAMS ALBESA),⁷²³ la crianza y socialización de nuevos ciudadanos y la solución de dependencias no alcanzan nunca en nuestras sociedades modernas un fiel dramático frente a la organización de afectividad y convivencias personales, de modo que cabe un libre discurrir para la autonomía de voluntad individual. Confróntense, sin embargo, nuestras actuales generaciones *ni-ni* europeas con las enfermedades nerviosas de muchos niños en países orientales por la presión y *stress* que soportan al haber sido considerados ellos y su preparación como bienes estratégicos para la nación.

⁷²¹ RAMS ALBESA, J.J., en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad...*, *op. cit.*, pp. 51 - 52 y pg. 61.

⁷²² RAMS ALBESA, J.J., *ibidem.*, pg. 61.

⁷²³ RAMS ALBESA, J.J., *ibidem.*, pg. 97.

El peligro que ROCA TRÍAS aprecia en la función familiar para los Derechos humanos⁷²⁴ es connatural a los problemas que soluciona la familia: sin potestades y sumisiones no se atenderán dependencias, crianzas ni educaciones. En este sentido, sin cierta enemiga ideológica no se explica tal prevención, pues se puede afirmar con el mismo esfuerzo que es la ausencia de familia lo que pone en riesgo tales derechos.

Pero, además, el individualismo es fácticamente imposible. Así resulta de las propias frases anteriormente citadas de ROCA TRÍAS: el respeto a los derechos de todos los familiares y la igualdad que refiere ROCA TRÍAS no conducirán nunca al individualismo jurídico. “Todos” e “igualdad” son conceptos relacionales e intersubjetivos, fundar familia, (con función tradicional o función afectividad y convivencia), es un derecho fundamental a ejercer cooperativamente, esto es, intersubjetivamente, Aún para mujer sola usuaria de TRHA, (IAD), el ejercicio de su derecho convoca a un hijo que no puede ser tratado como objeto. La única forma de evitar la intersubjetividad familiar y permanecer en un ámbito individualista unipersonal es no necesitar familia, (ser adulto capaz), y, siéndolo, no fundarla.

El mayor intento de construir un individualismo jurídico familiar procede del Libro II del Código Civil de Catalunya. FOLLÍA CAMPS señala que la regulación del Libro II “considera que a la persona no se le puede imponer ningún deber inspirado en dogmas, creencias, costumbres o valores tradicionales. Es decir, respetando al máximo la libertad de configuración de su vida, de su familia y de su protección, olvidando totalmente la doctrina clásica por la que el Derecho de la Persona y la Familia tenían un marcado sentido

⁷²⁴ Así lo señala ROCA: “*ambdues obligacions, la de protegir els drets fonamentals i la de donar suport a les famílies, poden interaccionar de tal manera que alguns cops el que pot perillar precisament es l'efectivitat dels drets fonamentals*”, (ROCA TRÍAS, *Públic i Privat...*, op. cit., pg. 429).

de Derecho Público con normas imperativas. Se podría decir que ni tan solo se han de respetar los derechos de los otros, aunque estuvieran claramente formulados...”⁷²⁵.

FOLLÍA CAMPS cita, como ejemplo de este individualismo, la proclamación del libre derecho de la persona a su cuerpo y salud, la nueva configuración de la familia como unión libre basada en la solidaridad como prenda también individual, la admisión de la filiación por simple consentimiento, la libertad de los llamados planes de parentalidad o la posibilidad de convenir cómo se ejercita la potestad parental mediante la facultad de otorgar poderes uno al otro para su ejercicio.⁷²⁶

GARCÍA CANTERO señala, recensionando a GRECO, en qué consiste, sustancialmente, el individualismo jurídico: “La modernidad muestra una progresiva juridificación de la existencia humana. Sensatamente apostilla el autor que cuando el Estado, llamado por el individuo, obliga a éste a optar, le fuerza a elegir en soledad. Así se habla de un derecho sin sociedad. No deja de impresionar el panorama que se describe”⁷²⁷. Y GRECO manifiesta: “El Derecho regula cada vez más nuestras vidas, pero éstas han perdido lo que les convertía en tales, a saber, la necesidad, y, por tanto, también la capacidad de relacionarse con los demás; los demás existen, pero sólo como accidente; existen y son relevantes para mis decisiones sólo si yo lo quiero; su presencia ya no es interna a mi yo, pues mi identidad ya no se construye con referencia al otro, sino que hace del otro un objeto externo; con frecuencia, constituye sólo un obstáculo para desarrollar mi

⁷²⁵ FOLLÍA CAMPS, R., *La defensa de la dignitat de la persona en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya. Mitjans per a la seva protecció*, en *La Notaría*, ed. Col.legi de Notaris de Catalunya, 2/2012, pp. 36-43, pg. 38

⁷²⁶ FOLLÍA CAMPS, R., *ibidem.*, pp. 38 y ss.

⁷²⁷ GARCÍA CANTERO, G., Recensión de *Un solo mondo, un solo diritto?*, *op. cit.*, pg. 720.

propia libertad. Cabe concluir que a la hipertrofia de los derechos corresponde una atrofia de los vínculos sociales.”⁷²⁸

Cabe recordar también la advertencia de TOCQUEVILLE sobre el individualismo que aportaba la modernidad revolucionaria: “...la aristocracia hizo con todos los ciudadanos una larga cadena que se remontaba desde el aldeano al rey; la democracia rompe la cadena y separa cada eslabón... Así la democracia no sólo relega a los antepasados al olvido sino que le vela sus descendientes y le separa de sus contemporáneos; sin cesar lo concentra sobre sí mismo, amenaza encerrarlo completamente en la soledad de su propio corazón”.⁷²⁹

Y todavía añade SENNET: “Cada persona, retirada dentro de sí misma, se comporta como si fuese un extraño al destino de los demás. Sus hijos y sus buenos amigos constituyen para él la totalidad de la especie humana. En cuanto a sus relaciones con sus conciudadanos, puede mezclarse entre ellos pero no los ve; los toca pero no los siente; él existe solamente en sí mismo y para él solo. Y si en estos términos queda en su mente algún sentido de familia, ya no persiste ningún sentido de Sociedad”.⁷³⁰

4.2.1).- Individualismo y matrimonio.- ROCA TRÍAS afirma concretamente sobre la indisolubilidad del matrimonio: “El matrimonio no es una institución superior a sus miembros de modo que pueda imponerse incluso en el caso de que se produzcan situaciones insostenibles. La tutela del individuo no puede subordinarse a la de la familia creada con el matrimonio, porque el individuo es titular de derechos fundamentales como tal y no lo es la familia. El divorcio debe ser considerado como una forma de ejercicio del

⁷²⁸ BONSIGNORI, F., GRECO, T., (curatore), *Un solo mondo, un solo diritto?*, Edizione Plus, Pisa, University Press, (Pisa 2007), pp. 244 y ss.

⁷²⁹ TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América, I y II*, ed. Alianza, Madrid - 1980, pp. 129 - 130.

⁷³⁰ SENNET, R., *El declive del hombre público*, edicions 62 S.A., Barcelona - 2002, pg. 15

derecho a la libertad individual de los cónyuges”.⁷³¹ El absolutismo en la concepción individualista lleva a ROCA TRÍAS a afirmar “la imposibilidad de crear un matrimonio sin divorcio porque ello sería contrario al derecho de libertad”, esto es, inconstitucional, contrario a la moral de mínimos, lo que, a mi juicio, supone normalización *ex lege*, (FOUCAULT)⁷³². PARRA LUCÁN, por su parte, matiza su postura no negando de plano todos los posibles blindajes matrimoniales.⁷³³ GARCÍA CANTERO y MARTÍNEZ DE AGUIRRE defienden la posibilidad de un pacto de indisolubilidad.⁷³⁴ RAMS ALBESA admite este pacto con mera consecuencia indemnizatoria⁷³⁵.

La referencia de ROCA TRÍAS a la familia como enemiga de la libertad individual confronta términos no opuestos, pues corresponden a diferentes ontologías. La familia no puede ser enemiga del individuo y de sus derechos por cuanto constituye precisamente la mejor solución cuando ciertos individuos, por elección, (cónyuges), o *de facto*, (hijos), se encuentran incursos en situaciones que entrecruzan bienes, intereses y necesidades de varios de ellos, desembocando en planes de vida y desarrollos de la personalidad individual que han de intentarse cooperativa y conjuntamente, (incluso en las historias *post* divorcio). Ello implica cohesión potestades, sumisiones, libertades, renunciaciones, disfrutes, protecciones, beneficios y perjuicios en todas las direcciones, sin poder reducir tal magma

⁷³¹ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 64

⁷³² ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg 66; FOUCAULT, M., *op. cit.*, pp. 152 -153.

⁷³³ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 161.

⁷³⁴ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen I... 12ª edición*, *op. cit.*, pg. 1044; GARCÍA CANTERO, G., *Luces y sombras...*, *op. cit.*, pg. 50; *El fracaso del divorcio en España...*, *op. cit.*, pp. 200 - 202; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 45.

⁷³⁵ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 80.

proteico en un puro aspecto constrictivo o expansivo de la individualidad de una sola persona.

Tan individualista como el derecho de X a no seguir casado es el derecho a seguir casado de su cónyuge Z. La cuestión divorcista tanto afecta, perturba y ofende a la libertad individual de Z, (que quiere seguir casado), como a la de X, (que no quiere continuar estándolo), pues el supuesto de hecho es inexorablemente intersubjetivo. Si resultan afectadas tales libertades no es por existir familia o matrimonio, sino porque se principió un ejercicio intersubjetivo y cooperativo de felicidad, de planificación de vida y de puesta en juego de costes de oportunidad⁷³⁷ para el desarrollo de la personalidad de dos personas. Ello fue un hecho y una decisión propia, vital e histórica, recepticia y comprometida, y no puede borrarse como si no hubiera existido nunca o no tuviera ningún valor en términos de justicia. Tal es, sin embargo, el intento ideológico de la Ley 15/ 2005 al instituir el divorcio repudio⁷³⁸ como derecho subjetivo individual.⁷³⁹

Sin embargo, en la doctrina constitucional existe también una noción de abuso del derecho fundamental⁷⁴⁰, de modo que la cuestión no puede zanjarse sin más invocando un *tótem* de individualismo jurídico y de radical libertad individual, negando cualquier espina pendiente de moral y justicia, pues todo Derecho fundamental, (también el derecho a no

⁷³⁷ Pérdida de oportunidad o de expectativas dice LÓPEZ JACOÍSTE, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 666).

⁷³⁸ Señala ROCA TRÍAS que la decisión legislativa tomada en este punto en el año 2005 asemeja notablemente el sistema “hablando claro, al repudio” y que permite un ejercicio caprichoso del divorcio y del propio matrimonio, (ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 65).

⁷³⁹ GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, *op. cit.*, pg. 532, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1.482 - 1.483, RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUIA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 80 y 115.

⁷⁴⁰ *Vide* JIMENA QUESADA, L., *op. cit.*

seguir casado), puede ser ejercido abusivamente. La norma positivizada “*noli me tangere* pero la Ley me permite tocarte libre e irresponsablemente a ti, mi *ex* cónyuge”, manifiesta la injusticia y la normalización ideológica que subyace a este indudable empoderamiento *ex lege*.

4.2.2).- Individualismo y prodigalidad.- La prodigalidad manifiesta también la imposibilidad de construir la familia sobre individualismo jurídico.

Señala PARRA LUCÁN que la finalidad de la prodigalidad “no es la de proteger al pródigo sino los intereses de terceros. En particular la supervivencia de la familia más próxima. El legislador ha considerado que está justificada la limitación de la capacidad de obrar de quien con su conducta derrochadora pueda crear un estado de necesidad familiar o poner en peligro la subsistencia de los medios para su sustento”, Por ello señala esta autora cómo hoy es todavía la prodigalidad causa de incapacitación “fuera de la regulación de la incapacitación”, lo que supone que, frente a otras alternativas en esta tensión entre familia e individualidad, nuestro Derecho opta por la más gravosa para esta última⁷⁴¹. En el mismo sentido DE CASTRO Y BRAVO refería que “Este tipo de incapacitación es una de las más importantes manifestaciones del influjo de Derecho de familia sobre la condición de la persona.”⁷⁴²

En el Código civil de Catalunya, por el contrario, (y a mi juicio otra vez ideológicamente), la prodigalidad traslada su inteligencia tuitiva desde la protección de

⁷⁴¹ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre... op. cit.*, pg. 141.

⁷⁴² DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España, Tomo II*, pg. 336, en *Derecho Civil de España, Volumen II, op. cit.*

terceros, (familia), hacia la propia protección del pródigo, (artículo 223.1.CCC), como corresponde a posiciones de individualismo jurídico.⁷⁴³

4.2.3).- Individualismo y favor filii.- La libertad divorcista colisiona con los Derechos humanos de los hijos y lo hace de un modo irresoluble y poco atendido pese a las constantes invocaciones al interés superior del menor.⁷⁴⁴ Nadie puede discutir que ser padre/madre afecta gravemente a la libertad individual de los adultos, con o sin divorcio, y nadie puede negar que el interés superior del menor, la justicia social y la función social se ven seriamente cuestionados cuando una familia es económicamente inviable *ex divortii*. La consideración de que la libertad divorcista no puede ser un derecho sólo para ricos es cierta, pero no lo es menos que este argumento no puede desarrollarse sin convocar relevancias públicas y sociales que no son individualistas.

En este punto la solución legislativa es la de no dejar nunca que entren en contacto divorcio e hijos. Para el legislador el problema de los niños no penetra nunca en la esfera de la libertad divorcista y, en ejercicio supino de voluntarismo, se conforma con proclamar antitéticamente que “el divorcio no exime a los padres de su responsabilidad con los hijos”, (92 CC), y que el derecho a no seguir casado es un derecho subjetivo individual, (Ley 15/2005): ello es un oxímoron.

El divorcio supone una ruptura, una singularidad o discontinuidad en la relación paterno y materno filial y en la responsabilidad *ex* 92 CC. Vale que el cónyuge divorcista no discuta su acción con el recíproco, pero es que tampoco articula esta decisión con sus propios hijos, ni siquiera mediante representación en la letra legal del interés de los hijos,

⁷⁴³ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas, op. cit.*, pg. 65 y pp. 70 -71. Para esta autora la familia se basa en la libertad individual y en la libertad de pacto entre sus miembros, de modo que “la única finalidad” del poder público aquí será “asegurar el respeto y la eficiencia” de aquéllos.

⁷⁴⁴ GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, *op. cit.* pp. 196 - 197.

(tasaciones o dureza cuando hay descendientes), como señaló GARCÍA CANTERO⁷⁴⁵. De este modo el ejercicio individualista del derecho subjetivo a no seguir casado permanece totalmente extraño al *favor filii* y constituye una discontinuidad para la constante responsabilidad *ex* 92 CC. Medidas provisionales y definitivas de protección de los hijos son *pre* y *post* divorcio, pero nunca interiores a la decisión del mismo. Sin embargo no cabe duda que vital y materialmente los hijos son parte gravísimamente interesada y afectada por el divorcio.

A mi juicio, la patria potestad comporta oficio público y ello supone inmediatamente una limitación de libertad individual que intuitivamente apreciamos todos en el hecho humano de ser padre/madre. Si se ha sido padre/madre la recuperación de una libertad individual absoluta es una quimera, (art. 92 CC). Mantener una ilusión “birli-birloque” respecto del ejercicio del derecho a no seguir casado en una limpia dimensión unipersonal, (ahora están los hijos, ahora no están, ahora vuelven a estar), es un ejercicio incongruente. Ser consecuente con tal esquema obligaría a exigir del cónyuge que ejerce divorcio repudio caprichoso la renuncia a su paternidad/maternidad.

Inicialmente esta conclusión provoca rechazo pero ello procede de una creencia, (bondad de la biparentalidad para el hijo, bondad de la paternidad/maternidad para el adulto), que luego es traicionada sin reparo ninguno por el ordenamiento. Así ocurre en el ejercicio de la acción divorcista sin endurecer *favor filii* el repudio con tasaciones o

⁷⁴⁵ GARCÍA CANTERO, G., *ibídem*, pp. 196 - 197 y *La "non nata" cláusula de dureza en el divorcio español*, en Anuario de derecho civil, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Vol. 36, N° 4, Madrid - 1983, pp. 1343 - 1358, en concreto pg. 1354 donde señala que haber dejado nacer a esta cláusula hubiera sido una buena solución, siquiera intermedia, para nuestro Derecho y pp. 1355 donde examina daños excepcionales que el divorcio puede producir a los hijos.

durezas⁷⁴⁶ o con otro tipo de medidas o condicionamientos, o en el caso de la familia monomarental ex 5.1 y 6.1LTRHA. Sin embargo, culturas con otras leyendas y convicciones familiares como la japonesa, consideran, desde su historia y religión, que el niño, debe permanecer tan sólo con uno de los progenitores. Es decir, de *lege data* rige hoy entre nosotros, el oxímoron que señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “la “indisolubilidad de la pareja parental” por contraposición al principio de disolubilidad del matrimonio civil”.⁷⁴⁷

En contra de un individualismo jurídico familiar habría de pesar también que la propia Constitución establece un sesgo *favor filii ex 39 CE* en las ponderaciones a efectuar en una colisión de Derechos humanos de cualesquiera adultos con menores dependientes, y que éstos parecen necesitar dramáticamente la institución familiar⁷⁴⁸. No creo que pueda negarse este sesgo por el solo hecho de regularse la libertad individual en los artículos 17, 18 y 19 CE y constituir la protección del menor tan sólo un principio rector de la política

⁷⁴⁶ GARCÍA CANTERO, G., GARCÍA CANTERO, G. *La "non nata" cláusula de dureza en el divorcio español*, *op. cit.*, pg. 1355 y ss.

⁷⁴⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (IV)*, *op. cit.*, pg. 182.

⁷⁴⁸ Vide MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., DÍAZ-HUERTAS, J.A., *El niño que vive en una institución...*, *op. cit.*, pp. 269-277; y MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., *Acogimiento familiar, ¿justicia o solidaridad?*, *op. cit.*, pp. 129-136. *Favor filii* impide concebir un derecho individualista del adulto a adoptar, señala OCÓN DOMINGO, respecto de un derecho de las parejas homosexuales a la adopción, (OCÓN DOMINGO, J., *Reflexiones en torno a la adopción por parejas homosexuales*, en Cuadernos de Trabajo Social, volumen 15, (2002), ed. Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2002, pp. 93-108, en concreto pp. 106 - 107). Por su parte, DE IRALA y LÓPEZ DEL BURGO señalan cómo los estudios y estadísticas no pueden servir de base exclusiva para decidir el *favor filii*, (DE IRALA, J., LÓPEZ DEL BURGO, C., *Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias*, en Cuadernos de Bioética, XVII, 2006/3ª, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, 2006, pp. 377-389).

económica y social en el artículo 39 CE. Hemos de apelar a la interpretación unitaria de la CE, (DE OTTO⁷⁴⁹), y a la ausencia de jerarquía *per se* y no por intensidad *ad cassum* de cualquier Derecho humano sobre otro⁷⁵⁰.

Así, adulto y niño están empatados en bienes iusfundamentales. Pero sólo el menor puede invocar un deber de parte de los poderes públicos de especial consideración a sus intereses, lo que afecta tanto a la jurisdicción en la decisión *ad cassum* como al legislativo para la ponderación en norma jurídica general.

En este sentido GARCÍA CANTERO señala la paradoja, *contradictio in terminis* o fariseísmo que resulta de hurtar la decisión divorcista habiendo hijos, (“birli-birloque”), respecto del imperio de los artículos 39.2 CE y 92 CC, no queriendo mirar la norma, (en ese instantáneo momento creado *ex lege* como estanco y unipersonal), al *best interés of Child*.⁷⁵¹ El ejercicio de prestidigitación sobre los hijos crea la ilusión y la mentira de un “divorcio indoloro” *ex lege* y constituye un absoluto ejercicio de voluntarismo.⁷⁵²

Este fariseísmo resulta, como digo, de la descoyunta del 92.1 CC, (separación, nulidad y divorcio no eximen de los deberes con los hijos), y del divorcio repudio *ex Ley* 15/2005, que provoca la ininteligibilidad del artículo 9 de la Ley del Menor de 1996, (derecho a ser oído en cualquier procedimiento judicial que afecte a su esfera, personal, familiar o social). De este modo el artículo 92.2 CC cercena aquel derecho hurtándolo en la decisión divorcista e iluminándolo para la *post* divorcista: “El juez, cuando deba adoptar

⁷⁴⁹ DE OTTO Y PARDO, I., *op. cit.*, pg. 125 y ss.

⁷⁵⁰ FREIXES SAN JUÁN, T., *Constitución y Derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992, pg. 116; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, *op. cit.*, pg. 18 y pp. 57 y ss.

⁷⁵¹ GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, *op. cit.*, pg. 199.

⁷⁵² GARCÍA CANTERO, G., *La “non nata” cláusula de dureza en el divorcio español*, *op. cit.*, pg. 1355.

cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”.

Como dice GARCÍA CANTERO: “No parece imposible que en un proceso de divorcio, a instancia de uno de los cónyuges, comparezcan hijos con suficiente juicio para decir al Juez que se oponen al divorcio solicitado por su progenitor, dado que perjudica su propia formación, y porque, a su parecer, la demanda carece de toda motivación por tales o cuales razones. ¿Utopía o ciencia ficción?”⁷⁵³

No sólo ello, la ideológica conversión de un supuesto negocial en derecho subjetivo individual *ex lege*, (sin agotar el “poder de disposición” que resulta de la intersubjetividad y multiafectación de derechos concernidos), determina que se impongan *ex lege*, (empoderadamente), perjuicios excepcionales a los menores a pesar del *favor filii* o *favor minoris* constitucional, (39 CE). Así señala GARCÍA CANTERO el extraordinario daño y desequilibrio del divorcio para adolescencias complicadas, (que podrían remitir caso de retrasarlo incluso, quizás un solo año), o el supuesto en que la falta de la simultaneidad de sus ambos progenitores impidiera a un hijo minusválido implementar o seguir un tratamiento de rehabilitación.⁷⁵⁴ Todos estos daños injustos o injustísimos no producirán responsabilidad por cuanto ésta ha sido absorbida y neutralizada por la decisión ideológica de la Ley de crear aquí un derecho subjetivo individual eliminando todos los demás.

Este mismo expediente de conversión de una situación negocial de contacto intersubjetivo y multiafectante de varias personas y derechos es el que se opera también con normalización ideológica en el aborto o en la familia monomarental *ex* 5.1 LTHRA, siendo así que la cualidad poliédrica e imposiblemente individualista es característica de las situaciones del Derecho de familia. En este sentido, respecto del derecho a nacer señala GARRIDO DE PALMA como el aborto compete al concebido, a la madre, al padre, a los

⁷⁵³ GARCÍA CANTERO, G., *ibidem*, pg. 196.

⁷⁵⁴ GARCÍA CANTERO, G., *La “non nata” cláusula de dureza en el divorcio español*, *op. cit.*, pg. 1356.

hermanos, (¿es o no es un beneficio disponer de hermanos en esta vida?), parientes próximos y sociedad en general.⁷⁵⁵

4.3).- Imperatividad/Dispositividad. Nadie niega la existencia de imperatividad, (inteligencia de Derecho público), en el Derecho de Familia. La cuestión es que, a mi juicio, tal inteligencia compone funciones y oficios públicos, en tanto para buena parte de la doctrina es un precipitado coyuntural de la afección del interés del menor que no crea la realidad orgánica de una función, oficio o estatuto que afecte de principio a la libertad personal de padres y madres.⁷⁵⁸ De este modo, en cuanto no exista tal afección, el Derecho de familia es una zona de autorregulación y de autonomía de voluntad, esto es, se ha, individualizado, privatizado, notarializado y contractualizado.⁷⁵⁹

Al no poder proceder la indudable imperatividad familiar de funciones, estatutos y oficios públicos se ha intentado encontrar su fuente en el propio Derecho de la persona individual a través de la doctrina de los Derechos fundamentales y en los valores constitucionales de solidaridad. Así PARRA LUCÁN señala cómo el orden público familiar ha de localizarse hoy en estos valores y principios constitucionales, en los valores éticos de solidaridad que resultan de la CE y en el artículo 39 de la misma que ordena la protección de la familia⁷⁶⁰, valores que permiten fundar tanto una familia tradicional como relaciones convivenciales de ayuda mutua, (artículo 240-1 CCC).

En el mismo sentido ROCA TRÍAS: *“la familia no pot ser contemplada com una realitat aïllada, sinó com un instrument al servei de la persona i, per aquesta raó, les*

⁷⁵⁵ GARRIDO DE PALMA, V.M., *El Derecho civil, protector del ser humano*, op. cit., pg. 1373.

⁷⁵⁸ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 105; ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat...*, op. cit., pg. 438.

⁷⁵⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem.*, pg. 106 y pg. 116; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 67; GARRIDO MELERO, M., *Derecho de Familia*, ed. Marcial Pons, Barcelona - 1999, pg. 48.

⁷⁶⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 112 - 113.

*normes de Dret de família tenen un elevat component de ius cogens*⁷⁶¹, porque se han “...de protegir drets que poden ser fàcilment lesionats, donades les diferents situacions de poder que coexisteixen a l’interior de la família”⁷⁶².

Es por ello que esta autora admite dispositividad y libertad civil, (sin episodio judicial garantista ninguno), en todo lo que no afecte a Derechos fundamentales. La existencia de un *quantum* mayor de *ius cogens* en el Derecho familia se explica entonces por ser *locus* de especial contacto y riesgo frente a las amenazas que existen para aquellos derechos en situaciones no familiares pero, a mi juicio, 1) las necesidades especiales de los sujetos individuales que aparecen en la familia, (que suponen distinto *quale* y no solo *quantum*), 2) el hecho de no esperarse lo mismo del cónyuge, de mi padre, de un amigo solidario o de un vecino, (mayor energía amorosa con salto cualitativo), y 3) lo que puede obtener el contrato social entrecruzando ambas consideraciones, provocan que la familia rompa cualitativamente cualquier comparación con otras solidaridades, colaboraciones o riesgos para los Derechos fundamentales individuales, llegando a componer una noción de función pública.

Cualquier convención personal entre familiares participa de la naturaleza propia de los negocios jurídicos personales o sobre derechos de la personalidad, los cuales constituyen una articulación cohesionada de derechos/deberes entre co-usufructuarios y de concreciones y detalle en el ejercicio de ciertas funciones públicamente guionizadas pero también abstractamente definidas, (pactos entre padre y madre para el ejercicio en concreto de la guarda). No obstante, el negocio personal está sujeto a una exigencia de permanente actualidad de voluntad o reversibilidad y es inejecutable específicamente, lo cual resultará inadecuado a una función familiar que ha de cumplirse fija y establemente, sí o sí. El poder ordenador u organizador de la familia con base en la exclusiva autonomía de

⁷⁶¹ ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat...*, op. cit., pg. 430.

⁷⁶² ROCA TRÍAS, E., *ibidem.*, pg. 438.

voluntad y libertad individualista puede llegar, así, a ser nulo. No obstante, desde el pacto que es un convenio regulador llega a reproducirse la vieja prisión por deudas y la elevación incontestable del interés familiar sobre la libertad individual. Ello sucede por la elevación del negocio personal y de la sede del Derecho de la persona a la categoría de negocio jurídico familiar en sede de Derecho de familia, lo que precisa convertir un plan personal en otro públicamente interesante y requiere aprobación judicial.

4.3.1).- Derecho de la persona y Derecho de la familia.- Debe diferenciarse:

1).- Aquello que ocurre en la familia o entre familiares sin significado familiar, ya se refiera a lo materialista, (un cónyuge puede emplear a su recíproco o ambos inician un negocio común del mismo modo que con cualquier tercero), o a lo personal, (padre y madre capaces de 55 años viven con sus hijos de 30 y 32, capaces y autosuficientes económicamente, concluyendo diversas normas y pactos de convivencia y contribución a cargas comunes). En estos ámbitos los negocios jurídicos patrimoniales y personales no toman especialidad familiar⁷⁶³.

⁷⁶³ La STS de 20 de Abril de 2012, (comentada por GARCÍA CANTERO, G., en Anuario de Derecho Civil, Tomo LXVI, Fascículo IV, Octubre – Diciembre, 2013, ed. Ministerio de Justicia, Madrid – 2014, pp. 1928 - 1931), consideró eficaz *per se* a un pacto entre cónyuges que fijó una pensión desorbitada a favor de la mujer, pacto recogido en convenio regulador y sentencia judicial. Pero, como señala el comentarista, la desmesura procedía de unas relaciones negociales previas y se situaba en el marco causal de las mismas, si bien la vehicularon a través del concepto matrimonial para no revelar, (como no hicieron en ningún momento), la verdadera causa: “el pacto ... relativo al pago de una pensión compensatoria no tuvo como función la compensación del desequilibrio económico”. Se trata así, dice GARCÍA CANTERO, de un pacto atípico aun cuando constara en tal instrumento. A mi juicio esta atipicidad y su extrafamiliaridad sustancial no permiten fundar, (en el hecho de que el TS concedió validez eficacia frente a la solicitud de revisión del pagador), un valor absoluto de la autonomía de voluntad en la sede matrimonial. Es más, lo que convendría es limpiar estos convenios de aquello que no fuera trascendente para las relaciones funciones familiares *post* divorcio y para la igualdad sustancial entre los cónyuges.

2) Aquello que ocurre en la familia o entre familiares con significado familiar, ya sea patrimonial, (régimen económico primario por su significado para la funcionalidad familiar, donaciones entre cónyuges con igual significación, pensiones o indemnizaciones por razón del matrimonio, etc.), o personal, (traslados de residencia habiendo hijos menores, normas de convivencia con menores entre 16 - 18 años, acuerdo con el hijo de 16 años para que curse secundaria, pactos entre cónyuges o ex cónyuges para la guarda de los hijos, para la relación con las familias respectivas, etc.)

En este segundo ámbito los negocios patrimoniales y personales quedan trascendidos y traspasados no sólo por la existencia de Derechos fundamentales, (libertad e intimidad concurren por igual cuando vivo con mi hijo o con un amigo estudiante), sino por una modalización típica y más intensa de las amenazas a los mismos, (derecho de igualdad en la relación interconyugal), y por la percusión de funciones públicas principalísimas. Ello exige una presencia orgánica, estable y continuada que precisa del concepto de estatuto y oficio público sobre las personas comprendidas en la realidad familiar y de una contemplación y presencia imperativa de parte del contrato social.

La existencia de codelegados públicos, (padre/madre legal), tanto si existe matrimonio, divorcio o nunca hubo unión de ninguna clase, aboca a éstos a coordinarse, articularse y organizarse, esto es, a negociar para el ejercicio concreto de la función paterno/materna, surgiendo pactos o convenciones en cuanto a detalles o desarrollos para concretar entre ellos la mejor forma de ejercer el oficio público, lo que tiene idea de autotutela y auto organización en la función delegada. Pero el desarrollo, ejercicio o detalle están subordinados al guión público funcional principal y abstracto.

Estos negocios son negocios personales entre dos codelegados públicos que comparten un *officium publicum* y carecen de ejecutabilidad específica como convenios personales, por fuerza puramente convencional. Si su contenido llega a imponerse judicialmente será porque en tal punto coincide con el guión de la función pública

empoderando *ex extra* y verticalmente la posición de alguno de los otorgantes, sea la de un progenitor frente a otro por responsabilidad pública, (X no contribuye a las cargas familiares en la forma pactada), sea la del padre/madre por potestad, (traslado domiciliario consultado y convenido que luego no quiere cumplir el hijo), o sea la del hijo, (pacto de cursar bachiller de ciencias que los padres no desean respetar), lo que no es sólo derecho humano de libertad individual pues también está en el guión de la potestad familiar su limitación de acuerdo con la madurez progresiva del hijo. Esta presencia vertical de poder exige que el plan familiar o la decisión puntual familiar estén aceptadas por el contrato social como una de las nuestras, esto es, públicamente funcional e inocua iusfundamentalmente.

En este sentido DÍEZ-PICAZO señala cómo el Derecho de familia como “instrumento de justa paz familiar y justa satisfacción de las pretensiones que entre los miembros de la familia se pueden suscitar a partir de su inevitable coexistencia”, (guión público), se ve matizado por las normales transacciones y pactos que tienen lugar entre los miembros de las familias y por la reticencia hacia el recurso judicial.⁷⁶⁴ Esta reticencia favorece que los convenios meramente personales concluidos entre familiares se vean fáctica y voluntariamente cumplidos aunque no hayan sido elevados verdaderamente a la categoría jurídica de familiares, (con ejecutividad absoluta, específica e incluso derivada penal).

Por ello en sede familiar es preciso diferenciar cuándo estamos ante negocios jurídicos patrimoniales y negocios jurídicos personales no familiares, (sin relevancia para las funciones públicas), y cuándo nos hallamos ante negocios de tal significación familiar, sean también patrimoniales o personales. En este sentido DÍEZ-PICAZO habla de unos

⁷⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Familia y Derecho*, ed. Civitas, Madrid - 1984, pg. 33.

negocios patrimoniales mixtos⁷⁶⁵ que, a mi juicio, habrían de considerarse mejor negocios jurídicos familiares con objeto patrimonial, (pues la perspectiva familiar introducirá notas dominantes, imperativas), a los que se añadirían los negocios jurídicos familiares con objeto personal para terminar el catálogo de negocios del Derecho de familia.

4.4).- Individualismo y socialización de valores en la familia. Una de las manifestaciones ideológicas de este individualismo jurídico es convertir situaciones de articulación de conflictos o contactos intersubjetivos y multiafectantes de Derechos fundamentales de varias personas en puros ejercicios de derechos subjetivos individuales, (aborto, divorcio, familia monomarental, como señalé antes).

A mi juicio no pueden existir verdaderos derechos subjetivos en la sede familiar y su afirmación es reflejo de una ideología general no específicamente familiar. Sin embargo, entiendo que no se aprecia suficientemente que es mucho lo que nos jugamos al no abrir un debate específico familiar y arrojar sobre esta sede, sin más, nociones generales del Derecho de la persona o del Derecho patrimonial que arrastran a una concepción individualista del Derecho de Familia creadora de derechos subjetivos individuales y absolutos.

Señalaba CASTÁN: “La historia siempre nos ha enseñado que los pueblos más fuertes y desarrollados han sido siempre aquéllos en que la familia está más fuertemente constituida; Roma, Inglaterra, Francia, Alemania; las lecciones de la historia nos enseñan el relajamiento de los lazos familiares en los períodos de decadencia; ordinariamente, en la célula familiar se manifiestan los primeros síntomas del mal antes de afectar al organismo más vasto y poderoso del Estado”⁷⁷¹

⁷⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 91.

⁷⁷¹ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, Tomo V, vol. 1, 8ª edición, ed. Reus, Madrid, 1961.

No obstante, a pesar de la literalidad de este párrafo, no es el *tertium* familiar lo decisivo, a mi juicio, sino los Derechos humanos bien entendidos y las almas individuales. Reconocer la intersubjetividad e interconectividad de los Derechos humanos obliga a concebir todo derecho como “derecho del otro”, (DOUZINAS⁷⁷²), como deber fundamental, (GARCÍA SIERRA⁷⁷³), o como necesidad fundamental, (HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR⁷⁷⁴) y ello no exalta precisamente al individuo como titular del derecho de libertad individualista, sino como portador de una libertad responsable y solidaria que mira antes al otro que a uno mismo⁷⁷⁵, como también señalaba LÓPEZ JACOÍSTE⁷⁷⁶.

En este sentido no es la familia la que precisa que cambiemos nuestra mentalidad individualista sino la propia sociedad y la cosa pública en general para recuperar una noción responsable de los derechos, del individuo y de su libertad, superando la perspectiva egoísta, (“mis derechos”, “quiero, luego tengo derechos” como equivalente cartesiano, según recoge DABIN de SALEILLES⁷⁷⁷).

Ciertamente Roma se basó en la familia y la *gens*, pero a mi juicio la gran energía romana fue el valor de la *res publicae* que se traduce en una concepción responsable de la ciudadanía y del espacio público, afirmando deberes antes que derechos desde la convicción personal e íntima hasta lo familiar, lo público y lo político y otra de vez de regreso hacia el individuo, (socialización de valores).

⁷⁷² DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 340.

⁷⁷³ GARCÍA SIERRA, P., *op.cit.*, pg. 479.

⁷⁷⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre el puesto de la Historia...*, *op. cit.*, pg. 227.

⁷⁷⁵ Como reclamaba CAMPS, se precisan medida y autodomínio, unas renunciias a la libertad en aras de la propia humanidad, un uso de la libertad que no sea contrario a su propia condición humana y un uso responsable de la libertad, (CAMPS, V., *op. cit.*, pg. 70 -71).

⁷⁷⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 361.

⁷⁷⁷ DABIN, J. *El derecho subjetivo*, RDP, Madrid - 1955, pg. 71.

Esto es, una moral y una ética del deber personal generan ciudadanos y permiten familias fuertes, queridas y tuteladas como escuelas de solidaridad y de responsabilidad antes que de egoísmo individual. Una moral, una ética y una ideología de los derechos subjetivos individuales y egoístas producen, por el contrario, otro tipo de individuos, otra suerte de ciudadanos insatisfechos y no comprometidos y otros tipos de familias, de padres, madres e hijos.

Señala DOUZINAS: "...los derechos son una compensación por la falta de plenitud y, cuantos más derechos tengo, más necesito reivindicarlos. Los derechos se autodevoran... Existe una gran paradoja en el corazón de la cultura de los derechos. Cuantos más derechos tengo, menos protegidos están. Cuantos más derechos tengo más deseo tener y menos placer experimento teniéndolos. En un mundo globalizado como el nuestro los sujetos luchan por tener más y más derechos, se presiona al poder político para que los codifique, siendo su protección un signo de civilización. Pero el éxito tiene sus límites. Porque ningún derecho puede garantizarme el cariño de los demás y su reconocimiento y ninguna declaración de derechos logrará terminar la lucha por una sociedad justa. Cuantos más derechos creamos, más hay que crear, más hay que hacer efectivos, haciéndose al hombre y a la humanidad un coleccionista de derechos y leyes."⁷⁷⁸

De este modo será la ideología y la política que la sociedad adopte respecto del balance derecho/deber, del ajuste intersubjetividad/individualismo y de la concepción del lugar que ocupamos las personas en el mundo, (y en el Derecho), las que terminen por convertir a las familias en fábricas de ciudadanos o de egoístas. No es extraño escuchar hoy a un niño de 10 años protestar a su padre/madre desde sus derechos.

⁷⁷⁸ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pp. 334 - 335.

CAPÍTULO IV).- SUSTANCIA NEGOCIAL.⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ Bibliografía fundamental para la confección de este capítulo: ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.* ; ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDEVI, M.E., *Derecho del Trabajo*, ed. Thomsom -Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 21ª edición, Madrid - 2003; BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*; CAMPS, V., *op. cit.* ; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen I... 12ª edición*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad, op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 27, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, en *Derecho Civil de España, Volumen II, op. cit.*; DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)...*, *op. cit.*; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción, Teoría del Contrato, 6ª edición, op. cit.*; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias, op. cit.*; FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía*, ed. Ariel, Barcelona - 2009; FLAQUER VILADEBÓ, L., *op. cit.*; FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*; FOUCAULT, M., *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia* en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 1, J.M: Bosch editor, Barcelona - 1992; GARCÍA CANTERO, G., GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, *op. cit.*; ¿Qué queda del vigente..., *op. cit.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *op. cit.* ; GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*; GIL, T., *Condicionabilidad y autoría, op. cit.* ; GOEBELSMANN, C.L., *Putting Ethics and Traditional Legal Principles Back into California Tort Law: Barring Wrongful-Birth Liability in Preimplantation Genetic Testing Cases*, 43, *Loyola, L.A.L Review* 667, (2010), pp. 666-692.; GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil. Tomo II...op. cit.*; HARRIS, M., *Antropología... op. cit.*; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías, op. cit.*; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad, op. cit.*; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual, op. cit.*; MAREY, M., *op. cit.*; MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*; NINO, C.S., *Ética y Derechos humanos...*, *op. cit.* ; PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*; PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, op. cit.*; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre el puesto de la Historia...*, *op. cit.*; RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓ-

1.)- LA LIBERTAD HUMANA

1.1.)- Vida y libertad.- En los bienes fundamentales no puede existir autonormatividad o internormatividad por cuanto no están verdaderamente atribuidos a la voluntad individual. La persona encarnadora semeja más bien usufructuaria que capitalizadora de los mismos, por lo que no pueden autoatribuirse, autoalienarse o interatribuirse *ex voluntate* de un modo absoluto.⁸⁰⁵

Existen, no obstante, ciertas situaciones en las que parece surgir cierta idea de titularidad, autoatribución y autoalienación, considerando la vida como un bien titularizado por la persona encarnadora, (suicidio, eutanasia), en cuyo caso, afirmada tal titularidad, habremos dejado atrás la prescripción moral y todo queda en plano de decisionismo, esto es, de libertad individual.

No obstante, la vida como derecho merece una consideración especial porque: 1) es la interfaz o *médium* por la cual la dignidad humana pasa de valor a derecho mediante su encarnación en un cuerpo humano vivo. Ello supone una cierta fusión, inherencia e inseparabilidad entre la dignidad humana, (valor universal), y el ser biológico vivo moral, (individuo). No es posible, por ello, separar *ex voluntate* al ser moral de su condición de vivo sin incurrir en inmoralidad: la dignidad humana se encarna en vida individual y negar

MEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*; SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*; VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*; VILLEY, M., *Le Droit et les droits, de l'homme, op. cit.*

⁸⁰⁵ Así señala D'AGOSTINO cómo "reconocer la dignidad de la vida humana y en consecuencia su indisponibilidad es el presupuesto de todo discurso jurídico sobre el hombre y, si se prefiere, según algunos, el derecho humano fundamental", (D'AGOSTINO, F., "*Criteri di valutazione giuridica della proposta di risoluzione sull'assistenza ai pazienti terminali presentata al Parlamento Europeo*", en *Parere del Comitato Nazionale per la Bioetica sulla Proposta di Risoluzione sull'assistenza ai pazienti terminali*, ed. Presidenza del consiglio dei ministri, Dipartimento per l'informazione e l'editore, Roma - 1991, pp. 52-53).

ésta, (muerte), implica necesariamente haber negado aquélla; 2) porque cualquier colisión de Derechos humanos en que participa la propia vida ha de ser resuelta ponderando siempre una intensidad máxima en ésta, pues su única posibilidad de lesión es la total: no cabe estar un poco muerto o casi vivo, no cabe imaginar un ejercicio de este derecho que no sea el propio vivir.

Desde la perspectiva universal de la dignidad humana se ha de evitar también que el suicidio y la eutanasia pudieran dar lugar a la banalización de la vida humana rebajando su carácter *cuasi* sagrado para todos⁸⁰⁶. El espectáculo de la muerte de hombres o el desprecio por parte de muchos hombres de su propia vida puede relativizar el valor de la vida, que no será ya universal y absolutamente valiosa. Se produce aquí un cambio de plano indebido y constante: reducidos a lo individual no se contempla ningún límite para la radical libertad subjetiva; en el plano universal, (prescriptivo), lo que no se comprende es que se pretenda que uno no afecta a todo.⁸⁰⁷

Así, ambas perspectivas han de ser puestas en conexión, en cuyo caso, sólo lo universal puede revelarse como prescriptivo, (la subjetividad como prescripción carece de la exterioridad que es precisa a un mandato). Una prescripción no impide tolerancia como virtud moral, (impunidad del suicida), pero: 1) tolerancia conecta con ajuridicidad o no penalización de conductas en ciertos casos, pero no con el patrocinio o implementación públicos de lo meramente tolerado, (penalidad sobre quien auxilia al suicida)⁸⁰⁸; pues patrocinio, reconocimiento, regulación, implementación y mandato sólo han de emanar del

⁸⁰⁶ Aunque, como señala DE CASTRO Y BRAVO, la puesta en peligro de la vida propia ha podido estimarse como servicio valuable en dinero: toreo, boxeo, especialistas de cine, fórmula 1 y motociclismo, etc., (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, en *Derecho Civil de España, Volumen II*, *op. cit.*, pg. 14).

⁸⁰⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual*, *op. cit.*, pg. 362; CALABRESI, V.G., MELAMED, A.D., *op. cit.*, pg. 1112; ALFARO AGUILA-REAL, *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 101.

⁸⁰⁸ GARCÍA SIERRA, P., *op. cit.*, pg. 549.

ámbito de lo prescriptivo⁸⁰⁹; y 2) recae también sobre la vida una cualidad de bien público y de primacía de apropiabilidad pública: el contrato social precisa una masa crítica de ciudadanos o determinadas vidas pueden ser valiosísimas, de modo que no se admitirá el suicidio colectivo programado por una asociación que representa un 30% de la población si ello convierte en inviable al resto del grupo y se evitará, si fuera posible, que se suicide X, que conoce la vacuna universal contra todo virus, antes de que revele su descubrimiento.

1.1.1).- El valor absoluto de la vida humana.- APARISI MIRALLES y LÓPEZ GUZMÁN consideran al derecho a la vida como el derecho cúspide: “el derecho a la vida no es equiparable o ponderable, en términos de igualdad, con otros derechos. En realidad la vida es el presupuesto y condición de posibilidad de cualquier otro derecho. Además la eliminación de una vida humana implica, lógicamente y *per se*, la erradicación de cualquier otro derecho; habría que reconocer al derecho a la vida una posición jerárquicamente superior, de tal modo que, como se ha indicado, no cabría admitir su ponderación con otros derechos. Todo ello determina que el derecho a la vida sea el único inviolable, en sentido absoluto...”⁸¹².

Es cierto que una lógica automática y jerárquica no se adapta bien al carácter fáctico de las colisiones horizontales de Derechos humanos entre privados, (lo que resuena en el aborto, derecho a un hijo sano por selección, *wrongful birth*, embriones supernumerarios, etc.), pero no es menos veraz que toda encrucijada y todo intento de maximización conducen a una ponderación en la que el derecho a la vida siempre participa con intensidad máxima, pues en él coincide la renuncia *ex ante*, (cualitativa o general), y la renuncia *ex*

⁸⁰⁹ La tolerancia supone que la vía de hecho siempre queda expedita, pero ello porque el Derecho no puede taponarla sin gravísimas restricciones de libertad, (heteronomía absoluta). Como dice BILBAO UBILLOS, “Es el precio que hay que pagar por preservar una sociedad de hombres libres y responsables, con una capacidad real de autodeterminarse”, (BILBAO UBILLOS, J. M., *op. cit.*, p. 362).

⁸¹² APARISI MIRALLES, A. y LÓPEZ GUZMÁN, J., *op. cit.*, pg. 50.

post, (concreta o al ejercicio puntual). Renunciar al disfrute puntual y concreto de estar vivo hoy supone matarse y ya no ser posible nada más, de modo que no cabe diferenciar momentos. Todo es cualidad y todo es inherencia. En el derecho a la vida no valen grises: negarlo es matar totalmente al sujeto moral y no sólo un poquito, su ejercicio es siempre uno y esencial, vivir o haber muerto.

Ello implica que articular este derecho como claudicante frente a otros Derechos humanos exija bien un derecho de la misma clase, (vida), pero cuantitativamente superior, (supervivencia de más individuos como conservación del ser moral), bien un derecho de la misma clase no cuantitativamente superior, en cuyo caso se resuelve la encrucijada por el sano egoísmo o egoísmo moral, (legítima defensa). Es también por ello que, cuando se ha querido articular con otros derechos, se haya efectuado, (indebidamente a mi juicio), pretextando enormes intensidades en la opresión y negación de éstos mediante nociones muy abstractas de infelicidad, sufrimiento o falta de libertad.

1.1.2).- Libertad frente a infelicidad y sufrimiento.- Infelicidad y sufrimiento son cuestiones subjetivas y encontrar una universalidad en tales apreciaciones no es tarea fácil dadas las muy distintas condiciones de vida de las personas humanas en los diferentes lugares del planeta. La libertad individual, la vida individual o la dignidad individual no derraman valor normativo o apriorístico como particulares sino en cuanto universales⁸¹³, esto es, no se ha de tratar aquí de la concreta voluntad de un hombre en un contexto determinado “sino la universal del hombre que quiere por sí y para sí...es decir del hombre que actúa para la realización de sí mismo como absoluto.”⁸¹⁴ Este absoluto no es fácil de precisar si deja de ser absoluto.

⁸¹³ DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L.M., *op .cit.*, pg. 148.

⁸¹⁴ ZAGREBELSKY, G., *Derechos de libertad y derechos de justicia*, en *El Derecho Dúctil*, ed. Trotta, Madrid - 1995, pg. 82.

PECES-BARBA señala que puede considerarse indigna la vida cuando es una existencia casi vegetativa, sin poder ejercerla y dependiendo exclusivamente de unas ayudas médicas que no pueden recuperar la salud y que mantienen sin esperanza las constantes vitales, muchas veces a costa de sufrimientos increíbles en el paciente y en su entorno familiar”⁸¹⁵. Frente a ello D’AGOSTINO señala que no podemos excusarnos en que la dignidad es un concepto ambiguo y renunciar a encontrarle un contenido propio, pues "posee un ancladero axiológico preciso" que no puede ser banalizado ni minimizado y que será necesario re-semantizar constantemente, para adaptarlo a la rápida mutación de los contextos simbólicos y experienciales”.⁸¹⁶

MARCOS DEL CANO refiere que “...la dignidad implica en todo caso el no sometimiento de la persona a tratos inhumanos y degradantes... el llamado “encarnizamiento terapéutico” convierte al enfermo en un simple medio u objeto médico de experimentación, al no existir expectativas razonables de que ese enfermo pueda continuar viviendo... hasta el punto de que pueda considerarse como una “vida indigna de ser vivida”, pero prefiere remitir este dilema hacia la doctrina de unos cuidados paliativos que acompañan el proceso natural del morir, (y no sólo terminalmente), sin imponer *contra natura* ni la extinción ni la prolongación de la vida”⁸¹⁷.

Ello es todavía más arbitrario cuando no es el sufridor sino otras terceras personas quienes deciden que aquél padece con intensidad superior a su deseo de vivir. Así en sede de eutanasia infantil HALAC, HALAC, MOYA, OLMAS y DOPAZO y DOLAGARAY,

⁸¹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Reflexión moral sobre la eutanasia*, ABC, 16 de septiembre de 1995, pg. 3.

⁸¹⁶ D’AGOSTINO, F., *Sobre el concepto de Dignidad humana en Bioética*”, en *Jornadas Internacionales de Bioética celebradas en la Universidad de Navarra los días 21-23 de octubre de 1999*, Instituto de Ciencias para la Familia, Universidad de Navarra, <http://www.unav.es/cdb/uncib1b.html>.

⁸¹⁷ MARCOS DEL CANO, A.M., *op. cit.*, pp. 254 - 255.

rechazan el protocolo *Groningen* señalando: “Desde la bioética, nos parece más difícil encarar la cuestión del sufrimiento insoportable... un criterio subjetivo de difícil aplicación en neonatos aunque no en adultos. La bioética distingue, actualmente, sufrimiento de dolor. El primero permanecerá siempre subjetivo. El dolor no. Existen escalas que permiten gradar el dolor neonatal. Cassell sugiere que el sufrimiento es un “estado de estrés severo asociado con eventos que amenazan la solidez de la persona”. Obviamente esta definición no es aplicable al neonato. Parece entonces apropiado aunar sufrimiento a dolor, (que sí es perceptible y objetivo en neonatos), pero no como umbral de decisiones sobre terminación de una vida. En ausencia de una comprensión clara del significado de “sufrimiento insoportable”, existe siempre una diferencia moral entre matar y dejar morir con dignidad.”⁸¹⁸ Sin embargo, Bélgica ha seguido hoy el camino de Holanda.⁸¹⁹

1.1.3).- Wrongful birth, wrongful life.- Las nociones *wrongful birth* y *wrongful life* presentan paradigmáticamente, a mi juicio, la prueba de cómo cualquier aplicación sobre vida humana tiene una derivada universalista, intersubjetiva y grupal. Estas ideas surgieron principalmente en sede de responsabilidad patrimonial de profesionales de la medicina, (*grave medical misdiagnoses*), frente a los padres/madres de un niño discapacitado, (*impaired children*), o frente al propio niño⁸²⁰.

WOLBRING diferencia *wrongful birth*, cuando la madre demanda a otras personas que no le permitieron fundar bien su decisión de selección o rechazo del nacimiento vía

⁸¹⁸ HALAC, J., HALAC, E., MOYA, M.P., OLMAS, J.M., DOPAZO, S.L., DOLAGARAY, N., *Bioética perinatal: ¿Eutanasia o decisiones sobre terminación de la vida? Análisis del Protocolo de Groningen*, Archivos argentinos de pediatría, versión On-line ISSN 1668-3501, archivos argentinos de pediatría. v.107 n.6 Buenos Aires nov./dic. 2009, pg. 8 -9, última visita el 17 de Marzo de 2014).

⁸¹⁹ http://www.sociedad.el.pais.com/sociedad/2014/02/12/actualidad/1392224320_865641.html

⁸²⁰ GOBELSMANN, C.L., *Putting Ethics and Traditional Legal Principles Back into California Tort Law: Barring Wrongful-Birth Liability in Preimplantation Genetic Testing Cases*, 43, Loyola, L.A.L Review 667, (2010), pp. 666-692, en concreto pp. 668

aborto eugenésico, (DGP incorrecto), y *wrongful life*, cuando el hijo demanda a la madre, (pues excluir el aborto es decisión personal suya y no del varón), o a otras personas, (médicos), por no haber advertido las discapacidades, haberlas provocado o agravado. También efectúan esta distinción PÉREZ TREVIÑO y VILELLA y LINARES.⁸²¹

Wrongful life se admite con serias e importantes discapacidades pero todavía el terreno no se ha trasladado, señala WOLBRING, al ámbito psicológico puro, esto es, que un hijo tenga la firme convicción de que su vida es y será desgraciada y pretenda una indemnización por ello⁸²².

GOBELSMANN señala cómo desde un primer momento la jurisprudencia norteamericana apreció la derivada entre tales demandas de responsabilidad y el valor universal de la vida, determinando una relevancia sobre el conflicto de Derechos humanos entre genitores y feto imperfecto, nutriendo primero supuestos abortivos eugenésicos, (pretextando que se produce a los padres/madres un daño concebible y cuantificable jurídicamente como sufrimiento económico, social y personal en una paternidad/maternidad de niño discapaz), pero que se extiende luego respecto de cualquier nacimiento determinando supuestos de aborto por sufrimiento socio económico, de aborto por sufrimiento psicológico y de aborto socio cultural, (denigración de la madre menor

⁸²¹ PEREZ TREVIÑO, J.L., *op. cit.*, pp.7-8; VILELLA CORTÉS, F. y LINARES SALGADO, JORGE E., *Diagnóstico genético prenatal y aborto. Dos cuestiones de eugenesia y discriminación*, Revista de Bioética y Derecho, número 24, Enero 2012, pp. 31-43, en concreto pp. 41-42.

⁸²² WOLBRING, G., *Wrongful Birth/Life suits* <http://www.bioethicsanddisability.org/wrongfulbirth.html>. Añade este autor también 1) *wrongful pregnancy* cuando quien no quiere quedar embarazada demanda a las personas que facilitaron los medios de anticoncepción o esterilización o cuando el embarazo afecta terapéuticamente a la madre sin haber sido advertido por los médicos de la misma. En este caso la cuestión es independiente de que el niño alumbré o sea abortado; y 2) *wrongful breach of warranty* que finalmente supone que la madre o el niño demanda a otras personas por haber transferido un embrión defectuoso en técnicas FIV cuando era posible un test diagnóstico preimplantacional.

edad, trauma para el normal desarrollo de su vida). Ello arma un superderecho abstracto y difícil de precisar, (no ser infeliz, no ser extraordinariamente exigido social, cultural, económica y psicológicamente el padre/madre), que podría ser opuesto casi “a capricho” frente al derecho a la vida de cualquier feto.

Fue por ello, señala GOEBELSMANN, que los Tribunales norteamericanos habían tendido a considerar el nacimiento de un niño siempre como un beneficio para los padres, y ello como incuestionable valor jurídico, considerando que había de reforzarse la visión tradicional de la responsabilidad paterna. La economía judicial y la posibilidad de incluir ciertos daños como directos al niño por negligencia médica o defecto en la *lex artis*, (sin tener que tomar la consideración del niño débil o discapaz como un daño en sí mismo para él o para sus padres), apoyaban esta posición⁸²³.

Ello se altera con el caso *Roe vs. Wade*, que, señala GOEBELSMANN, “*heralded in a new era*” al establecer “*the constitutional right of parents to decide whether to prevent the conception or birth of a [handicapped] child*”. La conexión entre daño o minusvalor y aborto está, por tanto, servida, y ello determinó el rápido desarrollo de las reclamaciones de responsabilidad que, hasta entonces, habían venido siendo contenidas. De este modo *Roe vs. Wade* “*unknowingly instigated a state court movement of recognizing wrongful-birth actions.*”⁸²⁴

En este sentido GOEBELSMANN cita el caso *Schroeder v. Perke* que acepta esta idea de daño, sufrimiento y derecho a decidir de los padres/madres: “*the birth of unexpectedly impaired children resulted in mental, emocional and moral suffering, and diminished parental*” y señala cómo la Corte de Apelación de California, (entre otras), ha aceptado ampliamente las demandas por *wrongful birth tort*.⁸²⁵

⁸²³ GOEBELSMANN, C.L., *op cit.*, pg. 669.

⁸²⁴ GOEBELSMANN, C.L., *ibidem.*, pg. 669.

⁸²⁵ GOEBELSMANN, C.L., *ibidem.*, pg. 671 -672

No obstante, la cuestión no es pacífica y GOEBELSMANN señala también 1) cómo la Corte Suprema de North Carolina rechazó dar peso legal a la idea de que “*life, even life with severe defects, may ever amount to a legal injury*”, 2) cómo la Corte de Apelación de Michigan abolió el daño del *wrongful birth* en *Taylor vs Kurapati* y 3) cita el caso *Becker vs. Schwartz*: “*whether it is better never to have been born all than to have been born with even gross deficiencies is a mystery more properly to be left to the philosophers and the theologians than to the law.*”⁸²⁶

Pero la derivada universal, intersubjetiva y pública de estas demandas particulares sobre reparación de daños injustos es todavía mayor. GOEBELSMANN se refiere así a una suerte de “eugenesia judicial”, (“*eugenics*”), un peligro general para todos los seres potenciales y la diversidad humana: “*By compensating parents when their children are not born perfect, this tort could lead to courts and legislatures prescribing how children should be*”.⁸²⁷

En Alemania la jurisprudencia aprobó reclamaciones de *wrongful birth* desde 1980. Los primeros casos en los que se aceptaron estas demandas consistieron en una malograda esterilización y en un fallo en el diagnóstico de una enfermedad muy común en Alemania (rubeola), impidiendo con ello el proceder a un aborto legal. En Francia la cuestión se suscitó en torno al asunto *Perruche*, (rubeola), y la posibilidad de construir un derecho a no nacer o a no nacer con ciertas limitaciones, (LESAUVAGE, ALVAREZ-CIENFUEGOS y LALATTA CASTERBOSA)⁸²⁸. La doctrina *Perruche* fue finalmente corregida por la

⁸²⁶ GOEBELSMANN, C.L., *ibidem.*, pg. 681.

⁸²⁷ GOEBELSMANN, *ibidem.*, pg. 682.

⁸²⁸ LESAUVAGE, C., *¿Existe un derecho a no nacer? Una relectura de la jurisprudencia de la “Court de Cassation” en el asunto Perruche*, Actualidad Administrativa, número 41, año 2002, ed. La Ley Actualidad, Madrid - 2002, págs., 1189-1198; ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M. *¿Existe un derecho a no nacer con limitaciones? Comentario al informe del Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia, con*

Asamblea Nacional el 14 de Enero de 2002 al disponer que “Nadie, aunque haya nacido minusválido, puede beneficiarse de un perjuicio por el único hecho de su nacimiento”.

Entre nosotros nuestro alto tribunal dictó sentencia de 6 junio 1997 en la que contempla un caso de un niño nacido con síndrome de Down por el fracaso de una amniocentesis, lo que motivó que los padres no tuvieran oportunidad de decidir el aborto eugenésico. La estimación de la demanda se basó en el nacimiento de un ser con las deficiencias descritas y en la voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente. Esa voluntad fue recompensada con 300.000 Euros.

El Tribunal Supremo también reconoció indemnización por daño moral a una mujer que abortó tras la realización de una amniocentesis, (STS 20 de Abril de 2005), y en otra de 18 de Mayo de 2006 reconoció responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down.⁸³⁰ El médico no informó a la paciente del resultado negativo de la amniocentesis y de la necesidad de repetir la prueba, lo cual impidió a los padres ejercer su derecho a tener este hijo o a no seleccionarlo y esperar a tener uno sano, esto es, a un cribado con base en la palanca de la legislación abortiva para evitar el sufrimiento e infelicidad subjetivos de los genitores.

En STS de 11 de Agosto de 2010 la sala de lo contencioso-administrativo confirmó la sentencia de 9 de Julio de 2008 de TSJ de Valencia en idéntico sentido, afirmando la

motivo del caso "Perruche" Actualidad administrativa, año 2002, número 1, ed. La Ley-Actualidad, Madrid - 2002, pp. 1 - 7; LALATTA CASTERBOSA, M., *Bioética y autonomía a partir del caso Perruche. Formas de discriminación entre procreación y diagnóstico prenatal*, Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Año nº 15, Nº 25, 2011 ed. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid - 2011, pág. 87.

⁸³⁰ MARTÍN I CASALS M. y SOLE I FELIU, J., *Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down. El médico no informó a la paciente del resultado negativo de la amniocentesis y de la necesidad de repetir la prueba. Wrongful birth y wrongful life*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 73, ed. Civitas, Madrid -2007, pp., 517 - 544.

sentencia de instancia que a la familia se le ha causado un "profundo" daño moral, así como "desasosiego" e "intranquilidad" por el nacimiento del niño⁸³¹, y del mismo modo el STS (Sala 3) de 28 de marzo de 2012.

Todo ello comenzó en aquella noción inicial de concebir el nacimiento de un hijo como un daño resarcible, (*wrongful birth*), y muestra el valor multiplicador de cualquier intervención o relativismo que se efectúe sobre el valor de la vida humana.

1.2).- Paradoja de la libertad como fin en uno mismo.- Se acepta pacíficamente la regla kantiana de la dignidad humana: ser la persona un fin en sí misma, de modo que sólo ella se gobierna, (autonomía), para su propia y exclusiva conveniencia. A partir de aquí la relación entre Derechos humanos y libertad se convierte en paradójica, pues si la dignidad humana es la cualidad del hombre libre como "fin en sí mismo"⁸³³, la libertad individualista se coloca en la cúspide y conduce a un decisionismo y voluntarismo que excluyen moral y prescripción. Así dice FEITO GRANDE: "el reconocimiento de que el individuo tiene un derecho subjetivo implica también asumir que tiene el poder de renunciar a él. Los derechos humanos, en el ámbito de la libertad, se encuentran entonces con la paradoja de que, aun siendo la salvaguarda de la libertad, han de ejercer también de límite para la libertad de renuncia a tales derechos. Por tanto, asigna a la categoría de inalienables a tales derechos."⁸³⁴

En el mismo sentido FERRAJOLI: "la autonomía privada, (que implica autonomía para adquirir la propiedad), es un derecho fundamental, y como tal universal, indisponible e inalienable, pero ello no refleja una contradicción por cuanto la paradoja se produciría cuando, faltando ese límite, los derechos fundamentales fueran alienables. Pues, en tal caso, también la libertad de alienar la propia sería alienable, con un doble resultado: que

⁸³¹ <http://www.solidaridad.net/noticia/7223/el-nuevo-derecho-a-no-existir>.

⁸³³ CAMPS, V., *op. cit.*, pg. 70.

⁸³⁴ FEITO GRANDE, L., *op. cit.*, pg. 154.

todos los derechos fundamentales cesarían de ser universales, es decir concernientes a todos en igual forma y medida; y que la libertad de alienar todos los propios derechos... comportaría el triunfo de la ley del más fuerte, el fin de todas las libertades y del mercado mismo y, en último análisis, la negación del derecho y la regresión al estado de naturaleza”⁸³⁵.

GIL manifiesta: “A pesar de su imposibilidad lógica, de su impensabilidad, la idea de una voluntad incondicionalmente libre se nos pasa generalmente por la mente siempre que hablamos de libertad. Nuestra experiencia concreta de la libertad, sin embargo, es muy distinta... No obstante, retorna eternamente esa idea estrambótica y esperpéntica, ese espejismo seductor, confundiéndonos y llevándonos a pensar erróneamente”.⁸³⁶

DE CASTRO Y BRAVO señalaba también la “aparente contradicción interna o “aporía” en la libertad: se es libre para obligarse, es decir, para perder la libertad.”⁸³⁷

La regla kantiana formulada como “fin en sí mismo” debe ser rectamente entendida para resolver esta paradoja pues, si se toma la libertad como valor cúspide, aceptamos la libertad de violar los Derechos humanos propios y ajenos so pena de convertirme en “fin para otros”; esto es, al referir el imperativo sobre mí mismo he eliminado alteridad y exterioridad y sólo existe decisionismo y voluntarismo.

El problema, a mi juicio, radica en tomar la libertad humana en una consideración unipersonal estanca que no existe genéticamente. Todas las personas vivas compartimos el *factum* de coexistir en un tiempo y espacio común, el *animus* de necesitar y buscar la socialidad y el contacto por la propia constitución de nuestra alma y el *factum* adicional de contemplar la yuxtaposición y competencia de distintas sociedades y grupos humanos. Así,

⁸³⁵ FERRAJOLI, L., *Derechos fundamentales*, en *Derechos y garantías*, ed. Trotta, Madrid - 1.999, pg. 48.

⁸³⁶ GIL, T., *Condicionalidad y autoría*, *op. cit.*, pg. 140.

⁸³⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, en *Derecho Civil de España, Volumen II*, *op. cit.*, pg. 16.

la libertad individualista es una quimera. La regla kantiana del fin en sí mismo es una prescripción sobre cómo tratar al otro y, por ello, es de principio una regla para la intersubjetividad y los deberes y no para el individualismo o para la relación autorrefleja de uno consigo mismo.⁸³⁸ Así KANT señalaba: “el ser humano es fin tanto para él mismo como para los demás y no es suficiente que no esté autorizado a tratarse a sí mismo y a los otros meramente como medios, (con esto puede ser también indiferente para ellos), sino que es en sí mismo un deber del ser humano proponerse como fin al ser humano en general”.⁸³⁹

En este sentido podemos y debemos moralmente aceptar que un individuo humano no sea “fin en sí mismo” sino “fin para la dignidad humana universal” o para “el ser humano en general” en ciertas encrucijadas principalísimas de colisión de Derechos humanos. Ello tampoco es ser “fin de otros” o “para otros”, sino fin propio por la pertenencia a una comunidad moral con una moral de respeto universal⁸⁴⁰, por el hecho de ser todos co-usufructuarios de una dignidad universal cuyo capital no puede ser afectado por ningún individuo. El aspecto particular y fáctico y el aspecto universal de la dignidad humana se unen por la regla moral, por la prescriptividad y conservatividad de ésta como mandato de optimización intersubjetivo.

1.2.1).- Derechos fundamentales en negativo.- Esta misma paradoja se reproduce para todos los Derechos fundamentales si los tomamos en formulación negativa y convertimos tal reverso, a su vez, en Derecho fundamental. Se ha ocupado de este tema GARCÍA CANTERO examinando el derecho a no ser libre, a no beneficiarse de *habeas*

⁸³⁸ CAMPS, V., *op. cit.*, pg. 70 -71.

⁸³⁹ KANT, I., *Doctrina de la virtud, Zweiter Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Tomo VI*, pp. 379-491, en KANT, I., *Gesammelte Schriften*, ed. Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlín - 1900 y años subsiguientes.

⁸⁴⁰ FEITO GRANDE, L., *op. cit.* pg. 156.

corpus, a no tener honor, intimidad ni propia imagen, a suicidarse o a privarse de la propia vida, etc. Téngase en cuenta que tras estas formulaciones no se esconde un simple ejercicio de libertad negativa, (no injerencia, *privacy*), sino de construcción de un orden moral diferente e incluso contrario al que es mínimo preciso para el encuentro social⁸⁴¹.

Así el derecho a no adoptar no supone que no habré de ser forzado a ello sin mi consentimiento sino que, por la vía de hecho, me hago cargo de un menor con una idea de la adopción propia y particularísima y, a continuación, exijo del Estado que me reconozca tal vínculo con base en mi derecho a ser padre/madre legal sin estar ni pasar por la regulación imperativa adoptiva, (derecho a no adoptar en la forma legal sino en otra distinta)⁸⁴². Y lo mismo para la tutela o para la filiación en general, (filiación comunitaria plural sin atender a la biológica para los miembros de una “comuna” sobre todos los hijos allí concebidos en tanto duró la convivencia grupal.

Concluye GARCÍA CANTERO que estas construcciones no son posibles por cuanto o bien se reconducen al problema de irrenunciabilidad y disponibilidad, (paradoja de la libertad frente a querer ser esclavo, autonegarse *habeas corpus*, honor, imagen, etc.), o bien chocan con consideraciones de *ius cogens* por existir bienes, intereses y funciones principalísimas del contrato social que precisamente justifican que las cosas ocurran de determinada y constante forma, (función familiar y función tuitiva en adopción, filiación y tutela, p.e.).⁸⁴³ De este modo tales construcciones quedan constreñidas a no abandonar nunca la pura vía de hecho.⁸⁴⁴

⁸⁴¹ GARCÍA CANTERO, G. *¿Derecho a no casarse?* op. cit., pg. 14 - 15.

⁸⁴² GARCÍA CANTERO, G., *ibidem*, pp. 14 - 15.

⁸⁴³ GARCÍA CANTERO, G., *ibidem*, pg. 16.

⁸⁴⁴ Sólo en el derecho a la educación se abre un interrogante sobre libertad de enseñanza como derecho a no educar a los hijos en la forma pública establecida, de modo que algunos países reconocen el derecho de cier-

1.2.2).- Libertad individualista.- DWORKIN coloca la libertad humana como valor cúspide, pero ello porque presupone que existe un espacio de absoluta individualidad desprovisto de deriva grupal y moral: “La vida humana, por muy santa y sagrada que sea, queda entregada a la tiranía de los intereses individuales. Aunque la vida sea sagrada, en verdad más sagrado es el derecho a la autonomía personal. Aunque la vida sea santa, más santa es la libertad personal de destruirla”⁸⁴⁵. Ello exige aceptar la inexistencia de intereses supraindividuales, (yo actúo sobre mi vida particular, mi *privacy*, no sobre tu vida, la vida en general o la comunidad).

Frente a ello MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁸⁴⁶ cita a LACRUZ BERDEJO/DELGADO ECHEVERRÍA, quienes, explicando qué sea el Derecho, referían cómo Robinson Crusoe no pudo tener ninguna relación jurídica en su isla por cuanto no podía tampoco entablar ninguna relación social al no existir contacto intersubjetivo; el Derecho es así asunto de la sociedad, de una pluralidad de seres humanos en contacto, de una convivencia que lo convierte en indispensable porque el Derecho nace inmediatamente en cuanto los hombres viven juntos y en relación.⁸⁴⁷ y VIDAL MARTÍNEZ señala que el

tos padres de no seguir con sus hijos los planes oficiales ni los niveles obligatorios de enseñanza; otros lo niegan radicalmente, (GARCÍA CANTERO, G., *ibidem*, pg. 16).

⁸⁴⁵ DWORKIN, R. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ed. Ariel, Barcelona - 1994 pg. 284; CORRAL TALCIANI, H.F. y VIGO, A., *Recensión sobre El dominio de la vida: una discusión sobre el aborto y la eutanasia*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 21, número 2, ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago – 1994, pg. 434.

⁸⁴⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *En torno al concepto de persona, (una contribución teórica para la definición del estatuto jurídico del concebido no nacido*, en Cuadernos de Bioética, Vol. 13, número 47-49, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, Madrid, 2002, pp. 43 - 52, en concreto pg 50.

⁸⁴⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Elementos de Derecho Civil, T. I, 1ª*, ed. Dykinson, Madrid - 2000, pg. 1.

art. 10 CE se refiere a la persona en su dimensión social y no de modo unipersonal y estanco.⁸⁴⁸

Para las teorías unipersonales el vaciado u ocultación de cuestiones supraindividuales intersubjetivas es decisivo, pues no pueden negar la constricción de la libertad individual allá donde sea precisa para la construcción social. Ésta no es posible y se destruye sin nociones como acto propio, palabra dada, responsabilidad y acuerdo republicano prescriptivo que suponen sacrificios de la libertad individual decisionista, sin que quepa afirmar voluntaristamente que “no existe ningún interés en la comunidad capaz de justificar la derogación de un derecho fundamental”⁸⁴⁹.

DWORKIN, no obstante, reconoce un carácter especial del bien “vida” al considerarlo un “valor no consensuado”, de modo que él mismo termina oponiendo un límite a esta tirana libertad, siquiera no sea sustancial o conceptual sino protocolario⁸⁵⁰. Ahora bien, lo protocolario limita, (aunque no prohíbe), y, por otra parte, el protocolo se impone para la honra de un valor “no consensuado” que tiene la vida humana *per se*; pues bien, un valor que se derrama en efectos siquiera protocolarios para todos los individuos y para los poderes públicos es algo supraindividual. Y esta intersubjetividad y supraindividualidad sólo la puede neutralizar DWORKIN distinguiendo entre valores, (sin sujeto portador), e intereses, (con sujeto portador que los construye), de un modo que no deja de ser arbitrario.

⁸⁴⁸ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Algunas observaciones sobre el concepto de persona*, en Revista General de Derecho, número 550 - 551, Valencia - 1990, pp. 5297 - 5309, en concreto pg. 5302.

⁸⁴⁹ JÄCKEL, H., *op. cit.*, pg. 112.

⁸⁵⁰ DWORKIN, *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, ed. Ariel, Barcelona - 1994, pg. 198 y ss.; DE LORA DEL TORO, P., *El último libro de Dworkin: aborto y eutanasia*, en Sistema, Revista de Ciencias Sociales, 117/1993, ed. Fundación Sistema, Madrid, 1993, pp. 101-108, en concreto pg. 104.

DE LORA DELTORO señala cómo la clave protocolaria en la tensión vida-libertad no es fácilmente precisable porque tiende a escapar hacia lo sustantivo: “el Estado protege un valor de alcance no consensuado alentando la decisión responsable de los ciudadanos cuando está en juego aquél. En el caso del aborto los poderes públicos estarían perfectamente legitimados para imponer requisitos y condiciones que aseguren que la interrupción del embarazo es fruto de una decisión madura y meditada seriamente. El diseño de dichos requisitos es tarea que Dworkin no acaba de resolver satisfactoriamente...”⁸⁵¹

MARCOS DEL CANO también manifiesta esta dificultad de resolver cuál es el espacio de individualidad y de moralidad en el derecho a la vida cuando señala que “En principio, como afirma Küng el problema de la dignidad en el morir se trata sobre todo de una responsabilidad individual de cada uno”⁸⁵². Así la titularidad individual de esta responsabilidad no es absoluta sino crítica, pues sólo se afirma “en principio”.

Las concepciones de libertad individualista eliminan una nota esencial de la libertad humana, su intersubjetividad o inexorable contexto de alteridad, como manifiesta LÓPEZ JACOÍSTE: “Hay solipsismos centrados en hacer bascular sobre sí al ser humano, así el “*cogito ergo sum*” cartesiano y, en general, cualesquiera otros egocentrismos... La existencia humana necesita salir afuera de sí para poder encontrarse a sí, para alcanzar entidad propia”.⁸⁵³ Y añade: “La inadecuación radica, a mi modo de ver, en que la persona vive inmersa en la realidad social”.⁸⁵⁴

⁸⁵¹ DE LORA DEL TORO, P., *El último libro de Dworkin: aborto y eutanasia*, op. cit., pg. 104.

⁸⁵² MARCOS DEL CANO, A.M., *Dignidad humana en el final de la vida y cuidados paliativos*, en MARTÍNEZ MORÁN, N., (Coord.), *Bioteología, Derecho y Dignidad humana*, ed. Comares, Granada - 2003, pg. 239.

⁸⁵³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 27.

⁸⁵⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 360.

Por otra parte, el individualismo adolece siempre de pérdida de exterioridad prescriptiva al colocar la libertad como valor cúspide, pues mi libertad no puede ser regla para mí mismo sin caer en decisionismo y voluntarismo, pura acción: actúa no pienses, (“*Don’t think, but look!*” dirá WITTGENSTEIN), y SCHMITT categoriza la ocasión, (*Anlass*), la oportunidad, (*Gelegenheit*), el caso o casualidad, (*Zufall*), rompiendo toda causalidad y vínculo con una norma, (*Bindung an eine Norme*)⁸⁵⁵. La vida humana y mi propia vida, por el contrario, son exteriores a mi propia libertad y pueden constituirse en un valor que funde regla moral. En este sentido señala LÓPEZ JACOÍSTE: “La dignidad de la vida humana es así calidad y razón operativa precisamente frente a los propios humanos”⁸⁵⁶.

1.2.3).- Libertad responsable.- Una libertad radical individualista supondría el fin del valor moral y prescriptivo de los Derechos humanos y, con ello, su reducción a un único derecho, el libertario. Como dije, esta libertad es inexistente por ser un *factum*: 1) la obligada convivencia en un tiempo y espacio común para los seres morales vivos, (hoy acentuada por la globalización), 2) la constitutividad simultáneamente individual y social del alma humana, 3) la convivencia de distintas sociedades humanas. Contacto convoca inmediatamente a responsabilidad, como señala LÓPEZ JACOÍSTE: “la metafísica de la libertad encuentra su conclusión en la responsabilidad...”⁸⁵⁷

De ahí que la libertad sólo pueda comprenderse como multirrecíproca, intersubjetiva y condicionada a la existencia del otro, esto es, como libertad responsable orientada *ab initio* hacia el respeto de la libertad de los demás⁸⁵⁸. Esta es la base de la primera obligación moral para KANT, aquella de firmar el acuerdo republicano⁸⁵⁹.

⁸⁵⁵ SCHMITT, C., *Politische Romantik*, (1919), ed. Duncker und Humblodt, Berlín - 1982, pp. 21 - 22.

⁸⁵⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, pg. 661.

⁸⁵⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Ibidem*, pg. 31.

⁸⁵⁸ CAMPS, V., *op. cit.*, pg. 70 -71.

La libertad kantiana fue concebida por éste como intersubjetiva y, por ello, intrínsecamente limitada, esto es, como un deber/derecho intersubjetivo antes que un derecho individual⁸⁶⁰. La crítica de MARX⁸⁶¹ a la noción individualista de libertad jurídica patrocinada por el liberalismo es totalmente justificada, pero se refiere a una doctrina y una aplicación política, (individualismo abstracto⁸⁶²), no al propio pensamiento kantiano que MAREY, DE OLIVEIRA y REQUEJO COLL y VALLS PLANA sitúan en su justo lugar como reconocedor de la intersubjetividad humana, (aunque no de la solidaridad e igualdad real).⁸⁶³ Expresamente lo señala MAREY: “la conocida crítica de MARX... no se aplica, entonces, a la república kantiana...”⁸⁶⁴

En este mismo sentido VIDAL MARTÍNEZ señala que el concepto de persona del art. 10 CE considera al ser humano en cuanto que vive con los demás, o lo que es igual, contemplado en su dimensión social, y que ello “puede apoyarse sin dificultades en el personalismo ético de KANT”.⁸⁶⁵

1.2.4.- Exterioridad de la moral frente a decisionismos.- Estos autores subrayan cómo KANT supera tanto la idea individualista como la comunitarista o democrática

⁸⁵⁹ MAREY, M., *op. cit.*, 540.

⁸⁶⁰ GRACIA CALANDÍN, J., *Posibilidad de un individualismo holista. Consideraciones hermenéuticas sobre el individualismo moderno desde la filosofía de Charles Taylor*, en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, Nº 42, 2010, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, - 2010, pp. 199-213, en concreto pp. 207 - 208.; MAREY, M., *op. cit.*; DE OLIVEIRA, P.F., *op. cit.* pg. 138.; REQUEJO COLL, F., y VALLS PLANA, R., *op. cit.*, pp. 130-131.

⁸⁶¹ MARX, K., *op. cit.*, pg. 195.

⁸⁶² BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 119.

⁸⁶³ MAREY, M., *op. cit.*; DE OLIVEIRA, P.F., *op. cit.*, pg. 132; REQUEJO COLL, F., y VALLS PLANA, R., *op. cit.*, pp. 130-131 y 134-135.

⁸⁶⁴ MAREY, M., *op. cit.*, pg. 542.

⁸⁶⁵ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Algunas observaciones sobre el concepto de persona*, *op. cit.*, pg. 5302.

mayoritaria, pues no acepta el autofinalismo decisionista y voluntarista personal, (fin para uno mismo), ni grupal, (fin para una voluntad mayoritaria con la que yo voté o pude haber votado). KANT no se limita a situar la prescriptividad en “lo que quiera la mayoría de una totalidad de la que yo he formado parte”. Ello es un esquema decisionista de poder y esta no es la idea de KANT. KANT no basa el acuerdo republicano en utilitarismo, (necesidad), ni en libertad grupal, (poder de la mayoría), sino en moral, en ciertos valores universales normativos *a priori* y en la obligación moral de procurar su protección y promoción, (virtud), que corresponde a quien pueda, (agente moral), si quiere, (amigo), y por los medios precisos, (acuerdo republicano), de modo que acude a una noción de exterioridad imponiendo a la voluntad general un exigencia prescriptiva, (legitimidad), que está fuera de ella misma y de los individuos.

Esta era la idea original de KANT frente a HOBBS, el acuerdo republicano como obligación moral de los individuos⁸⁶⁷, la exigencia de una legitimidad sustancial universal como criterio de validez del Derecho, o como señala MAREY: “El *carácter regulativo* universal del contrato, carácter que Kant estableció explícitamente en “Contra Hobbes”, toma la existencia de los Estados como un *dato*, y si la autoridad política estatal *en general* no fuera tomada por Kant también como un elemento empírico cuya legitimidad debe ser *evaluada*, en vez de solamente *explicada*, por la filosofía política, entonces el contrato originario perdería su carácter normativo crítico.”⁸⁶⁸

KANT conecta el principio universal del Derecho, (Derechos humanos), con la voluntad soberana, lo que le lleva a concebir una comunidad interactiva⁸⁷⁰ y una voluntad

⁸⁶⁷ MAREY, M., *ibidem.*, 540.

⁸⁶⁸ MAREY, M., *ibidem.*, 541.

⁸⁷⁰ Lo que conecta con la producción sociológica del Derecho de HABERMAS, (GOYARD-FAVRE, S., *Le Droit et le Société d'aujourd'hui*, http://www.philopsis.fr/IMG/pdf_justice-droit-goyard-fabre.pdf, pg. 16-17)

omnilateral. Esta voluntad general no sólo ha de ser, de existir, (tiranía del número, voluntad mayoritaria⁸⁷¹), sino que, además ha de ser *a priori* para que, así, pueda considerarse exterior y externa a las voluntades unilaterales que subyacen bajo ella, a sus sumas y a sus restas⁸⁷². Este apriorismo se encuentra en “los derechos «innatos, inherentes a la humanidad e inalienables» (*Paz perpetua*, 350, nota) que quedan garantizados de modo pleno sólo por el ideal republicano”⁸⁷³ y que tienen igual prescriptividad sobre cualquier proceso constituyente: “Las revoluciones, en cambio, donde quiera que la naturaleza las provoque por sí misma, no deberán tomarse como excusa para una opresión mayor sino como una llamada de la naturaleza a instaurar, a través de reformas sólidas y minuciosas, una constitución legal fundada en los principios de libertad, la única constitución que es permanente”⁸⁷⁴.

1.2.5).- Intersubjetividad y solidaridad en KANT.- MARX ya había formulado una crítica inicial a las consecuencias individualistas que pudieran extraerse de KANT hacia las Declaraciones liberales de derechos: “Pero, ¿en qué consiste la libertad? “Artículo 6 [de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano”, 1793]: la libertad es el poder que tiene el hombre de hacer lo que no perjudique los derechos de otro”. O, según la declaración de los derechos humanos de 1791, “la libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudique a otro”. O sea que la libertad es el derecho de hacer y deshacer lo que no perjudique a otro. Los límites en los que cada uno puede moverse sin perjudicar a otro se

⁸⁷¹ D’AGOSTINO, *op. cit.*, pg. 470, OLLERO TARASSA, A., *op. cit.*, pg. 8.

⁸⁷² MAREY, M., *op. cit.*, pp. 531 y 540 - 541.

⁸⁷³ MAREY, M., *ibidem.*, pg. 531.

⁸⁷⁴ KANT, E., *Paz Perpetua...*, *op. cit.*, 373..

hallan determinados por la ley, lo mismo que la linde entre dos campos por la cerca. Se trata de la libertad del hombre en cuanto nómada, aislada y replegada en sí misma⁸⁷⁵.

MARX está señalando aquí cómo se ha cercenado del concepto de libertad humana el *factum* inevitable de que sólo existe en intersubjetividad. PECES-BARBA refiere cómo MARX califica a este sujeto ideal de hombre egoísta.⁸⁷⁶ No obstante, REQUEJO COLL y VALLS PLANA, por un parte, y de OLIVEIRA, por otra, señalan cómo la libertad externa o jurídica concebida por KANT contaba genéticamente con que el hombre no podía en absoluto considerarse un individuo estanco encerrado en sí mismo.⁸⁷⁷ El problema no era tanto el concepto individualista como la ausencia de traducción de la libertad intersubjetiva formal a libertad real. El reto constante para los Derechos humanos está en pasar de su formalidad a su realidad: si de la igualdad formal y jurídica hubiéramos conseguido pasar a la igualdad real y material nuestro mundo y nuestras sociedades serían irreconocibles.⁸⁷⁸

KANT concibió la intersubjetividad de la libertad, pero no la necesidad de una igualdad real⁸⁷⁹. REQUEJO COLL y VALLS PLANA señalan cómo este autor finalmente “se dio cuenta de que la moral sin derecho coactivo es tan ineficaz para socializarnos pacíficamente como el agua de rosas para curar tumores” y cómo “La doctrina más madura

⁸⁷⁵ (MARX, K., *La cuestión judía* en MARX, K y ENGELS, F., *Obras*, ed. Sacristán, M., traductor Ripalda, J.M., editorial Crítica, 1978, Tomo V, pg. 195.

⁸⁷⁶ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre el puesto de la historia...*, *op. cit.*, pg. 247

⁸⁷⁷ REQUEJO COLL, F., y VALLS PLANA, R., *op. cit.*, pp. 130-132 y pp. 134-136; DE OLIVEIRA, P.F., *op. cit.*, pp. 132-138.

⁸⁷⁸ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 322.

⁸⁷⁹ DE CASTRO Y BRAVO señala cómo la reacción liberal de los hombres de la Ilustración contra “*l’ancien régime*” “va unida a la creencia ingenua de que bastaba con la supresión de las viejas vinculaciones... y el establecimiento de la igualdad jurídica... para que reine para siempre la libertad”, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, pg. 14).

de Kant nos aparta, por tanto, del optimismo ingenuo para dar paso al realismo...”.⁸⁸⁰ Pero este realismo es más un pesimismo en cuanto a la posibilidad de implementación del acuerdo republicano *per se*, (por pura fuerza de convicción y deriva moral desde cada individuo), que una percepción o intuición de la necesidad de un concepto de igualdad real y no meramente jurídica.

Toda idea de igualdad real kantiana está reñida con su noción del ciudadano, como señalan PECES-BARBA MARTÍNEZ⁸⁸¹ y DÍEZ DEL CORRAL: “El que tiene derecho de voto en este sistema se llama ciudadano, (*citoyen*, es decir, ciudadano del estado, no ciudadano de una ciudad, *bourgeois*). La condición que se le exige, además de la natural, (que no sea menor ni una mujer), es únicamente ésta: que sea dueño de sí mismo (*sui iuris*) y, por consiguiente, que tenga una propiedad, (y en esto se puede comprender cualquier actividad normal, profesional, artística o científica), que le procure medios de vida; y esto en el sentido de que, en el caso que para vivir deba adquirir bienes de otros, los adquiera sólo mediante la alienación de lo que es suyo”.⁸⁸²

Así, lo que KANT no completó fue el paso de la intersubjetividad como *factum* y límite a la valoración de tal intersubjetividad en términos de solidaridad e igualdad real. Ello quedó pendiente hasta el Estado social de Derecho con planteamientos que se califican en la doctrina política como “republicanos” frente a los que se nombran como “individualistas abstractos”, (BARRANCO⁸⁸³).

1.3).- Libertad y ser moral.- Ser moral y valor moral se fusionan, como dije, al considerar el derecho a la vida. Señala LÓPEZ JACOÍSTE: “El vivir es causa de todas las

⁸⁸⁰ REQUEJO COLL, F. y VALLS PLANA, R., *op. cit.*, pg. 129

⁸⁸¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre el puesto de la Historia...*, *op. cit.*, pg. 246.

⁸⁸² DÍEZ DEL CORRAL, L., *Sobre el dicho común: esto puede ser justo en teoría pero no vale la práctica*, en *Scritti politici e di filosofia della Historia e del Diritto*, editrice Torinese, Turín - 1965, pg. 260.

⁸⁸³ BARRANCO AVILÉS, M.C., *op. cit.*, pg. 119.

operaciones vitales, no es sino el acto de ser del viviente.”⁸⁸⁴ Y ello implica que la dignidad humana sólo puede existir encarnada en un humano vivo, abrazada a la vida. Así disponer de la propia vida es disponer de la propia condición moral.

DE MIGUEL BERIAÍN señala esta conmixción paradójica entre valor moral y ser moral y su extrañamiento del dominio de la libertad: “¿Puede, no obstante, un agente moral negar su propio valor? Esta posibilidad es mucho más compleja, dado que implica la negación de su propia afirmación. Si yo soy moralmente valioso estoy realizando un juicio moral, con lo que, o bien no me creo mi propia afirmación... o bien caigo en la contradicción de negar que al menos soy valioso en cuanto que condición necesaria para la existencia de ese juicio moral... si concedemos que los juicios morales son valiosos... parece obvio que quienes puedan formularlos también han de serlo... aun cuando ellos mismos nieguen su propio valor.”⁸⁸⁵

No es posible convertirse en indigno *ex voluntate*. A lo sumo podemos convertirnos en enemigos. Un problema de indignidad surge en el psicópata que no puede ser moral por carecer de empatía y, con ello, tener cercenado *ab initio* el primer chispazo de altruismo psicológico genético que requiere la moralidad⁸⁸⁶. La conversión en indigno requeriría un trabajo sobre las bases biológicas de nuestra autoconciencia y no un ejercicio de libertad. DE MIGUEL BERIAÍN señala que “la reproducción de especies humanoides mediante transferencia nuclear parece posible, y ... la creación de quimeras e híbridos humano-animales ya se está llevando a cabo”;⁸⁸⁷ de modo que una mutación en inhumano propia del Dr. Moreau puede no quedar tan lejana.

⁸⁸⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 337.

⁸⁸⁵ DE MIGUEL BERIAÍN, *¿Derechos para ...*, *op. cit.*, pg. 24.

⁸⁸⁶ TRIVERS, R., *op. cit.*, pp. 35 - 57, ROSAS, A., *op. cit.*, pp. 79 - 101.

⁸⁸⁷ DE MIGUEL BERIAÍN, I., *¿Derechos para...*, *op. cit.*, pg. 16.

DE MIGUEL BERIAÍN apunta a otra de las posibles formulaciones de la regla moral de los Derechos humanos: no convertir en inmoral, (incapaz o inapto para la moral), al sujeto moral⁸⁸⁸, lo que expresa la normatividad de aquéllos para la conservación de la cualidad moral en sus sujetos, (y también, por tanto de su condición de vivos). De aquí resulta que existen dos maneras de matar al ser moral: 1) aniquilar su base física, su *corpus*, (muerte), 2) anular su aptitud para la moral, (*psique*).

Considerado esto, cabe plantear: la aniquilación de la aptitud moral de una persona, (póngase directamente dolosa mediante sustancias incapacitantes mentales), ¿tiene encaje en el delito de homicidio y asesinato en el CP? ¿se agota entonces la energía criminal y el bien jurídico penal en los solos tipos de las lesiones? En el supuesto que refiero no se mata biológicamente pero sí se convierte a la víctima en un *alter non ego* que no es ya un semejante al privarle de la actualidad de su humanidad. Por su parte, el tipo más grave de las lesiones no parece que agote el supuesto que se plantea puesto que se refiere a una grave enfermedad somática o psíquica o a la pérdida de órgano o miembro principal o de un sentido, (art. 149 CP).

1.3.1).- La dignidad del receptáculo.- Toda biología humana, todo *corpus* humano merece dignidad humana por cuanto inseparable e inherente en ellos alienta tal dignidad que se extiende al continente; no importa si el contenido es actual, en proceso, a futuro, mermado o anulado: acostumbrarse a acabar con biología humana por no tener la máxima condición fisiológica y psicológica actual de conciencia y voluntad, (embrión, fetos, incapaces, enfermos en coma), sólo puede producir pérdida de sacralidad e intangibilidad para esa condición humana que siempre está contenida en un cuerpo

⁸⁸⁸ DE MIGUEL BERIAÍN, I., *ibidem*, pg. 16.

biológico humano, (receptáculo). En este sentido señala LOPEZ JACOÍSTE: “La dignidad de la persona abarca e incluye la dignidad del cuerpo”.⁸⁸⁹

Todo receptáculo de vida merece una dignidad particular como ser vivo, único, desde un virus hasta las ballenas azules. Acostumbrarse a acabar con un ser vivo supone situarse cada vez más cerca de no dar demasiada importancia a arrebatar la vida de un ser humano. Se pierde empatía cada vez que se mata. La empatía, o se practica incondicionalmente, o se debilita y desnuda; no es selectiva y esta selectividad sólo lleva a perderla: es un delicado bien y virtud⁸⁹⁰. Hay que combatir también el relativismo que nace de valorar sólo la vida humana, pues existe aquí un mecanismo de plano inclinado o *slippery slope*⁸⁹¹ hacia la banalización de la propia vida humana.

En pueblos que mantienen una moral y una ideología de usufructuarios, (recolectores y cazadores), se impone la reverencia hacia toda vida, lo que exige moralmente pedir permiso y justificar la toma de cualquier existencia, agradecerla y darle una buena muerte. Esta es la inteligencia que subyace a la canción que, en muchos pueblos, debe cantar el cazador a la pieza que cobra o que emana también de la siguiente frase: “Creíamos que todo era como nosotros, desde los animales pequeños como el ratón,

⁸⁸⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pág. 227.

⁸⁹⁰ Quizás la empatía sea la más divina de las cualidades humanas: “Aunque tuviera el don de la profecía y conociera todos los misterios y toda la ciencia, aunque repartiera todos mis bienes y entregara mi cuerpo a las llamas, si no tengo caridad, nada me aprovecha. La caridad no acaba nunca. Desaparecerán las profecías. Cesarán las lenguas. Desaparecerá la ciencia.”...”Subsisten la fe, esperanza y caridad, estas tres. Pero la mayor de todas es la caridad”, (1, Corintios, 13).

⁸⁹¹ Sobre este concepto *vide* MORENO VILLARES, J. M., GALIANO SEGOVIA, M. J., *La eutanasia en niños en Holanda: ¿el final de un plano inclinado?*, en Cuadernos de Bioética, ed. Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Vol. XVI, Núm. 58, Madrid - 2005, pp. 345-356.

hasta cosas como la madera. La madera se alegra por quien la utiliza, y la persona se alegra por la madera porque existe y puede usarse”.⁸⁹²

Respecto de seres vivos no humanos ello supone que, además de la negación absoluta de derechos, de la afirmación de discrecionalidad o libertad en concederlos o no, (DE MIGUEL BERIAÍN⁸⁹³), y de la afirmación de derechos subjetivos para los seres no morales, (REGAN, FERRATER MORA)⁸⁹⁴, es posible aceptar un valor moral y una ética de la responsabilidad de parte del agente moral y hacia los pacientes morales, fundada en el valor conservativo de esta inteligencia de dignidad del receptáculo.

Acabar sin responsabilidad y protocolo con cualquier vida es aniquilar a un hermano en la vida⁸⁹⁵ y desvaloriza la dignidad y la intangibilidad de la vida de todos. Es cierto que corre un trecho desde una cepa bacteriana o una ameba hasta los orangutanes, una progresividad en esta dignidad del receptáculo, pero no lo es menos que infligir sufrimiento o muerte cruel o caprichosamente a cualquier ser vivo, (sin móvil suficiente y sin un protocolo que minimize sus perjuicios), es un veneno que perjudicará a todos y que socava la normatividad de los propios Derechos humanos como derechos para hombres que están vivos. Acoger una ética de la responsabilidad en relación con la comunidad no moral

⁸⁹² Joe Friday, Pueblo Yu'Pik, Alaska, (FIENUP-RIORDAN, A., *The Living Tradition of Yup'ik Masks: Agayuliyararput (Our Way of Making Prayer*, ed. University of Washington Press, Seattle, WA, - 1996).

⁸⁹³ DE MIGUEL BERIAÍN, I., *¿Derechos para...*, *op. cit.*, pp. 24 - 25.

⁸⁹⁴ REGAN, T., *The case for animal rights*, traducción de BELLVER V. en VIOLA, F., *De la naturaleza a los derechos: los lugares de la ética contemporánea*, ed. Comares, Granada – 1998, pg. 192; FERRATER MORA, J., *Diccionario de Filosofía, voz Derechos de los animales*, ed. Ariel, Barcelona - 2009, pp. 174 - 175.

⁸⁹⁵ Recuérdese el Cántico de las Criaturas de Francisco de Asís.

universal de la vida⁸⁹⁶ tiene así un valor moral para la propia comunidad moral humana, para la moralidad conservativa que de la misma emana y para su prescriptividad. Cabe recordar que KANT habló precisamente en este punto de “obligaciones morales indirectas”⁸⁹⁷.

En este sentido, si en los delitos contra el medio ambiente puede comprenderse una pura instrumentalidad directa, (pues el ser humano necesita una ecología para subsistir), los delitos y faltas de maltrato y crueldad animal pueden ofrecer un refrendo moral y normativo para esta inteligencia de la dignidad del receptáculo.⁸⁹⁸

2).- AUTONORMATIVIDAD E INTERNORMATIVIDAD

No es posible norma sobre uno mismo proveniente de uno mismo. Ello carece de exterioridad y no permite regla ni prescripción sino un puro ejercicio actual, distinto cada vez aunque su contenido sea el mismo. Ética y Moral conducen a principios prescriptivos exteriores al individuo, esto es a fuentes de valor heterónomas y el Derecho no sólo exige una fuente de valor heterónoma sino también una fuente heterónoma de coerción. Se trata otra vez del problema paradójico de la libertad humana cuando se coloca como cúspide de la moral de los Derechos humanos. Ello compone un problema teológico pues es la misma

⁸⁹⁶ FERRATER MORA señala la existencia de una “igualdad viviente” entre humanos y ciertas especies animales, (mamíferos y pájaros), que forman una comunidad que permite apreciar “derechos básicos comunes”, (FERRATER MORA, J., *op. cit.*, pg. 174)

⁸⁹⁷ Según refiere FERRATER MORA, KANT señala explícitamente que nuestros deberes para con los animales son deberes indirectos para con la humanidad, (FERRATER MORA, J., *op. cit.*, pg. 175), lo que también cita DE MIGUEL BERIAÍN, I., *¿Derechos para los animales?, op. cit.*, pg. 31.

⁸⁹⁸ Artículos 337, 631, 632.2 CP.

perplejidad que habita en la consideración acerca de si Dios puede abarcarse a sí mismo, la cual termina por resolver OCCAM para fundar el pensamiento moderno.⁸⁹⁹

Así, respecto del usufructo que a cada uno nos corresponde en relación con nuestras dignidades humanas, no hay verdadera autonormatividad sino una articulación entre iguales co-usufructuarios cuyos disfrutes exigen contacto y cohonestación y cuyos pactos y ponderaciones son la propia realidad de tal disfrute sin afectar al capital ni al título de su usufructo.

Esta cuestión de autonormatividad e internormatividad usufructuaria se resuelve 1) en la consideración del ejercicio de mis derechos patrimoniales, personales y familiares, (lo que toma carácter intersubjetivo pues tal ejercicio no es nunca absolutamente estanco e irrelevante para los demás), y 2) en el examen de la renuncia o disposición de tales derechos.

2.1).- El ejercicio de los derechos.- El ejercicio de los derechos se refiere a la faceta segunda de la autonomía de la voluntad que señalaba DE CASTRO Y BRAVO⁹⁰⁰, y es un desempeño actual, disfrutado o cobrado que está heteronormado desde el Título Preliminar del CC con valor constitucional según VIVAS TESÓN⁹⁰¹. Ello no es internormación negocial, (como sería un negocio de diligencia debida o de protocolo⁹⁰² o cualquier pacto para cohonestar disfrutes), sino Derecho público directo, imperativo en

⁸⁹⁹ Vide QUINTANA ALBALAT, J., QUINTANA, G., *El conocimiento del alma por sí misma: Ockam o el primado del conocimiento intuitivo*, en Revista de historia de la psicología, Volumen 10, número 1-4, 1989, ed. Sociedad Española de Historia de la Psicología, Madrid - 1989, pp. 27 - 38.

⁹⁰⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 13.

⁹⁰¹ VIVAS TESÓN, I., op. cit., pg. 5 -6.

⁹⁰² DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción, Teoría del Contrato*, 6ª edición, op. cit., pg. 76.

aplicación de la primacía de apropiabilidad del Derecho público como injerencia en el juego privado que precisamente lo niega en el punto de abuso.

El estatuto y protocolo del buen jugador jurídico patrimonial no son inteligencia de Derecho privado y no son disponibles ni excluibles, por cuanto no penden absoluta ni relativamente de la autonomía de la voluntad de ningún particular. Encarnan intereses generales que protegen la potencia de los juegos de libertad para producir sus bienes e intereses mediatos a favor del contrato social. Así ocurre con la maximización de riqueza, (*ius abutendi*, prescripción extintiva, reparación del daño injusto, represión del uso en perjuicio exclusivo de otro, ejercicio antisocial), y con el proselitismo del juego, circulación de riqueza y mayor producción de jugadas jurídico patrimoniales por confiabilidad y prestigio, (interdicción del fraude, mala fe conocimiento y empoderamientos fácticos).

Ello se aprecia en la irrenunciabilidad de la responsabilidad civil extracontractual, esto es, la nulidad del pacto por el que te autorizo a que me hagas todo el daño que quieras, el cual afecta, además, a la inherente apropiabilidad y a la indemnidad general que corresponde a la dignidad humana. Los pactos sobre diligencia y resarcimiento son posibles, en general, en orden a agravar las exigencias protocolarias⁹⁰³, salvo el 1.103 CC como límite de autonomía de voluntad *ad cassum* y por arbitrio judicial. Los pactos atenuadores y excluyentes, por el contrario, nunca pueden extraer de la observancia protocolaria la conducta dolosa, (artículo 1.102 CC, parágrafo 276 BGB, si bien el BGB

⁹⁰³ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Introducción, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, op. cit., pp. 756 - 757.

aclara que se refiere al dolo propio, parágrafo 278 BGB final), ni tampoco cabría excluir la negligencia grave, (parágrafo 277 BGB)⁹⁰⁴.

En nuestro Derecho DÍEZ PICAZO señala aquí la existencia de “una auténtica laguna legal” que, dice este autor, buena parte de la doctrina y CASTÁN TOBEÑAS han considerado que debe permitir exclusión de culpa grave ante el significativo silencio del 1102 CC⁹⁰⁵. No es esta mi opinión por cuanto: 1) la culpa grave es antisocial, contraria a la conservación de riqueza y a la tipicidad media que el contrato social necesita en las relaciones patrimoniales; 2) afecta a la noción de patrimonio personal, (de acuerdo con el *quantum* del año incluso iusfundamentalmente), y a la garantía patrimonial universal, (incluso en daño de tercero); 3) quien cuenta con un pacto eximente de culpa grave es fácil que se desempeñe conscientemente con menor diligencia y precaución hasta el punto de alcanzar el dolo eventual abandonando la sede culpable.

Sólo es posible una libertad plena de pacto sobre riesgos y su imputación. Existe aquí, a mi juicio, una noción de orden público a la que ha de añadirse, además, la garantía patrimonial universal. Ésta no permite tampoco la libertad de pacto respecto del daño injusto, pues puede encerrar una descapitalización voluntaria que debiera contemplarse como fraude de acreedores o liberalidad: concurre aquí una fuente de inconmutatividad que debe ser sometida a sus cautelas legales propias, (643 CC, 71 LC), so pena de aniquilar el propio juego de autonomía patrimonial.

⁹⁰⁴ RODRÍGUEZ OLMOS, J.M., *Deberes de Protección, “aún frente a terceros”*, en la *Dogmática Alemana*, en Revista de Derecho Privado, número 20, Enero-Junio 2011, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 301- 346, en concreto 308 y ss.

⁹⁰⁵ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 755.

Estos mismos conceptos existen y se aplican también para los Derechos fundamentales, sin que su carácter de tales impida que se los tache de nunca abusivos o de imposiblemente injustos en su ejercicio⁹⁰⁶.

2.2).- Renuncia y Disposición de Derechos fundamentales.- VON THUR señalaba que la existencia de protección jurídica sobre Derecho fundamentales no autorizaba a equipararlos con estrictos derechos subjetivos, ya que en modo alguno cabe disponer nada acerca de su nacimiento, transmisión, extinción y renuncia.⁹⁰⁷ En el mismo sentido DE CASTRO Y BRAVO y LÓPEZ JACOÍSTE.⁹⁰⁸

FEITO GRANDE refiere “... la paradoja de que, aun siendo la salvaguarda de la libertad, han de ejercer también de límite para la libertad de renuncia a tales derechos. Por tanto, asigna a la categoría de inalienables a tales derechos. Esto permite comprender, por una parte, la lógica de la defensa de unos derechos “naturales” - es decir, consustanciales o intrínsecos al ser humano - que tendría todo individuo con anterioridad a su reconocimiento efectivo por el Estado y, por otro lado, el establecimiento de su carácter inalienable.”⁹⁰⁹

Estas paradojas plantean: 1) irrenunciabilidad o indisponibilidad y 2) si no hay renunciabilidad o disponibilidad, ¿cómo auto obligarme a nada, cómo ejercer mi libertad de perder mi libertad? La primera pregunta es perentoria en sede personal. La segunda en la patrimonial. En el ámbito familiar nos encontraremos con ambas.

2.2.1).- Irrenunciabilidad e indisponibilidad.- El carácter universal de los Derechos fundamentales permanentemente presentes en lo personal y familiar determina

⁹⁰⁶ JIMENA QUESADA, L., *op. cit.*, pp. 1.486 - 1.491.

⁹⁰⁷ VON THUR, A., *Der allgemene teil des burgerlichen Rechts*, I,1940, pp. 150 y ss.

⁹⁰⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, *op. cit.*, pg. 1.262 y ss.; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 360.

⁹⁰⁹ FEITO GRANDE, L., *op. cit.*, pg. 154.

que existan bienes e intereses indisponibles incluso para quienes los encarnan o son sus teóricos o aparentes beneficiarios; ello cuestiona toda renuncia o disposición. Este problema de irrenunciabilidad e indisponibilidad es una cuestión acerca de cómo de desplegar *in concreto* y encarnadamente la prescripción moral sustantiva, para lo cual 1) hemos de discriminar supuestos y zonas donde los Derechos fundamentales no están o se encuentran alejados y periféricos y otros lugares donde tales derechos se encuentran nuclear, esencial e intensamente presentes; y 2) hemos de considerar si renuncia o disposición lo son al derecho mismo o a su disfrute o mero ejercicio puntual y derivado.

2.2.1.1).- Prescripción moral directa.- Existirá irrenunciabilidad e indisponibilidad allí donde encontremos al Derecho fundamental mismo esencial y nuclearmente. Ello supone *Drittwirkung* directa, (ALEXY⁹¹⁰), pero también una ponderación entre renunciabilidad y disponibilidad, (autonomía), *ad cassum* para cada Derecho fundamental y situación concreta de acuerdo con las técnicas de proporcionalidad, (ponderación, adecuación, necesidad), y con la discriminación de la intensidad, nuclearidad y esencialidad con que percutió el Derecho fundamental en el supuesto de hecho. Como señala MENDOZA ESCALANTE. “No existe un condicionamiento normativo para la aplicación de un derecho fundamental... sino sólo un condicionamiento fáctico: su relevancia en la controversia civil”.⁹¹¹

Tal es también la opinión de DE PABLO CONTRERAS: “A nuestro juicio, empero, no cabe dudar de que la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares es inmediata”⁹¹², pero matizando que la exigencia de proporcionalidad

⁹¹⁰ ALEXY, R., *op. cit.*, pg. 522.

⁹¹¹ MENDOZA ESCALANTE, M., *op. cit.* pg. 19.

⁹¹² DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)*..., *op. cit.*, pg. 235.

entre éstos y la autonomía de la voluntad determina que el resultado práctico final aproxime a los partidarios de la *Drittwirkung* mediata e inmediata.⁹¹³

Cada derecho fundamental muestra, (fáctica o estructuralmente), diferente aptitud para manifestarse siempre intensa y nuclearmente, (vida, integridad física), o con muy distintas esencialidades entre muy alta y bajísima, (propiedad privada). Sólo en los primeros casos será muy difícil diferenciar entre derecho y ejercicio del derecho. Como también señalé antes, las emanaciones de derechos procedentes del ser de la persona mostrarán mayor esencialidad que aquellas otras nacidas del hacer y del tener, (LÓPEZ JACOÍSTE, MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁹¹⁴). El contenido esencial y no esencial de cada Derecho fundamental otorgará así distintas posibilidades para considerar afectado o no perturbado al Derecho fundamental mismo frente a un acto de autonomía de voluntad, (renuncia o disposición).

En ciertas materias y sectores la lejanía respecto a la nuclearidad del Derecho fundamental permite que la delimitación de estas zonas pueda efectuarse incluso con un prevaciado iusfundamental general, lo que compete al legislador y es lo que realiza al definir un ámbito posible para el Derecho privado patrimonial. En su zona predefinida sabemos que la autonomía de voluntad podrá desplegarse sin afectar ningún Derecho fundamental, siquiera la fundamentalidad o esencialidad es un concepto también temporal,

⁹¹³ DE PABLO CONTRERAS, P., *ibidem*, pg. 235; ALEXY, R., *op. cit.*, pg. 514 y ss.; QUADRASALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *op. cit.*, pg. 59; ESTRADA, A.J., *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá - 2000, pp. 146 y ss.

⁹¹⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, *op. cit.*, pp. 1059 y ss.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)*..., *op. cit.*, pg. 547.

(JIMÉNEZ CAMPO⁹¹⁵), de modo que el legislador puede reajustar las posibilidades del juego, (deudores hipotecarios, desahucios hipotecarios en la actual crisis). FLUME señala en este sentido la amplia libertad del legislador para tal tarea y el espacio que tiene para tomar diversas posibilidades sin llegar a afectar el núcleo o contenido esencial de la autonomía privada constitucionalmente protegida.⁹¹⁶

No es posible, por el contrario, ningún prevaciado en las sedes personal y familiar. Y, en ausencia de norma legal corresponderá al Juez señalar cuándo se ha afectado, o no, el contenido esencial de un Derecho fundamental por parte de un pacto privado. No obstante, la imposibilidad de un prevaciado general en sede personal y su necesidad de que todo ocurra *ad cassum* con arbitrio judicial pueden ser violadas abusivamente por el legislador creando derechos subjetivos individuales *ex lege* que terminan con la cuestión intersubjetiva y co-articuladora por la vía de eliminar de un plumazo a todos los sujetos implicados menos uno. Lo inapropiado de este expediente determina, como señala D'AGOSTINO, que ello señale puntos y debates permanentemente abiertos pese a la solución legislativa.⁹¹⁷

ALFARO AGUILA-REAL refiere que aquí el problema es que las afecciones *ex voluntate* a los Derechos fundamentales son perfectamente constitucionales y proceden del artículo 10 CE⁹¹⁸, y añade: “el problema consiste en decidir en qué medida el consentimiento del afectado excluye la “inconstitucionalidad” de la autorregulación privada o, en otras palabras, en qué medida el consentimiento es *autoprotección* suficiente y, por lo tanto, el mandato de protección de los derechos fundamentales... queda

⁹¹⁵ JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, *op. cit.*, pg. 70 y ss.

⁹¹⁶ FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pp. 42-44.

⁹¹⁷ D'AGOSTINO, F., *La Bioética como problema...*, *op. cit.*, pg. 470 - 471.

⁹¹⁸ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 62.

suficientemente cumplido si los poderes públicos garantizan la realidad de dicho consentimiento”.⁹¹⁹

Pues bien, expuesta así la cuestión la respuesta, a mi juicio, es clara: nunca. Valor moral, *Drittwirkung* directa y eficacia normativa de la CE suponen que en el ámbito de los Derechos fundamentales ya nunca más servirá el liberal consentimiento formalista⁹²⁰. Donde parece funcionar un consentimiento formal, *per se*, por su sola fuerza convencional expresada, lo que ocurre es tan sólo que dicho consenso formalista se produce en un ámbito prevaciado de cuestiones iusfundamentales, (Derecho civil patrimonial en inteligencia de Derecho privado). Esta zona y este campo de juego es amplísimo en la cuestión material, pero ello no procede del triunfo de la autonomía de la voluntad sobre los Derechos fundamentales sino de que es un derecho 1) del “tener” y 2) de un “hacer” valorado siempre materialmente, (directamente traducible a equivalente pecuniario este propio hacer y no sólo un daño injusto en su negación), todo lo cual aleja a la persona en sí misma considerada y permite, (como *factum*), una amplísima libertad de configuración para el legislador y un enorme campo de juego para renunciaciones y disposiciones desde la autonomía privada sin ocupar una zona iusfundamental esencial o nuclear.

En cuanto excedamos de este enormísimo ámbito prevaciado el convenio podrá ser ineficaz por haber ingresado en un ámbito iusfundamental donde la legitimidad no resulta de la sola emisión de dos consentimientos formales, (nulidad absoluta del pacto por el que me haces dueño de todo lo que ganes trabajando, de todas las rentas de tu patrimonio y de todo lo que te puedan regalar o recibir en juegos de azar), y, por ello, en caso de deducirse controversia, será el Juez quien tendrá que decidir sobre la cuestión de ineficacia de la renuncia o disposición otorgada.

⁹¹⁹ ALFARO AGUILA-REAL, J., *ibidem.*, pg. 94.

⁹²⁰ En contra FLUME: la autodeterminación es siempre justa *per se* y juzgar la legitimidad de la elección autónoma es contradictorio e imposible, (FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 31).

Como dice también ALFARO AGUILA-REAL, existe “un problema de valoración entre los derechos en conflicto [fundamentales contra libertad] que garantice el contenido esencial de ambos”⁹²¹, y la autonomía de la voluntad hace número aquí como valor y como derecho, pero su consideración, (innegable), no produce claudicación automática del Derecho fundamental. Concernida esencial, intensa y nuclearmente la norma moral y prescriptiva no cabe sino negar la libertad. Ello no es exorbitante. La afirmación de la prescriptividad directa de la norma moral no secuestra ni reduce en ningún modo a lo irrisorio el amplísimo campo de la autonomía de la voluntad y de las inteligencias de Derecho privado sino que tan sólo les señalas ciertos vedados cuantitativamente no significativos para el juego patrimonial y los fines que intenta el Derecho público indirecta mediante el mismo pero cualitativamente esenciales para la moral de mínimos o encuentro.

En el mismo sentido DE PABLO CONTRERAS señala que los Derechos fundamentales se encuentran limitados por los derechos de los demás y por los bienes constitucionalmente protegidos, entre ellos el libre desarrollo de la personalidad, (art. 10 CE), lo que “obliga a ponderar en cada caso, de acuerdo con un principio de proporcionalidad, si el sacrificio o limitación del contenido del derecho fundamental se encuentra en una relación razonable con ese bien jurídico”.⁹²²

Tampoco cabe alegar aquí paternalismo jurídico, (SHAPIRO, GARZÓN VALDÉS, NINO⁹²³). ALFARO AGUILA-REAL entiende con tal término la consideración del

⁹²¹ ALFARO AGUILA-REAL, J., *ibidem.*, pg. 87.

⁹²² DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)*..., *op. cit.*, pg. 235.

⁹²³ SHAPIRO, D.L., *Courts, Legislatures and Paternalism*, en *Virginia Law Review*, número 74, 1988, ed. University of Virginia, Charlottesville - 1988, en concreto pg. 519 - 522; GARZÓN VALDÉS, E., *¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, número 5, ed. Universidad de Alicante, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Alicante - 1988, pp. 155 y ss.

legislador de conocer mejor que el individuo cuáles son sus intereses⁹²⁴. El paternalismo no se aleja tampoco del individualismo, sino que, a lo sumo, lo secuestra, porque intenta satisfacer también los intereses personales si bien escogiéndolos verticalmente; por el contrario, los Derechos fundamentales y su moral representan intereses y bienes universales que no se prescriben en cuanto individuales sino desde su precisa universalidad.

ALFARO AGUILA-REAL y VENEGAS GRAU señalan como límites a la autonomía de la voluntad, (en cuanto autonomía normativa), los de la autonomía real y la dignidad humana⁹²⁵. No obstante, va de suyo que los empoderamientos fácticos no es que nieguen el derecho fundamental afectado, es que niegan la libertad contractual y no han de valer como producto de autonomía. Y por otra parte, poner el límite en la dignidad humana remite en este punto, (contenido contractual), a todos los derechos que pueden emanar de ella, esto es, otra vez a los mismos Derechos fundamentales; otra cosa ocurrirá en cuanto a la libertad de contratar o no contratar, (no normativa), que se examinará posteriormente como derecho a discriminarte, (aunque para ALFARO AGUILA-REAL los criterios son los mismos)⁹²⁶.

Sin perjuicio de volver luego sobre los límites a la autonomía normativa y a la libertad de contratar, en este primer momento la tensión entre la prescripción universal iusfundamental y la autonomía de la voluntad exige: 1) para cada derecho en concreto la manifestación de las zonas que sea capaz de ofrecer como esenciales e intensísimas o inesenciales y periféricas, y 2) para los distintos sectores o materias el establecimiento de un prevaciado y ponderación legislativa que pueda evitar que cada convenio esté

⁹²⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 100.

⁹²⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *ibidem*, pg. 124; VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pp. 226 y ss.

⁹²⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J., *ibidem.*, pg. 95.

permanentemente amenazado de revisión judicial iusfundamental o, no siendo ello posible, la apreciación del modo en que cada ámbito o sector convoque o no nuclearmente materias iusfundamentales.

2.2.1.2).- Inherencia. Derecho y disfrute del derecho.- En el derecho a la vida se pudo apreciar una inherencia plena que no permite distinguir entre derecho y ejercicio del derecho. Ello no es, sin embargo, norma general para la mayoría de los Derechos fundamentales, e incluso para algunos de ellos resulta muy difícil afectar desde una relación particular su núcleo esencial, (propiedad privada), o precisan de reunir circunstancias excepcionales que pongan en movimiento el núcleo de otros derechos, (derecho a la vivienda y amortización de personas en ejecuciones hipotecarias). Así muchos de los Derechos fundamentales no serán atacados en su irrenunciabilidad o indisponibilidad si se puede estimar que el convenio afecta a un ejercicio del mismo pero no al propio derecho. Ello implica que tales renunciaciones o disposiciones sólo podrán tener lugar *ex post* al surgimiento del concreto reflejo o disfrute derivado de la inmanencia derecho, no *ex ante*, pues ello implicaría despojarse de una cualidad constantemente concedida y sostenida, (inherencia), desde una cualidad universal, (dignidad humana), lo que exige reversibilidad y actualidad en la voluntad renunciante o disponedora hasta el momento en que hubieran de ser efectivas, (LÓPEZ AGUILAR).⁹²⁷

2.2.3).- Reversibilidad y actualidad de voluntad.- LÓPEZ AGUILAR señala que toda minoración exige el consentimiento de la persona afectada, pero que tal consentimiento deberá ser actual, expreso y “como cuestión de principio, y en cuanto consentimiento... reversible”. Lo contrario entrañaría una inadmisibles negación no sólo del uso o concreto ejercicio de la facultad comprendida en el contenido esencial, sino también la negación del dogma de la reversibilidad que es nodular en la democracia⁹²⁸. Lo mismo

⁹²⁷ LOPEZ AGUILAR, J.F., *op. cit.*, pg. 119 y ss..

⁹²⁸ LÓPEZ AGUILAR, J.F., *ibidem*, pp. 119-120.

sucede para la obligación de no hacer indefinida o perpetua⁹²⁹. En el mismo sentido TORRES DEL MORAL refiere que “todo cambio puede ser conforme a la Constitución salvo el que compromete - i.e. precluye *pro futuro*- la propia posibilidad de cambio”⁹³⁰. No obstante, conviene advertir desde ahora que esta afirmación es parcial pues no contempla la responsabilidad de la reversibilidad, (artículo 2.3 LO 1/1982 y artículo 5 LTRHA)⁹³¹.

La exigencia de permanente actualidad o reversibilidad no surge del derecho humano de libertad individual, sino de una fuente más profunda, de la exterioridad de los Derechos humanos a la persona. No es el individuo ni el grupo los que colocaron tales derechos inherentes a la persona humana y, por tanto, ninguno de ellos, (ni aun siendo la persona encarnadora o disfrutadora), pueden alienarlos de ella. En aquella exterioridad se encuentra también, y sometido al global o conjunto de ella que llamamos dignidad humana, el derecho de libertad.

No es posible, sin grave contradicción, tomar esta exigencia de permanente actualidad de voluntad o reversibilidad, (que es un efecto o fenómeno de la inherencia y exterioridad de la dignidad humana sobre la persona), para convertirla en sustancia como libertad cúspide, (decisionismo y voluntarismo). Ello supone un expediente de hipóstasis. No se es digno por ser libre sino que, a la inversa, se es libre por ser digno.

Si esto no es correctamente considerado falta la nota imprescindible de exterioridad; la libertad no señala a un valor sustantivo y exterior sino a la voluntad subjetiva de cada individuo en la forma más libérrima e interna posible, (voluntarismo,

⁹²⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, *op. cit.*, pg. 287.

⁹³⁰ TORRES DEL MORAL, A., *Principios de Derecho Constitucional español*, vol. I, Atomo editores, MADRID 1985, pg. 17.

⁹³¹ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg 105; ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, *op. cit.*, pg. 56.

decisionismo). Concorre aquí un grave error: nada puede construirse sobre libertad; el papel de ésta se encuentra en criticar permanentemente lo que se construye sobre otros valores salvaguardando siempre la individualidad humana, pero no en ser ella misma el cimiento y la estructura de la creación social.

La falta de exterioridad y de mandato prescriptivo en un sistema de libertad cúspide conduce a artificialidad o paradoja. Así en sede de normatividad interconyugal se afirma la libertad de perder la libertad mediante la validez y eficacia de convenios extrajudiciales entre esposos, e incluso de pactos y poderes para el ejercicio de la guarda de los hijos, los cuales obtienen ejecutividad del mismo modo que cualquier otra deuda de cumplimiento sin necesidad de aprobación por parte del Juez de familia. Por el contrario, para el pacto de indisolubilidad se excita una interdicción absoluta de la libertad de perder la libertad sin ninguna clase de ponderación, lo que no puede considerarse sino como *apodicticus*. En este sentido GARCÍA CANTERO ya había señalado que “no sería coherente impulsar, por un lado, la no imperatividad de la regulación legal y mantener a ultranza la imperatividad de determinados preceptos”.⁹³² Y el matiz paradójico está, como señala este autor, en que ello se efectúe “a ultranza”. Si se honra el valor libertad como cúspide no se justifica por qué puedo perder mi libertad en los primeros casos y no en el último.

2.2.4).- Negociabilidad.- Pactos y convenciones son continuamente necesarios entre tú y yo para definir nuestros derechos como encarnados y en contacto y sus ejercicios recíprocamente afectantes. Salvo en el ámbito de posibilidad de una *privacy* estricta, titularizar y disfrutar Derechos fundamentales es coordinarlos personal, negocial y convivencialmente con los de los demás en cuanto reales y palpantes, lo que nos define como co-usufructuarios condenados a entendernos.

⁹³² GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen I... 12ª edición, op. cit.*, pg. 1044.

Esta necesidad encarnada de pactos y convenciones no contraviene el interés público para la promoción y protección de tales derechos, aun cuando toda modalización intersubjetiva comprenda renunciaciones y afecciones puntuales, pues este interés público quiere que tales derechos se disfruten y ello no puede concebirse sino como contacto intersubjetivo con una exigencia co-articuladora inevitable: de otro modo nada sería disfrutable y todos se negarían y aniquilarían entre sí.⁹³³

De este modo conversación y negociación entre todos los co-usufructuarios de una misma dignidad humana son consustanciales a la existencia encarnada y viva de ésta, (única real), y de lo que se trata no es de afirmar un decisionismo estéril sino, como dice LÓPEZ AGUILAR, de “subrayar en el fenómeno de la autonegación del sujeto que su traslación por libre consentimiento al ámbito de la propia dignidad humana positivado en Derecho no ofenda a ésta”⁹³⁴, (prescripción moral directa).

En este sentido NINO señala cómo “siendo valiosa la libre elección de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado... no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente...”⁹³⁵ Pero puntualiza: “Ahora bien, para llevar a cabo esos planes de vida, los individuos han de realizar transacciones con otros sujetos, restringiendo en ocasiones el ejercicio de determinados derechos”⁹³⁶, de modo que “operan con ellos renunciando a ciertas ventajas para obtener otras consecuentes con los fines y planes de vida propuestos.”⁹³⁷

⁹³³ VILLEY, M., *Le Droit et les droits, de l'homme, op. cit.*, pg. 13.

⁹³⁴ LÓPEZ AGUILAR, J.F., *op. cit.*, pg. 122.

⁹³⁵ NINO, C.S., *Ética y Derechos humanos...*, *op. cit.*, pg. 204.

⁹³⁶ NINO, C.S., *ibidem*, pg. 287.

⁹³⁷ NINO, C.S., *ibidem*, pg. 293.

Ello supone que esta coonestación de disfrutes de co-usufructuarios se basa en la propia dignidad humana, aun cuando comprenda cesiones, renunciaciones y disposiciones con un sentido articulador, pues con ello se está definiendo el propio ser, disfrute y ejercicio del derecho. La misma dignidad humana comprende una libertad que permitirá cambiar incluso sobre la marcha tales planes, (reversibilidad, actualidad), pero que no autorizará, (puesto que la dignidad sólo existe intersubjetivamente), a efectuarlo irresponsablemente o contra la propia dignidad humana.

2.2.5).- La imposibilidad de obligarse a nada.- La inherencia de la dignidad sobre la cualidad de persona imposibilita que nadie pueda renunciar a la misma ni en todo, (renuncia), ni en parte, (modalización, articulación), y ello es lo que ocurre cuando se renuncia o modaliza un derecho como cualidad o calidad. Así sucede cuando se efectúan tales expedientes estructuralmente y para siempre, alienando al derecho, por tanto, de su inherencia a la persona al exteriorizarlo en una declaración histórica que se congela o perpetua hacia el futuro, (*chartae*). No toda mi libertad pero sí cierta libertad quedó allí alienada, y a través del vehículo del derecho de libertad humana, (con cierto carácter de segundo grado como el *ticket* jurisdiccional), pueden ser fundamentales o no los derechos, bienes e intereses sobre los que recaiga mi pérdida libertad. Ello condena a todo negocio jurídico en todas las sedes a padecer que su cumplimiento quede sometido al arbitrio de cada uno de los contratantes, (pues son libres), con lo que muere como regla específica, esto es, como mandato *singularis*, (1256 CC). Es la aporía que señalaba DE CASTRO Y BRAVO: “se es libre para obligarse, es decir, para perder la libertad”⁹³⁸, lo que resulta antitético con las indisponibilidades, reversibilidades y actualidades de voluntad antes referidos y debe ser explicado.

⁹³⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil*, en *Derecho Civil de España, Volumen II*, op. cit., pg. 16.

Ocurre, sin embargo, que percute aquí sobre la libertad humana y sobre la conducta individual la intrusión de una primacía de apropiabilidad pública, aquella que señalé como apropiación de conductas privadas por sumisión jurisdiccional, (118 CE), lo que se justifica con base en la maximización de los Derechos fundamentales de todos por pacificación de controversias privadas y sostenimiento de los juegos y espacios de libertad y creatividad individual. Ello conduce a la ejecución forzosa del negocio jurídico.⁹³⁹

Esta apropiación pública en la sumisión a ejecución forzosa *ex negotii* es una creación del legislador en desarrollo de la CE para la cual ha de ponderar las necesidades públicas antes señaladas, (instrumentales para optimizar los Derechos fundamentales de todos), y el Derecho fundamental de libertad individual. El ajuste que ofrecen hoy la LOPJ y la LEC es el de que la ejecución forzosa *ex conventione* apropia hacia el contrato social tan sólo la libertad de no padecer una detracción patrimonial. Es posible una ejecución específica forzosa de la obligación de dar, (arrebato o sustracción material, art. 701 LEC), de la obligación de hacer o no hacer cuando colabora el condenado y ejecutado, (siquiera con multas coercitivas para estimularle, artículos 709 - 712 LEC), y es todavía satisfactoria la ejecución, (aunque no la realice específicamente el condenado), cuando suple su hacer un tercero, (art. 706 LEC), o el Juez, (art. 708 LEC). En los demás casos la prestación de hacer o no hacer sólo puede ser forzada jurisdiccionalmente como ejecución transformadora, esto es, mediante un equivalente pecuniario que es posible y ontológicamente equivalente por cuanto en esta sede todo se contempla como valor y significado material. Este equivalente, (como las multas coercitivas), vuelve a ser una pura detracción patrimonial que sólo afecta a la libertad de no padecer tal sustracción.

De este modo, lo que no se ha apropiado el contrato social aquí es la libertad de los ciudadanos de no padecer una coacción sobre sus propias personas: la ejecución forzosa de

⁹³⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 705.

prestaciones personales fracasa en su forma específica cuando el deudor no quiere cumplir él mismo la condena.

Es por ello que en el ámbito del negocio jurídico patrimonial no puede protestarse reversibilidad con base en el derecho de libertad, pues la libertad personal para negarse a sufrir una consecuencia patrimonial forzada ha sido expropiada por el contrato social en favor de la jurisdicción, (salvo afección iusfundamental por amortización de personas, inembargabilidad, deudores hipotecarios, etc.)⁹⁴⁰ Es por ello que en esta sede material convencional existe “la libertad de perder mi libertad” de acuerdo con un principio de consentimiento formal y en tales términos.

Por el contrario, en todos los convenios personales que articulan co-usufructos de dignidades humanas ocurrirá que, sea zona nuclear o no, se tratará siempre de obligar a una persona a una conducta determinada, lo que activa siempre el derecho de libertad e impide la ejecución *in natura*, (ALFARO AGUILA-REAL).⁹⁴¹ Ello los deja verdaderamente como no justiciables, niega la libertad de perder mi libertad y sólo admite juridicidad consecencial por el daño injusto que haya podido infligirse al ejercitar la acción de reversibilidad o desdecimiento. No obstante, la consecuencia indemnizatoria, (que es otra vez detracción patrimonial), no es ejecución equivalente; en la sede personal nada fue concebido como material y nada puede equivaler ontológicamente a un valor patrimonial. No es equivalencia lo que subyace o nutre al *pretium doloris*.

Téngase en cuenta que nos referimos aquí a ejecuciones de mandatos singulares *ex voluntate*. En la base de estas ejecuciones sólo existe horizontalidad expresando que vale lo mismo la voluntad y la libertad de uno y otro otorgante, tanto para obligarse como para desdecirse; es por ello preciso un interés público para que pueda romperse este empate con la aparición de una consideración vertical. En la definición y ponderación de la actuación

⁹⁴⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 89.

⁹⁴¹ ALFARO AGUILA-REAL, J., *ibidem.*, pg. 104.

vertical de este interés indirecto público sobre la horizontalidad privada del plan negocial patrimonial la LEC ha establecido el sistema y las posibilidades que antes señalé. En el negocio personal no existe tal construcción y si aparece verticalidad ésta nace directamente de la prescripción moral, universal y jurídica de los Derechos fundamentales apreciada directamente por el Juez, no del plan privado convenido y asumido formalmente, (por haber sido consensuado), como uno de los nuestros por la jurisdicción.

Cuando la relación de base corresponde a un derecho absoluto, (derecho real, como diré luego, o derecho fundamental), o se actúen mandatos generales *ex lege*, (deberes públicos a favor de personas públicas), la conducta es debida *erga omnes* y no *singularis* y no procede de un plan horizontal creado por dos privados sino de una fuente absoluta, general y vertical, esto es, no desde la “libertad de perder mi libertad” que yo actúo y ofrezco al activar la sumisión jurisdiccional *in concreto* y a futuro al otorgar un negocio jurídico patrimonial como fuente de obligación jurídica y derecho subjetivo. Así la pérdida de la libertad de incumplir o negar el derecho absoluto se ha producido sustantiva y directamente en favor del contrato social por fuentes jurídico públicas que incluyen genéticamente tal efecto y tal poder sin precisar de ninguna noción de activación singular y voluntaria de sumisión jurisdiccional. De esta naturaleza pública resulta que el deber general y absoluto debe cumplirse y será forzado específicamente sobre la persona sí o sí: el perturbador del dominio será expulsado, Z será obligado a retractarse, la asociación “Mirapeñas” a admitir a P y W será reclutado en infantería, pudiendo deducirse consecuencias penales. Nada de ello es alcanzable para mandatos *singularis ex negotii* y, en este sentido, la tutela penal sobre ciertas especies familiares manifiesta cómo el negocio jurídico familiar contiene un plan auténticamente público.

3).- AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.-

3.1).- La autonomía de la voluntad como tópico.- La autonomía de la voluntad y su papel central para el Derecho privado se manifiestan como tema en todas las obras generales de Derecho civil.⁹⁴² Autonomía y Derecho privado excitan inmediatamente la enemiga a la heteronomía del Derecho público, de modo que este tópico produce hijuelas en todos aquellos sectores del Derecho civil donde se manifiestan inteligencias de Derecho público directo. Así en Derecho de Familia se convierte en típica la cuestión acerca del ámbito de la autonomía de la voluntad en el Derecho familiar⁹⁴³ y, en el propio Derecho patrimonial existe igual discusión y la denuncia de cierta publicización y administrativizado, (Derecho de los consumidores, Derecho del seguro).

3.2).- Concepto de autonomía de voluntad.- DE CASTRO Y BRAVO señala un concepto muy amplio como “poder de autodeterminación de la persona”, comprendiendo todo el “ámbito de la autarquía personal”⁹⁴⁵. Y distingue tres piezas básicas: 1) poder, (relación individuo/contrato social); 2) libertad como sujeto de derechos, esto es, uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos, (faceta disfrutadora, libertad personal⁹⁴⁶, libertad civil⁹⁴⁷, no injerencia⁹⁴⁸, autoadministración y participación del

⁹⁴² Por todas DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 12 y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato, op. cit.*, pg. 142.

⁹⁴³ Por todas y como tratamiento más profundo y extenso PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, op. cit.*, pp. 97 - 511.

⁹⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 11.

⁹⁴⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 13.

⁹⁴⁷ ROCA TRÍAS, E., *Públic i Privat ...*, *op. cit.*, pg. 437; *La familia y sus formas, op. cit.*, pg. 67.

⁹⁴⁸ KANT ya se refirió al aspecto negativo de la libertad como no injerencia, (Doctrina del Derecho párrafo 2), según señala MAREY, (MAREY, M., *op. cit.*, pg. 530), pero propiamente es un concepto de JELLINEK al distinguir un *status libertatis* o *status negativo* resultado de marcar el Estado el ámbito de su autoridad, (JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, ORLANDO, V.E., traductor, Società Editrice Libreria, Milano - 1912, pg. 96).

ciudadano en los asuntos públicos, especialmente los propios⁹⁴⁹); y 3) libertad para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás, esto es, para la creación, modificación y extinción de relaciones jurídicas, (faceta creadora, faceta normativa, Derecho dispositivo, voluntad como fuente de norma jurídica *singularis*, autonomía negocial).⁹⁵⁰

DE CASTRO Y BRAVO condiciona este complejo a “la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social”.⁹⁵¹ Manifiesta así una de las debilidades de este término: que ha de añadirse inmediata y extrínsecamente la referencia intersubjetiva y social, pues el término “autonomía”, (autarquía), no las convoca genéticamente pese a ser ésta una realidad siempre intersubjetiva y multiafectante. Por el contrario el sustantivo “negocio” o el adjetivo “negocial” invocan inmediatamente tanto libertad como compromiso.

Por su parte VIDAL MARTÍNEZ señala que la libertad es un concepto mucho más amplio que el subyacente bajo la expresión “autonomía de la voluntad”, que califica de anticuada, refiriendo que hablar de libertad “es una concepción más realista de las personas” pues “también los propósitos cuentan, tal como había advertido la mejor doctrina”.⁹⁵²

3.3).- Insatisfactoriedad de este término en cuanto a normatividad.- La faceta normativa de la autonomía de la voluntad resulta, con arreglo a lo que antecede, mejor nombrada como autonomía negocial que como autonomía de la voluntad, pues autonomía negocial remite inmediatamente a un hecho intersubjetivo y multiafectante y no a individualismo estanco.

⁹⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *op. cit.*, pg. 86 y ss.

⁹⁵⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 11-12 y pg. 13.

⁹⁵¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 12.

⁹⁵² VIDAL MARTÍNEZ, J., *Algunas observaciones sobre el concepto de persona, op. cit.*, pg. 5304.

Por otra parte, si nos ocupamos de una faceta normativa de tal autonomía, ésta no puede existir sin exterioridad; voluntad y libertad no la proporcionan. Por el contrario, el negocio jurídico como regla, (DE CASTRO Y BRAVO)⁹⁵⁴, integra intrínsecamente todos estos elementos. Así DÍEZ PICAZO vincula regla y negocio: “El negocio jurídico es un acto de autonomía privada que reglamenta para sus autores una determinada relación o una determinada situación jurídica”⁹⁵⁵.

“Autonomía de la voluntad” permite, además, la confusión entre declaración de voluntad y negocio jurídico, entre declaración de voluntad y fuente de obligación jurídica y entre autonomía de la voluntad y declaración de la voluntad autónoma.

Así señala DE CASTRO Y BRAVO la incorrección “de la doctrina, que sigue viendo en el negocio una declaración dirigida al nacimiento, modificación o extinción de un derecho o de una relación jurídica”, lo que puede determinar que el contrato de compraventa no sea negocio jurídico, en tanto oferta y aceptación serían dos negocios distintos.⁹⁵⁶ Ello determina a este autor a valorar el fin práctico o significado social del negocio jurídico como elemento de exterioridad y objetividad respecto de las voluntades subjetivas, siendo lo que permite que funcione como norma *singularis*.⁹⁵⁷

⁹⁵⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg.31.

⁹⁵⁵ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción. Teoría del contrato...*, *op. cit.*, pg. 73.

⁹⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 21 y 25.

⁹⁵⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pp. 29 - 31 y pg 63. DE CASTRO Y BRAVO supera las teorías dogmáticas voluntaristas y declaracionistas recorriendo un camino desde el fin práctico del negocio jurídico hasta la voluntad significada y la conducta significativa, las cuales no son tampoco nociones vicarias de un concepto de responsabilidad, (IHERING) sino que se basan en aceptar que la declaración de voluntad ha de tomarse en cuanto expresiva de alguna voluntad negocial jurídica: lo declarado es un acto social, (exterior), y ha de entenderse que quien emite tuvo el propósito de alcanzar la eficacia social precisamente amparada por el Derecho.

3.4).- Insatisfactoriedad en la faceta disfrutadora.- Esta faceta disfrutadora tampoco permite reducción a la unipersonalidad. Incluso para los Derechos humanos refería VILLEY que cada uno de estos pretendidos derechos es la negación de otro u otros de otras personas⁹⁵⁸. Todo ejercicio de derechos es intersubjetivo y convoca, incluso en sede iusfundamental, el problema de su abuso.⁹⁵⁹ Sólo frente al Estado puede funcionar este disfrute de modo unipersonal o automático como no injerencia, considerando ALFARO AGUILA-REAL que la autonomía negocial privada es también, toda ella, una manifestación de no injerencia pública⁹⁶⁰.

3.5).- Heterogeneidad de la autonomía negocial.- La autonomía negocial muestra ciertos matices en función de aquel sector de la actividad humana en el que se produce. Una autonomía negocial fuerte existe sólo en el Derecho privado patrimonial por cuanto: 1) el objeto del negocio patrimonial privado es la prestación y el sujeto es el patrimonio personal⁹⁶¹, salvando así la dignidad de las personas a pesar de la ejecución vertical posterior; ello los separa de los negocios personales; y 2) el negocio jurídico

⁹⁵⁸ VILLEY, M., *Le Droit et les droits, de l'homme, op. cit.*, pg. 13.

⁹⁵⁹ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pp. 94 . 95.

⁹⁶⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J., *ibidem*, pp. 62.

⁹⁶¹ DE CASTRO Y BRAVO expone la teoría personal, finalista y realista sobre el patrimonio y concluye con un concepto técnico tomado de SAVIGNY, que señaló el aspecto no sólo activo sino pasivo del patrimonio, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *Temas de Derecho Civil, en Derecho Civil de España, Volumen II, op. cit.*, pp. 35-37 y pg. 38). Está claro que, por una parte, una masa de bienes no tiene posibilidad de acción jurídica y que, por otro lado, las consecuencias patrimoniales del juego patrimonial no pueden mutarse en consecuencias personales sobre la persona en sí misma considerada, (será la separación entre el individuo, (cada individuo), y sus bienes económicos, la que lleve a la actual concepción e importancia del patrimonio, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 35-36). De esta forma el patrimonio personal es la necesaria interfaz entre lo personal y lo patrimonial que permite que exista un juego de autonomía patrimonial, que éste deduzca sus consecuencias regladas y que la persona quede a salvo y no tenga que volver a ingresar en prisión por deudas.

patrimonial privado, la relación negocial y la vida de la relación negocial patrimoniales⁹⁶² están por igual sometidas a las mismas voluntades y presencias negociales, (agotamiento de titularidades y disponibilidades privadas), que concurrieron en el otorgamiento, (p.e., es automático el *mutuo disenso* si lo otorgan todos), lo que los distingue de los negocios jurídicos familiares.

En la sede personal el valor público de los bienes e intereses iusfundamentales que allí se presentarán, los deberes omnidireccionales públicos y privados existentes y el ser siempre sujeto y objeto la persona en sí misma considerada determinan que su contenido específico, (y por ello su juridicidad en cuanto normatividad específica), estén siempre criticados por la doctrina de los Derechos fundamentales. No existe aquí una horizontalidad simétrica o especular entre los negociantes sino una igual sumisión de ambos a la prescripción moral vertical que integran los valores iusfundamentales y que, mediante convención, intentan maximizar en su contacto particular de co-usufructuarios. De este modo ninguno puede ser desigualado desde una unión de voluntades dado que la convención y la ejecución de la convención no tienen fuerza frente a la prescripción humanitaria⁹⁶³. Si sucede algún ajuste *sub iudice* lo será directamente desde el contenido esencial de tales derechos, no *ex conventione*. Se niega así autonomía normativa justiciable a los privados y este ámbito es más cuestión de libertad y responsabilidad que de contrato.

En sede familiar la relación negocial y la vida de la relación negocial no pueden ser, una vez surgidas, objeto de negocio jurídico que las renuncie, modalice o disponga, pues si ya existen lo hacen como funciones principalísimas del contrato social con guiones férreos.⁹⁶⁴ Creado un hecho como familiar no es ya él mismo objeto negocial.⁹⁶⁵ La

⁹⁶² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 34 y pg. 38.

⁹⁶³ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, op. cit., pg. 94 y pp. 104 - 105.

⁹⁶⁴ SALVADOR CODERCH, P. (*et alii*), *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, ed. Tecnos, Madrid - 1984, pp. 118 – 186, en concreto pg. 135 y ss.; GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad*

autonomía se constriñe a la propia creación del hecho familiar y a convenciones personales detallando y concretando *ad cassum* y encarnadamente el ejercicio de las funciones públicas y de la vida familiar que tal voluntad convocó.

4).- SUSTANCIA NEGOCIAL.-

4.1)- Concepto de sustancia negocial.- La autonomía negocial es efecto o fenómeno de una sustancia negocial, esto es, de una estructura natural que componen 1) los individuos humanos y su especial dignidad, (aptitud y valor intrínseco para la conversación y el acuerdo), 2) su inexorable yuxtaposición en tiempos, espacios y sociedades y 3) la existencia de unos recursos finitos materiales y personales.

Esta estructura los aboca al contacto, conversación y negocio, esto es, a darse y tomarse bienes e intereses como iguales, para un intercambio, (competencia), para una construcción conjunta, (cooperación), o para una articulación de derechos que nos convierte en co-usufructuarios cuyo disfrute es inexorablemente contacto intersubjetivo. Todo ello excluye cualquier noción de poder vertical, (horizontalidad)⁹⁶⁶ y de

y su reflejo en el Derecho de familia en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 1, J.M: Bosch editor, Barcelona - 1992, pp. 337 - 353, en concreto pg. 346.

⁹⁶⁵ Por eso el matrimonio no vincular con divorcio repudio *ex* Ley 15/2005 requiere una concepción de matrimonio no familia, (GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia...*, *op. cit.* pg. 220, ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 65), aunque ello contradice al CC y a las LEC, (GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, *op. cit.*, pp. 532 y 533, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1.484; RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 80 - 81 y 115).

⁹⁶⁶ Considerando los dos polos de competencia y cooperación se diferencia entre contrato y acuerdo, (BETTI), o entre contrato, acto conjunto, acuerdo o decisión y convenio o convención, (LEHMANN), según reco-

unipersonalidad. Las personas han de hablarse y convencerse para atraerse a un plan de futuro común en tales encrucijadas, lo que aporta comunicación, lenguaje, cultura y sociedad, esto es, intersubjetividad y alteridad.

Cuando alguien puede hacer algo en un ámbito donde existen necesidades intersubjetivas y, además, quiere hacerlo en beneficio de todos, nos hemos insertado en una estructura moral, (amigo, virtuoso) En este sentido, el primer y fundamental negocio que permite todos los negocios es el acuerdo republicano.⁹⁶⁷ Negociar es una aptitud propia de la sustancia humana que toma también por ello un valor moral, (conservativo para la dignidad humana).

Debe subrayarse la nota apriorística y natural de la necesidad y aptitud humana para negociar. El negocio jurídico es el instrumento de una autonomía negocial que representa, en la terminología de JELLINEK, un *licere*, (ámbitos de libertad natural que por tener efectos para terceros constituyen actos jurídicamente relevantes y son reconocidos por el Derecho), pero no un *posse*, (una capacidad que no preexiste al Derecho).⁹⁶⁸ En el mismo sentido señala LÓPEZ JACOÍSTE que “la personalidad no es una concesión del orden jurídico, sino un reconocimiento”.⁹⁶⁹

Ahora bien, negociar toma valor moral por el hecho de que la sustancia humana tiene lugar en un marco de finitud de bienes e intereses, (patrimoniales o personales), que se encuentran en contacto, colisión y mutua perturbación por no existir la cornucopia material ni personal, (de ahí la nota conservativa de la moral). Bienes e intereses son limitados: oro, alegrías, planes personales y apetitos nos colocan, una y otra vez, a unos

ge DÍEZ-PICAZO, (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, pp. 94-95).

⁹⁶⁷ MAREY, M., *op. cit.*, pg. 540.

⁹⁶⁸ JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subbietivi, ... op. cit.*, pp. 51 - 54.

⁹⁶⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 363.

enfrente de otros o a unos al lado de otros. En la sede de la vida, donde hemos de competir o cooperar necesariamente, el hombre muestra una aptitud innata para solucionar encrucijadas no sólo en términos de poder, (verticalidad, violencia, guerra, dominio, legislación, jurisdicción), sino también de negociación y horizontalidad, lo que nos ha permitido llegar a vivir en sociedad.

La solución de retos, competencias y conflictos mediante verticalidad desemboca, desde la guerra privada natural, en el *Leviathan*. El poder jurídicamente vertebrado soluciona las controversias y convivencias mediante legislación y jurisdicción que son ejercicios de poder vertical, organizado y centralizado, no caótico pero surgido de la misma vena última que guerra y lucha privada.

La cuestión es que el contrato social cuenta con otra fuerza civilizadora innata en el alma humana, su aptitud negocial, de modo que es, otra vez, una inteligencia de Derecho público indirecto reconocer, (*licere*), tal virtud provechosa para lo público allí donde puede predicarse, (sustancia negocial). De este modo esta aptitud natural prejurídica de nuestra alma individual es utilizada por el Derecho mediante el instrumento del negocio jurídico y de la autonomía negocial jurídica para que los ciudadanos puedan desarrollar su individualidad, creatividad y sus fines propios en la forma más productiva, ordenada y económica en costes públicos. Ello tendrá lugar mediante la creación del producto político y jurídico que son los acuerdos personales con relevancia jurídica, (justiciables), entre los individuos humanos concernidos *ad cassum*, (negocio jurídico), tanto en sedes materiales como personales o familiares. Es así y por ello que el contrato social crea al negocio jurídico como fuente de obligación jurídica, esto es, de mandatos *singularis*.

Que un acuerdo tenga relevancia jurídica quiere decir que existe: 1) legalidad, de modo que no ha de contravenir el ordenamiento jurídico ni los fines generales, (vaciado de cuestiones públicas, (nulidad), y primacía de apropiabilidad pública), 2) legitimidad, (no podrá afectar a la moral prescriptiva de los Derechos humanos, vaciado de cuestiones

iusfundamentales), y 3) justicia, esto es, eficacia necesaria, sí o sí, sostenida en su caso *singularis*, por la jurisdicción, (con valor satisfactorio y transformador/equivalente o simplemente consecuencial/indemnizatorio).

4.2).- Negocio y propiedad.- Una sustancia humana apta para la negociación lleva de suyo que se trata entre iguales, esto es, una horizontalidad por propia definición. Ello conecta inmediatamente la posibilidad de sustancias negociales con aquellos lugares donde existe una exclusión de la verticalidad, esto es, lo que tradicionalmente se conoció como Derecho privado, formado a imagen y semejanza de la *privacy* como noción de “lo mío”, excluyente. Ello apunta a una concepción de tal espacio negocial como un espacio de propiedad privada, (LOCKE⁹⁷¹). La intimidad entre autonomía y disponibilidad remite una y otra vez a la idea de propiedad y titularidad. Esta intimidad resulta también de FERRAJOLI “la autonomía privada, (que implica autonomía para adquirir la propiedad), es un derecho fundamental”.⁹⁷²

En este espacio construido bajo la idea de una propiedad privada como *prius*, es posible que los propietarios, (titulares), intercambien los objetos que están absolutamente bajo el dominio de su voluntad, (disponibilidad absoluta voluntaria), de modo que la sustancia negocial puede terminar confundida, (hipóstasis), con su fenómeno o efecto, (disponer de lo mío), siendo sustituida por una idea de poder privado absoluto, (titularidad). Es corolario de esta conmixción que el negocio jurídico se ordene al intercambio con conmutatividad jurídica, de modo que la equidad se consigue por la manifestación de satisfacción subjetiva acreedora, (tú quieres/yo quiero), sin ninguna consideración ulterior por cuanto todo pende absolutamente de la voluntad individual de

⁹⁷¹ LOCKE, J., *op. cit.*, pg. 167.

⁹⁷¹ MAREY, M., *op. cit.*, pg. 534 y pg. 541.

⁹⁷² FERRAJOLI, L., *Derechos fundamentales*, en *Derechos y garantías*, ed. Trotta, Madrid - 1.999, pg. 48.

cada disponente en cuanto titular⁹⁷³; un principio de consentimiento formal que señala ALFARO AGUILA-REAL necesario y suficiente, (si existe verdaderamente), para el Derecho privado⁹⁷⁴. Como dije, ello sólo es así en el ámbito prevaciado legislativamente y en tanto nuevas circunstancias no manifiesten que aquella zona liberada ha sido invadida por alguna cuestión iusfundamental nuclear, (piénsense los ajustes sobre ejecución hipotecaria en esta crisis).

Esta idea de la autonomía negocial es propia del normativismo positivista, el cual produjo una idea de derechos subjetivos absolutos, ininteligibilidad del abuso de derecho y supremacía de la autonomía privada ilimitada incluso para elegir sin cortapisas, el Derecho del país que más convenga, (DE CASTRO Y BRAVO).^{975 976}

⁹⁷³ Ello corresponde a la idea de igualdad puramente formal propia del liberalismo para el cual la inexistencia de vicio consensual supone que el acuerdo es, por supuesto, materialmente correcto con la sola condición del orden público burgués sobre *res extracomercium*, (VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y ...*, *op cit.*, pg. 57 y ss.)

⁹⁷⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 94.

⁹⁷⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, pg. 16.

⁹⁷⁶ Ello parece que resucita en el futuro Reglamento Europeo de Derecho de los Contratos, (GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., *El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo; una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos*, en *InDret*, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona 2012, http://www.indret.com/pdf/872_es.pdf , última visita 17 de Marzo de 2014. Este Reglamento contiene dos Anexos, uno de los cuales se dedica al “Derecho común europeo de la compraventa, el cual, a diferencia del Reglamento, no es directamente aplicable sino sólo cuando las partes lo elijan expresamente”, (GARCÍA CANTERO, G., *¿Hacia la codificación europea...*, *op. cit.*, pg. 534). Se inaugura así una categoría jurídica paradójica: una norma necesariamente imperativa por ser tuitiva para ciudadanos en relaciones en que pueden encontrar poderes fácticos, (consumo), es declarada “elegible” o “alternativa” respecto del Derecho interno, aun cuando éste pueda resultar menos protector y garantista, lo que contradice el principio de que el Derecho comunitario en sede iusfundamental, (y ésta lo es al afectar a la

Esta supremacía de la voluntad determina empoderamientos privados en una “mercantilización” del Derecho privado que lo pone al servicio del “gran capitalismo”, así como una desmoralización del mismo que se manifiesta en la pérdida de figuras nacidas al amparo de los principios de justicia o equidad, (justo precio, rescisión por lesión, grave desigualdad social), y en un Derecho autónomo del comercio basado en usos mercantiles no sujetos a criterios de legitimidad⁹⁸¹.

Todo ello se produce con total exactitud en el negocio patrimonial, el cual nos acostumbra a esta idea propietaria identificando autonomía negocial con propiedad del negocio o titularidad de los objetos negociales. La propiedad es un tipo de Derecho fundamental cuya inherencia no se manifiesta en el detalle de lo que se tiene y dispone sino en un núcleo que no resulta fácilmente afectado en las batallas cotidianas: para perturbarlo es preciso negar a una persona su “cualidad natural para tener”, (ligada a su sola personalidad jurídica), o amortizarla excluyéndola del tráfico.⁹⁸² Ello deja una gran zona prevaciada donde todo puede ocurrir como juego automático y técnico. De este modo olvidamos que las personas no negocian porque sean propietarias sino porque tienen planes y propósitos subjetivos por razón de poseer personalidad, (10 CE). Se destaca también aquí la incorrección de construir la categoría del negocio jurídico desde el patrimonial⁹⁸³. Parece que todo se reduce a la regla de POMPONIO: “*Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferre non potest.*”⁹⁸⁴

realidad de la autonomía personal), tiene siempre carácter mínimo y nunca máximo, (SARAZÁ JIMENA, R., *op. cit.*, pg. 82).

⁹⁸¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, pg. 16, lo que también recoge en su aspecto desmoralizador y degradador de la vida social ESPEJO LERDO DE TEJADA, (ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...* *op. cit.*, pg. 1467).

⁹⁸² ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 89.

⁹⁸³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, pg. 23.

⁹⁸⁴ D. 50, 17, 11.

4.3).- Negocio y normatividad.- DE CASTRO Y BRAVO y DÍEZ-PICAZO

destacan en sus definiciones del negocio jurídico su normatividad, esto es, su virtud productora de obligación jurídica, de mandatos singulares entre privados⁹⁸⁵. No obstante, esta virtud reguladora *singularis* no puede ser esencial y universal para tal concepto por cuanto no sólo no se ajusta bien a las sustancias negociales personales y familiares sino tampoco a ciertos sectores de la sede patrimonial.

4.3.1).- Normatividad y negocio patrimonial.- Una primera idea aproximativa resulta del hecho de que aparecen comportamientos de unas personas que no habrían surgido de otro modo y que éstos incluso creen debidos, cumpliéndolos bien ética y moralmente o bien calculadamente por comprender que pueden ser forzados como afirmación jurisdiccional; es desde tales panoramas psicológicos⁹⁸⁹ que surge una fase de cumplimiento voluntario del Derecho. El carácter específicamente jurídico de los mandatos *singularis*, (obligación jurídica), se revela cuando se excita actualmente la aplicación forzada jurisdiccional, (vertical, heterónoma), que proporciona el poder público que lo jurídico, (aun singular), necesita y que la relación horizontal entre particulares no puede aportar. Ambos aspectos son necesarios y complementarios, como señala DE CASTRO Y BRAVO.⁹⁹⁰

Todo ello no procede de verdadera norma jurídica, pues carece de generalidad. Las conductas debidas o forzadas resultantes de las jugadas del Derecho privado patrimonial nacen de la singularidad y particularidad y requieren: 1) un hecho voluntario consciente:

⁹⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 31; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción. Teoría del Contrato...*, op. cit., pg. 73.

⁹⁸⁹ El derecho subjetivo como mito, quimera, o magia que funciona gracias a resortes psicológicos, que señalan los realistas escandinavos, (OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 2ª edición, Steven and Sons, London, 1971, pg. 175).

⁹⁹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico...*, op. cit., pg. 12.

que se haya querido jugar en el ruedo jurídico, la conciencia de haber activado una fuente de obligación precisamente jurídica y no lúdica, íntima o amistosa⁹⁹¹ y 2) una triangulación a través de la jurisdicción, (sumisión *ex* 118 CE), que aporte la verticalidad y el poder que son imposibles *inter privatos* y cuya posibilidad futura heterónoma⁹⁹², (*Golem, Frankenstein*), fue convocada y autoaceptada por los otorgantes negociales en el momento de perfección negocial, (DE CASTRO Y BRAVO⁹⁹³).

No se comprende, por el contrario, que una norma jurídica general se dirija *nominalis* a este concreto individuo, ni que hubiera de ser querida o activada por su destinatario, con la excepción, (criticada en Derecho comparado), del artículo 55.2 de nuestra CE.⁹⁹⁴ El negocio jurídico no es fuente de Derecho objetivo, (DE CASTRO Y BRAVO).⁹⁹⁵

4.3.1.1).- Normatividad y guión.- Para que el negocio jurídico tenga un valor normativo, siquiera *singularis*, es preciso que incorpore una nota de exterioridad respecto de las voluntades individuales de los otorgantes. Ya señalaba DE CASTRO Y BRAVO

⁹⁹¹ Tal es el sentido de la falta de seriedad en la declaración de voluntad, parágrafo 118 BGB que DE CASTRO Y BRAVO comprende bajo el término “carencia de propósito negocial”, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pp. 95-96).

⁹⁹² MAREY, M., *op. cit.*, pg. 538.

⁹⁹³ Señala este autor cómo “el reconocimiento de la autonomía privada... no es simple ocasión para que actúe la maquinaria del Estado”, por ser exigencia de la persona en sí misma considerada pero también que ello no significa un dominio individualista de la jurisdicción pues ésta, si interviene, necesita su propia justificación en términos del bien común, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 12-13).

⁹⁹⁴ Compárese nuestro 55.2 CE con el artículo 19 de la Constitución Alemana: [Restricción de los derechos fundamentales] (1) Cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental pueda ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta debe tener carácter general y no estar limitada al caso individual.”

⁹⁹⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 32-33.

cómo era aceptada por todos la diferencia entre negocio y declaración de voluntad, pero todavía lo refuerza señalando que es el negocio la fuente normativa del Derecho privado, (negocio jurídico como regla).⁹⁹⁶

Ello supone que los otorgantes negociales conocen que van a ser insertados y comprendidos en un guión preciso que resulta objetivado de sus voluntades individuales, (fin práctico, voluntad significada, conducta significativa), y que, desde unas normas jurídicas sistemáticas, señala episodios, capítulos, lances y desenlaces en la formación del negocio, en el hecho negocial que surgirá y en la vida negocial que pueda acontecer en caso de negocios duraderos.

Cuando los ciudadanos otorgan un negocio jurídico se comprende que quieren: 1) el negocio que resulta de integrar el contenido convenido del mismo, (ya fuera autonormado e internormado *singularis* entre ellos total o mínimamente), con el contenido convocado supletoriamente, (el cual se contiene en normas jurídicas generales⁹⁹⁷), y con el invocado sistemática, estructural y funcionalmente, 2) el contenido imperativamente señalado para el negocio allí donde el espacio autonormativo de su contenido es cero, y que 3) en ambos casos quieren y aceptan la sumisión jurisdiccional que resulta de su carácter de negocio precisamente jurídico⁹⁹⁸.

Los otorgantes pueden tomar un guión sistemático de comedia romántica y acentuar la parte amorosa o combinar drama y tragedia en un negocio atípico pero, si bien no están

⁹⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pp. 29 - 31 y pg 63.

⁹⁹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg 63 y pp. 64 - 65.

⁹⁹⁸ Como el negocio jurídico es usualmente bilateral, DE CASTRO Y BRAVO critica la unilateralidad con que el BGB permite que una sola de las partes pueda considerar la no juridicidad del supuesto en la falta de seriedad y reserva, (parágrafo 118 BGB: “una declaración de voluntad sin intención seria, será nula si al hacerla se cuenta con que no será tomada en serio”. Frente a ello este autor exige que el declarante conozca ciertamente que el recíproco conoce y acepta la reserva o falta de seriedad, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 98).

obligados a acudir al contenido de los modelos supletoriamente previstos, (dispositividad), sí están advertidos de que han de ajustarse a la inteligencia sistemática, lógica y funcional de la estructura del juego, so pena de que su negocio no funcione, (ineficacia), por imposibilidad, inexistencia o irregularidad sistemática.⁹⁹⁹

El valor del Derecho ofrecido como supletorio por el contrato social se encuentra en que atreve una historia o un esquema que aseguradamente funcionará, en tanto que si los otorgantes desarrollan nuevos negocios, (y no sólo modalizaciones, variaciones o particularidades en torno a aquella centralidad¹⁰⁰⁰), queda de su cuenta y riesgo que la lógica, estructura o inteligencia intrínseca de lo creado atípicamente resulte luego disfuncional, lo que no es ni prohibición ni sanción, (HART, ATIENZA, DE CASTRO Y BRAVO).¹⁰⁰²

4.3.1.2).- Guión negocial e incumplimiento.- Incumplimiento y cumplimiento defectuoso pertenecen también a este guión. A mi juicio cabe aceptar esta continuidad cuando se impone heterónomamente la ejecución forzosa específica o equivalente, pues representa otro camino para consumir el negocio jurídico siquiera haya requerido de un apoyo vertical. DE CASTRO Y BRAVO señala que la vida negocial “puede tener un desarrollo sencillo o accidentado” y que “vicisitudes y cambios no impiden que la relación

⁹⁹⁹ En este sentido la inteligencia que expresa DE CASTRO Y BRAVO para abordar el tema de la causa de los negocios atípicos, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pp. 208-209).

¹⁰⁰⁰ La zona de seguridad que ofrecen las fórmulas magistrales contractuales sistematizadas en el CC determinan, como señala DE CASTRO Y BRAVO, que la atipicidad se manifieste principalmente como “elasticidad” de los negocios típicos, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 205).

¹⁰⁰² HART, *El concepto del Derecho*, op. cit., pg. 33 y ss.; ATIENZA, M., *De nuevo sobre las madres...op. cit.*, pg 56; DE CASTRO Y BRAVO aplica la misma idea al explicar el nacimiento de la categoría de inexistencia para superar la regla “*pas de nullité sans texte*”, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 463-464).

siga considerándose la misma, mientras se mantenga su dependencia con el negocio al que debe el haber nacido”¹⁰⁰³.

Con arreglo a ello, considero que debe diferenciarse bien entre el cumplimiento por equivalente judicialmente impuesto, (709.2 LEC), y la indemnización por imposibilitar culpablemente el cumplimiento negocial extinguiendo éste, (712 LEC).¹⁰⁰⁴ El primero sigue siendo vida y relación negocial, siquiera haya recibido una mirada y una tutela desde la verticalidad de la jurisdicción para conseguir que tal historia tenga un final tan sólo “equivalente” y no “idéntico” al acordado, lo que señala una prórroga de la vida negocial que tiene lugar en sede judicial y una naturaleza pública superpuesta sobre la privada para explicar el fenómeno: sólo el Juez puede efectuar la operación de equivalencia y las reglas para su juicio se remiten, (como mecánica o protocolo pero no como naturaleza, pues sigue siendo cumplimiento), a las establecidas para las indemnizaciones, (artículos 712 y ss. LEC).¹⁰⁰⁵ Esta equivalencia que no rompe el negocio puede desencadenarse no sólo por imposibilidad ejecutiva *in natura* sino también sino mediante el derecho potestativo que se concede al acreedor ante un incumplimiento definitivo de su deudor: todavía es posible la prestación pero ahora, *in natura*, resulta menos satisfactoria para el acreedor de cumplimiento que opta, por tanto, en tal sentido.¹⁰⁰⁶

¹⁰⁰³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 38.

¹⁰⁰⁴ El resarcimiento puede acompañar anecdóticamente al cumplimiento o existir únicamente y en solitario, pero en todos los casos la indemnización no es el cumplimiento, aunque repare el daño injusto en la ausencia del mismo y puedan coincidir sus valores, (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, La relación obligatoria, op. cit.*, pp. 781 - 782).

¹⁰⁰⁵ El cumplimiento equivalente es ejecución transformadora pero es todavía ejecución, (GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil. Tomo II...*, *op. cit.*, pp. 665 y ss.).

¹⁰⁰⁶ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T. II., La relación obligatoria, 6ª edición, op. cit.*, pg. 765.

La equivalencia supone un expediente que está un paso más allá de la ejecución específica efectuada subsidiariamente por tercero imponiendo su coste al ejecutado, (706 LEC), en la cual existe identidad con el objeto negocial aunque no con su ejecutante contractualmente previsto. Pero estamos todavía en ejecución y vida negocial pues estas posibilidades figuran en el capítulo III del Título V, (De la ejecución de obligaciones de hacer y no hacer, artículos 705 - 711 LEC), y no en el capítulo IV, (De la liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas, art. 712 y ss. LEC).

La indemnización, por el contrario, sólo tiene lugar porque el negocio ya murió, cesó, no existe y nada puede pender ya del mismo: ninguna equivalencia puede engancharse sobre su muerte definitiva. No hay equivalente para el retrato que se obligó a pintar Antonio López para mí y si este autor es obligado a resarcirme la causa eficaz de tal reparación no es la existencia del negocio ni propiamente su destrucción, sino la culpabilidad del deudor, (se niega definitiva y caprichosamente, esto es injustamente). El negocio es tan sólo parte del supuesto de hecho que contempla el Derecho de daños, pero no es la energía que nutre la reparación. Ésta puede comprender el monto del precio pagado o es posible que tal suma ya se hubiera recuperado mediante *condictio*, en tanto que la indemnización comprenderá siempre en este caso un daño moral. Un cumplimiento equivalente sólo requiere el hecho objetivo de la ausencia de cumplimiento. Una indemnización por haber extinguido la prestación y con ella el negocio exigirá, por el contrario, culpa, pudiendo luego coincidir o no la cuantificación del daño con el valor de la prestación incumplida.

En este sentido se manifiesta DÍEZ PICAZO sobre la imposibilidad sobrevenida de la prestación rechazando la *perpetuatio obligationis* y considerando que la *aestimatio rei* no puede separarse de los restantes daños y de las prescripciones generales del desempeño injusto, (aunque va de suyo que es injusto imposibilitar a posta la prestación no poniendo el desempeño propio que es preciso, lo que es noción de injusticia pero no ya de deuda),

citando además a GARCÍA GOYENA, para quien siempre que la obligación no se extingue por la imposibilidad sobrevenida, pero concurre imposibilidad, el derecho del acreedor se concreta en una indemnización.¹⁰⁰⁷

No deben confundir las previsiones legales que acumulan cumplimiento e indemnización, (1.124 CC). En tales casos el resarcimiento sólo existirá si aparecieron daños adicionales al cumplimiento causados culpablemente y que no son el propio incumplimiento. A mi juicio el incumplimiento no responde a la idea de daño sino a la de deuda: quien no cumple o no cumple correctamente continúa siendo deudor de cumplimiento y no se libera¹⁰⁰⁸. Ello se soluciona totalmente si se termina por cumplir correctamente. Sólo la concurrencia de dolo o culpa en el incidente de incumplimiento negocial podrían determinar un resarcimiento adicional, (se puede cumplir dañando injustamente o incumplir sin producir ningún daño injusto, incluso para el cumplimiento retrasado, (*mora fortuita*), si bien la mora automática ha podido oscurecer la realidad de que ni todo retraso es culpable ni toda demora es dañosa).¹⁰⁰⁹

4.3.1.3).- Sujetos de esta internormatividad.- Considero que el verdadero sujeto del juego de la autonomía de la voluntad jurídico privada patrimonial son los patrimonios personales, aunque éstos se hallen gobernados por una persona física y exista también aquí una cuestión iusfundamental: la vida, la integridad física y el ejercicio de cualquier derecho, (fundamental o no), prácticamente puede decirse que en nuestras sociedades no es

¹⁰⁰⁷ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T. II., La relación obligatoria, 6ª edición, op. cit.*, pg. 694 y pp. 780 - 781.

¹⁰⁰⁸ Señala LÓPEZ JACÓISTE que “el mero incumplimiento del contrato no es suficiente como presupuesto de indemnizar daños y perjuicios...”, (LÓPEZ JACOÍSTA, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 60).

¹⁰⁰⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias, 6ª edición, op. cit.*, pg. 673.

posible sin patrimonio, de modo que aniquilar el peculio personal de una persona es eliminar, amortizar o condenar a la persona en sí misma considerada¹⁰¹⁰. Es por ello que la eficacia del negocio jurídico claudica cuando no ha podido vaciarse y concurre este valor vertical y moral iusfundamental. No obstante, hasta alcanzar tal zona de fundamentalidad, (protección de deudores hipotecarios, desahucios en ejecuciones hipotecarias, mínimos inembargables), existe un amplio campo donde el juego patrimonial se produce limpio de tales cuestiones.

El patrimonio personal es el sujeto que integra y reúne las jugadas y partidas negociales entabladas y pendientes, así como el resultado de las ya celebradas. Este carácter de real sujeto del juego se manifiesta en la responsabilidad patrimonial universal, (1.911 CC), y en la imposibilidad de resucitar la figura romana del *obligatus* o rehén¹⁰¹¹, la prisión por deudas o el pago con libras de carne, sean o no junto al corazón, (exclusión de la persona física en sí misma considerada).

4.3.1.4).- Objetos de esta internormatividad.- Junto a este concepto subjetivo patrimonial el Derecho privado cuenta con otro objetivo, el de prestación, teniendo ambos igual misión de intermediar entre las personas y el juego técnico o automático para vaciarlo de cuestiones iusfundamentales evitando tocar la dignidad humana. El derecho a que X ejecute una prestación no es así *intuitu personae* sino entre patrimonios personales. Lo que es objeto del derecho privado de obligaciones no es propiamente la persona en sí misma sino el objeto valuable llamado prestación. Ningún deudor es él mismo esclavo de su acreedor y el límite está aquí en evitar que la ejecución forzosa *intuitu personae* tope con el Derecho fundamental de libertad, por lo cual la primacía de apropiación pública en la

¹⁰¹⁰ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, op. cit., pg. 89.

¹⁰¹¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II. La relación obligatoria...*, op. cit., pg. 148.

sumisión jurisdiccional *ex negotii* sólo se diseña en la LEC como padecimiento forzoso de detracciones patrimoniales.¹⁰¹²

Mandatos regulatorios entre privados horizontalmente iguales no son admisibles, (toda verticalidad es pública), de modo que esta internormatividad negocial es interatribución de objetos, (prestaciones), mutando las intervenciones forzadas sobre las personas en intercambios forzosos de objetos realizados por la jurisdicción y que no secuestran o entregan a las propios individuos unos a otros.

Los objetos así contruidos, (prevaciado), para el juego automático y técnico del Derecho patrimonial penden en tal ámbito absolutamente de la voluntad individual de cada jugador, de modo que éste puede apostarlos o arriesgados plenamente en las jugadas negociales, (consentimiento formal)¹⁰¹³. Ello compone paralelos poderes individuales, (derechos subjetivos), en los jugadores recíprocos ganadores, poderes que se desencadenan ciega, absoluta y automáticamente desde la regla técnica de juego, puesto que deben producirse, (sí o sí), los resultados y guiones negociales.

4.3.1.5).- Insuficiencia de la noción de prestación.- No obstante, en ocasiones el valor puramente material de los objetos negociales patrimoniales y la limitación de la ejecución *ex contractu* a una detracción patrimonial no consiguen eludir y evitar a la persona en sí misma considerada, manifestando que la persona física no puede ser completa y perpetuamente eliminada de la ecuación materialista: existen todavía en ella encrucijadas en las que el resultado negocial se convierte no sólo en incumplido sino además en inejecutable por dignidad humana.

¹⁰¹² VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 207; ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pp. 104 - 105.

¹⁰¹³ Como señala VENEGAS GRAU, uno puede arruinarse en este juego si quiere, (VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 206 - 207).

Ello ocurre muchas veces por afectar a núcleos esenciales del derecho a la vida e integridad física, (deudores y desahucios hipotecarios, amortización de personas¹⁰¹⁴), pero también cuando la libertad de auto obligarme se convierte en renuncia a la inherencia de la libertad sobre mi condición de persona, (DÍEZ-PICAZO: “la obligación de no hacer no puede ser indefinida o perpetua porque no puede serlo la limitación de libertad... nadie puede obligarse para toda la vida...”¹⁰¹⁵).

ALFARO AGUILA-REAL señala supuestos de inejecutabilidad específica por afeción al núcleo de la libertad en casos de desproporción entre el interés del afectado y el del acreedor, en vinculaciones excesivamente largas, o cuando la conducta a ejecutar actúa sobre la persona misma, (traslado forzoso del domicilio del *ex* cónyuge, producción de determinada opinión por parte de un tertuliano), así como inejecutabilidades específicas *ex lege*, (art. 2.3 LO 1/82 de 5 de Mayo)¹⁰¹⁶.

Ahora bien, ello no implica irresponsabilidad absoluta, (de hecho, estas inejecutabilidades específicas terminan muchas veces en indemnización), y, por otra parte, no debe olvidarse que el fundamento de la reversibilidad no es la libertad cúspide, como dije, sino la dignidad humana como paquete completo, lo que puede permitir todavía ciertos ajustes o consideraciones emanadas directamente de la misma. En cualquier caso, las injusticias tendrán relevancia jurídica: una promesa de no hacer perpetua, (no competiré o no me divorciaré), emitida con conciencia de su reversibilidad y con la sola intención de que el recíproco efectúe ciertas entregas o renunciaciones o asuma costes de oportunidad que, de otro modo, no hubiera arrostrado, convierte al daño resultante de su desconsiderada revocación en injusto.

¹⁰¹⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 89.

¹⁰¹⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, *op. cit.* pg. 287.

¹⁰¹⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pp. 104 - 105.

4.3.1.6).- La reunión de objetos para el juego.- Que el Derecho patrimonial disponga de un sector de la materia como necesario sostén de los bienes e intereses que serán objetos del juego de autonomía privada es resultado de un ejercicio puro de poder soberano, (guerra, conquista, autodeterminación, etc.). Este poder se apropia políticamente de los mismos para luego adscribirlos al espacio de autonomía patrimonial privada de quienes están sujetos a su soberanía territorial, adscripción que es obligada en términos morales por cuanto una virtud apropiatoria sobre la materia exterior y sobre la actividad propia es innata y un Derecho humano de las personas¹⁰¹⁷.

Este ejercicio fáctico, originario y voluntarista de poder prejurídico lo encontramos en el art. 1 CE: “España se constituye...”. Su carácter primigenio determina que, a diferencia de las normas jurídicas, no señala un deber ser sino un ser, un hecho, algo óntico, pues quien habla, (soberanía nacional), tiene poder para afirmar tal hecho, (*apodicticus*), y no un mero precepto o deseo sobre sí mismo o sobre otros.

4.3.1.7).- Derecho real y derecho obligacional.- Encontramos en el negocio jurídico patrimonial una aptitud normativista que explicamos por razón de 1) haber podido reunir unos objetos materiales, (conquista soberana, adscripción al juego privado y desde ahí surgimiento de titularidades), 2) haber podido construir unos objetos jurídicos, (la prestación, que elude a la persona en sí misma considerada), y 3) haber podido convocar unos sujetos, (patrimonio personal que puede padecer consecuencias forzadas sustractivas sin tocar tampoco a la misma persona), sin que nada de ello afecte a la dignidad personal, de modo que todo puede pender de la voluntad individual, (consentimiento formal). De este modo lo objetivo, (como honra a la intangibilidad de la persona por dignidad humana), tiene un protagonismo decisivo en la caracterización de la sustancia negocial patrimonial;

¹⁰¹⁷ Esta es la especialidad de la propiedad privada como derecho fundamental con un contenido esencial y otro no esencial, (DÍEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones sobre... op. cit.*, pg. 1.257- 1.258).

son las naturalezas y aptitudes de los diferentes objetos sobre los que recae una sustancia negocial los que determinarán que ésta se manifieste como patrimonial, personal o familiar.

No obstante, no parece que fuera preciso construir un concepto de prestación de dar por cuanto ésta recae directamente sobre objetos y no sobre personas en sí mismas consideradas, y puesto que tomar jurisdiccional y forzadamente un valor patrimonial está ya apropiado públicamente con primacía sobre cualquier libertad o no injerencia, (art. 701 LEC por tal impersonalidad que la asemeja a la detracción dineraria equivalente o indemnizatoria). Ello nos obliga a atender otra vez a los objetos todavía dentro del propio negocio jurídico patrimonial diferenciando por razón de dignidad humana entre el derecho real y su valor absoluto, (recae sobre cosas), y el derecho obligacional, su valor relativo y su pertenencia a una ejecución LEC con base en sumisión jurisdiccional *ex conventione*, todo ello por la sola razón de recaer sobre personas.. Ello resulta, a mi juicio, más esclarecedor que distinguir entre materia y fuerza, tener y deber tener o tener y cooperar, (intercambiar)¹⁰¹⁸.

En el derecho real no surge internormatividad *singularis*. Ningún pacto recíproco explica el efecto *erga omnes* real y, en verdad, éste es imposible de reproducir convencionalmente, pues el *verus dominus* debería correr a firmar un nuevo contrato de respeto o sumisión dominicales con cada niño que naciera o con cada nuevo residente extranjero que se localizara en España.

Por otra parte, desde la perspectiva de dignidad humana la propiedad como producto jurídico privado no puede explicar tampoco por qué una persona resulta empoderada no sólo frente a otra sino respecto de todas las demás con generalidad absoluta. Aquí es precisa una triangulación hacia la verticalidad, esto es, una fuente, un asidero de Derecho público. En la prestación obligacional de dar esta verticalidad surge

¹⁰¹⁸ RADBRUCH, CICU y BETTI recogidos por DÍEZ-PICAZO, (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Tomo I, *Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición..., *op. cit.*, pg. 86.)

del negocio jurídico como producto político y público que lleva en sí mismo comprendida la activación *in concreto* sobre sus otorgantes de la sumisión jurisdiccional insita en la condición de ciudadanía. Pero en el derecho real no existe ningún negocio jurídico que active, (*nominalis* y uno por uno), tal sumisión jurisdiccional con cada ciudadano, ni tampoco existe ello con carácter general o *erga omnes*, (la ciudadanía total no está presente ni representada privadamente en el contrato traslativo).¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁹ Es muchas veces confundir efecto real y legitimidad del efecto real, (tener y deber tener), lo que provoca confusión sobre la naturaleza del Derecho real, llevando a GARCÍA GARCÍA, (GARCÍA GARCÍA, J.M., *op. cit.*, pp. 80 y ss.), a tergiversar fenomenalmente el artículo 1.473 CC, respecto del cual sólo cabe lo que señala GARCÍA CANTERO, esto es, doble venta obligacional (GARCÍA CANTERO, G., *Comentario del artículo 1473 en Comentarios del Código Civil, op. cit.*, pp. 930 - 933). De este artículo surgen tres carreras por un cumplimiento *ex contractu* que tiene, (como siempre ex 609 CC), valor adicional de modo. Cada carrera tiene su propio valor, por lo que su orden de exposición no es verdaderamente jerárquico: 1) carrera contra todos por la posesión, sea mediante *actio ex contractu* contra el multivendedor o publiciana contra cualquier persona, lo que incorporará el modo y convertirá a los demás multicompradores en adquirentes *a non domino* aunque inscriban o sean anteriores sus títulos, remitiendo para ellos el asunto al 34 LH); 2) carrera contra ti por la antigüedad entre nuestros títulos, que sólo nos afecta a nosotros, (relatividad de la controversia y de la cosa juzgada), por lo que no impedirá que otro de los multicompradores tome posesión o inscriba; aquí faltará todavía ejercitar contra el vendedor la *actio ex contractu* o publiciana en general para completar el 609 CC y hacer surgir una propiedad que aniquile cualquier carrera de los demás compradores obligacionales hacia posesión o inscripción condenándoles a adquirentes *a non domino*; y 3) carrera contra todos por la inscripción, la cual puede generar propiedad si el principio de documentación pública para el acceso registral ofrece *traditio* instrumental; ello es puro 609 y 1462 CC con inscripción declarativa y convierte, por la eficacia traditoria de la escritura pública, a los demás en adquirentes *a non domino* con las solas ventajas de poder utilizar las presunciones *iuris tantum* registrales ex 38 LH para utilizar reivindicatoria o *actio ex 41 LH* y no sólo publiciana en orden a obtener posesión y de cerrar el registro a efectos del 34 LH para mis compadres multicompradores y para cualquier otra persona. Pero puede ser que la inscripción no genere tampoco verdaderamente propiedad en el inscribiente si la *traditio* instrumental es viciosa. En tal caso no está cumplido el *iter derivativo* y solo se producen los efectos mecánicos o lógicos obligacionales y de oficina

No cabe excitar aquí un deber general de respeto que afecte por igual a crédito y propiedad. En el derecho de crédito tal respeto es mera simultaneidad en buena fe desconocimiento. No hay otra prioridad o exclusividad que el respeto de la jugada ajena conocida, (interdicción de mala fe conocimiento como abuso de derecho). De ahí que exista tercería de mejor derecho pero no tercería de igual derecho que conduzca a prorrata: el acreedor más diligente cobra legítimamente aunque luego los demás no puedan conseguirlo, de modo que entre todos los que se desconocen entre sí de buena fe no existe deber de respeto. Con igual inteligencia el multicomprador más rápido *ex* 1473 CC consigue adelantarse a los demás sin que ello suponga en absoluto violar ningún deber jurídico general. Sólo la mala fe conocimiento rompe esta legítima competencia y carrera

registrar previstos sin tocar para nada la cuestión propietaria: 1) se ha cerrado el camino obligacional a los demás multicompradores comunes, pues ya se ganó la carrera hacia el cumplimiento con una de las carreras de afección general, (posesión o registro); y 2) se ha cerrado el registro para los multicompradores comunes y para cualquier otra persona. Ello supone que el camino derivativo obligacional hacia la propiedad queda congelado, detenido. Los nuevos multicompradores que convoque el multivendedor vuelven a caer en la maldición obligacional del 1473 CC: la carrera hacia el cumplimiento ya se ganó y no podrán insertar en *su iter derivativo* la consecución de posesión. Todos los títulos emitidos por el multivendedor son ineficaces para el efecto real, pues quedan *ex* 1473 CC deslegitimados al haberse ganado con valor universal, (posesión, inscripción), por otra persona la carrera obligacional hacia el cumplimiento. Pero esta deslegitimación obligacional no implica propiedad en aquel ganador de la cuestión contractual si no termina de realizar completamente el 609 CC, lo que exige ganar solucionar el vicio de su *traditio* instrumental. Cualquier adquirente *a non domino* encuentra ocupado el folio real y no puede alcanzar el 34 LH. Y en tanto el multicomprador inscribiente no tome posesión él mismo no es verdadero propietario y no lo serán sus causahabientes si ellos mismos no la alcanzan. Pero las circunstancias determinan que sólo podrán ser despojados por medios originarios de adquisición. Ello es una anomalía “natural” porque un propietario no poseedor es una anomalía antisocial. Esta anomalía no sucede si se gana la carrera por la posesión ya que ésta une la obligación principal del vendedor, (entrega como prestación contractual), con la completa realización del 609, (entrega como *traditio*, como modo).

hacia un cumplimiento negocial que extinguirá otros ajenos. El supuesto deber general de respeto del crédito ajeno no nace de este derecho *per se* sino de la doctrina general de la buena fe, que es algo externo a la ontología propia del crédito. La buena fe desconocimiento, por el contrario, no influye en la existencia del respeto *erga omnes* real ni en la producción de efecto real, (aunque pueda determinar diferencias en las consecuencias de la violación, (art. 451 y ss. CC), y advirtiendo que el 34 LH es una ponderación entre Derecho real y tráfico, no un modo de adquirir o producir el efecto real).

Por otra parte, perturbar o no respetar un derecho obligacional es más bien impedirlo como hecho físico o posibilidad fáctica, esto es, hacerlo imposible, (quemar las propiedades de X para que H no cobre, secuestrar al cantante Y para que fracase el evento organizado por T), atacar directamente a la persona misma del deudor o a su patrimonio personal. Ello supone incumplir otra clase de deberes que no son el crédito del tercero acreedor o un supuesto deber general de respeto hacia el mismo, sino la persona del deudor en sí misma considerada, (lo que es ya un derecho y un deber absoluto *per se* del que pende como mero reflejo la derivada del interés crediticio y responsable *ex 1911* del acreedor consecuentemente perjudicado), remitiéndonos hacia el Derecho penal.

4.3.1.7.1).- Derecho real y soberanía nacional.- A mi juicio la verticalidad que justifica, sin indignidad o empoderamiento privado, el efecto real y la intervención jurisdiccional que lo tutela incluso constriñendo a las personas mismas se encuentra en que el núcleo del derecho real es público y salvaje, procede del acto primigenio de la proclamación soberana constituyente y se explica porque la Nación pudo en algún momento conquistar aquel sector material del mundo que domina ahora política y jurídicamente. Tal sector es adscrito por el contrato social al juego de autonomía patrimonial de sus ciudadanos declarando que el *verus dominus* civil será su delegado jurídico privado, (señorío privado), en aquel sector de la realidad, de modo que un propietario privado legítimo es esencialmente un representante local de la soberanía

nacional, (más apreciable en la propiedad inmueble). Ello se expresa en la noción pública de legitimidad: la legitimidad propietaria no es un bien disponible.

De ahí la unicidad propietaria y el *monstrum* que son propiedades relativas, pues la fuente de la propiedad privada legítima es sólo una, (soberanía nacional). Ello se termina de aherrojar por razón de que la materia no es ubicua, por cuya razón me parecen más naturales y perfectos los sistemas de creación de efecto real que incorporan entrega de posesión. Es también por esta última razón que la frontera entre realidad y obligacionalidad entra en crisis con la hipoteca, habiendo de notarse que históricamente registros de la propiedad separados de los registros fiscales sólo aparecieron como contadurías de hipotecas¹⁰²¹ y que existen teorías procesalistas que niegan la condición de derecho real a esta garantía.¹⁰²²

Ello explica las diferencias, (irreductibles a mi juicio), entre derecho real y derecho obligacional, (*One is Property, the other is Business*), por cuanto la idea de dominación, (superada la noción estatutaria, esclavista y la pérdida de personalidad por deudas), sólo puede sostenerse respecto de las cosas y conduce a una delegación pública en forma de señorío privado, (efecto *erga omnes* nutrido desde la soberanía), y no a una internormación *ex negotii* o un deber jurídico general común a cualquier otro tipo de bienes, derechos o intereses. Si se quieren aproximar derechos reales y obligacionales, o bien volvemos a considerar a las personas como cosas o bien construimos nuevos objetos de derecho que no

¹⁰²¹ RODRÍGUEZ OTERO, L., *Cuestiones de Derecho Inmobiliario*, ed. DIJUSA, Madrid - 2005, pg. 133.

¹⁰²² Señala ROCA-SASTRE que son partidarios de una noción procesalista de la hipoteca REDENTI *Giudicio Civile, Naturaletza Giuridica della Cambiale*, 1912, CARNELUTTI *Processo di Essecuzione, Diritto e Processo nella Teoría delle Obligazioni*, 1939, LIEBMAN *Titolo Essecutivo Riguardo ai Terzi*, 1934, CARNACINI *Contributo alla doctrina del Pignoramiento*, 1936, FENECH *Recepción de la Hipoteca en el Derecho Procesal* 1952, CARRERAS *El Embargo de Bienes* 1957 y CAMARA *Notas Críticas sobre la Naturaletza de la Hipoteca como Derecho Real* 1949, (ROCA SASTRE, R.M., ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, Tomo VII, octava edición, pg. 131 y ss.)

corresponden clara y rígidamente a los extremos persona-cosa. En este sentido señala VALLET DE GOYTISOLO cómo “El titular de un objeto jurídico lo defenderá de modo diferente según se trate de un fundo, de una cosa mueble, o de un crédito...”.¹⁰²³

Como digo, lo decisivo es el objeto. Puede apreciarse una construcción de nuevos objetos jurídicos sobre aspectos de la persona en sí misma considerada que muestran una proximidad entre estas nuevas cosas jurídicas y la propia persona humana que no corresponde a la perfecta separación entre cosa y persona. Entre la finca nivelada y mejorada por Z, el carbón o el oro arrancado a la tierra, el animal abatido y cobrado, el grano que obligamos a la piel del planeta a criar para nosotros, la mercadería, el objeto precioso del orfebre, el sudor de los trabajadores o el cuadro del artista X existe una graduación en el significado de la conmixción entre persona y cosa que no corresponde a la clara distinción negro/blanco.

Ello valida y no anula la inteligencia basada en la naturaleza de los objetos y su aptitud, (por dignidad), para soportar o no soportar dominación o para exigir y sostener negociación. Si construimos nuevos objetos de derecho que conmixtionan con grises y matices lo objetivo y lo personal, el *tertium* lo aporta el objeto y su tratamiento sólo requiere incorporar nociones reales y nociones obligacionales ajustadamente a la naturaleza contaminada de aquél hasta conseguir separar lo personal, digno y resistente a dominación y lo real y objetivo que la permite. Así entre la libre transmisibilidad propia del derecho real y la intransitividad, (transmisión de contrato), exigible en lo obligacional, (TILOCCA¹⁰²⁴), la propiedad artística combina de algún modo ambas por cuanto el propietario lo es efectivamente, pero los derechos de autor pueden imponer restricciones a

¹⁰²³ VALLET DE GOYTISOLO, J.B., *Tema 8, Las relaciones jurídicas*, en *Instituciones de Derecho Privado*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2005, pg. 31,

¹⁰²⁴ TILOCCA, E., *La distinzione tra diritti reali e diritti de crédito*, Archivo Giuridico “Filippo Serafini”, CXXXVIII-1, ed. *Tipi Fava e Garragnani, Bologna-1950*, pp. 3 y ss.

su libre disponibilidad; el principio de dignidad humana que exige la transmisión de contrato en las relaciones obligacionales se elude creando el objeto especial del título-valor, (ponderando tal dignidad y el bien público del tráfico), pero el TS tuvo que declarar nula por abusiva la renuncia a la notificación de la cesión de crédito hipotecario en los clausulados hipotecarios.¹⁰²⁵

IGARTÚA ARREGUI señala que la conquista de ámbitos de patrimonialización en torno a los derechos de la personalidad, (propia imagen, p.e.), determina una vertiente patrimonial del derecho de la personalidad¹⁰²⁶ que, para MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen...”¹⁰²⁷, en cuyo caso no hay combinado sino perfilado y discriminación de los distintos sectores personal y material¹⁰²⁸.

LÓPEZ JACOÍSTE también rechaza la conmixti3n en estos nuevos objetos al referirse a una “raíz monista” que ha de apreciarse en los derechos de la personalidad y que evita el escollo “de que el sujeto sea al mismo tiempo objeto del derecho”, lo que este autor atribuye al espejismo de la “cosificación” de cualidades y atributos personales cual si fueran realidades reiformes y externas al interesado”, lo que es propio de la estructura del derecho subjetivo pero no resulta aplicable a los derechos de la personalidad. Éstos

¹⁰²⁵ STS Sala I de lo Civil, Sentencia 792/2009, de 16 de diciembre que declaró nulas como abusivas cualesquiera cláusulas de renuncia anticipada a tal notificación. La notificación como valor de la personalidad toma carácter público y no puede renunciarse *ex ante* sino *in concreto* y *ex post*.

¹⁰²⁶ IGARTÚA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y el nombre ajenos*, ed. Tecnos, Madrid - 1991, pg. 16.

¹⁰²⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona*, op. cit., pg. 554.

¹⁰²⁸ En contra AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, ed. Civitas, Madrid - 1997.

constituyen sencilla y directamente razón defensiva y afirmadora y al prohibir o rechazar una intromisión ilegítima que conculca un aspecto de la esfera de dignidad humana lo que se protege es la subjetividad en sí y no una dimensión escindida de la misma dotada de realidad independiente.¹⁰²⁹

Así, en el dominio de los Derechos reales lo que explicará el *verus dominus* al Juez no será su condición de persona ni la existencia de un deber general de respeto de la ciudadanía hacia posiciones reales y obligacionales, sino el hecho de ser él mismo el delegado o representante legítimo de la comunidad en tal sector material, (*verus dominus*).

La invocación de la sumisión a la primacía de apropiabilidad pública soberana es suficiente título para que el señor privado legítimo, (*verus dominus*), pueda excitar la intervención jurisdiccional. Si Z no tiene conferida esta legítima delegación pública no podrá excitar *ex causa generalis* la intervención jurisdiccional contra X para obtener la posesión del objeto W, y, si consigue tal intervención y tal efecto, ello habrá de encontrar la necesaria legitimación pasiva en un negocio jurídico particular y singular entre ellos que hubiera activado la sumisión jurisdiccional *ex conventione* y colocado a su plan particular y horizontal como uno de los nuestros para la jurisdicción, (Z arrendatario ejerce *actio ex contractu* para que H, arrendador, le dé posesión de la vivienda arrendada y cumpla tal prestación de dar). En este plano singular el poder vertical que implican derecho subjetivo y obligación jurídica no son posibles sin negocio como fuente y especie jurídico política y pública y sin concepto de prestación: sin ellos Z no podrá acceder a la cosa que mantiene H. Éste es el sentido también del contrato traslativo: seré propietario cuando tú me entregues, pero para forzarte a que me entregues, (aún no soy propietario, lo eres todavía tú), necesito haberte ligado singularmente conmigo en esa dirección de conducta mediante el producto político y público que es la especie negocial.

¹⁰²⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 351.

El carácter de delegado privado en la materia soberanamente conquistada que posee el *verus dominus* se manifiesta: 1) en todos los casos de “adelantados”: *kibutz* israelitas, colonos norteamericanos que corrieron la carrera de Oklahoma, conquistadores españoles de las Indias, etc.; todos fueron y son a la vez bandera nacional y propietarios privados; y 2) en la necesidad que tiene el contrato social de tales delegados privados materiales como a) custodios de la exclusividad y legitimidad modal propietaria, (solo ellos pueden transmitirla y detentar el poder de llamar a la fuerza social para defenderla), b) como centro responsable de los riesgos creados por las cosas para los demás ciudadanos y c) como extractores de la riqueza potencial para la sociedad, pudiendo ser revocada su delegación en caso contrario, (prescripción extintiva y usucapión incluso contra *tabula*, pues ésta no asegura la productividad).

4.3.1.7.2).- Noción omnicomprendiva de dominación.- Todo ello procede de que, aunque el poder se civilize, en última instancia es uno, omnicomprendivo en una sola categoría pública y vertical, de modo que remontando la historia se aprecia cómo lo privado ha ido progresivamente decantándose y separándose desde un cuerpo o magma único y primigenio. El Derecho real es el que permanece más cercano al carácter salvaje e iniciático del poder. En este sentido:

1) FOUCAULT atrae la pena capital desde la *patria potestas* romana que daba al *pater familias* el derecho de disponer de las vidas de sus hijos y siervos¹⁰³¹.

2) CLAVERO subraya cómo es muy significativo que el origen de los derechos subjetivos y del término “derecho” no se encuentran en la palabra “*ius*” sino en la noción pública y política de “*dominium*”¹⁰³². Lo señaló TUCK¹⁰³³ criticando a VILLEY.

¹⁰³¹ FOUCAULT, M., *op. cit.*, pg. 143

¹⁰³² CLAVERO, B., *De los Dudosos Orígenes de los Derechos humanos, (a propósito de un fallido encuentro entre los Droits de l'Homme y los Natural Rights)*, Quaderni Fiorenti, número 17, 1988, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 498-505, en concreto pp. 500-502.

VILLEY desarrolló también su propia idea y conexión con la noción de “*dominium*” como concepto teológico a través de la dirección de la tesis doctoral de RENOUX ZAGAMÉ *Origines Théologiques du Concepte Moderne de Propriété*, (señala CLAVERO¹⁰³⁴), en la que se expone la visión de un *dominium* originalmente divino y que Dios a la humanidad participa a través de la mediación de Adán, dominio sobre las cosas y dominio sobre los hombres, directa o indirectamente, dominio político, doméstico y servil.¹⁰³⁵ Y, continúa CLAVERO, poniendo reparos a su vez a TUCK, VILLEY afirmó que “aunque no es ésta [origen teológico] la tesis de TUCK... los propios textos que aporta de Molina, Vázquez, Suárez, etc., hacen ver que el concepto ha seguido su curso por la escolástica española hasta desembocar, con otras aportaciones más, con gran continuidad en la doctrina política moderna.¹⁰³⁶

3) LÓPEZ JACOÍSTE explica cómo “La idea dominación, (*Herrschaft*), supone convergencias múltiples con la de potestad, pero no se identifica con ésta, pues no es de índole formal sino sustancialista... Enlaza con antiguas implicaciones o superposiciones entre las nociones de soberanía y de propiedad, de *imperium* y *dominium*, por extensión del poder doméstico de la casa o *domus*, mediante la conexión de señorío y jurisdicción... La filosofía de la dominación estriba en trascender el sentido de un mero derecho subjetivo para significar la objetividad institucional de un poder socialmente discernible.”¹⁰³⁷ Y señala la evolución desde la noción de “dominación”, (el “modelo más específico para el

¹⁰³³ TUCK, R., *The Natural Rights Theories. Their Origin and Developments*, ed. Cambridge University Press, Cambridge - 1979, pp. 22-23.

¹⁰³⁴ CLAVERO, B., *op. cit.*, pg. 501.

¹⁰³⁵ RENOUX ZAGAMÉ, M.F., *Origines Théologiques du Concepte Moderne de Propriété*, París - 1987, pp. 206-254 y 361.

¹⁰³⁶ VILLEY, M., *Travaux récents sur les droits du homme, I, (a propòs de Richard Tuck natural law theories)*, en *Archives de Philosophie de Droit*, 26, 1981, pp. 411 - 418.

¹⁰³⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Entre Dominación y Responsabilidad... op. cit.*, pg. 349.

decurso histórico de los actos de autorización” y que nutría a la ubicuidad del *paterfamilias* en el concepto del *iussum*¹⁰³⁸, hasta el *institor* y la intervención posterior del Derecho canónico, que abren el curso histórico de la representación” como fenómeno entre iguales frente a la dominación/autorización.¹⁰³⁹

4) DÍEZ-PICAZO refiere también el proceso de separación y decantación entre dominación pública y dominación privada desde un momento omnicomprendido: aquél que discurre desde *patria potestas*, *domus*, *manus iniectio* y *pignus* real y físico sobre el *obligatus* hasta la concepción moderna del derecho obligacional¹⁰⁴⁰. Ello ocurrió sobre las personas; no sobre las cosas.

5).- Y D’ORS señala manifiesta cómo, en la *patria potestas*, *ius* y *potestas* del *pater* no son un derecho subjetivo, sino una posición de *pater* que son posición y poder inseparablemente.¹⁰⁴¹

Es por ello que respecto de estos derechos subjetivos absolutos o *erga omnes*, (todos los fundamentales¹⁰⁴², los públicos y los reales), conviene mejor la idea de deber jurídico que la de obligación jurídica que, a mi juicio, debería reservarse para la obligación jurídica *singularis* y horizontal entre particulares uno a uno.

4.3.1.8).- El carácter especial de la prestación laboral.- Esta idea intermediadora para salvar la dignidad humana se aplica especialmente en la relación laboral. En esta sede existe poder, (sin dependencia en el servicio laboral y sin potestad patronal no hay

¹⁰³⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 354 -355

¹⁰³⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 355 - 356.

¹⁰⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pp. 113 - 116.

¹⁰⁴¹ D’ORS, A., *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de "ius"*, en *Studi in memoria di Emilio Albertario*, II, ed. Giuffrè, Milano - 1950, pg. 288 y pg. 306.

¹⁰⁴² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 343.

ajenidad), y es en el Derecho laboral donde han aparecido frecuentes e importantes sentencias del TC sobre colisión de Derechos humanos en la relación entre particulares.¹⁰⁴⁴

En la sede laboral estamos muy cerca de cuestiones iusfundamentales por la intimidad, duración e intensidad con que una persona ve comprometida su propio ser en el desarrollo del trabajo. Así puede apreciarse cómo es consecuencia de dignidad humana en tal sentido que se enfrente al patrono a la readmisión del trabajador despedido improcedentemente o a una indemnización que puede ser muy elevada, incluso disuasoria, (artículo 55 ET), pero que, por el contrario, ante la dimisión o abandono del trabajador sólo exista indemnización si no se preavisó con quince días de antelación, (artículo 49.1.d ET), y siempre que se pruebe que existió, efectivamente, un perjuicio para el empleador y en la medida del mismo.¹⁰⁴⁵

No obstante, la indemnización del trabajador al patrono por cesar en la relación laboral sin observar los protocolos adecuados no habría de ser de tal calibre que convirtiera en irrisorio el derecho de libertad humana, si bien cabe comprender que, por mucha inversión que hubiera efectuado la empresa en el trabajador, la posibilidad de evitar una indemnización onerosa se reduciría a 15 días de “esclavitud”.

La constricción del derecho de libertad y dignidad puede reaparecer en forma de pactos convencionales yuxtapuestos a la propia dimisión o abandono laboral. Aquí se manifiesta también la especialidad de ciertos trabajadores, (alta dirección, futbolistas, artistas, financieros, investigadores), que pueden percibir inversiones en formación o grandes emolumentos y ser claves para la continuidad de la empresa, de modo que

¹⁰⁴⁴ Así lo señalan ALONSO OLEA, (ALONSO OLEA, M., *Constitución y orden jurisdiccional social*, en LÓPEZ PINA, A., *División de poderes e interpretación*, ed. Tecnos, Madrid - 1987, pg. 90), y SARAZÁ JIMENA, (SARAZÁ JIMENA, R., *Jueces, Derechos fundamentales y ...*, *op. cit.*, pp. 472-473).

¹⁰⁴⁵ ALONSO OLEA, M., CASAS BAAMONDE, M.E., *Derecho del Trabajo*, ed. Thomsom -Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 21ª edición, Madrid - 2003, pp. 435 y ss. y pp. 499 y ss.

aparecen compromisos de no competencia por cuenta propia o ajena y cláusulas de confidencialidad que derivan en indemnizaciones elevadas y objetivas. Incluso puede ocurrir que la inversión de la empresa en el trabajador se refleje en forma de préstamos que, con relación laboral o sin ella, habrán de ser reintegrados, (con agravamiento de condiciones en este último caso). En ciertos casos los derechos de libertad y la dignidad no se verán afectados por la gran capacidad económica de estos trabajadores singulares, pero en otros supuestos ello puede llegar a ocurrir.

En este sentido y para los especiales trabajadores que son los futbolistas, el Decreto 1006/1985 de 26 de Junio por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales establece la prioridad del derecho de libertad sobre cualquier fuerza convencional en este punto, creando una indemnización *ex lege* como mejor coherencia de los derechos en colisión de todos. Tal previsión legal, (artículo 16.1), está lastrada a favor de la libertad del futbolista: basta para apreciarlo considerar la diferencia entre las cláusulas de rescisión pactadas con los clubes empleadores y las que han resultado de esta norma, (casos Llorente y Mista), fijadas por el Juez laboral atendiendo a las circunstancias deportivas, perjuicios demostrados al club, motivos de la ruptura y demás elementos que considere estimables).

En el año 2004 la UE se fijó en este Decreto como bandera de libertad laboral para la futura regulación europea en esta materia a la vez que expresó su preocupación por ser muy llamativo que no haya conseguido impedir que los clubes españoles respeten entre ellos cláusulas de rescisión convencionales muy elevadas.¹⁰⁴⁶

4.3.2).- Negocios patrimoniales no normativos.- No obstante, a pesar de lo que antecede, la normatividad no puede ser la nota exclusiva del negocio patrimonial por cuanto 1) determinadas ejecuciones de negocios patrimoniales no pueden tener lugar en

¹⁰⁴⁶ http://www.abce.es/hemeroteca/histórico-01-03-2004/abc/Deportes/liga-y-afe-los-ejemplos-de-europa_247908.html.

forma específica¹⁰⁴⁷ y 2) existen en la sede patrimonial sectores donde se aprecian intensidades extraordinarias de intereses y funciones generales determinando intrusiones de Derecho público directo que arrebatan al negocio jurídico patrimonial su nota normativa, (heteronomía del contenido negocial).

Ello ratifica, a mi juicio, que lo esencial no es la normatividad, determinación o reglamentación del contenido de lo que surge, sino que lo decisivo es que aquello que ha surgido, (tocado o no en su figura y forma por la voluntad de las partes), ha nacido *ex novo ex voluntate*, que, si está aquí y ahora en el mundo jurídico es sólo porque así lo quisieron, (autónoma y libremente), sus otorgantes negociales.

En este sentido señala DÍEZ PICAZO los que llama “contratos dictados y contratos reglamentados” que, sin dejar de ser contratos, manifiestan cómo “Los imperativos legales se superponen a la voluntad de las partes. Las partes son libres para contratar o no contratar, pero, si contratan, el contenido de su contrato, al menos en parte muy sustancial, está reglamentado por la ley, (v. gr.: contratos de trabajo, de arrendamientos rústicos y urbanos, contratos de seguros, etc.).¹⁰⁴⁸

No sólo ello, también sin tales intensidades públicas existen especies contractuales donde la nota reglamentaria, (diseño propio de mandatos *singularis*), queda rebajada. DÍEZ PICAZO distingue entre contratos normativos y contratos declarativos o de fijación, siendo estos últimos aquéllos que se limitan “a constatar la existencia o inexistencia de una relación jurídica, su contenido, el valor que haya de atribuirse a declaraciones contractuales previas”¹⁰⁴⁹, y existen, asimismo, contratos de adhesión¹⁰⁵⁰, contratación por hechos

¹⁰⁴⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pp. 104 - 105.

¹⁰⁴⁸ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T. I, Introducción. Teoría del Contrato*, *op. cit.*, pg. 339.

¹⁰⁴⁹ DÍEZ PICAZO, L., *ibid.*, pg. 340.

¹⁰⁵⁰ DÍEZ PICAZO, L., *ibid.*, pg. 324

concluyentes o actos inequívocos, integración del contenido por usos de los negocios¹⁰⁵¹, etc., en los cuales queda reducida a muy discreta la virtud reglamentadora del contrato cuando menos para una de las partes.

DE CASTRO Y BRAVO señalaba en este sentido la “contratación de contenido impuesto”, el “contrato *ticket*”, los servicios reglamentados y las relaciones contractuales fácticas, en los cuales “El contrato se concluye y es válido en virtud del consentimiento... expresado por la “conducta concluyente” de las partes, (compra del billete). La validez de las cláusulas puestas al dorso del billete es cuestión independiente; pueden... ser obligatorias si la imposición de tales cláusulas ha sido legalmente autorizada.”¹⁰⁵²

El negocio jurídico patrimonial, la sustancia negocial esencial, sólo desaparece en los supuestos en que el propio negocio surge y se impone heterónomamente, esto es, obligada o necesariamente y no autónoma o libremente, mutando la inteligencia de Derecho público indirecto por otra de Derecho público directo.

Es por ello que DÍEZ PICAZO señala los contratos dictados o reglamentados como contratos¹⁰⁵³ pero, por el contrario, no habla de contratos heterónomos sino de obligaciones constituidas heterónomamente¹⁰⁵⁴. En estas últimas ya no hay posibilidad de apreciar negocio jurídico pues no sólo desapareció la capacidad reglamentaria en cuanto posibilidad de diseñar los mandatos regulatorios *singularis inter partes* sino, que, con mayor fundamentalidad y siendo lo decisivo, lo que ocurre es que ya no hay acto de autonomía privada o libertad personal sino de heteronomía pública.

¹⁰⁵¹ DÍEZ PICAZO, L., *ibid.*, pg. 336.

¹⁰⁵² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 45-46.

¹⁰⁵³ DÍEZ PICAZO, L., *ibid.*, pg. 336

¹⁰⁵⁴ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias...*, *op. cit.*, pg. 154.

4.3.3).- Normatividad y negocio personal.- El negocio personal no crea ningún objeto nuevo distinto de la persona en sí misma considerada, pues en lo personal no puede diferenciarse u objetivarse entre prestación y persona: estamos siempre directamente sobre ésta, (LÓPEZ JACOÍSTE¹⁰⁵⁵), de modo que no concurre nunca la sumisión jurisdiccional diseñada por la LEC para las ejecuciones *ex contractu*. En sede personal el empate entre las iguales dignidades de cada persona conviniente, (nadie manda a nadie y nadie tiene poder sobre nadie), no puede deshacerse nunca desde la horizontalidad de su consentimiento formal y una ejecución jurisdiccional específica *ex conventione* no es posible. Si ocurre una aplicación vertical y forzada será desde el valor prescriptivo directo de los Derechos fundamentales subyacentes a los personales concernidos.

Por otra parte la inherencia de los Derechos fundamentales sobre la dignidad humana no permite ninguna noción de intercambio. Los derechos de la personalidad son emanaciones usufructuarias de la dignidad personal y nadie puede adquirir más capital. Este capital es idéntico e inmutable para todos, (universalidad), del mismo modo que el bebé muerto prematuramente y el anciano que fallece con 103 años han recibido lo mismo que todos los demás humanos: toda una vida. Tomar de otro más partes o unidades de dignidad humana para ser más humano o más digno implica simultáneamente que el recíproco lo sea menos y compondría así un convenio nulo. El negocio personal sólo es concebible como articulación de co-usufructos.

4.3.3.1).- Prescriptividad de la dignidad humana sobre voluntad.- Como señalé antes, la consideración moral de la dignidad humana, exterior y vertical desde su condición única de universalidad, determina que ninguna situación personal pueda considerarse absolutamente pendiente de las voluntades individuales concernidas ni, por tanto, ser objeto de jugadas o partidas individuales con efectos o resultados, (y poderes,

¹⁰⁵⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 351.

derechos, obligaciones), automáticos, necesarios y guionizados. Cualquier producto de la voluntad y cualquiera fuerza convencional están constantemente condicionados, instrumentalizados o cuestionados por aquella verticalidad, con mayor o medida de acuerdo con la estructura fáctica de cada derecho.

Por otra parte, disfrutar estos derechos exige articularlos, modalizarlos, renunciarlos en ciertos reflejos o emanaciones para que puedan tomar valor real y encarnado en mi plan de vida y en tu plan de vida, sin que su noción aproximada de co-usufructos permita hablar verdaderamente de lo “mío” o consiga expulsar un interés general o público en la cuestión, (excepto cuando la emanación de la persona se refiera precisamente al ámbito donde la *privacy* es ética, sin derivada grupal o intersubjetiva). Esta coonestación convencional, (y reversible), puede coincidir luego en la controversia con la que señale el Juez, pero ello es coincidencia y no fuente de la decisión judicial. Quien acudiera al juez ordinario a hacer valer un convenio personal sobre derecho fundamental no estaría solicitando la ejecución jurisdiccional de lo convenido sino protestando directamente la perturbación o afectación del derecho mismo, y con arreglo a la prescriptividad y eficacia pública y directa de tal Derecho fundamental resolverá el Juez.

4.3.3.2).- Ausencia de guión en el negocio personal.- El mundo de las relaciones personales no funciona nunca, (y no necesita en absoluto funcionar), como un juego con guión, lógica y mecánica necesarios y obligados, sino como vida intersubjetiva radicalmente libre.

En los negocios personales no podemos apreciar la objetividad y exterioridad que señalaba DE CASTRO Y BRAVO con base en el fin práctico y el significado social del negocio,¹⁰⁵⁷ porque tales negocios personales son precisamente personales, particulares, irrepetibles. En ellos todo es móvil incorporado y propósito psicológico, y no hay lugar a

¹⁰⁵⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pp. 29 - 31 y pg 63.

una noción de causa objetiva funcional ni a una noción de causa recíproca, (causa de la atribución), por cuanto no forma parte de la inteligencia negocial ninguna conmutatividad de ninguna clase¹⁰⁵⁸ sino la maximización de los derechos de todos. La eficacia del negocio personal estará siempre sujeta a esta condición óptima, de modo que representan siempre propuestas e intentos más que resultados inamovibles desde el puro hecho formal de haber sido convenidos.

Esta ausencia de guión determinará que no podamos luego sujetar las libres voluntades personales a ninguna estructura aherrojada sobre ellas, lo que constituye una nota de permanente actualidad de la voluntad personal sobre el negocio personal, criticando en otro caso la continuidad de su eficacia, (reversibilidad). Ello desactiva para esta sede la doctrina de los actos propios. El negocio personal explica *per se, ex novo y ex voluntate*, (desde el art. 10 CE), su propia aparición, pero su contenido específico normativo interpersonal y el propio sostenimiento o mantenimiento del hecho personal y de la vida personal nacidos del negocio jurídico están en constante crisis por la superioridad y verticalidad de los valores iusfundamentales que existen en tal sede, (incluyendo, pero sólo como uno más, al derecho de libertad).

Esta reversibilidad cede cuando percute sobre el derecho de libertad algún otro derecho, interés o bien fundamental, (como los que aporta la presencia del hijo en el negocio de reconocimiento o en sede TRHA o el dato de haber otorgado un pacto de indisolubilidad), o cuando concurre una función pública esencial que aporta un guión

¹⁰⁵⁸ Es propio de ellos la reciprocidad antropológica y no la reciprocidad conmutativa o intercambio de mercado, no se cuenta, mide o pesa lo entregado, (HARRIS, M., *Antropología... op. cit.*, pg. 172). En este sentido DE CASTRO Y BRAVO, a propósito del estudio de la causa onerosa y gratuita, opone a los negocios patrimoniales aquellos otros en que pueden ocurrir atribuciones materiales en la sede familiar, manifestando que son ininteligibles desde una inteligencia de causa de la atribución onerosa o gratuita, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 275).

general, abstracto y férreo, (patria potestad, relación conyugal). En este último caso hemos salido de la sede personal e ingresado en la familiar.

4.3.3.3).- Juridicidad consecuencial.- La sede personal manifiesta no ser posible ningún prevaciado de cuestiones iusfundamentales, pues fundamentalidad y persona humana son inseparables y, de este modo, no es alcanzable el objetivo de crear un verdadero gobierno de la internormatividad *singularis ex negotii*.

Ello no niega, sin embargo, la sustancia negocial en el ámbito personal sino que manifiesta que, en esta sede, el especial objeto que son las personas humanas, (por su dignidad intrínseca), impone una juridicidad o justicialidad negocial siempre crítica sobre sus mandatos específicos. Aquí la única juridicidad o justicialidad posible es consecuencial, indemnizatoria, recayente sobre costes de oportunidad infligidos, daños injustos, mala fe, fraude o abuso de derecho en el acercamiento, negociación y en la relación, hecho o vida negocial personal surgida del negocio jurídico personal o en su extinción, lo que apunta a un protocolo o modo y no a un contenido o qué.

El único mandato jurídicamente exigible en la sede personal sería no dañar injustamente a los demás en el ejercicio de mi libertad personal para ejecutar y cambiar tantas veces como quiera mi plan de vida y mi búsqueda de felicidad, (artículo 10 CE). Por ello aquí nada es guión, contenido, esquema o lógica mecánica sistemática sino que, por el contrario, todo es cuestión de protocolo.¹⁰⁵⁹ Lo que haya de producirse concretamente en cuanto qué o contenido material, (que yo exprese una opinión, que tú me ames, que nos casemos, que Z decida no abortar), no está previsto como supuesto ni responde a ninguna lógica ni inteligencia sistemática estructural.

ROCA aprecia falta de juridicidad en el ámbito personal e íntimo, incluso refiriéndose a “pactos absurdos”, (pero el absurdo no se refiere al pacto sino al intento de

¹⁰⁵⁹ En los juegos de mesa, en las mesas, antemesas y sobremesas, la urbanidad, el protocolo lo es, efectivamente, todo.

justicializar *in natura* el pacto)¹⁰⁶⁰, y DE CASTRO Y BRAVO señaló que, en principio, las relaciones familiares son ajenas al ámbito negocial¹⁰⁶¹. En el mismo sentido FLUME¹⁰⁶².

Ello no reduce, a mi juicio, al negocio personal a una nada jurídica. Como diré luego, a través de una juridicidad consecencial quienes contactan y cooperan en negocios personales deben poder confiar en que, si bien no es posible ejecución forzosa específica dada la sustancia personal del negocio, (y ello es conocido y aceptado por todos), pueden al menos confiar en que el Derecho mantendrá la interdicción del daño injusto y del abuso todavía en estos ámbitos no patrimoniales.¹⁰⁶³

En este sentido PARRA LUCÁN refiere cómo algunos autores aluden “a la posibilidad de introducir cláusulas de penalización que conviertan en jurídicos deberes meramente morales, mediante la obligación de indemnizar en caso de incumplimiento”, si bien añade que “los tribunales españoles se han mostrado muy restrictivos en este ámbito”¹⁰⁶⁴.

Como señala LÓPEZ JACOÍSTE, la cuestión aquí es la razonabilidad del daño que, en sede personal ha de calificarse precisamente así, “razonable” y no “racional”. Dice este autor: “lo razonable es lo que puede persuadir... La persona está dotada de libre albedrío, por lo que abriga posibilidades no circunscribibles a lo racional. Lo razonable sí

¹⁰⁶⁰ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pp. 63 y 67.

¹⁰⁶¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 37.

¹⁰⁶² FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 114 - 115.

¹⁰⁶³ Aunque a veces el legislador parece aplicar un coste de oportunidad objetivo o una diligencia enormísima para el ejercicio de un propio Derecho fundamental: no parece que el donante de gametos que precise tiempo después su material donado para sí mismo pueda ser conceptualizado como doloso o culposo, (artículo 5.2 LTR-HA). No existe igual objetividad en el artículo 43 CC sobre ruptura de promesa de esponsales pues sólo se indemniza si se quiebra “sin causa”, (BADOSA COLL, F., *Comentario del artículo 43*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 259 - 261).

¹⁰⁶⁴ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op.cit., pp. 160 - 161.

está abierto a designios, sentimientos, intuiciones y apreciaciones... De ahí que la vertebración y el juicio de la responsabilidad civil haya de consistir en buena media en *comprender*".¹⁰⁶⁵

Y, desde esta razonabilidad, (y al igual que en toda responsabilidad civil en cualquier ámbito), refiere LÓPEZ JACOÍSTE la necesidad de "cumplir el equilibrio institucional de la responsabilidad", lo que precisa "Que las sutilezas argumentales no le ocasionen desproporción, ni desfiguren sus designios; que la entidad de la lesión en que se base ha de ser "manifiesta". Que un hipotético "victimismo" no expanda artificialmente los supuestos reparables ni conduzca a desfigurar fundamentos y aconteceres. Esa casuística reflexión equilibradora, habría de conducir... a salvar a la responsabilidad civil de sus propios desbordamientos".¹⁰⁶⁶

No debe olvidarse, sin embargo, que una juridicidad consecuencial por abuso de derecho no precisará de pacto. Éstos tan sólo fijan, objetivan o coadyuvan a perfilar el supuesto de hecho, pero *alterum non laedere* es algo que se sostiene por sí sólo verticalmente desde la moral de mínimos social.¹⁰⁶⁷

En el espacio personal no se define jurídicamente qué ha de ser u ocurrir, ni imperativa, directa y generalmente a través de supuestos de hecho legales de los que resultan mandatos públicos, ni indirecta, dispositiva y sistemáticamente mediante un código técnico u organicista que proporcione significados mecánicos y de juego. Como

¹⁰⁶⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit. pp. 694 - 695.

¹⁰⁶⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 693.

¹⁰⁶⁷ Es por ello que aun cuando aquí exista convenio o acuerdo esta responsabilidad debe considerarse extraconvencional o supraconvencional, o bien debe afirmarse que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no tiene sentido en el negocio personal, (ni en el familiar).

digo no hay guiones ni ejecuciones específicas pues, como dice LÓPEZ JACOÍSTE: “¿Cómo iban a guardar congruencia con los desarrollos de la personalidad?”.¹⁰⁶⁸

En el espacio personal tan sólo se establece jurídicamente un cierto protocolo para el acercamiento, la relación personal y sus consecuencias, un estatuto sobre cómo ha producirse y retirarse aquello que libremente quieran las personas que sea, que se produzca, que ocurra entre ellas y que deje de suceder. Ello permite la existencia de un espacio de libertad personal que satisface y aprovecha la creatividad e individualidad humana para la paz y desarrollo social, maximizando los Derechos humanos de todos y el pluralismo, (aprovechando la sustancia negocial y la aptitud negocial humana), pero, simultáneamente, esta nota protocolaria, (siempre ponderada y proporcional), evita que este juego de relaciones personales se convierta en un convite de salvajes e indignos al modo de las relaciones peligrosas de CHODERLOS DE LACLÓS¹⁰⁶⁹: ello resultaría inmoral y antisocial. Así DE CASTRO Y BRAVO señalaba: “La perfección de un ordenamiento positivo se mide por el grado en que logra moralizar a la sociedad”.¹⁰⁷⁰

4.3.4).- Normatividad y negocio familiar.- Es otra vez la perspectiva objetiva la que señala cómo las encrucijadas y retos intersubjetivos que se plantean en la realidad familiar topan precisamente con ciertas funciones principalísimas del contrato social íntimamente conectadas con Derechos humanos plurales de varias personas.

En Derecho de Familia existe un doble condicionamiento para la construcción de una verdadera internormatividad *ex voluntate ex negotii*, pues por una parte topará con las prescripciones morales de los Derechos humanos, y, por otro lado, con funciones principalísimas del contrato social que están construidas imperativamente; a ello debe

¹⁰⁶⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, op. cit., pg. 1104.

¹⁰⁶⁹ CHODERLÓS DE LACLÓS, P., *Las relaciones peligrosas*, ed. Planeta, Barcelona - 2009.

¹⁰⁷⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 27, en *Derecho Civil de España, Volumen I*, op. cit.

añadirse que es preciso negociar tanto para articular aquellos derechos como para detallar e implementar *in concreto* el ejercicio de estas funciones.

En esta sede no se comprende la idea de horizontalidad cuando nos encontramos ante funciones públicas principalísimas diseñadas con contenidos imperativos y ante situaciones, necesidades y funciones que demandan poder, (potestad), de unos privados sobre otros que necesitan sujeción y sumisión para poder ser protegidos. Pero, por otra parte, aparece también esa necesidad inexorable de convenios y pactos para poder encarnar realmente la prescripción y la funcionalidad de esa verticalidad. No obstante en estos negocios no existirá nunca la horizontalidad formalista por mera expresión del consentimiento que es propia del negocio jurídico patrimonial: la prescripción moral iusfundamental y la prescripción funcional pública son siempre cuestión sustancial.

Surge también aquí la relación entre función familiar, *oficium publicum* familiar y estado civil caracterizando a éste como un estatuto indisponible al que quedan sometidos los privados que reciben tales delegaciones públicas¹⁰⁷¹.

Es por ello que lo primero que padece en la sede familiar es la virtud reglamentadora, la dispositividad de contenidos y la característica del negocio jurídico

¹⁰⁷¹ No obstante, PARRA LUCÁN considera que se ha producido “una auténtica flexibilización” de los caracteres tradicionales de los estados familiares “muy ligados al estado civil”, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 117), y RAMS ALBESA señala también la dificultad de sostener una noción de situación jurídica familiar u oficio en la actualidad, (pg. 60 - 63). No obstante, a mi juicio estas ideas se fijan en el estado actual de una cuestión, que, como el tiempo meteorológico, exige series y referencias larguísimas. Ya dije antes que no es posible afirmar nunca que reproducción, crianza y socialización, (familia), no estén ya en la zona de infraestructura de cualquier sociedad, por opulenta que semeje en un momento dado. En este sentido me parece oportuna la advertencia de FLAQUER VILADEBÓ quien señala la cuestión como tensión con un individualismo y personalismo que es preciso considerar pero sin olvidar la obligada honra a un carácter institucional y antropológico de la familia que está siendo socavado en sus cimientos, (FLAQUER VILADEBÓ, L., *op. cit.*, pg. 207).

como diseñador de mandatos singulares *inter partes*, (la función debe ejercerse en la forma públicamente diseñada). Se destaca aquí, (más que en ninguna otra sustancia negocial), cómo la nota esencial de un concepto troncal del negocio jurídico sólo puede encontrarse en la libertad personal para la aparición o surgimiento de un hecho, relación o situación jurídica negocial, pero no en la virtud reglamentadora singular, (autonormatividad, internormatividad), o en la disponibilidad de ese hecho.

4.3.4.1).- Posibilidad de sustancia negocial familiar.- Sin embargo, todavía aquí existe un espacio para la sustancia negocial por cuanto los bienes que pretende obtener el contrato social de la sede familiar han de ser conseguidos mediante una inteligencia de Derecho público indirecto, esto es, creando un espacio de libertad y creatividad para hacer surgir o no hechos y vidas familiares mediante el desarrollo de la propia personalidad en planes y proyectos de vida y de búsqueda de felicidad que son intersubjetivos y cooperativos, colocando a los concernidos, (en cuanto a tal surgimiento), en plano horizontal, esto es, negocial.

Cualquier heteronomía en el momento creativo del hecho y vida familiar no permitiría al contrato social obtener los dones, bienes e intereses que pretende mediatamente. De ahí el fracaso de las leyes caducarias de Augusto para imponer el nacimiento de patricios romanos o el riesgo de disfuncionalidad y perjuicio que radica en obligar a ser padre/madre o cónyuge a quien no quiere. Existe un ámbito en el Derecho de familia donde rige tal heteronomía en el surgimiento, como ocurre con la generación biológica, (bajo el principio quien hace el niño paga¹⁰⁷²), en cuyo caso trabaja el contrato social sobre hechos consumados, (existió una incontrolable relación sexual), sin que pueda aceptar una sola irresponsabilidad que sería *contra filii*. Pero cuando se trata de obtener

¹⁰⁷² La máxima fue recogida por LOYSEL, “*qui fait l’enfant, le doit nourrir*”, (LOYSEL, A., *Institutes coutumières, manual de plusieurs et diverses reigles, sentences et proverbes du droit coutumier plus ordinaire de la France*, 1607).

ciertos colaboradores amorosos el ordenamiento ha de actuar indirecta o mediatamente mediante negocio jurídico familiar y sin heteronomía, como sucede en la adopción, (incluso adelantando la capacidad consensual del adoptando hasta los doce años), en reconocimiento de hijo o en sede TRHA.

4.3.4.2).- Negocio familiar y guión.- En la sustancia familiar existe una objetivación respecto de las voluntades negociales, y tal exterioridad y prescriptividad procede del carácter imperativo de las funciones públicas esenciales concurrentes, las cuales aportan un guión preciso. En la sustancia personal también encontramos objetivación y prescriptividad desde la sede moral de los Derechos humanos pero, como dije, esa exterioridad no proporciona guiones aherrojados sino libertad personal.

En la sede patrimonial todo pende, (en su espacio prevaciado y predeterminado), de la voluntad, de modo que era preciso encontrar una exterioridad y prescriptividad para lo internormado en el negocio, lo que ocurría desde la localización de un fin práctico y de una función social en el tipo negocial empleado. Ello aportaba sentidos organicistas y lógicas sistemáticas que componían guiones que podían ser completos y detallados o tan sólo estructurales y funcionales dependiendo de la creatividad e intensidad con que los otorgantes hubieran utilizado sus posibilidades dispositivas.

En este sentido, la existencia de guiones, (y de guiones férreos), sobre los negocios jurídicos familiares permite también apreciar que quien se acerca a un tipo negocial familiar y lo otorga lo hizo queriendo el propio guión, hecho y vida familiar que resultarán del mismo. Ello permite construir aquí una idea confianza en el recíproco en los negocios jurídicos familiares que sean intersubjetivos y cooperativos, esto es, la confiabilidad en la sinceridad y seriedad del co-otorgante respecto de los fines y funciones familiares propia y públicamente comprendidos en el tipo negocial con una idea de causalización de los consentimientos. Ello será relevante también para construir una noción de abuso de derecho o de injusticia en los costes de oportunidad y daños injustos que pudieran resultar

de los negocios jurídicos familiares, incluso de su extinción. Aquí vuelve a ser criticable la contradicción en la noción matrimonial entre las leyes 13 y 15/2005 y el CC¹⁰⁷³, por cuanto aquéllas sostienen un matrimonio no familia, no vincular y sin deberes, en tanto del CC resulta, a mi juicio, una inteligencia contraria que permitiría a cualquier contrayente confiar en que su recíproco se acerca a la institución matrimonial con un mínimo de entrega y compromiso. Ello se refiere a una confiabilidad general o implícita y para tal noción es un indudable obstáculo el hecho que señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ de que “La sociedad y el Derecho parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función de la familia... y que las reformas hayan sido, muchas veces, incoherentes, contradictorias entre sí y, en ocasiones, de escasa funcionalidad social”.¹⁰⁷⁴

4.3.4.3).- Familia negociada.- La realidad familiar manifiesta encrucijadas y retos que conciernen e incorporan a todos los comprendidos en ella. En este sentido, una vena de sustancia negocial late por toda la convivencia familiar entre padres/madres e hijos. El guión férreo de la función familiar no es absoluto y marca la moral de mínimos, (cuestiones iusfundamentales), y la funcionalidad necesaria, (cuestiones públicas), pero, como dije anteriormente, deja un espacio para el pluralismo, esto es, para éticas individuales y morales subgrupales en forma de moral familiar, lo que entronca nuevamente con el artículo 10 CE. La red de articulaciones singulares convencionales de Derechos fundamentales intrafamiliares y los detalles y concreciones en el ejercicio concreto y coyuntural de las funciones públicas dibujarán así, a través de pactos y convenios, determinadas morales y éticas familiares de máximos, plurales, propias de cada grupo familiar.

¹⁰⁷³ GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, op. cit., pp. 532 y 533, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, op. cit., pg. 1.484.

¹⁰⁷⁴ MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pg. 34.

Los negocios familiares habrían de integrar las voluntades, (presentes o representadas), de todos los concernidos y, en tal sentido, el CC asegura la incorporación progresiva del menor a tales convenios y negociaciones de convivencia de acuerdo con su desarrollo gradual de madurez. El crecimiento psicológico del hijo determina que vaya creando sus propios espacios y derechos para una ética individual y una libertad e intimidad personal que lo hacen ingresar con derecho y voz propia en los negocios personales que se concluyen intrafamiliarmente para la convivencia de los miembros y para la construcción de su moral subgrupal. Es en este punto donde cada familia ha de encontrar su propia moral familiar de mínimos o de encuentro para todos sus miembros internos y donde la apreciación de la sustancia negocial familiar se convierte en garantía del pluralismo, (artículo 1 CE), no sólo *ad extra*, respecto del contrato social, sino también *ad intra*, entre los propios familiares.

Ello no niega nunca la necesidad de potestad y poder en los padres/madres para poder cumplir las funciones públicas que conlleva su *officium*, pero señala cómo tal empoderamiento, delegado desde el contrato social en el oficio de padre/madre legal, se va diluyendo con el mismo ritmo con que el niño es cada vez menos dependiente y va desarrollando más y más su propia personalidad. Sin potestad la familia no es socialmente interesante, pero tal poder ha de estar ajustado con exactitud a la función y necesidad que lo demanda y a su coherencia con la dignidad humana y la personalidad del menor en un constante ajuste a su situación y valor real, (10 CE).

Ha de tenerse en cuenta que en el Derecho de familia existe un prevaciado de cuestiones fundamentales realizado por el legislador a la hora de dibujar las funciones, oficios, estatutos y guiones familiares incluso creando potestades y sumisiones y coherencias de éstas con la dignidad y personalidad del dependiente. Estas definiciones dejan amplio arbitrio judicial, (apreciación judicial del *favor filii*), y, en su caso, habrían de discutirse por cuestión o recurso de inconstitucionalidad, pero no cabe

negar que existen y que existen con el mismo valor de prevaciado de cuestiones iusfundamentales que en el Derecho patrimonial. No obstante, en la sede material el prevaciado se efectuaba para crear un juego automático de autonomía patrimonial privada y maximizar riqueza, tráfico y obtención de propósitos individuales, en tanto en la sede familiar el prevaciado se realiza desde la primacía de apropiabilidad pública para las funciones públicas de producción de niños, crianza, educación, socialización y solución de dependencia con afección sobre ciertos Derechos fundamentales típica e intensamente concernidos. Aquél es propiamente un prevaciado y una puesta a disposición. Éste, por el contrario es más bien una apropiación.

En este sentido y con tal matiz ha de tomarse la idea de la familia negociada, que ROCA TRÍAS señala que coincide con la que sociológicamente se llama familia democrática¹⁰⁷⁵, esto es, aquella que se convierte en una comunidad entre iguales¹⁰⁷⁶ y en la que las decisiones se toman mediante autonomía, comunicación y sin violencia¹⁰⁷⁷, de modo que los papeles respectivos están negociados.¹⁰⁷⁸

ROCA TRÍAS señala que tales negocios quedarán reducidos a la esfera más íntima de las personas y reclama, (para conseguir eficazmente el respeto negocial de los Derechos fundamentales), un elemento externo que manifiesta haber sido “tradicionalmente” el matrimonio pero no ser indispensable¹⁰⁷⁹. No obstante, si es precisa tal exterioridad y se proclama prescindible, desactivada y desarmada la que ha sido hasta ahora su única fuente, ROCA TRÍAS habría de señalar inmediatamente cuáles son las nuevas vías disponibles,

¹⁰⁷⁵ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 70.

¹⁰⁷⁶ FLAQUER VILADEBÓ, L., op. cit., pg. 194 y ss.

¹⁰⁷⁷ Vide GIDDENS, A., *La tercera vía. La renovación de la socialdemocracia*, traducción de CIFUENTES, P., ed. Taurus, Barcelona - 1999.

¹⁰⁷⁸ Mc GLYNN, C., *Families and the European Union*, ed. Cambridge University Press, New York - 2006.

¹⁰⁷⁹ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 70.

cosa que no hace. Tal exterioridad nace, a mi juicio, de la doctrina moral de los Derechos fundamentales, (eficaz directamente *ex CE*), y desde la imperatividad de las funciones familiares públicas.

CAPÍTULO V).- NEGOCIO JURÍDICO¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹⁴ Bibliografía fundamental para la confección de este capítulo: ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada y derechos fundamentales*, op. cit. ; BONET NAVARRO, A., (Director), *Proceso Civil y Mediación: su análisis en la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2013; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, revisado y puesto al día por GARCÍA CANTERO, G., CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., ADROHER BIOSCA, S. Y ÁLVAREZ VÉLEZ, M.I, Tomo V, vol. 2º, décima edición, editorial Reus, Madrid - 1995; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral, ...* Tomo II, vol. 1º, revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., decimoquinta edición, editorial Reus, Madrid - 2007; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos. En la teoría y en la práctica*, op. cit.; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T. I, Introduccion. Teoría del Contrato*, 6ª edición, op. cit.; DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, op. cit.; DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona*, op. cit.; FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit.; GALGANO, F., *El negocio jurídico*, traducción de BLASCO GASCÓ, F. y PRATS ALBENTOSA, L., ed. Tirant lo Blanc, Valencia – 1992; GALGANO, F., *Voz Negocio Giuridico, Diritto Privato*, en *Enciclopedia dei Diritto*, t. XXVII, ed. Giuffré, Milano - 2003; GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*, en *Anuario de Derecho Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Vol. 3, Nº 7/1971, Madrid - 1971, pp. 789 - 861; GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente sistema matrimonial español*, op. cit.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo I*, 14ª edición, ed. Thomsom - Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2008; GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil, Tomo I*, op. cit., pp. 571 - 578; JARUFE CONTRERAS, D.W., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español, adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, op. cit.; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, op. cit.; MAREY, M., op. cit.; MARTÍNEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia, a cada familia su Derecho. (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)*, op. cit.; MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *Tema 9 - El Negocio Jurídico - Parte Primera - Elaboración del Concepto*, op. cit.; PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, op. cit.; PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamen-*

1).- LA ESENCIA DEL NEGOCIO JURÍDICO.-

1.1).- Sustancia negocial y poder.- Hemos localizado la ontología de la sustancia negocial en la aptitud genética humana para solucionar retos inexorables de competición, cooperación y co-articulación, no sólo luchando para apropiarse, (dominar materia), o pugnando para someter y ordenar a otros, (dominar personas, apropiarse de colaboraciones para un plan propio), sino comunicándose y relacionándose entre iguales sin términos de poder. La sustancia negocial participa así de una necesaria intersubjetividad y de una imprescindible horizontalidad en esta alteridad.

No obsta a la horizontalidad intranegocial el hecho de que surja del negocio patrimonial un poder en forma de derecho subjetivo individualista perfecto, pues ya dije que ello procede del carácter político y público del derecho subjetivo como poder, (triangulación jurisdiccional *ex conventione* y creación así de la libertad de perder mi libertad en esta sede).¹⁰⁹⁵ En los negocios personales, (atinentes a los derechos de la personalidad como los nombra DÍEZ PICAZO¹⁰⁹⁶), ya expuse cómo resulta inadecuado concebir poderes análogos, como señala LÓPEZ JACOÍSTE: “En algún punto de alguna controversia la pretensión deducida en juicio podrá ofrecer textura y razón de derecho subjetivo pero, otras veces, y quizá con creciente frecuencia, ... se trate sencillamente del

tales. Teoría General, op. cit SARAZÁ JIMENA, R., *Jueces, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, op. cit.*; VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada, op. cit.*; VILLEY, M., *Le Droit et les droits, de l'homme, op. cit.*

¹⁰⁹⁵ Como dije, LÓPEZ JACOÍSTE señala que el efecto último de la obligación ha sido y es la ejecución forzosa, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 705.

¹⁰⁹⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T. I, Introduccción. Teoría del Contrato, 6ª edición, op. cit.*, pg. 91.

respeto a una dimensión vital o connatural del propio ser, o de recabar la efectividad de un mero interés... Además, los derechos de la personalidad tradúcese, a veces, en un ejercicio obligatorio que puede articular verdaderos deberes.”¹⁰⁹⁷

La ausencia de poder específico sobre el mandato *singularis* en el negocio personal no niega la sustancia jurídica, pues ello procede de que la persona es objeto y sujeto, a que se fusiona tener y ser¹⁰⁹⁸, impidiendo la ejecución forzosa *in natura* de cualquier convenio alcanzado sobre la forma de disfrutar derechos personales en contacto. Pactos y convenios personales son absolutamente necesarios para poder concebir el disfrute de prácticamente cualquiera de los Derechos fundamentales, de modo que éstos, para existir encarnadamente, precisa de esta especial sustancia negocial. Estos acuerdos personales no pueden concebirse ajurídicos o meramente íntimos o amistosos por el hecho no poder construirse aquí aquella “libertad de perder mi libertad”, sino lastrados hacia una juridicidad consecuencial donde el negocio personal funciona como supuesto de hecho del daño injusto.

Por su parte la noción de verticalidad y empoderamiento entre los implicados explica que no exista sustancia negocial en el Derecho público. Negocio jurídico administrativo y negocio jurídico procesal son extraños a la idea general, natural o civil del negocio jurídico privado y, en el mismo sentido, todos los actos “voluntarios”, (a solicitud o instancia del ciudadano o impulsados por las partes procesales), son actos jurídicos pero no negocios jurídicos. Sin embargo el carácter hondamente personalista de las funciones públicas familiares, (que son simultáneamente actos y hechos de vida para las personas implicadas), determinan que su concreción, implementación y detalles cuando son ejercidas en forma co-delegada, (padre y madre), y su propio ejercicio respecto del favorecido con

¹⁰⁹⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 361.

¹⁰⁹⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem.*, pg. 360-361.

las mismas, (dependientes), precise también de una sustancia negocial y de negocios que son primero personales, (entre personas), y luego, (aunque simultáneamente), públicamente interesantes y exigidos de funcionalidad.

1.1.1).- Procedimiento administrativo versus negocio jurídico.- En los actos jurídicos del ciudadano existe siempre el súper derecho de audiencia y petición que emana de la condición de ciudadanía y del estatuto material y formal de las personas públicas, así como un procedimiento que los ciudadanos podrán emplear y exigir para relacionarse con ellas en todo momento. Esta servilidad de la persona pública, (que no puede hacer oídos sordos), procede de la doctrina del control del ejercicio de su poder, de modo que lejos de verse en ello un esquema paralelo al privado, (horizontalidad puesto que el ciudadano puede pedir y la Administración escuchar o conceder), ha de apreciarse que corresponde al despliegue de la noción única de poder, del ejercicio de ese poder y del ejercicio democrático, participativo y controlado del mismo.

Entre privados no existen estas obligaciones si entre ellos no existe previamente un negocio o relación jurídica previa que los sustente¹⁰⁹⁹, ni tampoco un procedimiento o protocolo que no sea la mera urbanidad y la interdicción del daño injusto, (salvo convenio expreso de diligencia debida *ad hoc*¹¹⁰⁰). El ámbito privado se rige por móviles y propósitos subjetivos y por un derecho a discriminarte que se liga directísimamente con el art. 10 CE y con la *privacy*: frente a la audiencia y petición administrativa las personas nos oponemos unas a otras la intimidad y libertad personal.

1.2).- Sustancia humana, sustancia negocial y sustancia responsable.-

Libertad, negocio y responsabilidad son conceptos que aparecen unidos en la sustancia y en las aptitudes humanas, siquiera su traducción jurídica haya seguido ritmos diversos.

¹⁰⁹⁹ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 106 y ss.

¹¹⁰⁰ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción, Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 76.

Curiosamente, la idea que aparece más evidente, (libertad), es la que más dificultades ha tenido para consagrarse jurídicamente, pues la Convención de la Sociedad de Naciones sobre la Esclavitud fue firmada el 25 de Septiembre de 1926. El aprovechamiento de la aptitud negocial humana aparece, por el contrario, desde tiempos iniciales, en tanto que “las vigencias culturales y jurídicas de la responsabilidad han venido a significar, en efecto, aspectos básicos de una cultura desarrollada; pertenecen, se ha dicho, a una cultura históricamente avanzada.”, (LÓPEZ JACOÍSTE).¹¹⁰¹.

De la libertad intersubjetiva humana nacen inmediatamente las ideas responsable y negocial, pues ambas se basan en la aptitud de la persona para el autogobierno y en su existencia inexorablemente grupal. La libertad humana es inevitablemente intersubjetiva y relacional y este contexto de alteridad para unos semejantes que pueden, (si quieren), autogobernarse en una dirección moral, (*alterum non laedere*, cumplimiento de los convenios legítimos)¹¹⁰², determinan primero el hecho humano y social de la responsabilidad y del convenio y, después, la relación jurídica *ex responsabilitate*¹¹⁰³ y el negocio jurídico. En ambos casos tenemos horizontalidad, (ningún privado me impone un daño injusto, ningún privado me impone un convenio), y prescriptividad u objetividad, esto es, exterioridad al individuo y su voluntad, (heteronomía): se reparará el daño aunque no se quiera y en sede patrimonial se cumplirá el convenio aunque hoy mi voluntad haya cambiado, (libertad de perder la libertad)¹¹⁰⁴, siendo un tercero, (jurisdicción), quien lo impondrá como regla jurídica.

De buen principio conecta LÓPEZ JACOÍSTE responsabilidad y libertad: “Mas si la responsabilidad estimula hacia la interrelación también concita a la libertad. La libertad

¹¹⁰¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 698.

¹¹⁰² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem.*, pp. 29 y ss.

¹¹⁰³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem.*, pg. 697.

¹¹⁰⁴ VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 226.

es supuesto necesario de la responsabilidad, pero, a su vez, la responsabilidad aviva y afina su libertad a los humanos.”¹¹⁰⁵ Y señala la “memorable” experiencia medieval donde el hombre se convierte en libre mutando campo por ciudad, pero bajo condición de convertirse en responsable de sí mismo: “emigrar a la ciudad hubo de contribuir a implantar la existencia de un medio abierto a la libre actividad”.¹¹⁰⁶ Aquí responsabilidad y sustancia negocial se muestran igualmente próximas a la libertad alcanzada: el medio abierto a la libre actividad que fueron los burgos medievales eran espacios para la vida negocial, (sedes de mercados, refiere LÓPEZ JACOÍSTE¹¹⁰⁷).

La efectiva observancia de las responsabilidades de unos con otros y el cumplimiento voluntario de los contratos contribuyen a crear una confianza que, señala LOPEZ JACOÍSTE para la responsabilidad, despliega función esencial al proporcionar “la seguridad que es indispensable para poder actuar, decidir, planificar conductas y negociar sobre bienes y servicios” y da “sentido y realidad a la idea del crédito”.¹¹⁰⁸

Esta confianza significa también que quien se acerca a negociar con otro confía legítimamente en la seriedad, en la sinceridad y en que el recíproco quiere aquello que es propio del negocio, esto es, una buena fe respecto de los fines negociales que ha de ser sostenida jurídicamente, del mismo modo que no tutelar y no promover la confianza en la intencional inocuidad con que los demás conviven y se acercan a mí terminaría por destruir a la propia sociedad al concebirla como una sociedad de hienas y aviesos. Ello tendrá consecuencias para la causalización del consentimiento negocial familiar y la

¹¹⁰⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 700

¹¹⁰⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 700

¹¹⁰⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 700.

¹¹⁰⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 701.

razonabilidad¹¹⁰⁹ de daños injustos en la deducción, seguimiento y extinción de negocios personales y familiares.¹¹¹⁰

1.3). Superación de la normatividad como esencia negocial.- A mi juicio el negocio jurídico tiene su esencia en que su surgimiento sólo se explica *ex novo ex voluntate*, siquiera que una vez haya aparecido resulte que recaigan sobre la situación normas heterónomas que incluso no dejan ningún espacio ni diseño a la creatividad particular de los otorgantes negociales. Autonomía en la creación y heteronomía en el contenido proceden de la percusión de valores morales prescriptivos y de funciones públicas esenciales en sectores y lugares donde una heteronomía o imperatividad en el surgimiento y en el reglamento no conseguirían los dones, bienes e intereses mediatos que pretende el contrato social, lo que constituye una inteligencia de Derecho público indirecto, (la eficacia del amor conyugal y del amor familiar para ciertas funciones públicas, por ejemplo, no se obtendrán juntando a dos personas *ex imperium*).

MARTÍNEZ SANCHÍZ coloca la esencia del negocio jurídico en una autodeterminación, “que compagina iniciativa, conciencia, ciencia y conducta... asume como presupuesto la *libertas* y es aplicación de la *voluntas*”¹¹¹¹ y que ha de referirse, como esencia, al propio surgimiento del negocio y no a su contenido: “se colige que es de esencia a todo negocio jurídico la existencia de una iniciativa voluntaria”.¹¹¹²

¹¹⁰⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 695.

¹¹¹⁰ En este sentido VIDAL MARTÍNEZ considera el matrimonio negocio jurídico causalizado sobre los deberes matrimoniales, (66 a 68 CC), siendo la causa la “comunidad de vida existencial” entre los cónyuges”, (VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acercas del derecho de la persona humana a contraer matrimonio op. cit.*, pg. 3511).

¹¹¹¹ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., op. cit., pg. 247.

¹¹¹² MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *ibidem.*, pg. 242.

DÍEZ-PICAZO señala que “la autonomía de la voluntad en el campo contractual es ante todo libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar o no contratar.” Ello es surgimiento y no reglamentación, la cual es citada por este autor como contenido adicional en tercer lugar, (tras la libertad de elección de tipo contractual)¹¹¹³. También en este sentido ALFARO ÁGUILA-REAL.¹¹¹⁴

Así, aun cuando se llame libertad de contratar en sentido estricto, (*Gestaltungsfreiheit*), a la internormación del contenido, a mi juicio es más esencial la libertad de contratar o no contratar, (eligiendo también el tipo contractual), y de elegir al co-contratante, (*Abschlussfreiheit*).¹¹¹⁵

Así el negocio jurídico siempre es creado *ex novo ex voluntate*, (o no es negocio), pero la sustancia sobre la que se aplica, (y que lo admite y soporta), en ocasiones ofrece una posibilidad para la reglamentación privada, el Derecho dispositivo y el diseño de mandatos *singularis interpartes* y, en otros supuestos, el negocio surge, (contratos reglamentados, negocio familiar), y aparecen mandatos regulatorios, pero éstos no son diseñados *ex voluntate* y *singularis* sino *ex lege* o desde la Constitución.

En Derecho de Familia, además, los férreos guiones funcionales articulan estos mandatos componiendo paquetes de sentido en torno a nociones como potestad, función, *officium publicum* y derechos/deberes. Así 1) el matrimonio sólo se explica por haber coincidido la voluntad de dos personas para casarse, 2) la adopción no puede surgir sin concurrir las voluntades de adoptantes y adoptandos, (incluso anticipando la voz propia del menor hasta los 12 años), 3) un consentimiento de varón a técnica TRHA en mujer usuaria

¹¹¹³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 155.

¹¹¹⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 106 y ss.

¹¹¹⁵ FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter band, Das Rechtsgeschäft*, ed. Springer-Verlag, Berlín - New York - 1979, pg. 12.

que no es su esposa no se producirá nunca sin la voluntad del varón ni tampoco contra la voluntad de esta mujer, y 4) el reconocimiento de hijo no matrimonial no sólo es imposible sin la voluntad del reconocedor sino que no tendrá plena eficacia sin el consentimiento del hijo o sus representantes, (art.124 CC).

A partir de la concurrencia de estas voluntades surge un hecho social y vital, (familiar), que tiene entonces una inmediata atención y respuesta pública, (*officium publicum* de cónyuge o de padre/madre legal), activando todas las normas morales de atribución universal, intersubjetivas y multiafectantes, y todas las funciones públicas pertinentes sin ningún espacio ni ningún bien o interés que pueda estimarse absolutamente pendiente de la voluntad individual, esto es, extinguiendo, agotando o sublimando en lo sucesivo la sustancia negocial al haber surgido ya un hecho familiar. Así LACRUZ BERDEJO señalaba para el negocio familiar: “la circunstancia de ser un acto cuyas consecuencias vienen marcadas rígidamente por el ordenamiento jurídico no le priva de carácter contractual, porque la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción del contrato.”¹¹¹⁶

Es sólo el surgimiento del negocio jurídico, (ocasión, oportunidad, decisión), el que se autoexplica absolutamente y siempre a sí mismo y es en ello donde encontramos una esencia común entre el negocio jurídico patrimonial, los negocios jurídicos patrimoniales no normativos, el negocio jurídico personal y el negocio jurídico familiar.

En este sentido ALFARO AGUILA-REAL señala que la sede negocial se rige por un principio de “no necesidad de justificación de las decisiones autónomo privadas”, de modo que los particulares “pueden discriminar lícitamente a otros particulares a la hora de seleccionar con quién celebran contratos o mantienen, genéricamente, relaciones”¹¹¹⁷.

¹¹¹⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia*, editorial Bosch, Barcelona - 1974, pg. 25.

¹¹¹⁷ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, op. cit., pg. 120.

DÍEZ-PICAZO subraya que la libertad de contratación comporta como contenido esencial contratar o no contratar y, por tanto, libertad en la elección del otro contratante¹¹¹⁸. Y, por último, VENEGAS GRAU señala también que “el principio de autonomía privada implica la libertad de contratar o no contratar y de elegir al co-contratante, excluyendo del pacto a todos los demás individuos”.¹¹¹⁹

Esta mayor fundamentalidad y esencialidad en la *Abschlussfreiheit* supone que importa más la potencia que el acto, que la libertad, autonomía y el artículo 10 CE están antes en el surgimiento que en la normatividad. Ello se manifiesta en los márgenes de actuación que tiene el legislador respecto de la *Abschlussfreiheit*, (muy reducidos como señala DE PABLO CONTRERAS¹¹²⁰), o sobre la *Gestaltungsfreiheit*, (con grandes posibilidades para el legislador antes de llegar a un hueso de la autonomía que coincidirá otra vez con la potencia, con la *Abschlussfreiheit*).

Así señala FLUME: “de la garantía constitucional de la libertad contractual no se derivan ningunas consecuencias concretas para el contenido del Ordenamiento jurídico privado, aparte de la decisión fundamental de nuestra Constitución en favor de un Ordenamiento jurídico privado... al legislador le está permitido modificar o suprimir las figuras jurídicas existentes de manera que el ámbito de la autonomía privada se reduzca. Por tanto, constitucionalmente no existe ninguna objeción, por ejemplo, para establecer un régimen económico exclusivamente legal, por tanto para sustraer totalmente del campo de la autonomía privada el régimen económico matrimonial; para, en el Derecho de

¹¹¹⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 155.

¹¹¹⁹ VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 213.

¹¹²⁰ DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona*, *op. cit.*, pg. 554.

Sucesiones...excluir la sustitución fideicomisaria... o no admitir los contratos sucesorios; reducir las figuras jurídicas de los Derechos Reales; completar el Derecho de Obligaciones con muchas más disposiciones de Derecho imperativo de las que hoy están vigentes sustituyendo las de Derecho dispositivo, etc.”¹¹²¹

Son hoy muchos los autores que se abonan a la existencia de negocios jurídicos familiares con base en afirmar la posibilidad e imperio de la autonomía de la voluntad en esta sede desde la “nueva” doctrina de los Derechos fundamentales en lectura individualista, (negando los deberes, funciones o intereses familiares). Pero lo cierto es que el negocio jurídico familiar existía desde siempre, como ha seguido mantenido constantemente GARCÍA CANTERO para el negocio adoptional¹¹²², pues su existencia no es negada por la mera existencia de unos guiones férreos públicos sobre su contenido, los cuales sólo afectan a la *Gestaltungsfreiheit* pero no a la esencial *Abschlussfreiheit*. Y, a la inversa, el nuevo impulso doctrinal a los negocios familiares no permite tampoco hoy negar la existencia de oficios públicos familiares.

En este sentido y con base en la lectura postconstitucional de los Derechos fundamentales, PARRA LUCÁN señala la evolución “de meros actos de Derecho de familia a verdaderos negocios jurídicos”, si bien admite la existencia preconstitucional de verdaderos negocios jurídicos de derecho de familia, (matrimonio, reconocimiento de hijos, emancipación), porque “es la voluntad de querer los efectos lo que determina la existencia de un verdadero negocio jurídico”, si bien añade que “En la actualidad, además, asistimos a

¹¹²¹ FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 43-44.

¹¹²² GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral ...* Tomo V, vol. 2º, décima edición, op. cit., pg. 429 y *El nuevo régimen de la adopción*, en Anuario de Derecho Civil, III, nº7/1971, pp. 835 y ss.

un creciente reconocimiento de la posibilidad de determinar buena parte del contenido y de los efectos de las relaciones familiares”.¹¹²³

1.3.1).- El negocio jurídico como plan de vida.- Referir el negocio jurídico a la autonomía de la voluntad y ésta al artículo 10 CE¹¹²⁴ no expresa profundamente la realidad ante nuestros ojos, pues acentúa un individualismo que hurta la inter subjetividad de la categoría y engloba al negocio jurídico con otros actos voluntarios que no participan de esa genética alteridad en el concepto.

El negocio jurídico se conecta directamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad, esto es, con la formación de plurales planes de vida¹¹²⁵ e intentos de búsqueda de felicidad, por cuanto es eligiendo que se compondrá la propia historia. En este sentido sólo merece calificación de negocio jurídico aquello que tiene cierta enjundia o relevancia material como decisión de vida. Pero debe subrayarse que estos planes y elecciones son inexorablemente intersubjetivos y que, por ello, si son autónomos, lo son en el sentido interpersonal, horizontal y no individualista que señalaba DE CASTRO Y BRAVO, uniendo libertad individual y responsabilidad social¹¹²⁶. La energía constructiva que encuentra el contrato social en la sustancia negocial procede de la virtud de ésta para unir productivamente a las personas en sus encrucijadas competitivas y cooperativas. Cuando la persona dice “no” estamos en un ámbito de no injerencia. (*privacy*), y, si es capaz de soportarlo, puede mantenerse en tal individualismo toda su vida. Pero cuando la persona dice “sí” y se abre, la cuestión se convirtió en intersubjetiva y grupal, sea que luego se concluya o no un negocio.

¹¹²³ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, op. cit., pg. 121.

¹¹²⁴ Así lo efectúa SARAZÁ JIMENA, (SARAZÁ JIMENA, R., op. cit., pg. 102).

¹¹²⁵ En este sentido VENEGAS GRAU, M., op. cit., pg. 212.

¹¹²⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 12

Hecha esta advertencia sólo cabe decir que es mediante el negocio jurídico que el contrato social confía que sus ciudadanos realizarán sus fines y aspiraciones vitales individuales de modo productivo indirectamente para la sociedad y, en este sentido, ya antes de la existencia del artículo 10 CE, DE CASTRO Y BRAVO destacaba la conexión en la DUDH y en la Constitución de la República Federal Alemana de la autonomía de la voluntad con “uno de los derechos naturales del hombre, el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad”.¹¹²⁷

1.3.2).- La condena del ciudadano a negociar.- Esta libertad para el desarrollo de la propia personalidad y del plan de vida plural no es absolutamente inocente como propuesta, por cuanto el contrato social no sólo espera que se celebren negocios jurídicos sino que sabe positivamente que así sucederá: como dije, todo en él está organizado de modo que el ciudadano habrá de negociar o no podrá existir. Así señala BENEDETTI que hasta que el particular encuentre reconocido en el ordenamiento el poder de regular por sí sus propios intereses, con límites y determinaciones mayores o menores, se habrá de hablar, de uno u otro modo, de negocio jurídico.¹¹²⁸ Por su parte DÍEZ-PICAZO refiere que “el contrato constituye una forma básica del vivir social”¹¹²⁹. Y, como ya dije, es inherente al concepto de disfrute de los derechos fundamentales la articulación de sus usufructuarios.¹¹³⁰

El contrato social ha organizado y sostiene juegos y espacios de libertad en los que existen bienes, intereses y derechos adscritos a los mismos y que se ventilan o desarrollan

¹¹²⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Ibidem.*, pg. 18.

¹¹²⁸ BENEDETTI, *Del contrato al negozio unilaterale*, A. Giuffré editore, Milano – 1960; idea que recoge, pero rechaza, MARTÍNEZ SANCHIZ, (MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *op. cit.*, pg. 235).

¹¹²⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 142.

¹¹³⁰ VILLEY, M., *Le Droit et les droits, de l'homme*, *op. cit.*, pg. 13.

en ellos. Todo ciudadano está admitido y comprendido en tales juegos y espacios de un modo inherente a su sola condición de persona humana¹¹³¹, y la reunión de aquellas suertes es la propia vida en acción, la cual ha quedado jurídicamente traducida e incorporada a aquéllos. Es así que el contrato social nos condena a negociar y a desarrollar nuestras vidas como una sucesión, collar o hilado de negocios.

En el ámbito patrimonial, (y afectando a la propia supervivencia), todos hemos de negociar para encontrar incluso el propio sustento, (con la excepción de los medios originarios, que nos obligarían, por ejemplo, a encontrarnos cada día suficientes alimentos abandonados), pues toda la materia que no está apropiada públicamente se encuentra adscrita a un juego privado materialista que está infestado de titulares.

En el ámbito personal, por su parte, sólo puede encontrarse un ámbito no negocial en el ámbito estricto de la *privacy*, ocurriendo, como dije, que disfrutar de los derechos de la personalidad es articularse, pactar, contactar y resituarse.

Por último, la sede familiar *strictu sensu* manifiesta el mayor ámbito de heteronomía pero muestra también, (surgimiento de hechos familiares, pactos para implementar y concretar los oficios públicos), una sustancia negocial adicional a las funciones y propósitos públicos que no es la mera sustancia personal derivada de la existencia de varios individuos conviviendo y que moriría estéril si se consideraran puros actos administrativos de *imperium*. Tal sustancia negocial específicamente familiar habrá de honrarse para que contrato social y persona consigan los fines indirectos y directos que persiguen en las relaciones y hechos familiares.

1.3.3).- Hecho negocial y vida de la relación negocial.- DE CASTRO Y BRAVO

señalaba la antigua distinción canónica matrimonial entre el contrato como "*causa*

¹¹³¹ Esta es la significación del Derecho fundamental de propiedad privada como existencia de un ámbito para la misma e inherencia a la sola condición de persona de la aptitud para ser propietario, (DÍEZ-PICAZO, L., *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad...*, op. cit., pg. 1.257- 1.258).

eficiens” y el vínculo o complejo resultado que el contrato produce, (“*jus*”, “*obligatio*”, “*subjectio*”, “*conjugium*”, “*consortio*”), y consideraba preciso “distinguir entre el negocio jurídico y la relación negocial a que da lugar”.¹¹³²

La relación negocial es, para este autor, “una situación que el Derecho valora como originada y reglada por la voluntad”¹¹³³. Con posterioridad se ocupa DE CASTRO Y BRAVO de la vida de esta relación negocial, señalando que “El estudio del negocio jurídico se refiere a su estructura; el de la relación negocial - fin y resultado del negocio - muestra su funcionamiento. De ahí que se haya hablado de la vida y de las vicisitudes de la relación negocial”.¹¹³⁴ CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ también señalan con relación al matrimonio que “Se trata, pues, de una convención o negocio jurídico bilateral, pero que no excluye la idea de institución, pues dicha convención, como apunta Valverde, es la condición de nacimiento de una situación legal objetiva.”¹¹³⁵

GARCÍA CANTERO recuerda la vieja distinción entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*, que este autor considera válida todavía, adscribiéndose el primero a la categoría de los negocios jurídicos familiares, de contenido no patrimonial sujeto a un régimen propio que sólo con reservas puede suplirse por el régimen de los contratos; ello no obsta a que los cónyuges pacten simultáneamente el contrato de capitulaciones que ha de regir sus relaciones económicas; aquél es fruto de la *libertas nuptiandi* - constitucionalmente protegida - y su ejercicio da lugar al vínculo conyugal, o estado de casado, de carácter típico por su especial contenido de derechos y de

¹¹³² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 34-35.

¹¹³³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 35.

¹¹³⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*., pg. 38.

¹¹³⁵ CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo V, volumen primero, 12ª edición, revisado y puesto al día por GARCÍA CANTERO, G. y CASTÁN VÁZQUEZ, J.M., ed. Reus, Madrid - 1994, pg. 29.

obligaciones.”¹¹³⁶ Esta dislocación entre negocio familiar y hecho y vida posterior al mismo es típica y necesaria en el Derecho de familia.

Estas distinciones manifiestan otra vez la independencia de momentos entre el otorgamiento o surgimiento negocial y lo que aparece o fue creado tras el mismo. Esta dislocación es oportunidad para que pueda producirse una distinta naturaleza y sustancia en el negocio jurídico y en la relación negocial y vida de la misma.

Del negocio jurídico patrimonial prevaciado de cuestiones iusfundamentales y públicas surgen posiciones, objetos e intereses que tampoco afectan a aquellos ámbitos protegidos. Así la relación o hecho negocial patrimonial y su vida están también absolutamente pendientes del agotamiento de las voluntades concernidas, rigiéndose por un principio de *mutuo disenso* y de libre transmisibilidad que es disponibilidad privada. Ciertas afecciones excepcionales sobre esta inteligencia, (*rebus*, base negocial, denuncia por larga duración), son percusiones de Derecho público directo que señalan los límites de aquella autonomía, (la voluntad humana quiere con causa, no en abstracto¹¹³⁷ y sólo en el negocio jurídico tiene relevancia la doctrina de la causa¹¹³⁸, todo lo cual señala cómo la formalidad del consentimiento patrimonial tiene su propio límite funcional). Por el contrario, es excepcional que de un negocio patrimonial surja una relación negocial y una vida de la relación negocial que posea una relevancia social de tal entidad que la introduzca en raíles imperativos, (contratos de trabajo, de arrendamientos rústicos y urbanos, contratos de seguros, señala DÍEZ-PICAZO).¹¹³⁹

¹¹³⁶ GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, *op. cit.*, pg. 346.

¹¹³⁷ GIL, T., *op. cit.*, pg. 139.

¹¹³⁸ FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 148.

¹¹³⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato, 6ª edición...*, *op. cit.*, pg. 433 y ss.

Por su parte, del negocio jurídico personal surge un hecho y una relación personal que se rigen por los mismos principios prescriptivos morales que dominaron el negocio jurídico personal y desde los cuales ocurre la permanente exigencia de actualidad de voluntad que impide una doctrina absoluta de actos propios en esta sede y juridicidad y justicialidad específica sobre el hecho o relación personal surgidos.

Por último, del negocio jurídico familiar nace un hecho y una relación familiar que ya no están sometidos a los principios de los negocios personales que les dieron origen y su nota de libertad dinámica y cambiante, sino a una naturaleza de Derecho público directo e imperativo con fijeza y estabilidad, por cuanto el hecho o la relación familiar surgida y la vida de esta relación se encuentran férreamente guionizados de un modo indiscutible para los privados comprendidos en ellas al responder a necesidades públicas verticales.

Esta independencia de momentos vuelve a poner en valor cómo la esencia del negocio jurídico ha de encontrarse en la autonomía de su otorgamiento y no en la reglamentación autónoma/heterónoma del contenido o en la negociabilidad de la relación surgida. No son sólo objetos, bienes e intereses privados, (productividad y circulación de riqueza privada), los que intenta el contrato social con la inteligencia de Derecho público indirecto. También bienes e intereses públicos principalísimos sólo podrán obtenerse en forma sostenible¹¹⁴⁰, (protección, promoción, respeto y disfrute de Derechos fundamentales, preservación de la especie, crianza, educación¹¹⁴¹, etc.), mediante la inteligencia mediata del Derecho público indirecto.

¹¹⁴⁰ MARTÍNEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...* op. cit., pg. 35, FLAQUER VILADEBÓ, L., op. cit., pg. 199 y ss.; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., op. cit., pg. 89.

¹¹⁴¹PARRA LUCÁN y SILLERO CRAVOTTO, como antes dije, señalan que la labor de educación se ha extraído de la sede familiar, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 426; SILLERO CRAVOTTO, B., op. cit., pg. 1086), pero del lado de los profesionales de tal ramo se

2).- HECHO, ACTO Y NEGOCIO JURÍDICO.

Ya hemos referido anteriormente cómo es más esencial la *Abschlussfreiheit*, que la *Gestaltungsfreiheit*, la libertad de contratar o no contratar y de discriminarte que aquella otra de diseñar el contenido de la relación que hemos decidido que nazca como jurídica. Así, rechazando la normatividad del contenido como elemento esencial, los contratos con clausulado necesario *ex lege* no explican su surgimiento por la imperatividad del contenido dictado, (qué), sino porque dos personas libre y voluntariamente quisieron que apareciera ese “qué” cuya forma y figura no pueden, sin embargo, modular particularmente.

Por el contrario, en las obligaciones de constitución heterónoma la apropiación pública expulsa a la voluntad privada como potestad normativa y como fuente creadora, de modo que niega absolutamente la sustancia negocial y desplaza el valor de la voluntad humana a mero acto jurídico. Así DÍEZ PICAZO incluye estos supuestos de completa heteronomía como “actos de soberanía estatal”¹¹⁴², (arrendamiento forzoso decretado por el Gobernador Civil o venta forzosa de un solar decretada por autoridad municipal).¹¹⁴³ En el mismo sentido DE CASTRO Y BRAVO¹¹⁴⁴.

Ello tampoco autoriza a tomar como criterio diferencial la producción de un efecto *ex lege* o *ex voluntate* porque, en cuanto utilizamos el sustantivo “efecto” nos hemos olvidado del “todo” y del surgimiento del “todo”, y nos deslizamos hacia la fijación en el

denuncia que una cosa es enseñar y otra educar, y que esta última función es imposible sin la acción de la propia familia.

¹¹⁴² DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 154.

¹¹⁴³ DÍEZ PICAZO, L., *Ibidem*, pg. 154.

¹¹⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 42.

contenido, olvidando la *Abschlussfreiheit* y enfocando sólo la *Gestaltungsfreiheit*, el “qué”, efecto o fenómeno y no el “por qué”. Lo decisivo no es el contenido ni el guión de lo sucedido, *sucedendo* o por suceder, (“qué”, contenido, efectos), sino localizar la causa y la explicación por la cual algo, (sea lo que sea), principió, “por qué” ha surgido una mutación en la realidad jurídica y no quién ha diseñado su forma y figura, la preñez y no la crianza. Así DE CASTRO Y BRAVO y FLUME señalan cómo sólo en los negocios jurídicos es relevante la doctrina de la causa.¹¹⁴⁵

No obstante, CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA dicen que el efecto del acto jurídico “no se determina por el contenido de la voluntad” sino “únicamente y con carácter forzoso por la ley”. Los llama, (con base en ENNECERUS y otros autores), actos de derecho o actos jurídicos en sentido estricto, por oposición a las declaraciones de voluntad o negocios jurídicos en los que la voluntad es decisiva y reguladora, lo que, si en el primer término señala *Abschlussfreiheit*, (decisividad), queda desdibujado y absorbido luego por el segundo término¹¹⁴⁶, (regulatoriedad).

CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA señalan cómo “la intimación [de la mora] es un requisito para ese efecto *ex lege*, pero la intimación misma no regula el efecto” cuando, a mi juicio, el acto jurídico es la propia intimación y cuando la mora es automática, (sea *ex lege* o *ex voluntate*), lo que ocurre es que no existe acto jurídico sino puro hecho jurídico, (transcurso del tiempo valorado legalmente), que no necesita de ningún acto humano adicional para ponerlo en raíles jurídicos: sin acción adicional no existe hecho humano ni jurídico ni no jurídico. Estos autores nos sitúan en el contenido, en el efecto

¹¹⁴⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibídem*, pg. 41; FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.* pg. 148.

¹¹⁴⁶ CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Volumen segundo*, revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., *op. cit.* pp. 624 - 625.

como despliegue del contenido, lo que les lleva lógicamente a normatividad y oculta surgimiento.¹¹⁴⁷

El problema es que el acto jurídico es también un acto voluntario que puede ejecutarse o no ejecutarse, excepto cuando corresponda a un deber jurídico, único caso en que el surgimiento mismo podría comprenderse producido “con carácter forzoso” *ex lege*, (heteronomía completa). En todos los demás supuestos el carácter impuesto se refiere al diseño de contenidos o efectos y no al surgimiento. Por ello, cuando no exista tal deber unívoco hacia una acción coaccionable resultará difícil separar acto y negocio jurídico, pues la ejecución del acto diseñado *ex lege* es voluntaria como también lo es negociar o no negociar. Aún más cuando dentro de los actos jurídicos se distingue todavía unos actos humanos que implican voluntariedad “semejante a los negocios jurídicos”, voluntariedad distinta e inferior a esta última, irrelevancia de voluntariedad y, finalmente, la inconsciencia como “no acto” humano. Son estos los problemas que se intentan abordar en este capítulo.

2.1).- Categoría jurídica y sustancia negocial.- GALGANO señalaba que la categoría del negocio jurídico se encuentra en su ocaso¹¹⁴⁸, pero que ello no quiere decir que se niegue la existencia en la realidad del momento de la negociabilidad y de la contratación, (sustancia negocial). Él mismo no renunciaba a intentar una construcción coextensiva y analógica¹¹⁴⁹ a la noción de autonomía privada¹¹⁵⁰, comprendiendo contrato, acto unilateral y otras especies. BENEDETTI también señalaba cómo hasta que el particular encuentre reconocido en el ordenamiento el poder de regular por sí sus propios

¹¹⁴⁷ CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, Volumen segundo*, revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., *op. cit.* pg. 624.

¹¹⁴⁸ GALGANO, F., *Voz negocio giuridico...*, pp. 932 y ss.

¹¹⁴⁹ GALGANO, F., *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, pg. 36.

¹¹⁵⁰ GALGANO, F., *ibidem*, pp. 28 y ss.

intereses se habrá de hablar, de uno u otro modo, de negocio jurídico.¹¹⁵¹ Ambos autores detectan la existencia de una sustancia negocial que es innegable. DE CASTRO Y BRAVO también apuntaba a una sustancia negocial cuando señalaba cómo era cuestión previa “delimitar aquella porción de la realidad social a la que se puede calificar de negocio jurídico... y, después, averiguar el significado especial de la realidad jurídica que con él ha nacido”¹¹⁵².

Sin embargo, en oposición a la realidad y naturalidad de la sustancia negocial como realidad humana y social, la categoría jurídica del negocio jurídico es absolutamente discutida. No se trata aquí de abordar tal cuestión sino tan sólo de constatar este hecho que señalan, entre muchos, DE CASTRO Y BRAVO, (quien acepta la utilidad de la figura¹¹⁵³, manifestando que “parece conveniente ahorrar la cita enfadosa de las teorías y opiniones encontradas”¹¹⁵⁴), y MARTÍNEZ SANCHIZ, (que sí aborda el examen de tales teorías¹¹⁵⁵).

Entre sustancia negocial humana y social y negocio jurídico media la valoración del ordenamiento jurídico, “Con estas teorías se olvida algo fundamental, que son las normas las que señalan qué hechos serán considerados jurídicos y cuáles, entre éstos, serán delitos, faltas, actos constitutivos o modificativos de relaciones jurídicas, y qué otros podrán ser negocios jurídicos”, (DE CASTRO Y BRAVO).¹¹⁵⁶

Esta valoración, dice este autor, supondrá achicar o ampliar el supuesto a lo que se atenderá como significativo jurídicamente. El ordenamiento efectúa esta tarea para,

¹¹⁵¹ BENEDETTI, *Del contratto al negozio unilaterale*, *op. cit.*, citado por MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *op. cit.*, pg. 235.

¹¹⁵² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pp. 24-25.

¹¹⁵³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pg. 24.

¹¹⁵⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 24

¹¹⁵⁵ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *op. cit.*, pp. 195-246.

¹¹⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 26.

precisamente, honrar que late en esos sectores de la realidad social “una conducta significativa y responsable”, un resultado propuesto para sí por una persona humana, y el contrato social “la tiene en cuenta para colaborar a la consecución del resultado que ella se ha propuesto”, lo que efectúa valorando en tales ocasiones “al máximo” la voluntad de la persona¹¹⁵⁷, frente a otras, como en el pago, en las que señala DÍEZ-PICAZO que “la voluntad del deudor no es especialmente valorada”.¹¹⁵⁸

Es aquí la inteligencia de Derecho público indirecto la que determina al ordenamiento a señalar un espacio jurídico sobre esta sustancia negocial en el que se produce una valoración máxima de las voluntades personales, en cuanto se pretende que precisamente puedan alcanzar sus fines, propósitos, y móviles para desarrollar planes de vida, búsquedas de felicidad y libres desarrollos de personalidad, (art. 10 CE), (hago lo que quiero), derramando fines, bienes e intereses mediatos para el contrato social en mayor medida que si se obliga a las personas a hacer lo que no quieren.

En este sentido no importa tanto si puede existir la categoría general del negocio jurídico o si se ha de proceder casuísticamente en cada supuesto utilizando esta noción como concepto coextensivo y análogo¹¹⁵⁹, esto es, como señala MARTÍNEZ SANCHIZ, por comparación *ad casum* y no por deducción¹¹⁶⁰, (coincidiendo con DE CASTRO Y BRAVO, quien acepta la categoría advirtiendo los peligros de utilizarla como concepto *a priori* dado por la naturaleza de las cosas.¹¹⁶¹)

¹¹⁵⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 26.

¹¹⁵⁸ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición., *op. cit.*, pg. 545.

¹¹⁵⁹ GALGANO, F., *El negocio jurídico...*, *op. cit.*, pg. 36.

¹¹⁶⁰ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *op. cit.*, pg. 241.

¹¹⁶¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 24.

Lo importante es apreciar dónde existe la sustancia negocial humana, dónde los retos y exigencias sobre la persona fundan un papel protagonista para la voluntad humana que demanda un valor jurídico como voluntad negocial y, con uno u otro nombre, aplicar la doctrina que honra en Derecho, (por interés propio mediato del contrato social), la existencia de un plan de vida o propósito con un cierto nivel de congruencia jurídicamente asegurado entre lo previsto psicológicamente, (querido, negocio como proceso), y el resultado aherrojado como jurídico, (negocio como regla)¹¹⁶².

2.2).- La cuestión como relevancia de la voluntad para el contrato social.

Señala FLUME cómo a los negocios jurídicos les son aplicables “*per se*” las disposiciones legales relativas a los mismos, (esto es, las que dan valor máximo a cierta congruencia entre lo querido y el resultado jurídico), en tanto sobre los actos jurídicos siempre hay que comprobar si aquéllas caben y en qué medida, averiguando *ad casum* si se producen los mismos problemas que en las situaciones negociales¹¹⁶³ y existiendo casos o zonas límite en que siempre habrá de plantearse este interrogante¹¹⁶⁴.

La sustancia negocial merece aquella máxima honra jurídica a la voluntariedad, (que también le otorgaba DE CASTRO Y BRAVO¹¹⁶⁵), por su propia esencia, pero ello porque tal esencia, (sustancia negocial), es interesante instrumentalmente para el contrato social como herramienta de su Derecho público indirecto en su objetivo civilizador y maximizador de la riqueza y derechos de todos. Esta honra que es valor mediato se manifiesta, (como pista o *signum*), en el planteamiento, sobre todo, de problemas en cuanto a la relevancia de causas y de capacidad y vicios en el querer.

¹¹⁶² DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 31.

¹¹⁶³ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 144 - 145.

¹¹⁶⁴ FLUME, W., *ibidem.*, pg. 142

¹¹⁶⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 26.

En los actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos va de suyo que no son negocios, (así resulta de su propio *nomen*), pero también que, a diferencia de otros actos jurídicos, las situaciones en que se presentan plantean retos a las personas comparables en cierta medida a los negociales, aunque sin igualarlos. Otros actos humanos no determinan ningún reto parecido a los negociales en absoluto, de modo que el papel del querer humano en ellos no es relevante, e incluso no parecería importar que hubieran sido realizados por mano humana o por cualquier otro agente natural o azaroso, (actos humanos con valor jurídico de hechos jurídicos, conmixción por mano humano o inhumana¹¹⁶⁶ o comunicaciones “cuyos efectos surgen aunque sean desconocidos de la gente y contrarios a su voluntad.”¹¹⁶⁷)

Así se manifiesta que existe una diferencia entre 1) la voluntad natural o fáctica propia de los actos jurídicos como hechos o resultados, 2) la voluntad de los actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos y 3) la voluntad jurídico negocial. Ello aunque existan grises o situaciones límite y debiendo encontrarse, entonces, una graduación con estadios 1) en la inaplicación absoluta de las doctrinas negociales de los vicios de la voluntad negocial, capacidad negocial¹¹⁶⁸ y causa¹¹⁶⁹, 2) en ciertos trasvases,

¹¹⁶⁶ FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit. pg. 144; artículo 381 CC: “Si por voluntad de sus dueños...o si la mezcla se verifica por casualidad”; considérese que en todos los casos las consecuencias del protocolo con que se ejecuta un acto humano son adicionales y *ex extra* desde la idea de buena fe, no abuso y ejercicio social de los derechos, (y de los deberes), del mismo modo que un derecho o un negocio jurídico no dejan de serlo por la circunstancia de producirse de mala fe y en perjuicio de tercero, (así el negocio fraudulento padece ineficacia *ex post* y relativa pero no genética o *ab initio*).

¹¹⁶⁷ CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA en CASTÁN TOBEÑAS, J., revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, volumen 2ª...*, op. cit., pg. 625.

¹¹⁶⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 41 y DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, op. cit., pg. 543 y ss.

transfusiones o aplicaciones concretas y parciales *ad cassum* puntuales y expresas de estas nociones y 3) en la aplicación total e íntegra de las mismas. En este sentido DE PABLO CONTRERAS basa la distinción entre acto jurídico, acto semejante al negocio y negocio jurídico en el reconocimiento que hace el Derecho objetivo de la voluntad como causa eficiente “con diversa medida y con distinta significación”.¹¹⁷⁰

2.2.1).- Rechazo de normatividad y de cualidad jurídica del efecto.- A la insatisfacción antes expuesta sobre la normatividad del contenido o el origen del efecto como criterio de distinción debe añadirse la de la juridicidad más o menos perfecta o directa de este mismo contenido o efecto. Ya DE CASTRO Y BRAVO criticaba las doctrinas que seguían viendo en el negocio jurídico una declaración de voluntad directamente dirigida a constituir, modificar o extinguir una relación jurídica y, en su propia definición, él mismo sólo se refería a que “los particulares se proponen conseguir un resultado, que el Derecho estima digno de su especial tutela”¹¹⁷¹, resultado que por ello será por fuerza jurídico sea cual sea su naturaleza como hecho.

Por ello no se deben desterrar del negocio jurídico aquellos hechos humanos en los que la voluntad se dirige relevantemente a crear un resultado cuando éste es 1) fáctico y no jurídico, los llamados actos jurídicos reales¹¹⁷², (así FLUME separa ocupación, (acto), y derelicción, (negocio))¹¹⁷³, o 2) sentimental, (manifestación de sentimientos¹¹⁷⁴,

¹¹⁶⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 41; FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit. pg. 148.

¹¹⁷⁰ DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona*, op. cit., pg. 226.

¹¹⁷¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 21, 25 y 34.

¹¹⁷² CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA en CASTÁN TOBEÑAS, J., revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, volumen 2ª...*, op. cit., pg. 625

¹¹⁷³ FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 145.

perdón¹¹⁷⁵), pues tampoco estamos, entonces, atendiendo al origen de esa mutación, (que es donde habrá de hallarse su sustancia negocial o no), y porque, a mi juicio, no deja de revestir cierta artificialidad diferenciar cuando se califica a un efecto de “jurídico” o de “no estrictamente jurídico pero del cual el Derecho deriva consecuencias jurídicas”¹¹⁷⁶, siendo así que todo está abocado a cierta tutela del Derecho que se busca por el particular y que éste concede, (DE CASTRO).

En este sentido: 1) me parece poder considerarse con igual esfuerzo que la ocupación, los actos de destinación o poseer a título de dueño tienen tanto efecto jurídico intrínseco desde la voluntad del actor como el abandono, siquiera éste pueda operar inmediatamente y la usucapión deba permanecer como “derecho en curso” al ligarse a plazos, 2) la exclusión del perdón no creo que pueda justificarse en ser “sustancialmente diverso del obrar jurídico” cuando éste se ha expresado en forma jurídica y para producir ciertos efectos jurídicos¹¹⁷⁷, 3) si tomamos en cuenta estos hechos teleológicamente buscados es porque tienen un significado jurídico, en otro caso nada producirían nunca en Derecho y no existirían en el estudio jurídico, y 4) como dije, el papel de la voluntad, que es lo decisivo, no es distinto cuando se persigue lo que FLUME considera resultado fáctico, (ocupación, acto de destinación), sentimental, (perdón), o jurídico, (derección)¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁴ CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA en CASTÁN TOBEÑAS, J., revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, volumen 2ª...*, op. cit., pg. 626.

¹¹⁷⁵ FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 148

¹¹⁷⁶ CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA en CASTÁN TOBEÑAS, J., revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, volumen 2ª...*, op. cit., pg. 625.

¹¹⁷⁷ Cuando un sentimiento se juridifica, (lo que vale para el perdón y para la donación), no puede hablarse de que es sólo “satisfacción interior”, (CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA, op. cit., pg. 626), o no negocial, (FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 148).

¹¹⁷⁸ FLUME, W., *ibidem*, pg. 145.

Al categorizar internamente a los actos jurídicos por este criterio de inmediatividad jurídica del efecto CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA sólo reconocen dos clases de actos jurídicos, los actos reales y los actos semejantes a los negocios jurídicos pero, sin embargo, reconocen la existencia de una heterogeneidad en el valor de la voluntad en estos últimos: “de hecho en la mayor parte de los casos estos actos se ejecutan con la conciencia de sus efectos jurídicos y, a veces, con la intención de darles vida”¹¹⁷⁹, de modo que haría falta alguna noción o filtro ulterior. Y en los actos reales señalan que basta la capacidad de hecho, que tienen poco de común con los negocios jurídicos y que no se les aplican las reglas de éstos. Sin embargo, como dije, el reto para la voluntad no es diverso por razón de que el resultado sea jurídico o “no estrictamente jurídico pero del cual el Derecho deriva consecuencias jurídicas”. Así piénsese en la equivalencia sustancial cuando un prestamista intimida a su deudor para que efectúe un negocio de ampliación de fianza o cuando intimida a su deudor hipotecario para que efectúe un acto de destinación, (real según FLUME¹¹⁸⁰), de modo que adscriba nuevos bienes al negocio hipotecado o los incluya en la finca hipotecada a efectos de la extensión que señala el artículo 111 LH.

Esto es, no es la facticidad o sentimentalidad del efecto la que determina el reto, valor y relevancia de la voluntad en el supuesto sino que esta significación ha de encontrarse en haber sido buscado de intento por móvil y propósito *ex novo ex voluntate* aquel efecto, (sea lo que sea, directamente jurídico, fáctico o sentimental), o no. De este modo también dentro de la categoría de los actos reales han de discernirse estos distintos y heterogéneos significados de la voluntad humana.

No cabe alegar el miedo a que conmixtionar lo sentimental y no jurídico, (perdón psicológico), con lo jurídico acabe por destruir al Derecho. Cuando exista un convenio que

¹¹⁷⁹ CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA en CASTÁN TOBEÑAS, J., revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, volumen 2ª...*, op. cit., pg. 624.

¹¹⁸⁰ FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 146 - 147.

no se pretenda insertar en lo jurídico estaremos ante una convención íntima, personal, afectiva, honorable o amistosa que no merece el apellido de jurídica porque precisamente no existe voluntad de obtener ninguna tutela o contemplación del parte del Derecho. Por el contrario, cuando el perdonador fija y exterioriza el acto sentimental de modo que pueda ser recogido por el Derecho, está activando una fuente jurídica *ex extra* al sentimiento y *ex voluntate* específica de querer su relevancia jurídica como fuente *singularis* de derecho, esto es, creando un negocio jurídico *ad hoc*. Y si existe materia sentimental de tal naturaleza que no admite de hecho ninguna posibilidad de juridicidad, tal materia lleva ínsita su inexistencia como jurídica.

2.2.2).- Rechazo de la declaración de voluntad.- Debe rechazarse también, a mi juicio, el criterio de la existencia de declaración de voluntad. Ya DE CASTRO Y BRAVO no aceptó identificar negocio jurídico y declaración de voluntad¹¹⁸¹ y, además, también existe declaración de voluntad en los actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos, (DE PABLO CONTRERAS¹¹⁸²). De este modo será imposible diferenciar un negocio jurídico unilateral de un acto jurídico unilateral semejante a los negocios jurídicos, pues uno y otro mostrarán la emisión de una declaración de voluntad.

La declaración de voluntad lleva consigo la doctrina de capacidad y vicios, los cuales eran *signum* de la existencia de negocio jurídico. Pero la declaración de voluntad no es el negocio jurídico y no lo es ni en el pluri o bilateral ni en el unilateral.

Ese algo más que posee el negocio jurídico lo pone de manifiesto también DE CASTRO Y BRAVO al referir que a las declaraciones de voluntad no se aplicarán las reglas pertinentes a la causa o fundamento del negocio; en ellas no se necesitan ya que

¹¹⁸¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 21.

¹¹⁸² DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona*, op. cit., pg. 225 - 226.

están predispuestas en la relación negocial, de forma que “no se atiende tampoco al motivo o por qué individual”¹¹⁸³. Y diferenciaba entre el pago con reserva del derecho de acudir a tribunales, (sin causa, sin móvil, mero acto jurídico), del pago hecho por tercero, (causa atributiva y objetivo funcional en la adquisición del crédito y móvil o propósito de liberalidad al deudor, (sin intención de cobrarlo), o en liberalidad hacia el acreedor, (el deudor es insolvente)).¹¹⁸⁴

En el negocio unilateral, la inexistencia de ninguna necesidad de sujetar causalmente, (con su correspondiente objetivación y exteriorización hacia el negocio como regla), dos declaraciones de voluntad individuales no identifica a éste con la única declaración de voluntad del otorgante solitario, (impidiendo diferenciarlo del acto jurídico unilateral semejante a los negocios jurídicos), porque tal negocio contiene también algo adicional, la “causa de sí mismo” que no se encuentra en otro lugar que en el artículo 10 CE como *Abschlussfreiheit*, el móvil o propósito psicológico que no existe en el acto jurídico unilateral semejante al negocio jurídico, (aunque en él exista también declaración de voluntad).

2.3). Móvil y causa concreta en el negocio jurídico.- El valor esencial y diferencial de la sustancia negocial y de la ontología del negocio jurídico frente al hecho y al acto jurídico radica en que el negocio jurídico es completamente autoexplicativo desde el agotamiento horizontal de las voluntades de los concernidos. Ello apunta al móvil o motivo del negocio jurídico y no a la causa objetiva funcional o a la causa de la atribución; en estas últimas el protagonismo lo toma el qué o contenido negocial, en tanto que en el plano psicológico del móvil subjetivo lo trascendente es un propósito, deseo o intención de vida por parte de quien se acercó a negociar con otro. Ello significa también que estos móviles son internos e individuales y no se unen ni se ligan mutua y recíprocamente. Ellos son los

¹¹⁸³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 41.

¹¹⁸⁴ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 41.

que conectan a cada negociante por separado con el art. 10 CE y con el desarrollo de su sola personalidad. Son unilaterales, unipersonales y libérrimos, pero son los que explican que todos ellos se hayan reunido.

El contenido y su normatividad autónoma se orientan, como dice DE CASTRO Y BRAVO, a la “ordenación y base de la relación jurídica”, al “contenido” y “medida del mismo”, (causa objetivo funcional y causa de la atribución)¹¹⁸⁵; el surgimiento, por su parte, tan sólo apunta a la ocasión u oportunidad en la historia de vida personal, causa en sentido subjetivo, móvil o motivo.¹¹⁸⁶

El móvil puede incorporarse a lo jurídico, pero ello exige una fijación y exterioridad que lo arranca ya del mundo subjetivo, pues desde la oscuridad y radical dinámica cambiante del mundo interno no puede construirse Derecho sino puro decisionismo. De ahí: 1) que todo negocio posee una sola causa objetiva funcional y que, por el contrario, pueda manifestar tantos motivos como personas otorgantes, incluso con heterogeneidad en la misma parte contractual; 2) que existe una irreductible posibilidad de atipicidad en los móviles; 3) que los motivos quedan superados, sublimados y agotados por el fin práctico y social del propio negocio jurídico, (exterioridad de éste frente a las voluntades psicológicas individuales para poder ser regla); y 4) que la atipicidad del móvil o motivo produce una consecuencia típica si se incorpora como causa concreta.

Incorporados o no, son los móviles psicológicos subjetivos los que determinan verdaderamente lo que aquí nos interesa ahora. Ello no es tanto la congruencia del negocio otorgado con el propósito interno, sino constatar que la persona actuó negocialmente para conseguir determinada muesca o paso adicional en su plan de vida personal: ello está gobernado por el motivo o causa subjetiva. DE CASTRO Y BRAVO señalaba cómo cuando X compra un objeto para el amigo que se casa “se ha podido observar que el fin

¹¹⁸⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 25

¹¹⁸⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*., pp. 227 - 229

inmediato, determinante de su acción, es la voluntad de hacer el regalo de bodas y que la compra es un medio para lograr dicho fin”, pero ello no significa que “si el amigo no llega a casarse... la compra queda entonces sin causa”.¹¹⁸⁷

Si juzgamos ocasión, oportunidad y decisión para el plan de vida personal, es ese fin inmediato subjetivo “determinante de su acción” el que absorbe tal significado que conecta con el 10 CE. Conseguir que el negocio jurídico otorgado corresponda y dependa totalmente del móvil psicológico propio requiere cierta instrucción o habilidad para comprobar y asegurar la congruencia entre el móvil o propósito de vida y el resultado objetivo funcional del negocio jurídico que se intenta, y para ligarlos mutuamente. Esta congruencia queda a cuenta y riesgo del negociante sin que ello determine relevancia jurídica salvo en el supuesto de que se eleve a causa concreta¹¹⁸⁸.

Señala DE CASTRO Y BRAVO que la noción de causa concreta es útil y expresa la medida en que es posible que los motivos subjetivos alcancen relevancia jurídica, una incorporación o integración que puede suceder *ex conventione*, (condicionamiento expreso del negocio y sus efectos a aquéllos), por responsabilidad, (deben darse por consentidos), o por diseño legal excepcional¹¹⁸⁹. Ello es relevante en los negocios jurídicos familiares por producirse en ellos causalización de los consentimientos.

Por el contrario, los móviles que no alcanzan tal elevación son, “simples motivos” que no afectan al resultado práctico o social que pusieron en marcha pese a ser “determinantes” del surgimiento de un negocio; “Por ello, no se dudará que el propósito de hacer un regalo con lo que se compró, aunque lo manifieste el comprador, no afecta, (por sí mismo), al contrato de compraventa”, (DE CASTRO Y BRAVO).¹¹⁹⁰

¹¹⁸⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pg. 227.

¹¹⁸⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pg. 229.

¹¹⁸⁹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pg. 228.

¹¹⁹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pp. 228-229.

Así, si finalmente el negocio jurídico no se ajusta exactamente y no me proporciona el desarrollo vital que pretendía subjetivamente, (mi amigo no se casa y me quedo el regalo), ello no niega que fue la libertad de mi mundo interno la “causa” del negocio. Ello sólo expresa un desempeño no acertado por mi parte de las herramientas jurídicas a mi disposición, (al no instituir condición resolutoria que traslade el riesgo al vendedor), o una imposibilidad de conseguir la congruencia total entre mi propósito y negocio por la intersubjetividad de éste, (ningún vendedor acepta devolver el precio si el amigo no se casa, así como compro y el riesgo de incongruencia lo soporto yo).

2.3.1).- Causa concreta en las respectivas sedes negociales.- El Derecho patrimonial sólo se ocupa de estas incongruencias desde los móviles o motivos cuando 1) incorporan una iniquidad dañosa, (fraude de Ley, art. 6.4 CC, fraude en perjuicio de tercero, art. 1.291.3º y 1.298 CC), 2) integran un valor antisocial, (ilicitud de causa y condiciones, art. 1.275 y 1.116), y 3) en ciertos negocios en los que el motivo lo es todo, (finalidad remuneratoria y de beneficencia en los art. 622 y 1.274 CC, contemplación de la persona en los art. 1742 y 1161 CC, lo hecho por razón de matrimonio o en consideración al mismo en los art. 1.327 y 1.333 CC)¹¹⁹¹; estos últimos remiten en general a testamentos y donaciones, pero también señala DÍEZ-PICAZO una categoría de negocios patrimoniales mixtos¹¹⁹².

En la sede personal y en los negocios de la personalidad no existe un concepto de tipicidad o atipicidad de la causa concreta por cuanto todo es siempre y absolutamente cuestión de móvil y voluntad subjetiva, sin que exista un guión sistemático u organicista ni un fin práctico o social característico y aherrojado sobre lo que son experiencias

¹¹⁹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem*, pg. 228.

¹¹⁹² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 91.

personales, (LÓPEZ JACOÍSTE)¹¹⁹³. En algunas de estas sedes se ha producido una patrimonialización, pero todavía en tal caso la prescripción moral se impone sobre cualquier fin objetivo funcional que quisiera aherrojarse sobre la integridad de la persona para forzarla a cumplir aquel guión objetivado desde lo material.

En este sentido señala ALFARO AGUILA-REAL cómo es posible obligarse por precio a hablar bien de la energía nuclear o a dejarse vejar o insultar pero, si este sujeto cambia luego de opinión, no se admitirá la ejecución del acuerdo *in natura*; del mismo modo, cuando se acuerda en un convenio de separación el traslado de X a otra ciudad su recíproco no podrá utilizar fuerza pública para desterrarlo, aunque, en su caso, pueda solicitar una indemnización.¹¹⁹⁴ Y recuerda, en idéntica dirección el artículo 2.3 de la LO 1/1982 de cinco de Mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece no haber intromisión ilegítima cuando es consentida, pero “el consentimiento será revocable en cualquier momento”, si bien, en su caso, con indemnización de las expectativas causadas¹¹⁹⁵.

Aquí puede apreciarse cómo el legislador disocia las dos componentes de este vector negocial mixto, la personal inejecutable *in natura* y reversible y la patrimonial justiciable en forma indirecta y a condición de no hacer irrisorio el derecho fundamental, (la indemnización es muy gravosa para la capacidad del condenado), o desproporcionada la protección del acreedor frente a éste¹¹⁹⁶. En este sentido, en las intrusiones de lo patrimonial sobre derechos de la personalidad MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ señala cómo la descomposición de una derivada patrimonial sobre bienes de la

¹¹⁹³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, op. cit., pg. 1104.

¹¹⁹⁴ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, op. cit., pp. 104-105.

¹¹⁹⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J., *ibidem.*, pg. 105.

¹¹⁹⁶ ALFARO AGUILA-REAL, J., *ibidem.*, pg. 105.

personalidad debe diferir los tratamientos respectivos iusfundamental y materialista, cada uno con sus propios principios.¹¹⁹⁷

Por último, en la sede familiar la percusión de funciones familiares públicas e imperativas determina que cualquier atipicidad en la causa concreta suponga que uno o ambos otorgantes rechazan los oficios públicos consecuentes. Es en este sentido que señala GARCÍA CANTERO que la adopción posee “causa típica” que el legislador eleva a causa jurídica negocial y cuya falsedad podrá dar lugar a su impugnación conforme a la doctrina general del negocio jurídico¹¹⁹⁸, y afirma también que el “matrimonio civil es negocio claramente causal, visibilizada esta causa por la lectura de los arts. 66, 67 y 68 CC en el acto solemne de la celebración, según ordena el art. 57.2º, preceptos ninguno de los cuales han sido derogados por la Ley del 2005”¹¹⁹⁹.

En ninguno de estos negocios jurídicos familiares puede el ordenamiento jurídico contemplar, ni siquiera por un instante, que quien crea el hecho familiar *ex voluntate* lo hace rechazando el oficio público necesario que lleva inmediatamente aparejado por moral de Derechos humanos y justicia social.¹²⁰⁰ Es en este sentido que se produce la

¹¹⁹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)*..., *op. cit.*, pg. 554.

¹¹⁹⁸ GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*, *op. cit.*, pg. 836.

¹¹⁹⁹ GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, *op. cit.*, pg. 532.

¹²⁰⁰ En este sentido, algún elemento causal e institucional existe en el matrimonio para poder rechazar al matrimonio de complacencia, pues, como puro negocio jurídico personal individualista, (derecho a casarme/derecho a no seguir casado), no es rechazable la sola conveniencia como base de un decisionismo instantáneo. Si el matrimonio no conlleva vínculo, oficios públicos, deberes ni comunidad de vida, el rechazo de la complacencia para los no residentes sólo puede fundarse en que “no residen” y en que, por ello, no pueden gozar del *ius connubii* de los residentes, (lo que sería probablemente discriminatorio), pero no en una ineficacia negocial *ex causa* que la ideología de las Leyes 13 y 15/2005 no comparten. En cualquier caso,

causalización de consentimientos familiares y que existe una confiabilidad que permitirá, a mi juicio, fundar razonabilidades y equilibrios indemnizatorios.

En esta sede rabiosamente individual y subjetiva de motivos, móviles y propósitos es donde aparecerán las elecciones de vida y de historia personal de cada ciudadano y donde se comprenderá cómo a través de negocios jurídicos, (y en conceptos de ocasión, oportunidad y decisión creativa), cada uno dibuja su propia biografía vital patrimonial, personal y familiar, esto es, el libre, plural y diverso desarrollo de su personalidad *ex* artículos 1 y 10 CE. Esta intensidad es inalcanzable para el acto jurídico.

2.4).- Interpelación del acto jurídico.- Al carecer de causa psicológica creativa, (móvil, propósito, *Abschlussfreiheit*), el acto jurídico precisa de una historia anterior, (causa exterior, previa y eficiente), en la cual encuentra su origen y justificación, esto es, ciertas situaciones previas desde las que se excita la intervención voluntaria humana posterior que es la ejecución del acto jurídico y que, por razón de no existir un móvil o propósito subjetivo sino una causa previa eficiente, exterior y no psicológica, niegan a los actuantes jurídicos el valor autoexplicativo absoluto que poseía el negocio jurídico *per se* desde la condición individual de personas autónomas de sus otorgantes. Aquí la psicología y los móviles sólo se aplican a actuar o no actuar, pero no abarcan el surgimiento de esta encrucijada.

Ello introduce una noción aproximativa de *interpellatio*, (el acto jurídico viene demandado, convocado o excitado desde fuera de la persona que lo ejecuta, ajeno al

PÉREZ VALLEJO considera la complacencia recíproca como simulación y la complacencia unilateral como reserva mental, suponiendo ambos casos la “ausencia de verdadero consentimiento matrimonial”, (PÉREZ VALLEJO, A.M., *Matrimonios de Complacencia, (A propósito de la instrucción de la DGRN de 31 de Enero de 2006)*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 871-890, en concreto pg. 873).

instante en que se ejecuta e invoca un *prius* necesario y eficiente), tomando un tono reactivo, defensivo o seguidista que aniquila aquellas nociones de “oportunidad” y “ocasión” propias de las verdaderas decisiones o encrucijadas creativas y libres que subyacen al surgimiento de un negocio jurídico, (Abschlussfreiheit, artículo 10 CE).

Así una intromisión posesoria determina reivindicación y la demanda judicial reivindicatoria, a su vez, excita el acto jurídico de su contestación; en el marco del contrato de arriendo puede el arrendador, en el año posterior, ejecutar el acto jurídico de actualización de renta que se deduce del transcurso del tiempo; en un negocio que fijó prestaciones alternativas el acreedor puede realizar el acto jurídico de elección de prestación, (permuta por obra futura o, alternativamente, por cantidad dineraria).

Como puede comprenderse, en todos los casos las decisiones de vida del calibre del comprar o no comprar, casarse o no casarse, adoptar o no adoptar, (que son las que conectan con el 10 CE), están fuera del alcance y fueron predecidas como ocasión y oportunidad en historias anteriores a la ejecución del acto jurídico. Y en todos esos casos podría producirse un negocio jurídico verdadero: el perturbador posesorio convence al propietario para que le venda la finca, se produce novación del arriendo con un nuevo precio o, en el caso alternativo, los otorgantes pactan un negocio solutorio con la entrega de otra cosa no prevista en aquél. Sólo en estos últimos supuestos se soluciona un reto competitivo o cooperativo mediante la aptitud humana negocial.

No debe confundirse tampoco esta idea aproximativa de *interpellatio* con la oferta que puede iniciar cualquier contacto negocial. Un negocio jurídico puede ocurrir por fases, (contratación entre ausentes, un primer negocio preparatorio y otro concluyente, pueden existir negocios ejecutivos o de complemento), pero en tal caso la negocialidad ha de predicarse del fenómeno complejo íntegro sin atomizarlo¹²⁰¹.

¹²⁰¹ MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A., *op. cit.*, pg. 271.

2.4.1).- Causa eficiente interpeladora.- La base previa o causa eficiente externa a la voluntad y al momento o *tempo* presente del actuante jurídico puede ser un hecho jurídico, un acto jurídico, un negocio jurídico o una disposición legal, y la interpelación puede tener lugar con fuerza sistemática o desde un deber público o privado.

Así, en primer lugar, en ocasiones se construye el acto jurídico desde un mero hecho al que se yuxtapone un hecho humano que no lo crea pero que está previsto sistemáticamente para incardinarlo en rales jurídicos, (declarativo de propiedad por accesión o usucapión, notificación de hechos jurídicos, constitución en mora, muerte y apertura de sucesión, actos de tolerancia del propietario o poseedor con base en un hecho previo de tercero que es tomado como hecho¹²⁰², etc.)

En estos casos es un hecho de la realidad el que interpela o abre la posibilidad de un acto, (absorbiendo la *Abschlussfreiheit*), que el ejecutante jurídico así convocado podrá luego realizar o no, con un sentido de ejecución/inejecución que examinaré luego. El sentido, contenido y efecto de ese acto jurídico, (si llega a efectuarse), resulta de un valor sistemático u organicista señalado en las normas jurídicas generales como reglas de juego preestablecidas.

También esta causa eficiente puede ser un acto jurídico: así el acto jurídico de la demanda interpela en el demandado, (como causa eficiente), el acto jurídico de contestar, sin que esta contestación surja por un móvil, propósito o plan de vida propio, psicológico y personal del demandado *ex novo ex voluntate*. *Item* más, en esta sede procesal puede apreciarse cómo estos actos jurídicos serán rechazados si falta una situación previa que los sostenga, (ausencia de legitimación activa, ausencia de legitimación pasiva), a pesar de que actor y demandado hayan manifestado su voluntad de litigar compareciendo y presentando sus piezas respectivas.

¹²⁰² MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A., *ibidem*, pg. 270.

En otras ocasiones puede ser un negocio jurídico el que produce esta interpelación, *prius*, o posibilidad de acción *ex extra* que no nace de la voluntad psicológica actual del actor jurídico, (testamento para aceptación hereditaria, arriendo para actualización, préstamo para amortización). En tal caso el acto jurídico producirá las consecuencias que ya prediseñó la causa eficiente y si afecta a persona que no es el ejecutante jurídico es por estar comprendida convencionalmente en el negocio anterior.

También puede residir esta causa eficiente en un deber público establecido en norma general, (aceptación del nombramiento de tutor, declaración del nacimiento, declaración anual de la renta, etc.)

Ello desconecta a los actos jurídicos del artículo 10 CE: motivos y propósitos psicológicos del actuante jurídico no están aquí sobre el surgimiento de la encrucijada, no son esperados y no pueden ni siquiera elevarse a causa concreta. A él sólo le corresponde reaccionar ejecutando o no ejecutando, pero ningún panorama subjetivo suyo tiene ninguna influencia sobre el surgimiento de tal ocasión de acción jurídica.

2.4.2).- La voluntariedad en la ejecución del acto jurídico.- El acto jurídico interpelado desde una causa o situación anterior conduce a un dicotómico sí/no¹²⁰³, que es, además, convocado *ex extra*. El acto jurídico no plantea, por tanto, un problema de creación voluntaria de una situación, (el devengo de la revisión anual, de intereses al cobro, el impago de una deuda, el llamamiento a un deber público, la delación de la herencia son *prius* para el actor jurídico), sino tan sólo la ejecución o inejecución de aquello que la situación previa, la base o causa eficiente ya producidos proponen, plantean o dejan abiertos como respuesta de ejecución humana. Así el acto jurídico tiene un sentido de reacción, ataque o defensa, un seguimiento de partidas, deberes, derechos, hechos o movimientos previos. Por ello es exigencia inexorable que en aquellos antecedentes se

¹²⁰³MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A., *ibidem.*, pp. 270 - 271.

encuentre el significado, sentido y efectos que desencadenará la ejecución o que no desencadenará la inejecución, (secundariedad de la normatividad como factor diferenciador).

El acto jurídico une a un *fatum* previo la posibilidad de una actuación humana que, si es negativa nada requiere, pero que si es positiva habrá compuesto una acción voluntaria por parte del actor o, en otro caso, no se habría producido. Pero esta voluntariedad es la general de toda acción humana ordinaria, equivalente a la del ejecutado que deposita la cuantía a la que fue condenado o que ejecuta la prestación personal ordenada por el Juez, frente al supuesto en que es detraída una cantidad forzosamente de su patrimonio o en el que el Juez emite en su lugar una declaración de voluntad, (art. 708 LEC). Ello no tiene el significado ni el valor de la voluntad negocial que se honra como absolutamente explicativa de que exista un movimiento jurídico que será el instrumento para el libre desarrollo de una personalidad, (10 CE), y dará igual que proteste haber cumplido la condena judicial con intimidación, (no se retrotraerá lo hecho).

Así señala DÍEZ-PICAZO que el pago no es negocio aunque presuponga *animus solvendi* en el deudor y pese a que parta de la conciencia de realizarlo dotándolo de una dirección y sentido en relación con la obligación previa, añadiendo que en esta ejecución de acto jurídico el ordenamiento no valora especialmente la voluntad del deudor porque es más importante "la objetiva existencia de la deuda que la libertad y espontaneidad de la voluntad de cumplir"¹²⁰⁴. Lo mismo sucede con la tradición¹²⁰⁵.

La actualización de renta, la protesta de avería o la contestación a la demanda son actos jurídicos de libre realización para sus agentes, pero no de libre creación en su ocasión y las consecuencias, (incluso perjudiciales), para quienes deciden no deducirlos no son

¹²⁰⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 545.

¹²⁰⁵ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *op. cit.*, pg. 265.

sanciones sino el despliegue sistemático y organicista que corresponde a la inejecución, (no interrupción de plazos, imposibilidad de reconvenir o defenderse, pérdida de intereses de demora, etc.) La declaración del nacimiento o la presentación de la declaración de la renta son actos jurídicos públicamente debidos y la elección de no ejecutarlos tendrá entre sus resultados, además, la posibilidad de una sanción. Nada de ello conecta con el artículo 10 CE, (decisión, ocasión y oportunidad apreciada por mi sola *psique*, deseo y voluntad, móvil y motivo para mi plan de vida).

Sin embargo, en ciertos actos jurídicos, (actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos), siendo todo ello igualmente cierto, encontramos que lo convocado e interpelado no es una pura ejecución/inejecución y que la decisión de actuar o no actuar presenta un reto superior para la voluntad del actuante jurídico, de modo que cabe más bien hablar de decisión o decisión sustantiva que de la pura dicotomía entre ejecución e inejecución. Así los actos jurídicos de aceptación/repudiación de herencia, aceptación o no de donación o la propia elección entre las prestaciones alternativas prediseñadas y preofrecidas en el negocio antecedente.

La doctrina diferencia hecho y acto jurídico no tanto por la intervención de mano humana como por la presencia humana voluntaria y consciente, (CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA, DE PABLO CONTRERAS¹²⁰⁶), de modo que esta distinción habría de efectuarse más bien entre hechos jurídicos como hechos involuntarios, (con mano humana o natural), y actos jurídicos como hechos humanos voluntarios; pero, como dije, el valor de la voluntad en los actos jurídicos como hechos humanos voluntarios la noción de voluntariedad es heterogénea.

Así en el grupo de actos jurídicos como hechos humanos voluntarios CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA distinguen los actos ilícitos, los actos lícitos como actos de

¹²⁰⁶ CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, volumen segundo*, revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, M.A., *op. cit.*, pg. 623.

derecho o actos jurídicos en sentido estricto, (comprendiendo actos reales y actos semejantes a los negocios jurídicos), y los actos lícitos que son los negocios jurídicos¹²⁰⁷. Ello supone una heterogeneidad en el escalado de los retos que se plantean a la voluntad humana, en el significado de ésta y también en la valoración jurídica de la importancia o relevancia concedida por el ordenamiento a la misma. Esta valoración es, como decía DE CASTRO Y BRAVO¹²⁰⁸, prerrogativa del legislador, esto es, puede ser todo lo artificial que convenga a los fines de éste.

2.4.2.1).- Hecho humano como no acto y como hecho/resultado.- CONDE-PUMPIDO señalaba con base en el artículo 20 del CP de 1944 revisado en 1963 la diferencia entre inimputabilidad penal, (culpabilidad), y antijuridicidad, de modo que la conducta de un menor o incapaz que no es relevante penalmente sí que lo es civilmente para que se produzca el efecto jurídico de un resarcimiento¹²⁰⁹. Hoy, en igual sentido, los artículos 61.2 de la Ley 5/2000 de 12 de Enero de Responsabilidad Penal del Menor y 118.1.1º CP admiten la corresponsabilidad civil de menores y padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, o la misma responsabilidad directa o subsidiaria de los incapaces y sus guardadores.

Sin embargo CONDE-PUMDIDO concluía, con cierto giro, que “para que se dé esa responsabilidad es preciso que se dé acción u omisión, esto es, un acto del hombre. Y ese concepto del acto exige la intervención de un querer del agente... La ausencia de este elemento volitivo [infantes, compulsivos] que caracteriza el actuar humano convierte el actuar de esos incapaces en una no-acción, en un hecho equiparable a los hechos de la

¹²⁰⁷ CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA, *op. cit.*, pp. 623 - 625.

¹²⁰⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 26.

¹²⁰⁹ CONDE PUMPIDO, C., *Los problemas de la responsabilidad por los hechos ilícitos de los menores*, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS*, ed. EUNSA, Pamplona - 1969, pp. 73 - 109, en concreto pg 81.

naturaleza... En esos casos habría que recurrir al principio del enriquecimiento sin causa para lograr la repetición de aquellos daños que hubieren redundado en beneficio del plenamente incapaz irresponsable.”¹²¹⁰

Pero, a mi juicio, con ello CONDE-PUMDIDO crea una distinción espinosa, el “plenamente incapaz”, (infante, compulsivo), frente al “muy pero no plenamente incapaz”, que es un concepto de “incapaz para responsabilidad civil” que más bien lo ha creado este autor *ex post* y *ad hoc* para salvar a estas personas de indemnizar cuando hayan dañado sin enriquecerse, límite que no se conviene con la letra del antiguo 20 CP ni mucho menos con sus equivalentes actuales. Congruentemente, habría de traerse también una doctrina de “inconsciencia” para las personas capaces cuando causen el mismo daño civil extracontractual sin delito y sin enriquecimiento o para cualquier otro efecto jurídico.

PANTALEÓN PRIETO señaló aquí una inimputabilidad también civil, por lo cual refiere la existencia de una responsabilidad objetiva que no niega el acto sino la inimputabilidad por percusión del valor institucional del *alterum non laedere*¹²¹¹ y LACRUZ BERDEJO admite el nacimiento de la responsabilidad civil “aun estando tan privado de voluntad como lo está un loco furioso o un niño de dos años”¹²¹².

La objetividad de la responsabilidad patrimonial explica que el no-acto humano tenga consecuencias indemnizatorias y no una mera *condictio* entre patrimonios, significando que el acto es tomado como puro resultado o hecho y obviando entrar a

¹²¹⁰ CONDE PUMPIDO, C., *ibidem*, pg. 83.

¹²¹¹ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 1971 - 2003, en concreto pp. 1982 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA, en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, volumen segundo, revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., *op. cit.*, pg. 639 - 640.

¹²¹² LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil II, 1ª*, 4ª edición, ed. Dykinson, Madrid - 2009, pg. 499.

analizar su entraña como acto humano finalista y voluntario. Ello supone una presencia física de un hombre y un efecto jurídico ligado a la misma por la Ley sin valorar la voluntariedad de aquella presencia humana, lo cual es distinto de la negación de causalidad que concurre en los supuestos de caso fortuito y fuerza mayor¹²¹³. Respecto de un resultado fortuito o de fuerza mayor ninguna presencia física de ninguna persona capaz o incapaz es relevante.¹²¹⁴

En la responsabilidad civil de menores e incapaces tomar el caso como resultado corresponde a la existencia de un no-acto humano, (presencia física de un *corpus* humano sin correspondiente acción humana consciente y finalista derivada del mismo). No obstante, el ordenamiento ha de considerar tal presencia y el fenómeno derivado a partir de la misma por razón de la percusión institucional, pública y iusfundamental del *alterum non laedere*. Al no poder tomarlo como acto y acción humana, (finalista), lo acoge como resultado y considerándolo en esta sola perspectiva fenoménica elude la cuestión de inimputabilidad. Todo hecho humano injusto, (aun cuando componga un negocio jurídico como sucede en el fraude de acreedor), es tomado por el Derecho de daños como puro resultado. También hechos humanos no injustos son considerados como puro fenómeno compartiendo la mano humana el mismo capítulo y consideración que cualquier causa natural o azarosa. No existe en tales hechos humanos idea de *interpellatio* y pueden

¹²¹³ PANTALEÓN PRIETO, F., comentario de jurisprudencia en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 2, ed. Civitas, Madrid - 1983, pp. 405 - 418, en concreto pg. 447.

¹²¹⁴ La inimputabilidad civil no es subjetiva por culpabilidad sino objetiva por cuanto en este punto el contrato social busca un equilibrio y razonabilidad entre daño injusto y *General Life Risks*, de modo que el juego de la convivencia y de la autonomía patrimonial no sean minuciosos, encorsetados y estériles ni tan laxos e indolentes que las personas vieran violada su indemnidad sin reparo. Lo que busca el legislador civil es un tipo medio de actuación o protocolo mediana y suficientemente diligente y no un principio de culpabilidad subjetiva y psicológica, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 661 - 662, y pp. 693 y ss.)

diferenciarse de los actos jurídicos en sentido estricto, (separando conmixión y especificación como hace FLUME¹²¹⁵), pero, a mi juicio, dado que lo decisivo valorar sus consecuencias como puros resultados o como precisos quererres, pueden compartir la misma categorización desde tal criterio.

El mismo expediente emplea el Derecho también, en otros supuestos a pesar de existir una acción humana finalista, (consciente, voluntaria). En tales casos el Derecho reduce el valor de la presencia humana a causación de puro resultado, como provocado más por el *corpus* que por la *psique* humana. Este expediente supone un “desprecio” hacia la cualidad precisamente humana del mismo. y sucede en todos los casos en los que el Derecho considera la producción o no producción del resultado desde una perspectiva puramente objetiva que no mira en absoluto a la voluntariedad/involuntariedad de la intervención humana sino a la aparición o no surgimiento de un fenómeno o efecto.

Ello sucede así 1) por la implementación del *alterum non laedere*, (ilícitos civiles de capaces, así yo di marcha atrás voluntariamente aunque no quise atropellarte y ello no me libera de indemnizarte) 2) por la existencia de otros principios y deberes públicos que vinculan a la persona con superioridad sobre su libertad y sólo demandan ahora un resultado, 3) por concurrir deberes privados previamente contruidos con total voluntariedad por la persona cuyo acto se tomará ahora como resultado o hecho, 4) y, en general, por resultar tal valoración objetiva de consideraciones organicistas y sistemáticas respecto de posiciones jurídicas en las que la persona se insertó previamente.

En tales casos el Derecho se desconecta del proceso por el cual se produce el resultado: no le interesa en absoluto. Ya señalé antes cómo en la distinción entre “negocio como proceso” y “negocio” y en la valoración de cierta congruencia entre ambos se encontraba el origen de las teorías sobre el valor de las declaraciones de voluntad, capacidad y vicios del negocio. Todo ello queda absolutamente obviado cuando el

¹²¹⁵ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 143 - 144.

ordenamiento no atiende a aquel proceso. Así piénsese en el cobro. El acreedor indulgente X quería condonar a su deudor Y, y es intimidado por H, (que odia a Y), para cobrar, recibiendo el pago. Cuando cesa la intimidación no es precisa una doctrina de ineficacia del cobro sino, en su caso, una donación. O en la exigencia de Y de recuperar lo pagado, (líquido, vencido y exigible), por haberlo hecho por error, dado que quería haber pagado antes a Z, a quien creyó ya satisfecho, (art. 1901 CC *a contrario*).

El artículo 1901 CC ofrece un ejemplo normativo de esta categoría. Existiendo deuda previa viva, (que señala una causa eficiente que absorbe la voluntariedad), no existe vicio posible para la ineficacia del pago por capacidad o por vicios de voluntad, ni tampoco cabe *condictio*. Es un hecho o resultado procedente del *corpus* del deudor e irretirable por ningún motivo, (si procede de tercero compone otra figura, pago por tercero). Y esta fuerza atractiva hacia la consumación inexorable del pago no nace *ex lege* como un mandato público imperativo, (6.3 CC)¹²¹⁶, sino que combina la existencia de un deber privado con una consideración organicista o sistemática.

Desde un deber público presentar intimidado o forzado por un tercero una declaración IRPF con contenido gravemente defraudador determinará total corrección en la presentación, (de modo que no se impondrá sanción por incumplimiento de tal deber tributario), y, sin embargo, a efectos del delito fiscal la fuerza o intimidación podrán determinar inimputabilidad si la fuerza no cesó hasta que surge la acción penal misma.

Pertenecen a esta misma valoración, a mi juicio, conmixtión, especificación, tesoro, descubrimiento relevante a efectos de propiedad intelectual, los cuales califica FLUME como “actos jurídicos en los que la conducta no está teleológicamente dirigida a un resultado jurídico relevante”, afirmando que “A la regulación jurídica sólo le importa el resultado” de modo que “el acto como tal carece de toda relevancia jurídica”. FLUME

¹²¹⁶ CARRASCO PERERA, A., *Comentario al artículo 6.3 del Código Civil*, op. cit., pg. 782 y pp. 829 y ss.

considera que la conmixción equipara naturaleza y persona, (381 CC), en tanto la especificación (383 CC) sólo contempla el acto humano, de modo que considera a la primera supuesto de hecho de un hecho jurídico y no acto jurídico, pero, a mi juicio, en los hechos humanos lo relevante es separar categorías por el valor y significado de la voluntad, no porque cierta especie pueda ser igualmente realizada por mano física humana, por obra animal o por un rayo.¹²¹⁷

Dice FLUME que “para los efectos de la intimación es irrelevante que el acreedor quiera poner en mora al deudor con la intimación o que lo diga”¹²¹⁸, y señala que “El factor decisivo en la mora del deudor no es la intimación sino la circunstancia de que el deudor no haya realizado la prestación y deba responder de ello”¹²¹⁹, con lo cual, para el Derecho, la boca humana es fisicidad, *factum*, pero no *voluntas*, aunque luego categorice a las notificaciones, (entre ellas la intimidante de mora), y requerimientos, (contra MANIGK¹²²⁰), como actos semejantes a los negocios jurídicos y muy próximos a las declaraciones de voluntad. Esta última calificación no deja de ser paradójica cuando dice también que “el efecto jurídico de la notificación no consiste en que se produzca el fin perseguido” y que “en ellas no surgen los problemas que resultan de la relación causal”¹²²¹, lo que rebaja el protagonismo de la voluntad. En esta misma dirección CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA señalan que las comunicaciones o notificaciones “no son propias declaraciones de voluntad”¹²²².

¹²¹⁷ FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 143 - 144. HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, op. cit., pg. 33 y ss.; ATIENZA, M., *De nuevo sobre las madres de alquiler*, op. cit., pg. 56.

¹²¹⁸ FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 142.

¹²¹⁹ FLUME, W., *ibidem*, pg. 141.

¹²²⁰ MANIGK, *Das Rechtswirksames Verhalten*, ed. W. de Gruyter & Co., Berlín - 1939, pg. 476.

¹²²¹ FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 148.

¹²²² CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA, en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, volumen segundo*, revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, A.M., op. cit., pg. 625.

Cabe en esta categoría también la ocupación, que FLUME separa de la derelicción, (negocio jurídico para FLUME¹²²³), y la toma de posesión a título de dueño, (a mi juicio también negocio jurídico unilateral aunque para convertirse en propiedad integre un plazo que puede no cumplirse).

De este modo encontramos, en mi opinión, que de acuerdo con un escalado en el valor de la voluntad como criterio sustancial de diferenciación, existen unas presencias e intervenciones humanas que, 1) ya sean voluntarias o involuntarias, 2) ya se identifiquen con otras series azarosas o naturales para la producción de los mismos efectos o su serie o expediente sólo conciba producción de mano humana, o 3) ya determinen unos efectos totalmente jurídicos o “no estrictamente jurídicos pero de los cuales el Derecho deriva consecuencias jurídicas”, resulta que todas ellas son concebidas por el ordenamiento, (y valoradas), de modo que “es indiferente que hayan sido queridos o no por quienes lo realizan”¹²²⁴, esto es, con una objetividad y una consideración de resultado o hecho consumado que no atienden a la congruencia de la voluntad del actuante jurídico en el proceso de producción del mismo con el *target* final.

2.4.2.2).- Negocios inválidos como hechos jurídicos.- El mismo valor de hechos jurídicos toman los negocios inválidos¹²²⁵, como sucesos reales que tendrán que ser contemplados jurídicamente por el ordenamiento por su tozuda existencia fáctica. El ordenamiento jurídico sólo los toma en consideración para retirarlos de la realidad

¹²²³ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 145.

¹²²⁴ FLUME, W., *ibidem.*, pg. 139.

¹²²⁵ Me refiero a los negocios inválidos como ineficaces *ab initio*, pues pese a que DÍEZ-PICAZO rechaza esta distinción, (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T.I, Introducción, Teoría del Contrato, 6ª edición...*, pg. 563-564), las ineficacias extrínsecas y sobrevenidas no participan de lo que a continuación se dirá. DE CASTRO Y BRAVO señala que se ha propuesto también el término alternativo de “ineficacia estructural” y que, en cualquier caso, “En la doctrina española no parecen haber importado mucho estas disquisiciones terminológicas”, (DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 463).

reponiendo así la congruencia de la realidad fáctica con la hiperrealidad jurídica, de modo que, si se dice que son jurídicos como objeto de una previsión normativa, (retirada), es sólo con tal objeto y naturaleza de puros hechos insostenibles jurídicamente.

Señala así DÍEZ-PICAZO que el hecho de que, “a pesar de estar sancionado el *nullum effectum*, puede producirse o haberse producido en virtud del negocio ineficaz una mutación en la realidad social, una idéntica a la que ocasionaría un negocio eficaz”, y que ello sólo manifiesta que la regla *quod nullus est...* no es un hecho sino una disciplina normativa, un deber ser y, por ello, tales hechos habrán de ser retirados como insostenibles jurídicamente que son.¹²²⁶

DE CASTRO Y BRAVO manifiesta que denominar negocio al inválido es “un recurso léxico de economía o simplificación... el sentido del sustantivo se cambia al ser adjetivado, (p.ej., moneda falsa, sabor insípido, hombre inhumano).”¹²²⁷

Y FLUME: “la diferencia entre acto jurídico y negocio jurídico no se elimina porque se admita, dentro de determinados límites, la validez del negocio jurídico afectado por vicios de la voluntad”.¹²²⁸

No son, por tanto, una subespecie de los negocios jurídicos y el propio negocio anulable es también una mera situación de hecho¹²²⁹, lo que se prueba por su insostenibilidad jurídica, (excepción perpetua contra demanda). Es sólo el silencio de quien puede retirarlo de la esfera jurídica, (contratante víctima *ex* 1302 CC), el que permite

¹²²⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pp. 570 y 571.

¹²²⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 462.

¹²²⁸ FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 146.

¹²²⁹ DELGADO ECHEVERRÍA Y PARRA LUCÁN señalan con toda razón, a mi juicio, que “el contrato anulable debe considerarse originalmente inválido e ineficaz”, (DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, *op. cit.*, pg. 54 y pg. 56). Ello me parece mejor solución de parte de nuestro Derecho que la inversa que toma el parágrafo 142 BGB.

que subsista sin que ello aproveche, (a diferencia de la adquisición *a non domino*), para correr ningún plazo de prescripción que consolide, desde fuera de cualquier consideración negocial, la situación fáctica del contratante culpable, (la acción declarativa, a diferencia de la restitutoria, no padece prescripción ni caducidad, (DE CASTRO Y BRAVO, DELGADO ECHEVARRÍA y PARRA LUCÁN¹²³⁰).

Téngase en cuenta que todos los supuestos de lo que llama DE CASTRO Y BRAVO “convalecencia del negocio” requieren “que un nuevo hecho, al sumarse al supuesto que se consideraba nulo, le confiera validez”¹²³¹, supuestos a los que asimila la anulabilidad, equiparando confirmación y sanación “*in radice*”¹²³². Por tanto, si surge finalmente un negocio jurídico válido desde la anulabilidad, ello no es por la situación preexistente sino por esa adición, (confirmación que aporta el consentimiento válido del menor o incapaz), que determina una situación nueva, (dos consentimientos válidos), que no era antes y que sólo ahora alcanza a ser un negocio jurídico.

Aquí la especialidad es que se protege el riesgo positivo en favor del contratante víctima sosteniendo perpetuamente *ex lege* 1) la declaración negocial del contratante culpable hasta la impugnación o confirmación y 2) el *interregno* preconfirmatorio si se produce confirmación, (el contrato confirmado muestra dos fuerzas jurídicas distintas, una legal desde que se celebró viciado hasta la confirmación y otra convencional desde tal confirmación y en lo posterior; sólo la fuerza legal explica la aniquilación retroactiva de terceros civiles de buena fe). Sin confirmación el negocio anulable es insostenible *per se*, ni siquiera sobre buena fe civil, (lo que separa ineficacia *ab initio* y *ex post*, (rescisión art.

¹²³⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 511; DELGADO ECHEVARRÍA, J. y PARRA LUCÁN, M.A., *Las nulidades de los contratos...*, *op. cit.*, pg. 119.

¹²³¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 485.

¹²³² DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pg. 499.

1.295 CC)).¹²³³ Sólo queda indemne el tercero ex 34 LH porque precisamente éste no se sostiene en el contrato ineficaz sino directamente en la Ley.

En este sentido señala DÍEZ-PICAZO cómo tratará el ordenamiento a este negocio inválido: 1) inexigibilidad de efectos contractuales; 2) irrelevancia de los efectos contractuales producidos como puros hechos; 3) desaparición de los efectos contractuales hasta restablecer la situación fáctica previa al intento inválido.¹²³⁴

2.4.2.3).- Negocio anómalo.- Distinto del negocio inválido es el negocio anómalo de los que DE CASTRO Y BRAVO manifiesta que “no están condenados por el Derecho y, por tanto, su empleo puede quedar dentro del ámbito del lícito ejercicio de la autonomía de la voluntad, (art. 1.255). No constituye tampoco... trampolín autorizado para saltarse normas imperativas, ni recurso para privar de eficacia a los principios fundamentales del sistema jurídico... no sirve para impedir el control judicial sobre el fin práctico... (calificación de la causa concreta)... ni para dejar de lado el principio general de la buena fe.¹²³⁵ Ejemplo de negocio anómalo sería, como diré posteriormente, el reconocimiento de complacencia.

2.4.2.4).- Hecho humano voluntario como no forzado.- Rechazamos antes una doctrina sobre no-acto o no-acción humana para sectores donde percute el *alterum non laedere* o donde el ordenamiento jurídico no atiende al proceso de producción de un resultado o hecho aunque en tal proceso haya intervenido una persona humana que, por dignidad, ha de actuar siempre finalistamente, con querer y teleología. No obstante, cualquier presencia física humana quedaba borrada cuando el resultado tuvo lugar por caso fortuito y fuerza mayor, (ruptura de causalidad). Ello plantea cuestión acerca de si la

¹²³³ DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, pp. 573.

¹²³⁴ DÍEZ-PICAZO, L. *ibidem*, pp. 571-572.

¹²³⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 330-331.

violencia o intimidación negocial pueden componer también un supuesto de fuerza mayor que perturbaría la posibilidad de que el contrato social “mire para otro lado”, (hacia el resultado tan sólo), y debiera apreciar la ruptura de la serie causal.

Señala FLUME que “la intimidación se ha considerado siempre como “la perturbación peor y más peligrosa de una situación jurídica” y que “la valoración más rigurosa de la intimidación se muestra... en que el caso de intimidación exige “*per se*” el derecho a anular, mientras que el engaño doloso sólo legitima para impugnar frente a quien engañó y a aquél que conocía o debía conocer el engaño”, (123 BGB).¹²³⁶ Así lo dice entre nosotros el artículo 1.268 CC sobre violencia de tercero extraño.

Ello supone que la repugnancia e inaceptabilidad, (en interés de todos), de la violencia e intimidación determinan que el hecho de que tu recíproco contractual haya sido violentado o intimidado por tercera persona se convierte para ti en *General Life Risk*, pudiendo padecer la pérdida de una posición jurídica legítima y diligentemente construida por tu parte. Esta repugnancia no niega la reserva del riesgo positivo para el contratante víctima como es general en la anulabilidad y, en este punto, un régimen superior o más digno de nulidad, (derivando hacia la simulación o el parágrafo 116.2 BGB cuando el recíproco conoció que el intimidado no quería la validez del contrato, o hacia la misma nulidad por inexistencia de acto en la *vis compulsiva*¹²³⁷), serían menos protectoras y más favorecedoras para el contratante culpable de existir riesgo positivo frente al régimen de la anulabilidad, (DE CASTRO Y BRAVO).¹²³⁸

¹²³⁶ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 624.

¹²³⁷ FLUME, W., *ibidem*, pg. 623.

¹²³⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 497.

En los supuestos de responsabilidad civil una circunstancia de violencia e intimidación pueden destruir la anudación objetiva¹²³⁹, por cuanto domina la idea de causalidad y no de querer, y debe ser así por cuanto, rota la serie causal, imponer responsabilidad violaría la intangibilidad de una persona que no ha causado un daño.

En los demás supuestos del grupo de los actos jurídicos en sentido estricto, (intimación, pago, notificación, especificación, etc.), más bien ocurre: 1) que la causalidad está absorbida por la idea aproximativa de *interpellatio*, inexistente en sede de responsabilidad civil, y 2) que no hay indignidad en mantener la valoración objetiva o dislocada de voluntad por parte del ordenamiento porque la voluntariedad o bien está vencida de antemano, (ley, deber público), o bien ya se prestó con anterioridad, (deber privado, consecuencias sistemáticas u organicistas de posiciones propias previas). Así no hay indignidad en mantener el puro resultado del pago congruente efectuado con intimidación de tercero, (1901 CC a contrario).

Por el contrario, cuando el reto para la persona humana implica no una mera ejecución/inejecución sino una decisión o, todavía con mayor enjundia, una creación, el ordenamiento no puede valorar la actuación personal como hecho o resultado, (salvo excepcional y expresamente, como en la constitución heterónoma de obligaciones y por la percusión de intereses públicos con gran intensidad). En tales casos habrá de contarse con una verdadera acción humana, esto es, finalista, querida e intencional. En este sentido, la derelicción intimidada no podrá ser tomada por abandono y en la usucapión la prueba de *vis* o intimidación en la exteriorización del *animus* dominical habrán de ser también relevantes si logran probarse cumplidamente.

¹²³⁹ CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA citan el artículo 1.784 CC, robo a mano armada en la fonda o mesón, (CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA, en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo I, volumen segundo*, revisado y puesto al día por ROMÁN GARCÍA, M.A , *op. cit.*, pp. 639 - 640.

Dicho esto en cuanto a “la perturbación peor y más peligrosa”, todavía menos cuestión habría de suscitarse en torno a las doctrinas negociales de capacidad y demás vicios del consentimiento: una intimación de mora efectuada por el acreedor W que es un menor de 11 años cumplidos sobre su deudor S, o la notificación congruente y oportuna que X efectúa a Y, por error, creyendo que notificaba a Z, ello por concepto y no por la sola reserva de la acción de impugnación sobre el propio incapaz o viciado.

En estos actos humanos valorados como hechos o resultados el ordenamiento presume que tales actos son voluntarios del actor porque éste los produjo, (*causa ex corpus*), sin atender al proceso anterior y correspondiendo a una idea de capacidad de hecho que queda probada y cumplida por el hecho de haberse podido ejecutar o producir el fenómeno correspondiente y sólo negada cuando el acto no se deduzca. Se conmixtiona también cierta idea de legitimación, (interpelación legítima), de modo que el menor W intima eficazmente a S pero no lo conseguiría el tercero R a pesar de ser él mismo capaz y de existir idéntica situación en la deuda. Esta es la capacidad que señalan CASTÁN TOBEÑAS/ROMÁN GARCÍA para los actos reales pero, como dije, los actos reales comprenden a mi juicio incluso verdaderos negocios jurídicos unilaterales, (usucapión, actos de destinación). Es sólo cuando nos hallamos en terreno negocial o semejante al negocial que la *causa ex psique* debe ser convocada y analizada por valorarlo así el ordenamiento.

2.4.2.5).- Hecho humano voluntario como decisión y creación.- Actos jurídicos con valor jurídico de meros hechos o resultado y actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos se diferencian por no mostrar el hecho o situación previa el mismo protagonismo, pues en los segundos no se anuncia ni señala con igual fuerza el resultado futuro y no se

agota en la misma forma el significado y valor de la actuación dicotómica sí/no del actor jurídico como una pura ejecución/inejecución resultadista.¹²⁴⁰

Así, la decisión que tiene ante sí el llamado a la herencia no se encuentra tan oprimida por el significado de la delación como la constrictión que sufre quien decide intimar o no mora, requerir o no de pago o actualizar o no la renta . El llamado a la herencia o el donatario tienen ante sí una auténtica decisión más creativa que seguidista, defensiva o reactiva y más enjundiosa, aun cuando sus propósitos, móviles o planes no hayan determinado o creado la propia delación o donación.

Los actores en un acto jurídico estricto tan sólo se enfrentan a actuar o no actuar, (ejecución/inejecución), pero, sustancial y psicológicamente su encrucijada no toma el mismo reto y exigencia para su entendimiento y voluntad que los que plantea una decisión en los actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos. En los actos jurídicos en sentido estricto, (valorados como hechos o resultados), la causa eficiente previa absorbe el contenido de la decisión en el supuesto de hecho que señala un deber público o privado previo del ejecutante jurídico en el supuesto de hecho de una norma general orgánica o sistemática, convirtiéndola en mera ejecución/inejecución.

Por el contrario, la causa eficiente en los actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos deja una libertad a los ejecutantes jurídicos que no permite reducir su decisión a un dicotómico sí/no, pues requiere enjuiciamiento y decisión; frente a la delación hereditaria no puede considerarse que compete a los llamados una simple ejecución/no ejecución. Por razón de ser este enjuiciamiento y esta decisión sustanciales y esenciales no pueden ser aportadas por ningún deber público o privado previo ni por ningún sentido orgánico o sistemático general, de modo que la inejecución no toma ningún valor jurídico y

¹²⁴⁰ El neologismo “resultadista” no figura en el diccionario RAE; se utiliza en esta tesis al resultar difícil encontrar otra palabra o frase que expresen tan gráficamente esa intención o vocación a que “algo” valga y sea juzgado tan sólo por lo que supone como resultado, como fin y no como medio.

coloca la situación en una parálisis que puede perjudicar al juego íntegro de la autonomía patrimonial y a terceras personas. Ello no ocurre frente en las meras ejecuciones/inejecuciones. Es por ello que una *interpellatio in iure* tiene sentido para el llamado a heredar o que se efectuará una notificación al colindante, pues sus silencios no pueden ser interpretados en ninguna dirección por terceros concernidos en la situación de juego. Por el contrario, no se concibe *interpellatio* o notificación al acreedor para ver si me notifica o intima la mora; aquí su inejecución no paraliza ni crea duda sino que tiene el valor jurídico de mantener el crédito en posición de cumplimiento voluntario puntual. Sobre este punto se volverá más abajo.

En este tipo de actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos podrán excitarse inteligencias y normas propias de los negocios jurídicos, (capacidad, vicios), que, sin embargo, ni siquiera en la máxima cercanía o analogía abarcarán la doctrina de la causa, pues la *Abschlussfreiheit* sí que fue efectivamente absorbida por la causa eficiente del acto jurídico, (el llamado no hace surgir su propia delación). En este sentido, FLUME señala que “no surgen los problemas que resultan de la relación causal de la declaración de voluntad con el resultado jurídico”.¹²⁴¹

A este grupo pertenecería la elección de prestación cuando existen dispuestas varias alternativas e incluye FLUME la gestión de negocios ajenos, que encierra verdadera decisión¹²⁴², (si bien para mí es negocio jurídico unilateral del gestor). FLUME considera el ejercicio del derecho potestativo negocio jurídico pero, a mi juicio, se trata más bien de actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos por cuanto este ejercicio resulta de una interpelación o *prius* que llamamos legitimación y que cercena la *Abschlussfreiheit*, (“una intromisión semejante [unilateral] presupone la existencia de una legitimación para

¹²⁴¹ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 148.

¹²⁴² FLUME, W., *ibidem.*, pg. 176.

efectuarla... una situación jurídica que legitime”¹²⁴³). Tal situación explica el surgimiento y oprime tanto la libertad de creación de quien ejercita el derecho potestativo, (que se ve abocado a decidir sin crear él mismo su propia ocasión), como la de quien resultará afectado por el acto jurídico unilateral de éste. Por el contrario, una opción de compra que no tiene todos sus términos negociales previstos no es ejercicio de derecho potestativo sino negocio conformado por fases o momentos sucesivos.

En el negocio jurídico la única legitimación invocable no es una situación jurídica identificable sino la *Abschlussfreiheit*, esto es, la libertad de contratar o no contratar y de elegir al co-contratante, la libertad personal en sí misma considerada y engarzando directamente con el artículo 10 CE, ello de un modo estanco, psicológico y unipersonal para cada uno de ellos de acuerdo con su propia personalidad y plan de vida. Es por ello que, a mi juicio, el ejercicio de derechos en general es un acto jurídico, (dominado por una idea objetiva de legitimación o titularidad y con enjundia de mera ejecución/inejecución), en tanto la renuncia de derechos es siempre negocio jurídico.

Ratificación y confirmación tienen naturaleza negocial pero deben considerarse comprendidas en el expediente complejo o conjunto que es el total contrato como *iter* sucesivo, en tanto rescisión e impugnación son, a mi juicio, negocios jurídicos unilaterales por cuanto todo lo destructivo, (renuncias, abandonos, revocaciones, desistimiento, impugnación, condonación, o la denuncia de contratos que señala FLUME¹²⁴⁴), no sólo son creativos sino que convierten en mero supuesto de hecho para la *psique* de esta decisión creativa a toda la situación previa que van a aniquilar; no sucede así en la repudiación de herencia porque en ella todavía no ha habido adquisición y, de destruir algo, habría de destruirse la propia delación, lo que no es posible.

¹²⁴³ FLUME, W., *ibidem.*, pg. 176.

¹²⁴⁴ FLUME, W., *ibidem.*, pg. 177.

Esta idea de historias negociales complejas la examinaré posteriormente pero debe ser tomada en cuenta para no incurrir en un riesgo de atomización creando especies unilaterales donde hay una unidad sustancial de sentido¹²⁴⁵. A mi juicio, corresponden a esta idea negocial compleja o por fases los supuestos de constitución de deuda inmobiliaria por propietario, la promesa pública de recompensa, la declaración unilateral del acreedor para convertir en eficaz la asunción de deuda entre antiguo y nuevo deudor, la aprobación o rechazo en la compraventa a prueba, la declaración de compensación y la relación jurídica obligatoria surgida de oferta unilateral no contradicha, todos los cuales considera FLUME como negocios jurídicos unilaterales.¹²⁴⁶

Los actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos no son negocios jurídicos por cuanto no incorporan auténtica creación *ex novo* con sus correspondientes problemas causales y remisión a propósitos y móviles psicológicos y al artículo 10 CE, aun cuando puedan encerrar una decisión trascendental como aceptar una herencia muy gravosa o repudiar otra millonaria. Cuando soy interpelado por la realidad, (delación testamentaria externa a mí mismo), ya no importa el magma de mis panoramas psicológicos totales sino que me han introducido desde fuera en una encrucijada o decisión que está allí viva y latente con total independencia de mi voluntad. En el testador es relevante el móvil para testar puesto que ocurre *ex novo* y nada le interpela, por ello es negocio jurídico y 10 CE. En el heredero puede haber motivos para aceptar o motivos para repudiar, (que son motivos crear una decisión que no es pura ejecución/inejecución), pero no hay ningún motivo, propósito o móvil propio del heredero en “verse incurso en tal expediente”, esto es, en su propia delación; por ello es acto jurídico semejante a los negocios jurídicos, podrá recibir la aplicación de parte de la doctrina del negocio jurídico sobre capacidad y vicios pero no sobre causa.

¹²⁴⁵ GALGANO F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 229

¹²⁴⁶ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 175 - 176 y pg. 178.

Como digo, la interpelación aniquila el motivo propio y sólo deja la posibilidad de 1) acción e inacción como ejecución/inejecución, (actos jurídicos con valor de hechos o resultados, sean estos efectos o fenómenos desencadenados jurídico-reales, jurídico-sentimentales o estrictamente jurídicos), o 2) como auténtica decisión, (actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos). Uno no se propone aceptar o repudiar la herencia de X, que está vivo, o notificar a Z su retraso en pagar cuando no es mi deudor o no venció el plazo, o actualizar renta cuando no se pactó en el contrato.

Un negocio jurídico puede también crearse a partir de una situación concreta fáctica: ante los rumores de subida de precio del tabaco el estancero pide un crédito y compra una cantidad extraordinaria de cajetillas. Pero ello 1) sólo alcanza a supuesto de hecho en el móvil o propósito subjetivo y, si se quiere apreciar aquí interpelación sería mera *interpellatio ex factum* sobre mi *psique*; y 2) toda situación fáctica en los hechos y actos jurídicos no es nunca mero supuesto de hecho para el ejecutante jurídico porque no toma nunca valor de *interpellatio ex factum* sobre mi *psique* sino *de iure* y *pro iure*. La *Abschlussfreiheit* corresponde al decisionismo, al puro *Don't think, but look!* de WITTGENSTEIN, una mirada interna y no externa ni reglada, ajena al Derecho excepto para otorgarle la no injerencia que resulta del 10 CE, aunque luego el móvil o propósito se encamine a crear un negocio precisamente jurídico.

El rayo destructor es un puro hecho, pero en cuanto hablamos de hecho jurídico es precisamente porque ya estamos situados en el plano del Derecho. La marcha atrás atropelladora, el paso del tiempo, la avería, la muerte, son hechos, pero cuando los contemplo desde la demanda de daño injusto, intimación, usucapión, prescripción, protesta, denuncia de relación negocial o repudiación y aceptación de herencia, lo hago desde el Derecho y para introducirlos en raíles jurídicos yuxtaponiendo un acto humano sea con valor de hecho/resultado o semejante al negocial.

Por el contrario, en el negocio jurídico esa juridicidad, ese situarnos en el plano del Derecho es potestad y poder del privado en el sentido más profundo de lo que significa la voluntad negocial como fuente de obligación jurídica, (*Abschlussfreiheit*), y toda consideración de hechos, normas, actos o negocios jurídicos previos es mero supuesto de hecho. Es igualmente un supuesto de hecho para mi *psique* tanto el negocio previo que va a ser novado como el amor ofrecido por X durante 20 años a efectos de la donación que planeo y entre los hechos o supuestos de hecho y la producción del negocio jurídico se sitúa siempre la intermediación de mi psicología, propósito y motivo como una disrupción que impide conectar directamente *factum* y negocio jurídico.

La interpelación o convocación desde situación previa propia al acto jurídico lleva insita en sí misma la condición *ex iure* y *pro iure* y es por ello que, en su caso, el acto jurídico unilateral, (incluso con valor de hecho jurídico), puede afectar a otra persona ajena a tal estricta ejecución, (ejercicio de un derecho), lo que se consigue a través de la noción de legitimación, (aquél a quien afecta tal ejercicio está obligado *ex ante* a soportarlo). Esto es, esencialmente actúa jurídicamente quien puede, (norma sistemática, deber público o privado, situación de derecho anterior; te expulso de mi propiedad *ex* 33 CE y 348 CC, te demando el pago *ex* 1500 CC, puedes aceptar o repudiar *ex* 658); por el contrario actúa negocialmente quien quiere, (*ex* 10 CE), sin que tenga que invocar ningún otro poder, (en el negocio traslativo el problema de legitimidad modal no es obligacional). Esta noción de legitimación determina que el actuante jurídico no infrinja *privacy* ni cause daño moral decidiendo la ejecución que le resulta *ex iure*; así una sola notificación de impago hacia quien nada tiene que ver con lo notificado podría considerarse injusta a efectos de daño moral, en tanto sólo una reiteración de trescientas notificaciones en un mes respecto de quien efectivamente no ha pagado podría generar igual consecuencia dañosa injusta o lesiva para *privacy*.

Es también por ello, (interpelación *ex iure* y *pro iure*), que el ordenamiento sólo prevé sistemáticamente una interpelación o pregunta con técnica jurídica para los supuestos de actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos, pues en ellos está sustraída la *Abschlussfreiheit* pero existe una situación o circunstancia que apunta a una decisión que ha de tomarse psicológicamente por una persona, (pues su sentido no es unívoco con el *prius* y no es pura ejecución/inejecución), siendo así que de tal decisión penden expectativas de terceros. Así la *interpelatio in iure* sobre los llamados por la delación hereditaria, (artículo 1005 CC).

No tiene ello sentido, por el contrario, en los actos jurídicos con valor de hechos jurídicos, (no notificaré a mi acreedor para que decida si me intima la mora o no, a mi acreedor para ver si me requiere de pago), y ello porque la inejecución vale, desde luego, como inejecución y producirá sus efectos sistemáticos congruentes a los que ha de atenerse el tercero aunque siga siendo posible una ejecución todavía, (hasta la prescripción de la deuda, p.e.). Lo que ha de hacer el deudor retrasado es pagar o permanecer él mismo en silencio esperando la extinción de la acción. Nada de ello cabe para el sustituto vulgar en caso de repudiación del heredero porque el silencio del anteriormente llamado no vale como repudiación. Por el contrario, la no intimación vale definitivamente como tal en su tiempo de existencia, de modo que no genera intereses de demora en el *interregno* hasta que se intime la mora.

Por su parte, en los negocios jurídicos la libertad de contratar o no contratar, y de hacerlo contigo o no hacerlo contigo por mi sola y real gana determina que cualquier interpelación, notificación o requerimiento sea inocua jurídicamente *ex 10 CE*, excepto que existan pactos o negocios adicionales que creen tal deber *singularis*.

En este sentido, las diferencias entre 1) hechos jurídicos de mano humano y actos jurídicos en sentido estricto, 2) actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos y 3) negocios jurídicos, con el escalado propuesto en tres grupos de valoración de la voluntad

humana, corresponden a la propia separación entre tres acciones humanas radicalmente distintas en el reto que las circunstancias presentan a la volición y que son: 1) ejecutar, 2) decidir y 3) crear, (negocio jurídico).

3).- NEGOCIO JURÍDICO UNILATERAL

3.1).- Normatividad y unilateralidad.- Un hecho unilateral, (sea acto o negocio), al ser autorreflejo no permite una idea de normación de conducta futura sino de acción, pues procede y recae sobre uno mismo, (repudiación, renuncia, ocupación), o consisten en una ejecución instantánea, (notificación, demanda, etc.) Ello funde en cierta manera la distinción acto/negocio con la posibilidad del negocio unilateral.

Ciertos actos unilaterales no son una pura acción instantánea sino que contienen también una prescripción a futuro sobre la conducta del ejecutante único derivada de que existe, más o menos latente o presente, otro interés y otras personas en una situación que es, entonces, sólo formalmente unilateral. Así la emisión de obligaciones societarias produce la obligación para la entidad emisora de un pago periódico y de ciertos deberes de información que sólo se explican por la existencia de unos obligacionistas que pueden, incluso, sindicarse; también existe sujeción a una conducta futura en la emisión de un título de crédito o título valor¹²⁴⁷, o en la promesa pública¹²⁴⁸. En este caso materialmente el hecho y la vida comercial son bilaterales aunque formalmente pueda existir una separación de partes incluso en el tiempo.

En otros casos el negocio unilateral contiene una propuesta, (no prescriptiva), una interpelación o *prius* en el sentido de abrir la posibilidad de una acción a otra persona si

¹²⁴⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, op. cit., pg. 93.

¹²⁴⁸ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., op. cit., pg. 270.

ésta quiere. FLUME distingue aquí negocios unilaterales recepticios y no recepticios. En los primeros se establece el concepto recepticio porque la declaración de voluntad negocial debe ser emitida frente a otro que será afectado o ante la autoridad “porque serán afectadas por el negocio personas indeterminadas o no sólo personas determinadas” y “la importancia del negocio justifica la exigencia de una declaración frente a la autoridad”, aunque en ocasiones estas declaraciones pueden ser sustituidas por “anuncio público”.¹²⁴⁹ A mi juicio estos negocios serán reconducibles materialmente a un hecho, relación o vida negocial plurilateral, son verdaderos negocios jurídicos en su total sentido y no son actos jurídicos, sin que quepa mantenerlos “despiezados”. Considera FLUME negocio unilateral recepticio la promesa pública.¹²⁵⁰

Por el contrario señala FLUME que un negocio jurídico unilateral por medio de declaraciones de voluntad no recepticias “sólo tiene lugar en casos raros, en los que por medio del negocio jurídico no se afecta directamente a otros y el que obra negocialmente adopta una regulación solamente para su propia esfera jurídica”.¹²⁵¹ Son así, puede decirse, negocios autorreflexivos.

En cuanto a ello dos cosas: 1) el carácter meramente aproximativo de esta “autorregulación” en tales negocios, (en algunos es pura sujeción protocolaria, en otros reina WITTGENSTEIN, pues son pura acción), y 2) la “rareza” que señala FLUME procede de 1) la sustancia humana de una situación real que es autorrefleja y que sólo cabe A) en la renuncia o autodespojo, (salvo que se tome toda ella en bloque para perjudicar a otro componiendo fraude), o B) en las relaciones estancas de una persona con sus cosas y 2) de la dignidad humana que reside en ciertas finalidades espirituales como regalar,

¹²⁴⁹ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 178 - 179.

¹²⁵⁰ FLUME, W., *ibidem.*, pg. 179

¹²⁵¹ FLUME, W., *ibidem.*, pg. 179.

beneficiar, ayudar o solidarizarse con otro, (si se negocia el favor, regalo o solidaridad ya no estamos ante estas propias íntimas finalidades humanas).

Por otra parte, no es decisivo que la declaración sea jurídicamente recepticia pues aquí importa el concepto aproximativo de interpelación. La renuncia o abandono de X o el testamento de Z abren la posesión de H o la aceptación de Y, los cuales, (aun sin receptividad en sentido técnico), se ven en una encrucijada producida sistemáticamente porque ocurrió, (como *fatum* o causa eficiente), un acto jurídico anterior.

Testamento¹²⁵² y donación “interpelan”, proponen o se dirigen hacia herederos, legatarios y donatarios, aunque no exista carácter recepticio en sentido jurídico ni verdadera prescripción o norma *singularis*, sino sólo una sujeción protocolaria para el ejecutante, (revocación de testamento, donación o contrato sucesorio¹²⁵³ sólo en la forma legal prevista), protocolo que se construye por el principio general, (público, heterónomo), de respeto al derecho de turno o iniciativa de juego de un tercero que ha sido excitado o convocado por el hecho unilateral materialmente bilateral, (constitución unilateral de hipoteca, constitución de una deuda inmobiliaria de propietario¹²⁵⁴).

Un acto jurídico no puede por sí mismo, (como hecho voluntario del ejecutante), afectar normativamente a otras personas, pues tal ejecutante no está empoderado como privado frente a ellas para imponerles mandatos *singularis*. Las conductas y reflejos de un acto jurídico sobre terceros bien proceden de que éstos consintieron en algún negocio

¹²⁵² Expresamente señalado por FLUME como no recepticio, FLUME, W., *ibidem*, pg. 179.

¹²⁵³ El pacto sucesorio contiene dos partes separadas que se comportan como unilaterales por esta separación, parte disponente y parte aceptante. La parte disponente puede ser compleja, (como también ocurre en el testamento mancomunado o de hermandad), pero ello no significa bilateralidad entre disponentes y aceptante. En este sentido FLUME afirma que toda la parte compleja compone el negocio unilateral sucesorio, (FLUME, W., *ibidem*, pg. 177). La bilateralidad negocial sólo surge si existen objetos adicionales a la pura designación de sucesor, (comunidad de vida, trabajo para la casa, etc.).

¹²⁵⁴ Que FLUME considera negocios jurídicos unilaterales, sin embargo, (FLUME, W., *ibidem*, pg. 175).

previo, (deber privado), bien de algún deber público o bien son consecuencias y reflejos sistemáticos que no se producen por la voluntad de aquel ejecutante sino por la inserción organicista de este acto, como supuesto de hecho, en el sistema general del ordenamiento, creando una mutación de la realidad jurídica que determinará para otras personas expectativas, posiciones y posibilidades de reacción sin que las toque en absoluto la voluntad del actor jurídico sino la letra de ley.

Por el contrario la voluntad negocial de X, (y por tanto X), puede tocar y toca directamente a su compadre negocial Z. Ello exige que Z se incorpore a la palestra negocial y a la panoplia de consentimientos y, en este sentido, como dije antes, no rompe la complejidad negocial el hecho de que interese instrumentar separaciones geográficas o temporales o cualquier otro tipo de dislocación entre las partes negociales por ser ello económico o conveniente. Al final tendremos materialmente sobre el terreno un consentimiento o sentimiento conjunto, excepto cuando la dignidad humana obliga a mantenerlos separados.

3.2).- Unilateralidad formal y sustancial.- No debe confundirse la unilateralidad o bilateralidad de unos hechos con el metajuego lógico mecánico que supone la recombinación del esquema puro o típico del negocio jurídico bilateral o plurilateral cuando es retorcido y dislocado para adaptarse a exigencias fácticas de diversas situaciones y sujetos, (aunque ello se haya utilizado también muchas veces como arma de empoderamiento fáctico privado).¹²⁵⁵ Así ocurre en expedientes formales de separación de voluntades en contratación electrónica o a distancia, en los contratos de perfección real, en las promesas unilaterales, premios o recompensas, en la conclusión de contratos por convocatoria de concurso, contratos de adhesión, contratos por hechos sociales típicos o

¹²⁵⁵ GALGANO, F., *Voz Negocio Giuridico...*, *op. cit.*, pp. 932 y ss.

actos concluyentes¹²⁵⁶, etc. Piénsese en este sentido en los llamados contratos unilaterales o en los contratos bilaterales *ex post facto* que manifiestan que puede haber bilateralidad y alteridad más allá del sinalagma genético¹²⁵⁷.

Estas formas contractuales afectan al modo en que una parte escoge, convoca o incita a aquella otra que le efectuará una prestación, al modo en que se consideran nacidas las obligaciones, a la forma en que se conforma su contenido luchado y conjunto o al expediente con que se anudan las voluntades, pero su sustancia y lógica material siguen siendo bilaterales y conmutativas, (siquiera tome en ocasiones notas de aleatoriedad). Ocurre que 1) una persona necesita conquistar la voluntad de muchas otras y/o que, además, no es posible el contacto físico personal o la unión de momentos y geografías, (contratación electrónica, a distancia, promesa unilateral, adhesión, perfección real, hechos sociales típicos y concluyentes), o 2) se excita en la parte contrapuesta una competencia entre plurales personas no invocadas nominalmente, (premio, concurso, recompensa, promesa pública, subasta), todo ello sobre un contenido objetivado y previo o sobre unas bases iniciales.¹²⁵⁸

Estos instrumentos o bien ofrecen codificada una satisfactoriedad subjetiva general que esperan sea aceptable para otras personas, (*ticket*, condición general), o bien tratan de provocar que otras personas, (y no el convocante), luchen entre sí para ser el recíproco contractual surgiendo de tal competencia el resultado más económico. Así quien postula

¹²⁵⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 42-43 y 46-47; DIEZ.PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, op. cit. pp. 161-162.

¹²⁵⁷ DIEZ.PICAZO, L. *ibídem*, pp. 167-168.

¹²⁵⁸ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 212-213; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T.II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, pp. 169 y ss.; MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., op. cit., pp. 271-273.

recompensa, premio o convoca concurso excita la intervención de una multitud de competidores que no luchan negocialmente frente a él para concluir cada uno su propio contrato de servicios, sino que la convocatoria los enfrenta entre sí para que sólo quede uno de ellos que acceda a ser acreedor de mi obligación. Ello asegura mayor eficacia y mayor cantidad de trabajo en la búsqueda de “Cuqui”, el *yorkshire* perdido o en la obtención de un modelo para el nuevo Santiago Bernabéu sin multiplicar el coste por el número de personas que se excitaron a intervenir.

Cada competidor por premio, recompensa o concurso realiza un balance de costes para realizar un mayor o menor despliegue y, finalmente, existe una noción de aleatoriedad si comparamos la suma de esfuerzos de quienes se presentaron a concurso, premio o recompensa y lo ofrecido para el único vencedor, aleatoriedad que todos los intervinientes dan por subjetivamente aceptada y que puede ir contra el convocante, (sólo se presentó un proyecto para el estadio deportivo, no es excelente y, sin embargo, según las bases habrá de construirse), o para los convocados, (X encuentra a “Cuqui” por casualidad a los pocos minutos de establecerse la recompensa).

Esquema semejante ofrece la venta por subasta, enfrentando a plurales personas en de una misma posición o parte negocial y esperando la contraparte convocante que aquéllos luchan adecuadamente para proporcionarle el mejor resultado posible¹²⁵⁹.

3.3.- Historias complejas.- Cuando existen historias negociales complejas, el valor negocial, como el lucrativo u oneroso, ha de encontrarse en la integración de todas las partes o fases¹²⁶⁰. Cualquier negocio unilateral o bilateral puede incardinarse en una historia negocial compleja y servir él mismo, como un todo, de moneda de cambio:

¹²⁵⁹ DIEZ.PICAZO, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, op. cit. pp. 378-380.

¹²⁶⁰ Existen figuras mixtas, contratos interesados/desinteresados, mecenazgos, patrocinios, etc. que sólo pueden ser comprendidos desde la historia integral, (DIEZ.PICAZO, L., *ibidem*, pp. 101-102).

renuncia a los derechos sobre un jugador como parte del precio de fichaje de otro, contratación como alto empleado de X que vende su empresa a Z con tal condición, etc. En tal caso no puede decirse que un negocio sea vicario o tributario del otro de modo que pierda su sustancia y valor negocial para convertirse en un mero acto jurídico, pues habrían de tomarse como un todo inseparable, (riesgo de atomización).¹²⁶¹ Lo mismo sucede en los negocios que tienen lugar por fases, (p.e. contratación entre ausentes, hipoteca unilateral, etc.), en que cada fase no ha de ser sustantivada como acto jurídico independiente pues, sea instantáneamente o por fases, componen un hecho negocial bilateral y complejo.¹²⁶²

Este valor complejo o por fases es el que toman hechos jurídicos formalmente unilaterales como la oferta de rectificación de contrato anulable, propuesta de modificación de contrato rescindible, o bilaterales, rectificación, modificación, novación, negocios ejecutivos o complementarios, etc.

Por otra parte, la vida negocial se desarrolla mediante actos jurídicos como el cumplimiento, la negativa a recibirlo, el rechazo del cumplimiento de un tercero, la constitución en mora, etc. Estos actos jurídicos son vida negocial y no el negocio mismo ni una fase o elemento con relevancia negocial para el guión complejo. Tampoco deben confundirse con los negocios ejecutivos o ejecutores¹²⁶³.

En los negocios ejecutivos o ejecutores de cumplimiento la voluntad de las partes construye una salida alternativa al cumplimiento forzoso por resultar más interesante para acreedor y deudor, integrándose aquí los negocios solutorios. El negocio solutorio no se confunde con la novación extintiva o modificativa, no se trata de sustituir un negocio por otro o de cambiar o modificar el objeto del negocio anterior, (*animus novandi*), sino,

¹²⁶¹ GALGANO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 229.

¹²⁶² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit, pg. 21.

¹²⁶³ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T.II, La relaciones obligatorias*, 6ª edición, pp. 543 y ss.; MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., op. cit., pg. 265.

específica y propiamente, de pagar la deuda final resultante de negocio o negocios previos, de finiquitar una relaciones ante la ya única salida de una ejecución forzosa menos conveniente, (*causa solvendi*).¹²⁶⁴

En los negocios ejecutivos o ejecutores de complemento ocurre que un negocio forma parte del inicial o principal, dado que la naturaleza de éste determina que se despliegue en una serie de actos y fases sucesivas, de modo que su completo perfilado y su total encarnación no se producen con un esquema negocio + actos de mera ejecución, sino hilando una sucesión de dos o más negocios, el principal y el complementario o complementarios posteriores, pudiendo existir además en cualquier subfase negocial actos jurídicos de mera realización material.¹²⁶⁵

En estas situaciones podemos encontrar actos jurídicos ejecutivos pertenecientes a la vida negocial compleja con valor de meros hechos o resultados, (ejecución/inejecución sin decisión), actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos que son verdaderas decisiones pero que encuentran truncada su raíz causal por pertenecer a la historia compleja o por fases, y verdaderos negocios jurídicos independientes en los que el reto de las circunstancias planteadas determina que encierran en sí mismos un móvil y un propósito subjetivo para cada uno de los otorgantes, conectando con el art. 10 CE y convirtiendo entonces a la historia negocial anterior en mero supuesto de hecho que no absorbe la *Abschlussfreiheit*.

La pura ejecutividad que resulta del agotamiento inicial de todo el ámbito posible para una decisión humana, (finalista y creadora de su propio destino), es lo que permite

¹²⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T.II, La relaciones obligatorias*, 6ª edición, pg. 545.

¹²⁶⁵ Así negocios preparatorios, preliminares, definitivos, normativos, declarativos, de fijación, etc. DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T.I, Introducción. Teoría del contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 392 y ss. y pg. 433 y ss.

que el artículo 708 LEC prevea la ejecución específica subsidiaria de la condena a emitir una declaración de voluntad decretando en Auto el Juez que la tiene por producida sólo cuando “estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio”, en tanto si “no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico”. Así, faltando un contenido negocial que exigiría otorgamiento de un negocio de complemento, (esencial), cede el pulso la LEC y reconoce la imposibilidad ejecutiva remitiendo a una indemnización con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

Es por ello que un negocio preparatorio o un precontrato no es ejecutable específicamente si del mismo no resultan todos los elementos esenciales del futuro contrato, (de modo que, o ya es contrato definitivo o no lo será nunca si faltan elementos que sólo potestativamente se ofrecerán, pues no puedo forzar los deseos *in natura* de las partes, remitiendo sólo a *culpa in contrahendo*.)¹²⁶⁶. Por ello ROCA SASTRE consideró que no generaba obligación de contratar o de emitir de nuevo un puro consentimiento contractual, sino de colaborar y cooperar para establecer en su momento el contrato definitivo, con una idea de *iter* negocial complejo¹²⁶⁷.

O también que, a mi juicio, la promesa de donación especificada, (parágrafos 518 a 520 BGB), ya es donación, (no puede forzarse el deseo de donar sino sólo la producción del contenido de lo ya donado). En nuestro Derecho DÍEZ-PICAZO considera que el negocio de donación no puede ser preparado mediante una promesa previa: la promesa

¹²⁶⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *ibidem.*, pp. 395-396.

¹²⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *ibidem.*, pp. 397-400.

unilateral no engendra obligación y la bilateral ya es donación perfecta aunque se difiera su ejecución¹²⁶⁸.

En cualquier caso, todos los negocios conexos no dejan de ser negocios ni se convierten en unilaterales o en actos jurídicos por el hecho de estar incursos en una historia integrada, sino que han de ser ponderadas las circunstancias. En este sentido señala DÍEZ-PICAZO que aquí la conclusión oportuna es señalar la relevancia que tomará el negocio antecedente como causa del negocio ejecutivo.¹²⁶⁹

3.4).- Unilateralidad y dignidad humana.- Un negocio jurídico unilateral que produce efectos jurídicos sobre otras personas será inaceptable si no integra en algún modo la voluntad de estos ciudadanos afectados, pues su producción en cabeza ajena y ausente no procede de norma sistemática o de un deber público o privado sino de la voluntad, móvil y propósito del negociante unilateral. O como dice FLUME es necesaria “una situación jurídica que legitime al que actúe negocialmente para la reglamentación por medio de un negocio jurídico unilateral”¹²⁷⁰, (ello convertirá al negocio unilateral en acto jurídico siempre que tal legitimación absorba la *Abschlussfreiheit*). Dicho de otro modo, debe existir negocio, (y negocio bilateral o plurilateral), y no acto jurídico siempre que una modificación de la realidad jurídica, (efecto jurídico), se produzca más allá de la esfera propia y exclusiva del ejecutante por la sola voluntad de éste, directamente conectada con ella y sobre otra persona señalada *nominalis*.

Es por ello que, por ejemplo, 1) la constitución unilateral de hipoteca requiere aceptación acreedora aun cuando pueda estimarse un beneficio, componiendo una historia compleja o formación negocial por fases, 2) no puede admitirse un regalo irrechazable, lo que afectará a la consideración de testamento y donación, 3) resulta incongruente el pago

¹²⁶⁸ DÍEZ-PICAZO, L, *ibidem*, pg. 403.

¹²⁶⁹ DÍEZ-PICAZO, L., *ibidem*, pg. 274.

¹²⁷⁰ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 176.

de deuda por tercero aún contra mi voluntad, (1.158 CC), y congruente la condonación sólo por contrato, (parágrafo 397 BGB)¹²⁷¹, y 4) en sede obligacional no habría de admitirse en pura dignidad humana otro mecanismo transitivo que la transmisión de contrato con tres partes negociales, (TILOCCA)¹²⁷².

Ello sólo permitirá que exista negocio jurídico unilateral cuando verdaderamente el efecto jurídico sea también estanco y cerrado sobre el ejecutante, de modo que, si existen afectaciones o consecuencias sobre otras personas, ello deberá proceder del valor y sentido sistemático que toma el negocio jurídico como puro hecho al insertarse en la realidad jurídica general, o de deberes públicos o privados antecedentes, pero no de la misma voluntad de quien lo otorgó. Así la repudiación de X, único heredero nombrado, abre la sucesión intestada a favor de Y; pero ello no es efecto de la voluntad X sobre Y sino del propio sistema del Derecho de sucesiones.

Con ello exigimos al negocio jurídico unilateral que sea verdaderamente surgido *ex novo ex voluntate*, (a diferencia del acto jurídico), pero también, frente al negocio jurídico bilateral, precisamos que su fuerza negocial no toque *per se* a persona distinta de su otorgante, (negocios autorreflexivos). *Res inter alios acta* es también una garantía de dignidad humana, (indemnidad y autonomía de la persona, *privacy*), lo que no impide que el contrato, como hecho y no como *voluntas*, pueda tener efectos para terceros tanto sistemáticos como en cuanto daño injusto.

Es por ello, como dije, que los negocios jurídicos verdaderamente unilaterales habrían de reducirse a los autorreflejos, (sobre mí o sobre mis cosas), o a aquéllos en que una exigencia de dignidad humana impone su condición unilateral, (finalidades espirituales liberales y de solidaridad).

¹²⁷¹ FLUME, W., *ibidem.*, pg. 175.

¹²⁷² TILOCCA, E., *op. cit.*, pp. 3 y ss.

3.4.1).- Consideración de la donación.- La donación es considerada en el BGB como un contrato. Nada habría que decir, entonces¹²⁷³. No obstante, a mi juicio la donación es un negocio jurídico unilateral del donante por cuanto no puede decirse que las voluntades de donante y donatario verdaderamente se unan, aun cuando ambas sean precisas para que la donación se cumpla, (ello es ejecución y no conformación negocial).

La aptitud negocial consigue que, sin lucha, dos personas levanten un plan de acción común y conjunto. Este plan no lo podrían conseguir aisladamente, (sea tener hijos y criarlos, intercambiar sus fincas o utilizar por turnos el *solarium*), pero la liberalidad *per se* es un acto exclusivo del donante: dar no exige recibir sino que yo ofrezca y no retire. Por otra parte sentimiento, (motivo), y declaración jurídica del sentimiento, (causa concreta), están aquí inmediatas como en ningún otro lugar.

No existe sustancia negocial bilateral sobre el hecho de regalar o favorecer a otro. En la liberalidad pura no hay reto competitivo o cooperativo que pretenda solucionar una negociación sin recurrir a lucha o apropiación. Aquí la sustancia negocial crea mediante un esquema 1 + 1, no mediante la conjunción del 2 y ello porque el significado espiritual de la generosidad no permite acción bilateral sino dos unilaterales: en otro caso existiría

¹²⁷³DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS consideran la donación como acto si bien admiten una donación obligacional, (DÍEZ PÌCAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Tecnos, Madrid, - 1995, pp. 643 -644), que luego DIEZ PICAZO niega como promesa de donación bilateral aceptada hablando de donación de ejecución aplazada o condicional, (DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T.I, Introducción. Teoría del contrato, 6ª edición, op. cit.*, pg. 403). DE PABLO CONTRERAS señala que nuestro código considera a la donación como modo de adquirir pero mantiene la calificación de contrato y lo considera negocio dispositivo sin evicción, (DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (II), Derechos Reales, 4ª edición*, ed. Colex, Majadahonda, Madrid - 2.011, pp. 347 - 348).

intercambio, (compraventa como dos donaciones recíprocas, compraventa de agradecimiento o permuta de servicios o favores).

Cosa distinta es que el regalo haya de ser recibido para que el favorecimiento tenga lugar como hecho cumplido. Esta efectividad compete exclusivamente al favorecido sin injerencia del donante, constituyendo otro hecho humano espiritual carente de sustancia negocial bilateral, (liberalidad como hecho humano espiritual exclusivo del donante; recibir lo liberado como hecho humano espiritual exclusivo del donatario). Sólo cuando a la liberalidad o sucesión se unen otros móviles y propósitos, (modos, cargas, deberes concretos y tasados de agradecimiento, comunidad de vida, trabajo para la casa, organización actual y futura de la familia y la economía, etc.), ingresamos en un espacio donde existirá sustancia negocial.

Apreciar la unilateralidad y no negociabilidad de estos hechos espirituales y provocar un cierre estanco conceptual entre ambas voluntades, (no meramente formal o instrumental como en la hipoteca unilateral, contrato *ticket*, etc.), contribuye a salvaguardar la pureza de la voluntad liberal y de la voluntad aceptante en unos actos íntima y profundamente humanos y espirituales. Ello a pesar de que material y vitalmente donante y donatario puedan comparecer juntos al acto de otorgamiento y exista entre ellos una historia emocional previa y posterior.

La aceptación del donatario no se exige *ex substantiam negotiale* sino por dignidad humana, (*noli me tangere* ni siquiera para beneficiarme), paralizando, desde tal dignidad, la eficacia esencial y fácticamente automática del regalo. No se puede incorporar al donatario al negocio porque él no ha de intervenir negocialmente en que yo lo ame o aprecie y se lo demuestre patrimonialmente ni yo en que a él le repugne recibir nada de mí mismo.

Las legislaciones intentan construir un concepto neto de liberalidad para poder prescindir de un control patrimonial por parte del donatario de la dañosidad económica de la liberalidad. Ello permitiría considerar a la donación como negocio bilateral que refleja

sobre el donatario sin aceptación, (consentimiento formal), por ser un asegurado beneficio para el mismo, (una idea de beneficio indiscutible existe en la TRHA respecto del *concepturus* en cuanto a consentimiento de varón no marido sobre mujer usuaria o familia monomarental). Esta idea de neutralidad patrimonial determina que se establezcan casos de aceptación tácita sin consentimiento expreso del favorecido o supuestos en que se prescinde legalmente de tal consentimiento sin más.

Así cabe citar el art. 619 CC, (el gravamen ha de ser inferior al valor de la cosa donada), el art. 622 CC, (donaciones onerosas y remuneratorias), el art. 643 CC, (limitación de la responsabilidad por deudas al valor de la cosa donada), los párrafos 523 y 524 BGB, (estableciendo responsabilidad del donante por vicios materiales y jurídicos), el párrafo 526 BGB, (que permite al donatario la denegación del cumplimiento del modo), y especialmente la definitiva exigencia del párrafo del párrafo 516 BGB de que el donante ha de enriquecer al donatario. Así, procurada la inocuidad de la donación y su carácter neto patrimonial, la norma legal no tiene problema en construir supuestos de aceptación tácita del donatario, párrafo 516 (2) BGB, e incluso cabría ir más allá y afirmar el efecto automático de una donación siempre enriquecedora como es la alemana, desde la cual no se comprende qué añade al negocio la exigencia de aceptación expresa o tácita de parte del donatario, ni cuál es la sustancia negocial bilateral que aquí estaría honrando el BGB.

No obstante, late aquí una idea de que el regalo irrechazable u obligatorio de aceptar atenta contra el respeto a la dignidad humana, una noción de intangibilidad de la persona humana que también se aprecia en la *privacy* y en la teoría del daño injusto o que ROCA TRÍAS señala en sede conyugal, “nadie está obligado a ingresar en su patrimonio algo que no quiere”¹²⁷⁴, y que no es una idea intersubjetiva ni negocial sino excluyente,

¹²⁷⁴ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit., pg. 2134.

(indemnidad, inviolabilidad). Por ello, como dije, es criticable el pago por tercero, (art. 1.158 CC¹²⁷⁵ y parágrafo 267 BGB¹²⁷⁶), y loable la condonación sólo por contrato, (parágrafo 397 BGB).¹²⁷⁷

El concepto del regalo irrechazable supone, desde un punto de vista emocional y espiritual, una coacción incompatible con la dignidad humana, máxime cuando del lado activo pueden existir también propósitos emocionales y espirituales negativos, dado que no regala quien quiere sino quien puede y puesto que regalar, en ocasiones, es ofender. También por el dato de que quien da suele entender que adquiere derechos personales de agradecimiento más allá de los jurídicos y que la donación puede esconder una indeseada lección o una cartilla que el donante leerá tarde o pronto al donatario. Del lado pasivo, ha de apreciarse que las personas pueden no querer recibir nada de ciertos individuos por distintos motivos, (donación a su víctima que efectúa, décadas después, quien abusó deshonestamente de otra persona).

La dignidad humana del donatario exige que se preserve su respeto como persona para rechazar un regalo que él mismo puede considerar que le producirá un daño moral mayor que el neto patrimonial que devengue o que, simplemente, no le da la gana de recibir, por tanto sin injerencia negocial del donante, componiendo su aceptación/rechazo un acto jurídico unilateral semejante a los negocios jurídicos, (el negocio jurídico unilateral del donante funciona como *prius* o causa eficiente que cercena la *Abschlussfreiheit* del donatario en cuanto a la propia ocasión de aceptar.

No hay aquí sustancia negocial bilateral de modo que donante y donatario hubieran de colaborar con sus voluntades para que la donación sea efectiva, sino un hecho creador

¹²⁷⁵ BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Comentario al artículo 1.158 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 165-174

¹²⁷⁶ FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 175.

¹²⁷⁷ FLUME, W., *ibidem.*, pg. 175.

unilateral y recepticio y otro hecho unilateral reactivo que permanecen estancos 1) para el donatario por la intangibilidad de la dignidad humana del receptor, que no permite a nadie ser plan de otro ni siquiera en lo beneficioso y en la que no cabe la patrimonialización que surge en torno a honor e intimidad, (me dejo criticar en “*Sálvame*” por precio pactado); y 2) para el donante porque incorporar al donatario a un sentimiento conjunto y negociado con el donante en el diseño de la liberalidad supone ingresarlo en un ámbito delicado, íntimo y capturable que exige desde lo jurídico aherrojar en lo posible la soledad de éste en su decisión y para el que una idea negocial supone elevar a jurídico el chantaje emocional. No cabe al donatario exigir mayor tajada so pena de no aceptar, ni puede el donante influir, condicionar o conformar la libérrima y personalísima decisión repudiante del donatario: al menos que ello quede para la pura vía de hecho y no incorporado a la norma jurídica. El consentimiento como sentimiento conjunto no es congruente aquí con el significado espiritual y humano de la acción liberal y de la acción de recibir tu liberalidad. Es por ello que todas las situaciones sobre las que planea el regalo irrechazable, (testamento, donación, pago por tercero, remisión), han de considerarse material pero no jurídicamente recepticias.

Dado que esta aceptación es un requisito por consideración a la personalidad humana, será esta propia dignidad la que podrá también retirarlo. Así, cuando B está a punto de caer de la azotea A no se limita a ofrecer auxilio esperando el consentimiento de B, o a exhibir su mano esperando que B se la coja. A agarra a B y lo sostiene. El socorrista no pregunta al ahogado si quiere recibir o no el servicio de reanimación boca a boca. En estos casos, al estar en juego la supervivencia humana, toda consideración al respeto de la libertad y dignidad humana no son sino la propia salvación de tal vida, por lo cual el ordenamiento elimina la posibilidad del rechazo del dar, pues vivir es un valor moral prescriptivo no disponible. Ninguno de estos favorecidos podría luego acusar al héroe de haber violentado su dignidad humana. En el mismo sentido, no prosperará la

protesta del testigo de *Jehová* contra su donante de sangre, o contra la organización nacional de trasplante de órganos.

No debe aceptarse, por ello, el desenfoco de construir el concepto de la liberalidad sobre esta aceptación ni afirmar que la donación es un contrato, (por esta necesidad de aceptación), que la donación no es obligatoria hasta la unión de voluntades de donante y donatario, (no es unión sino yuxtaposición), o que la donación no es nada por ser retirable hasta la aceptación; la donación existe y ya se hizo, si bien su eficacia ejecutiva está bloqueada por un requisito de dignidad personal, a la vez que, (por el principio de agotamiento de turno), no se permite al donante retirar la donación sino en forma jurídica, esto es, no por arrepentimiento subjetivo sino mediante revocación antepuesta a aceptación en la forma jurídica oportuna.

3.4.2).- Consideración del testamento.- El mismo esquema de regalo irrechazable tendría lugar respecto de las delaciones abiertas por el testamento, si bien la idea sucesoria con continuidad de personalidad y responsabilidad *ultra vires* no permite entre nosotros construir una noción de herencia neta o líquida, (salvo menores o incapaces y la norma especial de Aragón). En este caso la muerte del testador evita que se defiendan posiciones contractualistas que consideren que existe una conformación negocial conjunta, pero incluso en aquellas sucesiones paccionadas todavía señala FLUME que no existe bilateralidad ni contractualidad entre parte disponente y parte favorecida.¹²⁷⁸

Ahora bien, como dije, pacto o contrato sucesorio y donación pueden conformar verdaderos negocios bilaterales si junto a la atribución gratuita existe un diseño de presente y futuro construido con entregas recíprocas. En ese caso el móvil y propósito del donante o disponente no es ya la sola liberalidad, sino que existen otros adicionales en relación con la unidad de convivencia familiar, aseguramiento de cuidados en la tercera edad, compañía,

¹²⁷⁸ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 175.

trabajo para la casa, disposiciones en favor de terceros, etc., establecidos mediante modos, cargas y condiciones o por cláusulas en la sucesión paccionada o donación que, evidentemente, habrán de ser construidas y conformadas negocialmente por donante y donatario en total presencia y conjunción.

3.4.3).- Consideración del poder.- También ocurre una inteligencia semejante en el poder, el cual no se concibe sin apoderado, (materialmente recepticio), pero no puede tocar a éste si él, (voluntaria, unilateral y aisladamente), no lo desea. Que el negocio unilateral de apoderamiento no afecte en absoluto al apoderado sin que concurra la voluntad aceptante de éste no procede de una sustancia negocial, sino de que prestar a otro la ayuda solicitada, (solidaridad, generosidad), vuelve a constituir un hecho humano unilateral, innegociable bilateralmente. Una obligación de ejercer tal poder no surgirá del propio negocio de apoderamiento sino, en su caso, de otros negocios bilaterales, (anteriores o simultáneos), entre poderdante y apoderado en el que construyeron conjunta, (y obligatoriamente), su cooperación con otro significado o con significados adicionales a la pura solidaridad, separándose así poder y mandato o cualquier otro negocio sustantivo subyacente y apoderamiento.¹²⁷⁹ Pero el puro poder esta tan falto de sustancia negocial intersubjetiva como testamento y donación.

Aquí el apoderado no precisa aceptar sino ejecutar el poder, incorporando tal acción un valor como acto jurídico en sentido estricto, con valor de hecho o resultado, (otra cosa es que el negocio a representar sea, p.e., una compraventa y que el hecho producido por el apoderado tenga así valor de verdadera declaración de voluntad negocial). En caso de que el puro apoderado expresara formalmente su aceptación antes de ejecutar considero que ello sería un negocio personal unilateral que, como todo negocio personal, no determina

¹²⁷⁹ LABAND, P., *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach ADHGB*. "Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht", 1866, pp. 183 y ss.; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Entre Dominación y Responsabilidad...*, op. cit., pg. 357.

obligación convencional de cumplirlo específicamente y está sujeto a reversibilidad, aunque pueda generar daño injusto e indemnización si creó confiabilidad en el *dominus negotii* y el protocolo de revocación expreso o tácito no soluciona la posibilidad de perjuicios derivados de la misma.

Lo mismo ocurre en la gestión de negocios ajenos. Esta gestión es un acto solidario de quien no puede resistir ver destruirse el interés ajeno y representa una acción socialmente interesante, (por ello consagrada como acto jurídico según FLUME¹²⁸⁰), por cuanto conserva la riqueza nacional, (prescindiendo de la voluntad del *dominus* so pena de configurar un *ius abutendi* antisocial), y excita y nutre la configuración *bona fides* de los ciudadanos. Es por ello que sin contrato ninguno entre *dominus* y gestor, (la ratificación lo es, en su caso, con el tercero con quien contrató el gestor), la ley anuda un derecho de repetición a favor de éste que no está ligado a ratificación o consentimiento del *dominus*, sino a que objetivamente se haya producido una utilidad a su favor, esto es, a espaldas de la voluntad del mismo.

Esta ayuda solidaria es un hecho unilateral de parte del gestor que surge de una solidaridad *ex ante* y no *ex post* y rogada como en el poder, y no se requiere aceptación del *dominus* por cuanto existe aquí un interés no sólo individual sino general, útil para maximizar los derechos y riquezas de todos, que supera al principio *noli me tangere* que rige en donación, testamento o poder. Cualquier idea de sentimiento conjunto es aquí extraña a la realidad humana de lo que sucede y cualquier exigencia de aceptación es contraria a su relevancia social. Ello compone un negocio jurídico unilateral del gestor y no un mero acto jurídico semejante a los negocios jurídicos o “acto real independiente de la voluntad”, (como considera FLUME).¹²⁸¹

¹²⁸⁰ FLUME, W., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 146.

¹²⁸¹ FLUME, W., *ibidem.*, pg. 176.

El condicionamiento a la utilidad producida, (artículo 1.893 CC)¹²⁸², se debe a que la imperatividad pública que anuda efectos jurídicos al plan personal del gestor se justifica por razón de la conservación y productividad de riqueza general para todo el contrato social: sólo el enriquecimiento neto computa como riqueza conservada; más allá no interesa al contrato social proteger una empatía, incluso bien intencionada, pero que termina por producir un daño, disminuye la riqueza total y habría de ser discutida, (conflicto), también en términos de habilidad, oportunidad y torpeza.

Negociar tu solidaridad para que efectúes un encargo a mi favor destruye a la acción del apoderado o del gestor como solidarios e ingresa el supuesto en un esquema contractual, (mandato, servicios o cualquier otro). En estos negocios verdaderamente unilaterales aunque material o vitalmente recepticios, (donación, testamento, apoderamiento, gestión de negocios ajenos), es decisiva también la univocidad o unidireccionalidad con que fluyen liberalidad, generosidad, solidaridad o empatía. El matrimonio es también, a mi juicio como negocio personal, un convenio basado en amor, generosidad, solidaridad y entrega mutua, pero el hecho de contemplar un futuro estable común y una vida negocial constante lo insertan en raíles de reciprocidad humana o antropológica constante y, por ello, en una sustancia negocial bilateral. En el mismo sentido el negocio jurídico bilateral adopcional.¹²⁸³

3.5).- Actos orgánicos.- Los actos orgánicos o decisiones corporativas en sociedades, fundaciones, comunidades de propietarios y demás sujetos colectivos deben ser examinados *ad cassum* para apreciar si constituyen meros actos con valor de hechos o

¹²⁸² LASARTE, C., *Comentario del artículo 1.893*, en *Comentarios del Código civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 1951 - 1953.

¹²⁸³ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo V, vol. 2º, décima edición, editorial Reus, Madrid - 1995, pg. 429 y en *El nuevo régimen de adopción*, en Anuario de Derecho Civil, III, nº7/1971, pp. 835 y ss.

resultado, (elevación legal de capital social, de reservas legales, amortización de acciones consecuente a acuerdo de reducción, etc.), actos con valor semejante a los negocios jurídicos, (elección por el consejo de administración entre tres formas de ejecución de una ampliación de capital acordada por la junta), o negocios jurídicos unilaterales, (ampliación de capital voluntaria, cambio de domicilio).

GIRÓN TENA había afirmado que los actos orgánicos no son contratos pero tampoco meros procesos sino, exactamente, actos jurídicos¹²⁸⁴, pero esta oposición entre contrato y acto permite todavía introducir la categoría del negocio jurídico unilateral. MARTÍNEZ SANCHIZ califica los actos orgánicos como actos jurídicos, y la aplica también a las comunidades sin personalidad jurídica, (por constituir un centro de imputación¹²⁸⁵), y a las decisiones del socio único dado que se producen *per modum societatis*.¹²⁸⁶ Sin embargo, a mi juicio habrá de examinarse caso por caso.

La misma idea organicista existe para las personas físicas cuando se relacionan con sus cosas de un modo estanco, aunque ello pueda tener luego relevancia sistemática o reflejos lógicos para otras personas, (establecimiento y cambio de domicilio, destinación de una cosa como pertenencia, adscripción de bienes a una actividad comercial, inclusión de una cosa en un inventario), pudiendo componer verdaderos negocios jurídicos unilaterales. FLUME los califica como actos reales independientes de la voluntad pero también dice que se les ha llamado “actos mixtos”, que “están dirigidos causalmente a un resultado de hecho”, (con relevancia jurídica añadido yo), y que “el factor de la voluntad está en primer plano con más fuerza todavía”, (lo que es la clave siempre en todas estas distinciones).¹²⁸⁷ No es distinta la naturaleza de estos actos de destinación de otros supuestos también

¹²⁸⁴ GIRÓN TENA, J., *Derecho de Sociedades*, ed. Girón Tena, J., Madrid - 1976, pg. 308 y ss y pg. 313.

¹²⁸⁵ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *op. cit.*, pg. 274.

¹²⁸⁶ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *ibidem.*, pg. 275.

¹²⁸⁷ FLUME, W., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 146 - 147.

orgánicos o estatutarios para la propia persona física, (aunque directamente jurídicos), como la declaración para no perder vecindad o civil o para adquirirla.

3.6).- Atomización del negocio jurídico.- GALGANO advierte del peligro que trae consigo la fuerza vinculante de la promesa unilateral y señala que “no se podría permitir a la promesa unilateral operar ilimitadamente sin trastornar el campo de aplicación del contrato y atomizar sus elementos constitutivos.”¹²⁸⁸

Señala GALGANO que ello supondría sustituir la permuta por dos actos unilaterales separados traslativos de propiedad, de modo que cada uno podría pretender el cumplimiento sin haber antes efectuado el suyo, quebrando la garantía sinalagmática. La parte fácticamente más fuerte impondría siempre el despiece del contrato típico en dos o más actos unilaterales de modo que, sin sinalagma, quedaría a su arbitrio, (como más poderoso), el sí y el cuándo de su propio cumplimiento.¹²⁸⁹

Esta atomización es un riesgo siempre presente si se exagera la noción de acto jurídico unilateral y su inconveniente es que rompe las unidades de sentido que pueden hacernos comprender el valor negocial o no del supuesto. Contra ella advertía DE CASTRO Y BRAVO cuando refería que “el supuesto de hecho negocial será generalmente una situación compleja”¹²⁹⁰. Para no caer en ello es preciso apreciar bien en cualquier supuesto dónde se encuentra el significado y finalidad del mismo, ya se trate de negocios bilaterales típicos, de historias negociales complejas o de unilateralidad formales e instrumentales pero no materiales sobre el hecho y vida negocial, pues participan de una unidad teleológica. En los negocios sinalagmáticos existe, además, una cuestión de función social.

¹²⁸⁸ GALGANO F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 229.

¹²⁸⁹ GALGANO F., *Ibidem.*, pg. 229.

¹²⁹⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 25.

Los contratos que generan obligaciones recíprocas pueden producir la parálisis de la vida negocial sin abrir nunca la fase de cumplimiento. Ello porque la simultaneidad de éste es muchas veces imposible de hecho y quien avanza primero su cumplimiento se arriesga a verse burlado. El sinalagma, en este sentido, no sólo permite negar el propio si no se recibió el recíproco, (reservando el gasto procesal público para contratantes que ya han probado su buena fe contractual cumpliendo primero), sino que además premia a este contratante *bona fides* que colaboró a la función social del contrato, (la cual no se alcanza si no se cumple), con una resolución *ex lege*, con una opción sobre las consecuencias de la misma y con un *ius variandi*.¹²⁹¹

4).- NEGOCIO JURÍDICO ADMINISTRATIVO.-

En la doctrina administrativista se distingue entre hecho jurídico, acto jurídico y actos materiales, pero también dentro de los actos jurídicos administrativos han existido posturas que diferenciaron negocio jurídico público y mero acto administrativo, señalando que el negocio jurídico público es unilateral, (KORMANN refutado por DE CASTRO y FLUME, como señalan GARCÍA DE ENTERRÍA Y RAMÓN FERNÁNDEZ, quienes niegan también este concepto).¹³⁰³

Dentro de los negocios se habían citado, por sus efectos, aquéllos que aumentan las facultades de los particulares, (admisión, concesión, autorización, licencia, permiso, aprobación, dispensa), aquéllos dirigidos a limitar tales facultades, (sanciones, expropiación, revocación, nulidad), los que condicionan el ejercicio de un poder por parte de un órgano administrativo y las órdenes administrativas.

¹²⁹¹ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, pp. 808 y ss.

¹³⁰³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *op. cit.*, pg. 556.

Como meros actos administrativos se situaban aquéllos que resultan de manifestaciones de juicio, apreciación y opinión, (consultas, resoluciones, inspecciones, actas, exposiciones), y los que derivan de manifestaciones de hechos, (certificaciones, publicaciones, notificaciones, comunicaciones, inscripciones, apremios, etc.)

Estas distinciones señalan diferencias materiales en los modos de actuar de la Administración de acuerdo con los supuestos de hecho en que se ve competencialmente inculpada y pueden servir para fundar subconjuntos definidos en los actos administrativos, (decisorios externos y no decisorios, resolutorios y de trámite, favorables y de gravamen, de administración activa, consultiva y de control, positivos o denegaciones, independientes o dependientes, causantes de estado o no, originarios o confirmativos)¹³⁰⁴, pero no para sostener una categoría negocial administrativa.

El significado de la voluntad pública diferenciaría al negocio jurídico público unilateral respecto del mero acto jurídico administrativo pero, aunque dentro de la sede administrativa cupiera esta distinción, ello no corresponde con la sustancia que contemplamos en Derecho privado y que determina la separación entre negocio jurídico privado y acto jurídico privado. Es la total libertad de opciones, (para su surgimiento, no para el diseño de su contenido), lo que caracteriza al negocio jurídico patrimonial privado, personal y familiar, conectándolo directamente con el artículo 10 CE, (planes de vida, libre desarrollo de la personalidad). Por el contrario, en la acción administrativa más bien habría de afirmarse que pueden diferenciarse actos formalmente previstos y obligados, en cierto modo automáticos, que pueden estimarse técnicos o ciegos, (manifestaciones o reconocimientos), y actos voluntaristas en cuanto requieren de un juicio que no es ciego sino finalista, que puede admitir diversos resultados no automáticos, (decisión), y que, por ello, exige una voluntad psicológica que no es pura ejecución y que habrá de aportar el servidor administrativo.

¹³⁰⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *ibídem*, pp. 575 - 581.

Sin embargo, estos actos voluntaristas, juiciosos o que requieren un *quantum* de decisión o psicología, (entendimiento, integración y decisión de los que depende que se produzcan, o no, ciertos efectos jurídicos en un modo u otro), no son materialmente libres, pues la administración está sujeta a un estatuto funcional material de servicio al interés general, a las funciones orgánicas del contrato social y a los Derechos humanos directa y verticalmente desde la CE, como señalé anteriormente. Ello significa, p.e., que el negocio jurídico público unilateral voluntarista no puede crear algo contrario al interés público, (licencia urbanística contra planeamiento), y que tampoco aquella creación puede producirse con la libertad de determinarse aquí sí y allá no, siendo así que existe el mismo supuesto de hecho objetivo previsto por la norma, (artículo 14 CE), o lesionando Derechos fundamentales. En este sentido FLUME.¹³⁰⁵

Ello no es accesible a una Administración que está siempre jurídicamente interpelada. La falta de interpelación de las personas humanas en sus decisiones negociales procede del 10 CE y supone que el Derecho humano de libertad y la integridad de su dignidad no permiten guiones de vida patrimonial y personal ni interpelaciones procedentes de historias jurídicamente establecidas. Por el contrario, los deberes públicos y el estatuto formal y material orgánico y funcional se están dirigiendo siempre constantemente a la Administración para deducir una acción, automática o juiciosa, y para que acción y enjuiciamiento se inserten en un marco de referencia tasado y en un significado finalista instrumental y de servicio que permite, (salvo discrecionalidad), crítica y control. No existe vía de hecho del sujeto público sino del servidor administrativo, (aunque genere responsabilidad administrativa principal).

Así la administración no puede proponerse planes ni proyectos de vida ni posee un Derecho humano al libre desarrollo de una personalidad libérrima con infinitas opciones,

¹³⁰⁵ FLUME, W, *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 69 - 72.

pues es una institución servil e instrumental totalmente orientada hacia un destino finalista señalado por un estatuto orgánico y funcional, formal y material que la interpela continuamente. La Administración no conecta con el 10 CE sino con los artículos 39 y ss. CE. En este sentido, en el límite, un negocio jurídico público unilateral sólo sería posible en aquellos ámbitos en los que existiera discrecionalidad para la actuación administrativa, (otorgamiento de carta de naturaleza, artículo 19 CC), lo que también es discutido por FLUME¹³⁰⁷.

4.1).- Actos del ciudadano respecto de la Administración.- En la relación del ciudadano con la administración pueden aparecer situaciones bilaterales, sean yuxtaposiciones, (solicitud de licencia + concesión/denegación), o construcciones, (contrato administrativo, contrato privado, ciertas formas de acción administrativa cooperativa, (convenios y otras formas de cooperación público-privada), etc. Pero o bien la Administración actúa en relaciones de Derecho privado, (siquiera con especialidades)¹³⁰⁸, o bien no puede haber nunca negocio entre la Administración y el ciudadano porque su relación administrativa es siempre vertical y dirigida al principio comunitario, (sumisión pública, normas jurídicas regulatorias de primacía de apropiabilidad pública, normas jurídicas regulatorias de distribución, inexistencia de atribución). FLUME habla en este punto de “el acto administrativo necesitado de cooperación”, sin apreciar tampoco negocio jurídico.¹³⁰⁹

¹³⁰⁷ FLUME sostiene, a mi juicio, un concepto muy restringido de la discrecionalidad administrativa en su ansia de separarla de la autarquía civil y negarla como negocio: debe ejercerse en interés general, está presidida por la idea de deber, limitada de muchas maneras por la Ley y, si no se actúa conforme al deber “existe un defecto en la discrecionalidad o un abuso en la misma y el acto administrativo es defectuoso”, (FLUME, W., *ibidem*, pg. 72).

¹³⁰⁸ Vide DE SOLAS RAFECAS, J.M., ARIÑO ORTIZ, G., *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*, ed. Tecnos, Madrid – 1990.

¹³⁰⁹ FLUME, W., *El negocio jurídico, op cit.*, pg. 72.

Existen supuestos en el ámbito público administrativo en los que una acción administrativa no se desencadenará sin un acto de parte de un ciudadano, acto que es libre para éste: solicitar licencia de obras o no, acudir a urgencias o no. Estas yuxtaposiciones entre un acto humano voluntario del ciudadano y una acción administrativa congruente, (sea para reaccionar en el sentido señalado por el ciudadano o no), ponen de manifiesto, a mi juicio, la posibilidad de la Administración de actuar de oficio o a impulso del ciudadano y no un negocio jurídico unilateral en este punto. Lo cual es una técnica de organización administrativa.

La actuación a impulso del ciudadano, (solicitud, petición administrativa), constituye una técnica de economía social allí donde el estatuto material de la Administración no exija una actuación obligada, (bienes jurídico penales, Derechos humanos, etc.), pues ahorra el esfuerzo social de detectar donde existe una necesidad o un contacto entre Administración y ciudadano. Una función puntual e intermitente al calor de la solicitud ciudadana presenta el coste de su atención pero, si además se exige a la prestadora que vigile, controle y detecte cuándo y dónde surge la puntualidad de su necesidad para proporcionar entonces su servicio sin dilación, en tal caso los costes se multiplican. *No news, good news* o el principio de neutralidad del *status quo* son principios necesarios de economía social. La Administración podría organizarse de otro modo, pero ello sería más costoso.

Al mismo principio de economía y eficacia, (y no a una privatización o entrega del supuesto a la autonomía del voluntad), pertenece la técnica de permitir la participación del ciudadano en el servicio o prestación administrativa o en su diseño, de ser posible. El *petitum* de la demanda o de cualquier prestación pública, la delación voluntaria de la tutela, los poderes en previsión de una incapacidad, la reserva de legitimación en el contratante víctima para impugnar o confirmar, el *ius variandi ex 1124 CC* y, en general, los derechos potestativos *ex lege* responden a esta idea de que la mayor eficacia para actuar un interés

general que se encarna en cabeza de una persona concreta es permitir que esta misma persona, (puesto que ella es quien ha de ser atendida para obtener el bien general mediato), señale cuándo existe un problema y cuál es su solución óptima, evitando a los poderes públicos el coste, la responsabilidad y la ineficacia o menor eficacia en el diseño y ejecución de tal satisfacción, (distribución, menor coste de distribución y mayor exactitud en la distribución).

Muchos pretendidos negocios jurídicos administrativos o procesales y muchas relevancias que se atribuyen a la autonomía de la voluntad en tales sedes no obedecen a un principio de autonomía negocial sino a una técnica del servicio administrativo, un instrumento funcional para la eficacia y economía pública que se manifiesta en el impulso por petición administrativa y en la autotutela por parte del ciudadano mediante derechos potestativos y *facultas* investidas desde lo público, dando participación al propio ciudadano en la ejecución y diseño de su propio servicio administrativo. Estas técnicas se orientan, además, en línea con la dignidad humana de los administrados.

Aquí pueden existir negocios jurídicos unilaterales o bilaterales pero no como negocios administrativos sino como negocios civiles cuando opera la técnica de Derecho público indirecto para conseguir fines mediatos públicos a través de surgimientos o creaciones espontáneas que efectúen ciertos privados, como ocurre con el poder en previsión de incapacidad, autotutela, (unilaterales), o con el desarrollo de funciones y oficios públicos familiares que han de implementarse necesariamente mediante convenios y negocios personales entre los implicados para poder encarnarlas como reales. En estos supuestos los privados han sido incorporados a la organización difusa del Estado en una forma que reserva su libertad creacional civil dado que, de otro modo, tal incorporación no sería interesante y productiva para lo público, (no tiene sentido obligarme heterónomamente a decir cuál creo ser mi mejor sistema de protección o mi mejor guardador y el amor impuesto no es fructífero ni confiable).

5).- EL NEGOCIO JURÍDICO PROCESAL.-

5.1).- Disponibilidad procesal.- El proceso es público y lo es en todas sus posibilidades, sea que se discuta un interés patrimonial privado, (jurisdicción mercantil), un interés público universalista, (Derechos humanos en diferentes jurisdicciones), un interés general esencial, (jurisdicción penal), o un interés comunitario, (jurisdicción contencioso-administrativa). En este sentido la idea de disponibilidad privada procesal parece un oxímoron.

El art. 24 CE establece un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, significando que cada ciudadano recibe, por su cesión de fuerza individual, un *ticket* jurisdiccional de parte del contrato social. Este *ticket* le permite defender sus intereses en el cauce procesal, todos los intereses que pueda tener o estimar concernidos y con toda la fuerza, aplicación e intensidad que quiera emplear dentro de la reglas objetivas del juego procesal, con asistencia letrada o no, con mejor o peor tino.

De parte del contrato social ello sólo significa asegurar que cada persona luche sus intereses con el esfuerzo y preparación que crea oportunos, (ante la jurisdicción y no fuera de ella), de modo que exista siempre una resolución de los conflictos particulares controlada por el grupo; fuera de la jurisdicción no cabe lucha, defensa y fuerza sino acuerdo, negocio jurídico, siendo la transacción el negocio jurídico límite.

Así, el contrato social no asume la obligación de detectar cualquier posible lesión de un interés patrimonial o de encontrar todos y cada uno de los incumplimientos o cumplimientos irregulares, impuntuales o inexactos contractuales, ni de revisar los acuerdos que hayan detenido o solucionado controversias particulares, sino que, con idea de economía y eficacia social, allí donde no existe un deber público que le obligue a actuar de oficio la jurisdicción asume el valor del *status quo: no news, good news*. El contrato

social no empleará más energía ni recursos grupales que aquellos que le sean demandados por el ciudadano mediante la exhibición de su *ticket* jurisdiccional y en tanto se exhiba e invoque. Otra cosa sería injusta socialmente.

Del mismo modo y por idéntica inteligencia de justicia social, el contrato social no busca la justicia o la equidad sino la paz social. Es de aquí de donde surge la necesidad de un punto final, (*non bis in idem* y cosa juzgada procesal¹³¹⁰), sin que se eternice la búsqueda de lo justo ni la satisfacción de un ciudadano irreductible: el cierre se produce de forma imperativa. También surgen de aquí los negocios procesales que algunos autores afirman en la transacción o en el compromiso arbitral o mediación, en el sentido de que el objeto del contrato social en este punto es obtener una resolución pacífica de un conflicto particular aunque sea, (o mejor incluso), sin intervención de Juez, de modo que no producirá un esfuerzo y un coste jurisdiccional cuando, (siquiera por otros medios), se ha conseguido tal finalidad.¹³¹¹

En tales negocios procesales lo que existe verdaderamente es un negocio civil con un objeto procesal o relacionado con el proceso. La transacción se regula en el CC y siendo transacción judicial lo es sólo por recaer sobre asunto litigioso¹³¹². En este sentido GUASP DELGADO y ARAGONESES ALONSO señalan que la transacción es un negocio jurídico y un contrato pero no un negocio jurídico procesal, afirmando rotundamente que la

¹³¹⁰ GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil, Tomo I, op. cit.*, pp. 571 - 578.

¹³¹¹ CAMPO VILLEGAS, E., *Temas que sometidos a arbitraje pudieran ser contrarios al orden público o a normas imperativas*, Anuario de Justicia Alternativa, ed. Tribunal Arbitral de Barcelona y J.M. Bosch editor, Núm. 8/2007, Enero, Barcelona - 2007, pp. 73-78, en concreto pp. 73-74, PEYRANO, J.W., *Teoría y práctica de los negocios jurídicos procesales*, en *Herramientas procesales*, editorial Nueva Tesis, Buenos Aires, - 2013, pg. 346.

¹³¹² GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil, Tomo I, op. cit.*, pg. 559.

transacción judicial, a pesar de su nombre, no tiene carácter procesal. Del mismo modo podemos hablar del contrato de trabajo como negocio laboral, o de contratos sobre empresas como negocios empresariales¹³¹³.

Por su parte en arbitraje el objeto es también el propio asunto litigioso material el cual, si es disponible *ex voluntate* también puede quedar al arbitrio de un tercero elegido por esta misma voluntad, permitiendo el contrato social sustituir al Juez por la persona escogida por las partes para que resuelva. Ello señala una disponibilidad sustantiva por el objeto. Lo mismo sucede en mediación, siquiera en ella no existe decisión sino la aplicación de unas habilidades psicológicas y persuasivas que permitan que, sin resolver el mediador sobre el asunto, los concernidos lleguen a transigir una solución comúnmente aceptable.

En el mismo sentido serían negocios procesales como negocios civiles ordinarios aquéllos sobre medios o valoración de pruebas. La doctrina italiana considera también negocio procesal la prórroga de competencia¹³¹⁴ y puede considerarse que es una renuncia civil ordinaria el propio allanamiento, aunque recaiga sobre posición procesal y se manifieste en el proceso.

Todos estos negocios civiles con objeto procesal o en torno al proceso y sus elementos tienen también como límite de autonomía negocial el no llegar a afectar verdaderamente al contenido esencial del 24 CE, (disponibilidad procesal estricta), cuestión que sucedería cuando recayeran en una sede donde el juez natural es exigencia garantista humana o si se negara a una parte practicar ninguna prueba. En este sentido los negocios jurídicos sobre pruebas a practicar en el futuro fueron rechazados por

¹³¹³ Tal es el concepto de PEYRANO, J.W., *Teoría y práctica de los negocios jurídicos procesales*, en *Herramientas procesales*, *op. cit.*, pp. 345 y ss.

¹³¹⁴ DE LA HUERTA VALDÉS, R., *El negocio jurídico procesal*, en *Revista Letras Jurídicas* nº 7, Enero 2003, ed. Centro Universitario de La Ciénega, Guadalajara, (México) - 2003, pp. 1-12, en concreto pg. 10.

CHIOVENDA¹³¹⁵, y, de aceptarse, habrían de condicionarse a no producir indefensión o empoderamiento.

También nace de esta inteligencia la absorción de anulabilidad procesal en recurribilidad, esto es, la inocuidad para el acto procesal de todos aquellos defectos que no ofenden el 24 CE, que no producen absurdo, imposibilidad o ininteligibilidad y que han sido aceptados, (no protestados, no recurridos), por las partes procesales: ya existe una decisión y una resolución pacífica del conflicto, (pues no se recurre, *status quo*), de modo que no se efectuará el desperdicio de repetir un esfuerzo y un coste jurisdiccional ya producidos y exitosos al haber conseguido paz social, (artículo 242 LOPJ). Desaparece así la anulabilidad procesal y sólo existe nulidad procesal y régimen de recursos jurisdiccionales.

La arbitrabilidad por disponibilidad de la relación jurídica¹³¹⁷ señala una disponibilidad sustantiva “ordinaria” o general para negocios civiles, (sin excitarse adicionalmente el 24 CE y 238.3º LOPJ), en tanto la disponibilidad procesal estricta apunta al 24 CE y 238.3º LOPJ, (indefensión), y no a la materia objeto del proceso, por cuanto las reglas procesales están señaladas para satisfacer el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, (segundo grado), y no el derecho material, (primer grado): el art. 24 CE no otorga derecho a una resolución favorable.

Ambas disponibilidades se unen y no hacen posible ninguna disponibilidad en la adopción por cuanto el proceso judicial tiene una función garantista de Derechos fundamentales y no contenciosa, de modo que lo procesal es genéticamente sustantivo en este punto y no cabe distinguir el derecho material de primer grado y el 24 CE como

¹³¹⁵ CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid - 1992, pg. 126.

¹³¹⁷ CAMPO VILLEGAS, E., *op. cit.*, en concreto pg. 73; ROCA TRÍAS, *Crisis matrimonial y arbitraje*, en Anuario de Justicia Alternativa, ed. Tribunal de Arbitraje de Barcelona y J.M: Bosch, editor, número 6, Febrero 2005, Barcelona - 2005, pp. 171 - 200, en concreto pg. 189 y pp. 197 - 198).

segundo grado: si adoptantes o adoptando manifiestan no querer la adopción antes de que resuelva el Juez lo que ocurre es que no hay negocio civil que garantizar.

Esta disponibilidad procesal y sustantiva que permiten negocios civiles con tales objetos no convierte al proceso en privado, sino que éste es público y siempre público en todos sus órdenes jurisdiccionales: la disponibilidad aquí no deja de ser un medio de Derecho público indirecto para que el contrato social cumpla con la finalidad esencial de resolución pacífica y controlada de conflictos particulares privados en la forma más económica y sostenible posible, esto es, obteniendo sin necesidad de movimiento público, (o de más movimiento público), un *status quo* pacífico.¹³¹⁸

5.2).- Negocio procesal.- De lo anterior resulta la posición negativa de GUASP DELGADO y ARAGONESES ALONSO: “los efectos jurídicos de las declaraciones de voluntad no se derivan inmediatamente de ésta, sino mediatamente, a través de otra declaración de voluntad del órgano jurisdiccional que recoge la de la parte... el concepto de negocio jurídico se mueve siempre en la órbita del Derecho privado y no es adecuado para designar realidades que pertenecen a otro sector del mundo del Derecho”¹³¹⁹, remachando en sede de transacción: “Contra esta tesis no cabe formular objeciones en apariencia sólidas pero en el fondo carentes de valor”¹³²⁰.

El mundo procesal es un universo de actos jurídicos pero no de negocios jurídicos, lo que convierte en inexplicable a la adopción como especie procesal: si es acto procesal no visibilizamos la espontaneidad intrínseca a su surgimiento; si es negocio sólo puede serlo fuera y antes del proceso. Como diré luego, la única congruencia, a mi juicio, procede de

¹³¹⁸ No obstante, PEYRANO defiende una disponibilidad sustantiva y procesal, (PEYRANO, J.W., *op. cit.*, pg. 345)

¹³¹⁹ GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil, Tomo I...*, *op. cit.*, pg. 307.

¹³²⁰ GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *ibidem.*, pg. 560.

concebir el procedimiento judicial de adopción como un proceso garantista que se superpone como *conditio iuris* al negocio jurídico civil sin aniquilarlo, como siempre ha señalado GARCÍA CANTERO¹³²¹.

También DE LA HUERTA VALDÉS niega la categoría de los negocios jurídicos procesales. Por una parte refiere cómo los acuerdos procesales no son consentimiento o construcción conjunta sino en muchos casos coincidencia, (“coinciden dos actos procesales de cada una de las partes, no en un convenio, sino en la simple coincidencia de actos por el mismo interés”¹³²²), como sucede en la designación de un solo perito en el juicio. Por otro lado afirma que en el compromiso arbitral no hay relación procesal porque no hay vínculo con el Juez, ya sea que el compromiso suceda “antes del juicio, durante el juicio o después de dictada sentencia”¹³²³, de modo que hay negocio jurídico o contrato pero no hay negocio procesal, y ello aunque el compromiso no se explica sin la existencia de proceso, (real o hipotética). Y respecto de la transacción considera que “es un contrato regulado por el Código civil” y que “es un negocio, pero de carácter privado y no procesal”, añadiendo que “también es cierto que el convenio de transacción será aprobado por el juez, sin embargo, esta intervención judicial no le otorga el carácter de acto procesal porque se limita a sancionar la transacción, sin resolver controversia alguna, porque la controversia está ya resuelta por el contrato de transacción.”¹³²⁴

¹³²¹ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral ...* Tomo V, vol. 2º, décima edición, *op. cit.*, pg. 429 y en *El nuevo régimen de la adopción*, en Anuario de Derecho Civil, III, nº7/1971, pp. 835 y ss.

¹³²² DE LA HUERTA VALDÉS, R., *op. cit.*, pg. 10.

¹³²³ DE LA HUERTA VALDÉS, R., *ibidem.*, pp. 10 - 11.

¹³²⁴ DE LA HUERTA VALDÉS, R., *ibidem.*, pg. 11.

Y concluye este autor: “Por las razones que hemos dado, creemos que los llamados negocios procesales son negocios jurídicos pero no actos procesales en sentido estricto, por lo cual ponemos en duda la denominación de negocio jurídico procesal”.¹³²⁵

Por último ROSENBERG señala que es una distinción infructuosa en el campo del Derecho procesal, (no así en el del Derecho civil), porque todos los actos de las partes tienen por principio la misma regulación y no tienen ninguna diferencia porque satisfaga, una u otra, las exigencias de las declaraciones de voluntad de Derecho privado, por asentarse en otros caracteres la diferencia entre los actos de parte.¹³²⁶

Por otra parte, un concepto de negocio procesal como negocio del órgano jurisdiccional no es posible por los mismos motivos señalados en el negocio jurídico administrativo, y se constreñiría a negocios unilaterales del Juez, Secretario o funcionarios judiciales en que existiera arbitrio y juicio. En este sentido el gran negocio procesal sería la sentencia misma.

Construir un negocio procesal cuando existe un negocio civil, (transacción, adopción), que se atrae al proceso y es recogido por el Juez, (transacción judicial aprobada, aprobación judicial de la adopción), no hace sino enterrar el único negocio existente, (el civil), bajo lo que no es negocial ni propiamente formal sino, a mi juicio, un requisito garantista, (del 24 CE en la transacción¹³²⁷, de una miscelánea de otros muchos Derechos fundamentales de varias personas en la adopción).

¹³²⁵ DE LA HUERTA VALDÉS, R., *ibidem.*, pg. 11.

¹³²⁶ ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ediciones jurídicas Europa América, Tomo I, Buenos Aires – 1955.

¹³²⁷ Este carácter garantista debe prestigiar la homologación judicial: el juez no resuelve pero, a mi juicio, puesto que el 24 CE se vence por 10 CE, debe comprobar no sólo la legalidad y disponibilidad del objeto transigido sino la capacidad, libertad y realidad de los consentimientos.

No obstante, es con esta idea que se defiende, como diré luego, que la adopción constituiría un “acto jurídico de naturaleza mixta o compuesta de carácter predominantemente procesal” considerando que la “declaración del órgano jurisdiccional que recoge la de la parte”, o las de las partes, empaqueta todo el proceso y produce un acto único de la jurisdicción, unilateral, omnicompreensivo y complejo.¹³²⁸

6).- EL DERECHO A DISCRIMINARTE.

Referí anteriormente cómo la esencia de la autonomía negocial reside en no necesitar justificarme para elegir contratar o no contratar y, por ello, también si quiero contratar o no contigo, (propósito psicológico, decisión o plan de vida propio), y no tanto en la virtud normativa sobre el contenido de nuestra relación, (FLUME, ALFARO AGUILA-REAL, DÍEZ-PICAZO, VENEGAS GRAU).¹³²⁹

Prueba de que ello es así resulta de ser mucho más numerosos los supuestos de contratos reglamentados respecto de los casos de contratos impuestos, así como del hecho de que donde el contrato está dictado o normado no caben grises, en tanto sobre la libertad de discriminarte existe una ponderación diluida o rebajada del principio y Derecho fundamental de igualdad y no discriminación, diferenciando así en gran medida su eficacia en el ámbito de las relaciones privadas frente a las públicas. Esta ponderación no debe ocultar aquí una advertencia en sentido contrario cuando la igualdad está reforzada o

¹³²⁸ JARUFE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 57.

¹³²⁹ FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter band Das Rechtsgeschäft, op. cit.*, pg. 12; ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 120; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato, 6ª edición, op. cit.*, pg. 155; VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 213.

demandada sustancialmente en ciertas suertes de estas relaciones horizontales, (internormatividad conyugal).

Señala BERCOVITZ que “es inherente al propio concepto de autonomía privada el predominio de la voluntad individual sobre la igualdad: se contrata con quien se quiera y como se quiera, se dispone en testamento a favor de quien uno quiera y como se quiera, se dona a quien se quiera y como se quiera, se asocia uno con quien quiera y para lo que se quiera... se ejercen los derechos frente a quien uno quiera...”¹³³⁰

DE PABLO CONTRERAS señala también que “No hay cuestión, por tanto en el fundamental aspecto de la autonomía privada consistente en la libertad de llevar a cabo el acto o no concluirlo, como tampoco, en su caso, en la de elegir con quien hacerlo: ni antes de que emita mi declaración de voluntad puede tener nadie un derecho fundamental a que le elija como destinatario de la misma, ni después de elegido éste podría nadie invocar un derecho constitucional, (el problema se plantea sobre todo con el de igualdad), para que modifique mi elección o para que le elija también a él.”¹³³¹

En este sentido, se suele admitir que la cláusula general de igualdad se dirige principalmente al Estado y no a los particulares y que la prohibición de discriminación vincula con distinta fuerza a los poderes públicos y a los privados por la percusión en las relaciones horizontales de éstos del valor de la autonomía de la voluntad.¹³³²

¹³³⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Principio de igualdad y Derecho Privado*, en Anuario de Derecho Civil, tomo XLIII, fascículo 2, Abril-Junio de 1990, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1990, pp. 369 - 428, en concreto pg. 424.

¹³³¹ DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona, op. cit.*, pg. 237.

¹³³² VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 214; RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, ed. Tecnos, Madrid - 1986, 64 y ss. y 156 y ss.

6.1).- Igualdad de trato.- El mismo Estado que reconoce y garantiza los Derechos fundamentales no puede exigir a los particulares que se sometan a las exigencias del principio de igualdad en sus relaciones privadas.¹³³³ El TC señala que “ningún precepto, ni constitucional ni ordinario, (salvo en ocasiones el principio de buena fe...), obliga a una persona a ejercitar sus derechos subjetivos o sus acciones de forma idéntica frente a sujetos pasivos diferentes sin que... puedan medirse los móviles que a tal actuación impulse... es claro, por ejemplo, que un acreedor puede ser enérgico frente a un deudor y no serlo frente a otro, o reclamar prontamente la deuda de uno y condonarla total o parcialmente a otro”, (Auto TC 1069/1987)¹³³⁴.

6.2).- Discriminación.- De lo anterior resulta que el mandato de igualdad no puede imponerse absolutamente en las relaciones horizontales entre particulares por razón de estar regidas por un principio de autonomía negocial donde cada uno ha poder hacer lo que precisamente quiera. No obstante, el principio de igualdad bajo la forma de no discriminación¹³³⁵ puede tomar y toma también eficacia en tales relaciones privadas, (pues la intersubjetividad supone no hallarnos en sede de *privacy*), si bien el hecho de encontrarnos con el hueso mismo de la autonomía negocial determina que sea necesaria “una intención discriminatoria injustificada”, esto es, “que se discrimine por discriminar”¹³³⁶ y que alcance cierta entidad. De este modo NIPPERDEY refiere que “en caso de duda prevalecerá la presunción de libertad”.¹³³⁷

¹³³³ RÜFNER, W., *Wirkung der Grundrechte in Privatrecht, (Drittwirkung)*, en ISENSEE, J. y KIRCCHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik, Tomo V*, ed. C.F. Müller, Heidelberg - 1992, pg. 556.

¹³³⁴ VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 216.

¹³³⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, pp. 285-287.

¹³³⁶ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Libreria Almedina, Coimbra - 1987, pg. 299.

¹³³⁷ NIPPERDEY, H.C., *Grundrechte und Privatrecht...*, *op. cit.*, pg. 32.

En esta ponderación entre eficacia directa del principio y derecho de igualdad como no discriminación y libertad contractual como *Abschlussfreiheit* la doctrina señala como criterios principales la presencia de empoderamientos fácticos privados y la afectación a la dignidad humana.

6.2.1).- Posición de dominio.- QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO señala que cuanto mayor sea la falta de autonomía real mayor intensidad e incidencia del principio y derecho de no ser discriminado deberá ocurrir¹³³⁸ Por su parte VIEIRA DE ANDRADE considera que el principio de igualdad debe prevalecer sobre la libertad negocial cuando ciertas personas detenten una posición de dominio, no tolerando entonces que “se invoque la libertad negocial para escoger arbitrariamente a la contraparte o imponer la exclusión de terceros.”¹³³⁹

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO se refiere en este punto a discriminaciones manifiestas de especial alcance, esto es, con la trascendencia social indispensable que permita comprenderlas en el orden público, pues este autor considera que aquí la figura jurídica eficaz es la cláusula de orden público antes que la eficacia directa del derecho de igualdad y no discriminación.¹³⁴⁰

Desde posiciones de eficacia directa constitucional, BILBAO UBILLOS considera también que “la expresa prohibición [del art. 14 CE] funciona como un límite externo de la libertad negocial que puede determinar la invalidez de las normas, actos o negocios jurídicos, (contratos, estatutos de asociaciones, testamentos...), que infrinjan dicha prohibición”, no siempre y de plano sino ponderando una serie de criterios entre los cuales los más típicos y fundamentales son la posición dominante y la afección de dignidad

¹³³⁸ QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *op. cit.*, pg. 61.

¹³³⁹ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., *op. cit.*, pg. 291

¹³⁴⁰ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Principio de igualdad y...*, *op. cit.*, pg. 414-415. En contra RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *op. cit.*, pg. 266 y ss.

humana.¹³⁴¹ ALFARO ÁGUILA-REAL liga esta cuestión con la doctrina del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo.¹³⁴²

6.2.2).- Dignidad humana.- VIEIRA DE ANDRADE, ALFARO AGUILA-REAL, BILBAO UBILLOS y REY MARTÍNEZ¹³⁴³ señalan cómo el margen de arbitrariedad de la libertad y autonomía negocial no alcanzan para producir discriminaciones que atenten de forma intolerable contra la dignidad humana de los marginados, lo que implica una ponderación entre tal arbitrio y esta igualdad/dignidad: no toda discriminación excitará aquí una constricción de la autonomía negocial sino, tan sólo, cuando la defensa de la libertad contractual ponga en riesgo “el núcleo esencial de la dignidad o integridad moral de la persona discriminada”.¹³⁴⁴ En este sentido ALFARO ÁGUILA-REAL sistematiza unos criterios para detectar con cierta objetividad situaciones vejatorias.¹³⁴⁵

VENEGAS GRAU subraya cómo estas reflexiones conducen a una idea de igualdad/dignidad y de igualdad/libertad, de modo que este principio de igualdad, estrechamente unido al de dignidad humana y autonomía real, no conduce a una restricción de la autonomía negocial sino que es indisoluble de ésta, fundando una libertad igualitaria que conmixtiona libertad como núcleo e igualdad como complemento inseparable, la

¹³⁴¹ BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., *Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional*, en ARAGÓN REYES, M., y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., *La constitución y la práctica del Derecho*, Tomo I, ed. Aranzadi-BCH, Madrid - 1998, pp. 243-340, en concreto pg. 276.

¹³⁴² ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 107.

¹³⁴³ VIEIRA DE ANDRADE, J.C., *op. cit.*, pg. 294; ALFARO AGUILA-REAL, J., *Libertad e igualdad en el derecho de asociación*, en VVAA, *Los alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, ed. Casino de Irún, Irún - 2000., pg. 133; BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., *op. cit.*, pg. 273.

¹³⁴⁴ BILBAO UBILLOS, J.M., *op. cit.*, pg. 403.

¹³⁴⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pp. 118 - 199.

autonomía privada pilar del Estado liberal y la igualdad que trae consigo el Estado social.¹³⁴⁶ También ALFARO ÁGUILA-REAL.¹³⁴⁷

Hoy día la autonomía eje del Derecho privado ha de comprenderse como una autonomía real y no meramente formal, de modo que incorpore criterios materiales de justicia que pueden criticar la pura fuerza convencional. Así la eficacia directa de los Derechos fundamentales y de la igualdad en las relaciones horizontales entre privados no niega la autonomía negocial sino que la funda, nutre y asegura en su mejor y mayor implementación, como señalan NEUNER, (sin *Drittwirkung* inmediata no hay autonomía privada¹³⁴⁸), y ALEXY, (la plena realización de la autonomía individual pasa por la máxima protección de los Derechos fundamentales¹³⁴⁹).

No obstante, ello no deja de recordar la idea de KANT, (que luego él mismo consideró ingenua), acerca de asegurarse la legitimidad de la voluntad general por cuanto yo no daré mi consentimiento a una ley inmoral y su creencia en un legislador y un revolucionario que precisamente quieren ser morales.¹³⁵⁰

6.2.3).- Igualdad específicamente demandada.- Como dije antes, esta ponderación con inclinación hacia la libertad y la autonomía personal y negocial y el principio de consentimiento formal deberán ser corregidos en sentido restrictivo cuando nos encontremos en una sede en la que el principio y el derecho de igualdad estén específicamente convocados con valor sustancial, (moral), como ocurre en las relaciones interconyugales desde el artículo 32 CE. Ello supone que sobre los pactos y convenios que concluyan los cónyuges existirá constantemente una crítica desde el Derecho fundamental

¹³⁴⁶ VENEGAS GRAU, M., *op. cit.*, pg. 223.

¹³⁴⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 114.

¹³⁴⁸ NEUNER, J., *Privatrecht und Sozialstaat*, ed C.H.,Beck'sche, München - Berlín - 1962, pg. 154.

¹³⁴⁹ ALEXY, R., *op. cit.*, pg. 522.

¹³⁵⁰ MAREY, M., *op. cit.*, pg. 531; REQUEJO COLL, F. y VALLS PLANA, R., *op. cit.*, pg. 129.

de igualdad como reto a su eficacia sustancial, sin poder conformarnos con la igualdad formal que resulta de la prestación de consentimientos, cuestión que abordaré con posterioridad en otro lugar. En esta demanda constitucional de igualdad sustancial donde se explica el hecho de imponer las *litis expensas* a costa del recíproco cónyuge, pues, en otro caso, estando ante dos individuos sin deberes, oficios conyugales ni exigencias sustanciales de igualdad, resulta ininteligible.¹³⁵¹ No acepta esta especial demandad de igualdad RAMS ALBESA que propone derogar el art. 1328 y no utilizar el 32 CE para “evitar la aplicación democrática y liberal del art. 1.255 CC”.¹³⁵²

¹³⁵¹ Sobre *litis expensas* en el proceso divorcista véase el comentario de GARCÍA CANTERO a la STS de 2 de Abril de 2012 en Anuario de Derecho Civil, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 2014, pp. 1934 - 1935.

¹³⁵² RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 77.

CAPÍTULO VI).- NEGOCIO JURÍDICO PERSONAL.¹³⁹¹

¹³⁹¹ Bibliografía fundamental para este capítulo: ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, op. cit.; ASÚA GONZÁLEZ, C.I., op. cit.; BUSTOS PUECHE, J.E., *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, ed. Dykinson, Madrid - 1996; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen primero, 12ª edición*, op. cit.; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral, Tomo V, vol. 2º, décima edición*, ..., op. cit.; CICU, A., SENTIS MELENDO, S., traductor, *El Derecho de Familia*, Ediar, Sociedad Anónima de Editores, Buenos Aires - 1947; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit.; *Derecho Civil de España, Tomo I*, en *Derecho Civil de España, Volumen I*, op. cit.; DE LORA DEL TORO, P., *¿Ser o no ser?...*, op. cit.; DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T. I, Introducción. Teoría del Contrato, 6ª edición*, op. cit.; DíEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. 1, 3ª edición*, ed. Tecnos, Madrid - 1.980; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, op. cit.; FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit.; GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil, Tomo I...*, op. cit.; HARRIS, M., *Antropología...* op. cit.; GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre la Representación Legal en el Derecho de Familia*, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Varios Autores, ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia - 1989, *La crisis de la sexualidad...*, op. cit., *La filiación en el caso...*, op. cit., *El nuevo régimen de la adopción*, op. cit.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., op. cit.; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia...*, op. cit.; JARUFRE CONTRERAS, D.W., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español, adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, ed. Dykinson S.L., Madrid - 2013; LALANA DEL CASTILLO, C., *La pensión por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio*, J.M. Bosch editor, Barcelona - 1993; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de familia*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1974, *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar*, en *La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 3/1982, ed. La Ley actualidad, Madrid - 1982, pp. 727 - 730, *Elementos de Derecho Civil, II, 3º*, ed. Bosch, Madrid - 1992; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, op. cit.; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad extracontractual...*, op. cit.; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, en *Revista Española de Derecho Canónico*, volumen 64, número 163, 2007, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca - 2007, pp. 703 - 744; *A cada uno su familia...*, op. cit., *En torno al concepto de persona*, op. cit., *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad*, en *Anuario de Derecho Civil*, ed. Ministerio de

1).- NEGOCIO PERSONAL Y NEGOCIO PATRIMONIAL

IHERING señalaba: “Es inconcebible que en el actual derecho moderno se sostenga que toda obligación debe tener un valor patrimonial. Es esta una teoría errónea, pues... ¿Cómo ocultar realidades como los contratos matrimoniales, como los actos de filiación?”¹³⁹² Ello es una llamada de atención sobre la existencia de vida jurídica fuera de la sede materialista, vida que habrá de ser construida y percibida de acuerdo con su propia esencia.

Es indudable que el ámbito personal y el Derecho de la persona no pueden presentar libertad en el mismo sentido que la autonomía patrimonial, so pena de convertir lo íntimo y personal en contractual y de transformar en economicista y pactista al amor. Ello enfrentaría al Derecho con uno de los imposibles jurídicos, la juridificación de emociones y

Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid - 1992, pp. 1391 - 1498, *La adopción, entre los derechos...*, *op. cit.*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona*, *op. cit.*; MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *op. cit.*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*; MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.*; PANTALEÓN PRIETO, F., *Técnicas de reproducción y constitución*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, número 15, Madrid - 1993 pp. 129 - 160; PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*; *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*; RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*; ; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, *op. cit.*; VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la protección jurídica...*, *op. cit.*; *La figura legal del anonimato del donante ...*, *op. cit.*

¹³⁹² IHERING, R., GONZÁLEZ POSADA, A., traductor, *3 estudios jurídicos, del interés en los contratos, la posesión, lucha por el derecho*; ed. Atalaya, Buenos Aires - 1947, pg. 9.

sentimientos y la ininteligible coerción de su producción en un alma. (DE CASTRO Y BRAVO, ROCA TRÍAS, FLUME¹³⁹³).

Ya expuse también con anterioridad cómo ello conducía a que en sede personal exista, en principio, la negación del acto propio, la reversibilidad de consentimientos o permanente actualidad de voluntad y, en consecuencia, la ausencia de justicialidad directa y específica *ex conventione*. Aun en el caso de existir un pacto o convenio personal, una actuación jurisdiccional sobre la conducta de alguno de los implicados no procedería de la fuerza convencional sino de la naturaleza absoluta de los derechos fundamentales concernidos¹³⁹⁴, la cual produce directamente y *per se* prescripción moral y jurídica, (*Drittwirkung* directa). Lo que alegaría el actor ante el Juez civil no sería el pacto mismo sino, directamente, el Derecho fundamental de que se trate. Si el Juez coincide con lo previsto en el convenio es porque aquél acertó con la mejor co-articulación u optimización posible. En su caso, las limitaciones del Juez civil por el *petitum* desaparecen si el demandado reconviene con base en un derecho de libertad personal o invocando ser lesivo el convenio para el Derecho fundamental suyo que fue objeto de la cohonestación convencional.

Por ello no son los pactos específicos, (que estarán en principio sujetos a reversibilidad y revisión judicial), sino las cláusulas de resarcimiento o reparación por lesiones, daños o costes de oportunidad, (cuando se produzca un ejercicio de libertad injusto), los que podrán otorgar aquí un instrumento para que las partes disciplinen, (siquiera indirectamente), sus conductas futuras, salvo: 1) que se haga imposible el

¹³⁹³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 37; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, op. cit., pg. 63; FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 115.

¹³⁹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona*, op. cit., pg. 553.

ejercicio de la libertad ajena por la desproporción entre indemnización y capacidad económica del dañador o 2) que sea enormemente desproporcionada la protección del acreedor frente al condenado, (intensidad).¹³⁹⁵

Cuando se aplica una indemnización su fuente no es propiamente convencional, pues reprimir la injusticia del daño en la sede personal es un principio y objetivo público indisponible en la medida de equilibrio institucional y razonabilidad que el contrato social señale. Pero la fuente convencional puede ayudar a detectar y calificar esa razonabilidad del daño y de la indemnización, a señalar protocolos de evitación y, como digo, a disciplinar o introducir un principio normativo en la relación personal, siquiera exista siempre una tensión entre la utilización de esta posibilidad normativa indirecta interpersonal vía indemnizatoria, la facultad moderadora general de la jurisdicción en este punto, (1154 CC), y las prescripciones universales de Derechos fundamentales que incluyen el valor de la libertad.

Esta reducción final de las posibilidades normativas interpersonales a lo indemnizatorio resulta de la propia esencia de la dignidad humana por cuanto, como señala LÓPEZ JACOÍSTE, el esquema sujeto/objeto propio de los derechos subjetivos, (que permite negocios jurídicos que creen derechos sobre objetos), no es aplicable a los derechos de la personalidad. En ellos es “la personalidad misma en su plenitud la que se defiende y actúa”, sin que pueda cosificarse una dimensión escindida con entidad objetiva *a se*: hemos pasado del “tener al ser” en la unicidad inseparable de la dignidad humana, fusionando lo objetivo y lo subjetivo con un inexorable “raíz monista”.¹³⁹⁶

Manifiesta así LÓPEZ JACOÍSTE cómo “en los derechos de la personalidad las vertientes subjetiva y objetiva vienen necesariamente ensambladas. Pero no se trata de una conexión meramente funcional u ocasional, sino institucional, constitutiva y

¹³⁹⁵ ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 105.

¹³⁹⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 362-363.

determinante.”¹³⁹⁷ Cuando estamos ante la persona en sí misma considerada “si se profundiza en el análisis de lo que en realidad está en juego, reluce la indivisible cualidad de la propia plenitud, y no un bien o unos bienes de entidad separable... por lo que, en una consideración sustancialista, dilúyense en la identidad de la persona, de la cual son atributos... La dignidad de la persona opera así una reconducción de la lingüística del *tener* hacia la ontología del *ser*.”¹³⁹⁸

Ser, hacer y tener nos van alejando de la esencia de la personalidad humana¹³⁹⁹ y nos van permitiendo construir objetos jurídicos que podrán ser tomados directamente por negocios jurídicos y derechos subjetivos, de modo que el Derecho proporcione estos mismos objetos, (tales cuales son), a los negociantes y titulares de derechos sobre ellos, (juridicidad, justicialidad y ejecución específica). Como dije antes, sólo una detracción patrimonial forzada es la conducta apropiada con primacía pública por la sumisión jurisdiccional cuando se utilizó la voluntad como fuente de obligación jurídica. El valor de la detracción patrimonial en sede materialista puede implicar ejecución tanto satisfactoria como transformadora pero existe una equivalencia sustancial u ontológica en todos los casos porque los objetos, bienes, intereses y derechos son siempre patrimoniales, (*money to money*). Por el contrario, no hay equivalencia sino mutación radical en el señalamiento de un *pretium doloris* en lo personal. Un forzamiento personal en la jurisdicción ejecutiva civil, (más allá de no poder resistirse a sufrir una detracción patrimonial), sólo puede tener lugar por la percusión de un derecho absoluto que no tiene, (como poder *erga omnes*),

¹³⁹⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 362.

¹³⁹⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 361.

¹³⁹⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, *op. cit.*, pg. 1068; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona*, *op. cit.*, pg. 547.

naturaleza convencional ni significado horizontal, (Derecho real como señorío privado nutrido por la soberanía nacional, Derechos fundamentales).

Es por ello que LÓPEZ JACOÍSTE señala para la obligación *ex conventione* que “...el efecto último de la obligación ha sido y es la ejecución forzosa”¹⁴⁰⁰. Ello significa que *pacta sunt servanda* o *standum est chartae* están condicionados por las posibilidades de la ejecución forzosa diseñada procesalmente. Las posibilidades ejecutivas no son poder de las voluntades privadas por haberse auto obligado recíproca y horizontalmente unas frente a otras, (consentimiento formal), sino que, como antes dije, el poder procede de la naturaleza socio política y pública del negocio jurídico; lo único que hacen los privados es activar o no activar tal poder encerrado en el mismo al excitar cada uno de ellos, (o no), sobre sí mismo el deber político y público de sumisión jurisdiccional, (negocio jurídico como fuente de obligación jurídica). El contrato social, (puesto que crea y sostiene este poder), es quien debe cincelar el alcance y posibilidades del mismo, que es claudicante como específico frente a la persona en sí misma considerada cuando se activa *ex conventione*.

Como señalaba DE CASTRO: “si se solicita la intervención resolutoria del Estado, con el despliegue de todas sus fuerzas, (jueces, funcionarios de la administración, agentes ejecutivos, policía), dicha intervención habrá de tener su propia justificación, y ésta habrá de ser valorada desde el punto de vista de la comunidad, (criterio del bien común)”¹⁴⁰¹.

Es por ello que el artículo 1256 CC es un precepto exclusivamente contractual esto es, del negocio jurídico patrimonial, pues en esta sede tenemos, (por la naturaleza de su objeto, (prestación), sujeto, (patrimonio personal), y apropiación pública jurisdiccional, (detracción material)), una natural ejecutividad específica *ex negotii* que, si es excluida *ab*

¹⁴⁰⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 705.

¹⁴⁰¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*, pg. 12 - 13.

initio, revela no haber juridicidad y justicialidad negocial patrimonial sino otra cosa que no es ya un contrato y no tiene valor jurídico.

Por el contrario, en el negocio jurídico personal toda convención o bien está condicionada siempre por la reversibilidad de consentimientos e inejecutabilidad específica *ex conventione* que exige la dignidad humana, o bien está sujeta y prescrita desde el núcleo mismo de un Derecho fundamental, no por la fuerza del pacto.

En el negocio jurídico familiar, por su parte, no hay posibilidad de condicionalidad, reversibilidad o inejecutabilidad una vez el negocio familiar hizo surgir un hecho familiar, pues ello activa unas funciones públicas y tuitivas que, siendo necesitadas, han de cumplirse por fuerza: el valor imperativo procede de esta percusión vertical de funciones públicas principalísimas del contrato social.

1.1).- Recontractualización de sedes personales y juridicidad consecuencial.-

La inexorable intersubjetividad de los Derechos fundamentales más allá de la sola *privacy* precisa de convenciones y negocios entre las personas humanas; éstas son criaturas y co-usufructuarias de una dignidad que sólo puede encarnarse cohonestando, conversando e interactuando unos con otros, esto es, negociando.

Estos negocios no puede decirse que sean extraños o indiferentes al Derecho cuando precisamente constituyen no el ser del derecho pero sí el propio ser de su ejercicio, esto es, de los Derechos fundamentales en cuanto encarnados. No obstante la combinación de la raíz monista de la personalidad humana y de su libertad y creatividad no permiten una juridicidad específica *ex conventione per se*. No puedo distinguir una parte de la persona sujeta a un forzamiento *intuitu personae* y otra parte de la persona que permanece libre: no hay modo de evacuarla de tal cuestión. Aquí la primacía de apropiabilidad pública desde la LEC no apoya el forzamiento de una conducta personal *ex conventione*, (sería preciso derecho absoluto o deber público y nada de ello existe en el mandato *singularis* convencional). Pero ello tampoco permite afirmar una extrañeza completa a lo jurídico

cuando necesitamos negociar y pactar para disfrutar de estos derechos y de nuestra dignidad humana.

En el Derecho de la persona y en Derecho de familia no rige el tener sino el ser, fusionándose objeto y sujeto en la unicidad que es la persona humana en sí misma considerada. En estos Derechos la convención no puede generar ninguna exclusión de la persona porque la persona está siempre dentro y comprometida. El negocio es necesario porque él es exactamente la posibilidad misma para disfrutar del derecho de la personalidad, pero no puede generar una ejecución específica. Si ésta existe será porque tiene lugar una apropiación o afección pública y vertical desde la prescripción universal de los Derechos fundamentales o por concurrir una función pública principalísima. Ello afirma a la vez la necesidad inexorable del negocio personal y su imposibilidad de tomar significado específico como tal negocio.

La juridicidad consecuencial indemnizatoria es la forma propia con la que pueden tomar valor jurídico indirecto estos negocios, (esto es, una prescriptividad y justicialidad indirecta), sin negarles el carácter de jurídicos aunque esta juridicidad consiste sólo 1) en constituir supuestos de hecho para la doctrina del daño injusto, 2) en una fase negocial de cumplimiento espontáneo y voluntario que nunca derivará en forzoso y coercido en cuanto convenido y 3) en cierto valor normativo para las conductas de los concernidos a partir de la contemplación de las consecuencias indirectas indemnizatorias. No puede predicarse su total ajenidad a lo jurídico so pena de coartar las relaciones personales o su dignidad. Precisan de la atención jurídica y el contrato social necesita contemplarlos jurídicamente por cuanto la total estanqueidad a lo jurídico producirá precisamente un inferior desarrollo de relaciones personales, del mismo modo que las relaciones patrimoniales serían infinitamente menos frecuentes y productivas si no existiera, (*ex* 1101 y 1902 CC), una confiabilidad, un protocolo y una idea de no constituir la humanidad una competencia entre hienas y aviesos.

No obstante FLUME señala: “sólo se pueden celebrar contratos cuando los intereses a cuya satisfacción van dirigidos son dignos de protección conforme al ordenamiento jurídico” y dice que “De este modo queda asegurado que no se llevarán ante los tribunales las relaciones familiares, sociales y de amistad, y que promesas cuyo contenido está muy alejado del ámbito del Derecho no serán objeto de ejecución judicial”.¹⁴⁰² Estos acuerdos, concluye, no pueden hacer surgir una obligación jurídica para la realización de lo previsto en ellos.”

No obstante, como digo, no es posible considerar que no existan intereses dignos de protección jurídica en lo personal, amistoso, familiar o amoroso, sino que lo que ocurre es que la propia dignidad humana, en un ámbito donde se encuentra el ser inmediato de la misma y no es posible evacuarla, imponen que no pueda existir, (como señala FLUME), mandatos *singularis* internormativos *ex voluntate* dotados de ejecución específica. Pero la consecuencia adicional que deduce este autor, (“El pacto por el que se estableciera una pena convencional para el caso de incumplimiento del acuerdo sería ineficaz”¹⁴⁰³), resulta exagerada y contra el interés social, en mi opinión pues: 1) los espacios de libertad y creatividad son siempre a la vez sedes de responsabilidad, (LÓPEZ JACOÍSTE¹⁴⁰⁴), y crear una zona de irresponsabilidad que abarque todas las relaciones no puede ser sino destructivo socialmente y 2) la virtud indirecta para disciplinar y moralizar las relaciones personales desde aquella amenaza económica otorga seguridad jurídica *singularis* y confiabilidad a las entregas y costes de oportunidad que asumimos en tales espacios y relaciones cumpliendo una misión preventiva de protección de los planes de vida que, siquiera tales prevenciones hayan de ser debidamente ponderadas con la propia libertad personal.

¹⁴⁰² FLUME, W., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 115.

¹⁴⁰³ FLUME, W., *ibidem*, pg. 115

¹⁴⁰⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pp. 30 -31.

En este sentido DE CASTRO Y BRAVO refería que “La perfección de un ordenamiento positivo se mide por el grado en que logra moralizar a la sociedad”.¹⁴⁰⁵ Y por su parte RAMS ALBESA admite estas eficacias aunque “algunos lectores pensarán que estos pactos materializan las personalísimas relaciones que conforman la razón del ser del matrimonio...”¹⁴⁰⁶

Atiéndase también la intuición de LACRUZ BERDEJO en 1982: “en el matrimonio, germen de la familia... lo determinante... es el compromiso de los cónyuges ratificado por la ley. No el amor, sino la responsabilidad, la vinculación, pero si falla la predisposición de la ley”, (compárense en este sentido las leyes 13 y 15/2005 con las 11 y 30/1981 vigentes cuando hacía estas consideraciones este autor), “resulta conveniente, casi preciso, volver los ojos al pacto, aunque éste suponga “una correlativa reducción de la zona de intimidad familiar, que deja de ser el antiguo *hortus clausus*”.¹⁴⁰⁷ Ello es inexorable, a mi juicio entre estos co-usufructuarios embarcados en un proyecto cooperativo que son los contrayentes matrimoniales.

Y añade LACRUZ BERDEJO: “La aplicación de la teoría general del contrato adquiere un importante papel en las crisis matrimoniales y familiares. Tras el vendaval que ha arrasado el vínculo matrimonial, quedan ahora unos restos de la familia: la familia rota; un fenómeno de siempre, que ahora adquiere una figura jurídica peculiar e importante.

¹⁴⁰⁵ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 27, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*

¹⁴⁰⁶ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 83.

¹⁴⁰⁷ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar*, en *La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 3/1982, ed. La Ley actualidad, Madrid - 1982, pp. 727 - 730, en concreto pp. 728 - 729.

Esta familia o resto de familia precisa de un estatuto, una disciplina, y es este estatuto lo que puede ser objeto en muchos casos de regulación voluntaria.”¹⁴⁰⁸

En este sentido debe tenerse presente la advertencia de MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ: El matrimonio civil hoy es “no comprometido jurídicamente” e “institucionalmente inestable”, siendo así que “La ausencia de un vínculo tiene un altísimo coste en términos de seguridad jurídica”. Reclama por ello este autor una revitalización del Derecho de familia y del vigor teleológico del matrimonio estableciendo *de lege ferenda* la posibilidad de un matrimonio verdaderamente vincular, (*long term, covenant marriage*), junto a un matrimonio débil, una unión no matrimonial para las convivencias que no entren en la definición jurídica de matrimonio y una nada jurídica absoluta para quienes no quieran o no puedan, (tríos, poligamia islámica, etc.), institucionalizarse.¹⁴⁰⁹

No obstante, como vengo manteniendo, la aplicación de la teoría general del contrato y una revitalización vincular *de lege data* se produce tan sólo en forma de negocio personal, (convención), con las consecuencias antes señaladas para una internormatividad directa y específica. Es por ello también que considero 1) incongruentes aquellas doctrinas que sostienen a la vez la imposibilidad de un pacto de indisolubilidad y, en cambio, el valor automático incluso ejecutivo, (con acción dice el art. 233-5-1 CCC), de la autonomía interconyugal fuera de convenio y de control judicial¹⁴¹⁰, o 2) no completamente exactas aquéllas que sostienen que esta internormatividad conyugal sólo se detiene, como cuestión puntual ante la percusión de un Derecho fundamental o de un interés directo del menor sin apreciar la existencia de una verdadera función pública.

¹⁴⁰⁸ LACRUZ BERDEJO, J.L., *ibidem*, pg. 729.

¹⁴⁰⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, en Revista Española de Derecho Canónico, volumen 64, número 163, 2007, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca - 2007, pp. 703 - 744, en concreto., pp. 737 - 738 y *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pp. 44 y ss.

¹⁴¹⁰ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 66 y pp. 70 -71.

A mi juicio, en todos los casos ocurre lo mismo: el negocio personal carece de ejecutividad específica *per se, ex voluntate*, como convencional, aunque en todos los casos puede existir una derivada indirecta por protocolo, (abuso, daño injusto), la cual puede ser preparada convencionalmente obteniendo cierta seguridad jurídica, confiabilidad o prevención y cierta potencia disciplinaria o conformadora, si bien sólo con una sanción indirecta.

1.1.1).- Multiafectación del negocio personal.- Lo personal es, ciertamente, la base de todo, pues ontológicamente lo único existente como agentes son personas: ni las cosas ni las personas jurídicas privadas o públicas tienen, en este sentido, verdadera existencia real. Es por ello que el negocio personal ofrece derivadas hacia lo patrimonial, hacia la dignidad humana y hacia lo público, produciendo superposiciones y conmixtiones que modelan el valor internormativo y la presencia de *ius cogens* en el mismo.

En la medida en que resulten consecuencias y significados patrimoniales de los negocios personales ello supondrá también la aparición de bienes e intereses que, si son separables de los iusfundamentales, determinarán la escisión del régimen propio de unos y otros.¹⁴¹¹ No obstante, como señalé antes, no siempre la derivada patrimonial permite tal separación. Así DÍEZ PICAZO habla de negocios familiares, negocios atinentes a los derechos de la personalidad, negocios patrimoniales mixtos y negocios patrimoniales¹⁴¹².

¹⁴¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona, op. cit.*, pg. 554.

¹⁴¹² DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T. I, Introduccción. Teoría del Contrato, 6ª edición, op. cit.*, pg. 91.

Nótese, por último, que la propia dignidad humana ha traído consigo, tras una larga evolución¹⁴¹³, la consideración de la persona en sí misma como un todo digno de protección y, por ello, su indemnidad e inviolabilidad como totalidad, lo que convoca para este Derecho la misma atipicidad, creatividad, multifectividad y ausencia de guión que es propio de la vida y personalidad humana. Es por ello que el daño, (como *factum*), característico de la sede personal es un daño moral que no se ajusta a la objetividad y tipicidad del daño patrimonial sino que demanda esencialmente admisión de atipicidad y de innovación sobre el mismo. (LÓPEZ JACOÍSTE).¹⁴¹⁴ De esta forma la juridicidad consecucional personal puede tomar, en principio, infinitas aplicaciones pues, de otro modo, como señala LÓPEZ JACOÍSTE “No podrían éstos configurarse si vinieran acotados por tipos excluyentes. ¿Cómo iban a guardar congruencia con los desarrollos de la personalidad?”.¹⁴¹⁵

1.1.2).- Costes de oportunidad.- Concluir o no concluir un negocio produce costes de oportunidad que en la sede personal y familiar revisten especial relevancia por no ser costes económicos sino vitales íntimos y emocionales. La multifectación del negocio personal también se expresa en extraordinarias posibilidades para padecer costes de oportunidad irrecuperables.

En este sentido, por ejemplo, la descomposición del derecho de fundar familia en los derechos a tener hijo biológico, a tener descendencia, a gestar hijo, o a tener hijo adoptivo determinan que puedan producirse costes de oportunidad sobre cualquiera de ellos

¹⁴¹³ En este sentido VIDAL MARTÍNEZ hace notar la facilidad con que, desde el s.XIX, se incorporó a los ordenamientos jurídicos la categoría de derechos patrimoniales sobre bienes inmateriales y “la extrema dificultad para reconocer y traducir al campo jurídico la protección de la persona sobre sus bienes interiores no patrimoniales”, (VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la protección jurídica...*, *op. cit.*, pg. 1241).

¹⁴¹⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 121.

¹⁴¹⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, *op. cit.*, pg. 1104.

cuando se ejercita cooperativa y negocialmente este derecho en alguna de las formas señaladas excluyendo otras, como en los siguientes casos: 1) la esposa impone la adopción porque no desea estropear su propio cuerpo; 2) el esposo da largas hasta que existe imposibilidad de gestar por falta de tejido ovárico asociada a edad; 3) el esposo excluye emplear TRHA por consideraciones morales, de modo que, ante la imposibilidad de una fecundación natural por la baja calidad del esperma, la esposa renuncia a tener descendiente genético y adoptan; sin embargo, finalmente aquél se divorcia y emplea TRHA con su nueva pareja para tener un hijo biológico, siendo que su *ex-cónyuge* no podrá lograr lo mismo por haber cesado su edad fértil y gestante; 4) el esposo excluye la adopción por desear hijo biológico que, sin embargo no llegan a tener, se divorcia y la edad y la unipersonalidad de la *ex* mujer complican que ésta pueda finalmente llegar a adoptar efectivamente a un menor. No obstante, algunos de estos costes se han visto reducidos desde que es posible la vitrificación satisfactoria de óvulos, (con precio que ha de poderse satisfacer).

Multiafectante y hábil para infligir gravísimos costes de oportunidad personales es el matrimonio, por cuanto masivamente entendemos todavía muchas personas que la reproducción está entre los fines naturales del matrimonio. El matrimonio como hecho humano e institución social tiene un arrastre histórico y un significado en el acervo común que no precisa ser explicitado particularmente y que puede determinar creencias, errores o abusos cuando una parte actúa presuponiendo un contenido que su recíproca no niega o incluso sugiere, imponiendo ello luego costes de oportunidad en relación al derecho a fundar familia. Quizás es el matrimonio es el ejemplo máximo de confiabilidad en la buena cooperación que haya de recibirse por parte de un recíproco en el ámbito personal y, en este sentido, habría de propiciarse que se explicitara en pacto capitular cuál es la idea y el plan de vida matrimonial de cada contrayente, pues ello es la primera condición para no padecer luego injustamente costes de oportunidad o abusos en las entregas recíprocas.

No cabe duda que con la actual ideología de las leyes 13 y 15/2005 no tendrá trascendencia en Derecho matrimonial un incumplimiento de los deberes conyugales asumidos en esta materia convencionalmente por parte de alguno de los esposos, (ni de los legislados *ex* 66-68 CC), así como tampoco ofrece cuestión su inejecutabilidad específica, (p.e. para que quien no desea utilizar TRHA hiciera valer el pliego de deberes conyugales capitulados bloqueando la opción del recíproco salvo que se divorciara previamente). Desde un origen convencional sólo serán posibles aquí indemnizaciones por daños injustos.

ESPEJO LERDO DE TEJADA señala cómo 1) la normalización ideológica que la ley 15/2005 efectúa hacia el divorcio repudio y la trivialización del consentimiento matrimonial a mero impulso subjetivo “reducido en su significado y eficacia a un valor inferior al que representa en cualquier contrato”, así como 2) la insistencia, negro sobre blanco, “en la inutilidad de sacrificar la voluntad de los individuos demorando la disolución de la relación jurídica”, (EM)¹⁴¹⁶, no hacen 3) sino excitar y propiciar la irresponsabilidad y la imposición de costes de oportunidad a quien más quiera y más desee del plan matrimonial, puesto que todas las morales matrimoniales subgrupales han quedado normalizadas por debajo. Ello supone empoderar con el derecho subjetivo individualista *ex lege* divorcista al cónyuge cuya idea matrimonial coincida con la impuesta por el legislador.

Es por ello que ESPEJO LERDO DE TEJADA denuncia cómo desde la EM de la Ley 15/2005 “la regulación insiste en la inanidad del vínculo matrimonial como institución de carácter obligatorio para las partes, eliminando así el claro valor social de los valores implícitos y explícitos que las normas envían a la sociedad”, siendo así que, por el contrario, el matrimonio es “un cauce de autorrealización personal [que] no sólo no

¹⁴¹⁶ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1482.

excluye sino que comporta que el sacrificio de la voluntad se deba necesariamente producir.”¹⁴¹⁷

En este sentido, la exigencia 1) de un desempeño justo en la constitución, seguimiento y extinción del matrimonio, 2) de un consentimiento informado, 3) de una seguridad jurídica y 4) de una confiabilidad, (para conocer qué plan de vida se ha iniciado y qué entregas, renunciaciones y costes de oportunidad desea entonces asumir y asume cada uno de los contrayentes en las distintas sedes multiafectadas por este negocio jurídico familiar), están, hoy día, a mi juicio, demandadas con total justificación.

Todo ello ha de derivar, como señala RAMS ALBESA, en la necesidad de que nuestra sociedad se aficione a los capítulos matrimoniales notariales.¹⁴¹⁸ No obstante, tales capítulos contienen negocios personales sujetos siempre a su especial naturaleza, orientada más bien hacia una juridicidad consecuencial y no directa y a la reversibilidad de consentimientos en ausencia de percusiones adicionales de Derechos fundamentales o de funciones públicas.

1.2).- Contrato y convención.- Conocemos el concepto de contrato, paradigma del negocio jurídico patrimonial¹⁴¹⁹. Una noción de negocio jurídico personal sería la de una unión de voluntades o una manifestación de voluntad unipersonal cuyo objeto es articular e implementar jurídicamente los disfrutes y ejercicios derivados de la inherencia de los Derechos humanos sobre la persona, el libre desarrollo de la personalidad, (artículo 10 CE), y la búsqueda de la felicidad.

Los negocios jurídicos familiares son, a mi juicio, negocios personales que se tipifican adicionalmente como familiares por la percusión en segundo grado de funciones

¹⁴¹⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *ibidem*, pp. 1.482 - 1.483 y 1.484.

¹⁴¹⁸ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 82 - 83.

¹⁴¹⁹ MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *op. cit.*, pg. 268.

principalísimas del contrato social que determinan, *ex extra* y por tal relevancia, decisivas mutaciones en su consideración y tratamiento jurídico. Así refiero la noción de negocio personal a la persona misma antes que acudir al *nomen* “negocios atinentes a los derechos de la personalidad” que refiere DÍEZ PICAZO¹⁴²⁰ o la noción de “bienes de la personalidad” que refiere DE CASTRO BRAVO¹⁴²¹, (negocios personales como convenciones con tales objetos). La raíz monista que señala LÓPEZ JACOÍSTE en la persona humana justifica, a mi juicio, hablar de un negocio personal como tal y su potencia omnicompreensiva se contiene señalando la exclusión de lo patrimonial y de lo familiar.¹⁴²²

Así como el contrato es paradigma para el negocio patrimonial, en lo personal contamos con el término también paradigmático de convención. Convención y contrato contemplan sólo la situación bi o plurilateral; sin embargo, puesto que carecemos de otra dicotomía semejante para los supuestos unilaterales, las usaremos aquí para referirnos a todo el negocio patrimonial y todo el negocio personal.

DÍEZ-PICAZO señala que es contrato “todo negocio jurídico bilateral cuyos efectos consisten en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica de naturaleza patrimonial. En cambio, el negocio jurídico bilateral que recae sobre relaciones jurídicas de otro tipo no merecería según esta idea el calificativo de contrato sino que debería englobarse dentro del género de las “convenciones””.¹⁴²³

¹⁴²⁰ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, T. I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 91.

¹⁴²¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, *op. cit.*, pp. 1.262 y ss.

¹⁴²² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 352.

¹⁴²³ DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial I, Introducción, Teoría del Contrato*, *op. cit.*, pg. 76.

Diversos autores han confrontado también las categorías patrimonial y personal del negocio jurídico bajo los términos convención y contrato en sedes particulares, localizadas. Así PAZ-ARES utiliza la diferencia entre contrato y convención¹⁴²⁴ para distinguir, sin duda, entre sociedad civil y asociación no por el ánimo de lucro sino por la existencia o inexistencia de conmutatividad contractual. La sociedad civil se funda por contrato y, por ello, es jurídicamente conmutativa entre los socios.¹⁴²⁵ Por el contrario, la asociación no se funda en contrato sino en convención y resulta totalmente ajena a ningún concepto de conmutatividad, constituyendo un negocio personal que se incardina en el Derecho de la persona. Así, mientras las cuestiones sociales poseen predominio económico y están orientadas hacia los patrimonios personales de los socios de acuerdo con la conmutatividad, (proporcionalidad respectiva), expresada en la fundación, los problemas asociativos se incardinan directamente sobre la condición de persona de los asociados y sobre su libre personalidad, de modo que los Derechos fundamentales se excitan con perfiles propios de gran intensidad¹⁴²⁶.

Por su parte, también CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ señalan esta diferencia entre convención y contrato con relación al matrimonio: “En derecho civil español, bien puede ser considerado como una convención, dada la reglamentación de la forma del matrimonio que establece el Código Civil, siquiera no implique una verdadera

¹⁴²⁴ PAZ-ARES, C., *Comentario al artículo 1665 del Código Civil*, en *Comentario del Código Civil* ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1.993, pp. 1299-1333, en concreto pp. 1.311. - 1.312.

¹⁴²⁵ Como dije antes, la máquina contractual ejecuta un intercambio conmutativo o de mercado. Por el contrario, la convención obedece una idea de reciprocidad antropológica o intercambio recíproco, flujos que no se miden, pesan ni cuentan cuantitativamente, (HARRIS, M., *Antropología... op. cit.*, pg. 172).

¹⁴²⁶ DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona, op. cit.*, pg. 237.

figura contractual, en el sentido de los contratos propiamente dichos, que tienen por objeto una prestación, (de dar, hacer, o no hacer).”¹⁴²⁷

Expuesto lo que antecede, en lo sucesivo seguiremos utilizando el término de negocio jurídico personal.

1.3).- Regulación expresa de negocios jurídicos personales: Pueden existir negocios patrimoniales yuxtapuestos a negocios personales, o derivadas patrimoniales de un negocio personal que pueden tomarse separadamente aplicando las normas e inteligencias propias de la sede material. Por otro lado, pueden existir negocios personales con derivadas patrimoniales que no son separables de lo personal, (p.e. REM en lo que afecta relevantemente a la funcionalidad familiar), en cuyo caso existe un carácter mixto que no admite la aplicación absolutamente, sin más, de las normas puras de Derecho patrimonial, (aunque RAMS ALBESA señala que el matrimonio no es una norma para la transfusión de patrimonio entre los cónyuges¹⁴²⁸).

En ambos casos sucede que, además de la contemplación personal y familiar, ocurre también que el Derecho patrimonial tiene algo que decir por su absoluta vocación de completitud. La existencia de negocios jurídicos con significado o derivada material, (pero excluidos del Derecho patrimonial por pertenecer al de la persona o al de la familia), imposibilitaría construir la noción de patrimonio personal y de garantía patrimonial universal. Estos conceptos se basan en su absoluta atracción universal de bienes y negocios con deriva materialista hacia el ciudadano para crear un idea objetiva del jugador patrimonial que no comprometa a la persona, (patrimonio personal), pero que atienda a todos los jugadores relacionados con el mismo.

¹⁴²⁷ CASTÁN TOBEÑAS/CASTÁN VÁZQUEZ, en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen primero, 12ª edición, op. cit.*, pg. 29.

¹⁴²⁸ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 115.

Sin esta atracción universal existirían negocios jurídicos que, desde lo personal o familiar, afectarían a la capacidad económica, solvencia y buen fin de los negocios patrimoniales de todos y que, sin embargo, no podrían ser tomados en cuenta por el juego jurídico patrimonial privado. La elección de los jugadores otorgando, (ahora sí, ahora no), jurisdicción patrimonial a sus negocios patrimoniales o manteniéndolos en lo personal y familiar dinamitaría cualquier posibilidad de conseguir en absoluto los fines con los que el contrato social creó el juego materialista privado.

De ahí que la noción de patrimonio personal tenga un carácter absolutamente atractivo y haga gravitar hacia el centro de lo jurídico patrimonial a todos, absolutamente todos y cada uno de los negocios con deriva o componente patrimonial que determinen los individuos, tanto si surgen lateralmente de un negocio personal o familiar como si son directamente un negocio patrimonial *ab initio* y de intento: sólo una percusión vertical del contenido esencial de un Derecho fundamental puede romper esta gravitación, como dije antes, (amortización de personas, mínimos inembargables, deudores hipotecarios, etc.)

Por otra parte, domina también en el Derecho patrimonial un principio de agotamiento de turnos abiertos hacia terceras personas y de respeto mutuo que se derrama en nociones como apariencia, buena fe desconocimiento o confiabilidad. En este sentido, GÓMEZ SÁNCHEZ basa la regulación jurídica del matrimonio en un principio de apariencia para el tráfico, aunque ello, como se dirá en otro lugar, es solo un solo aspecto: “El matrimonio como unidad de consumo es, con casi total seguridad, la figura que tiene presente el artículo 68 del Código Civil, cuando afirma la obligación de los cónyuges de vivir juntos...”¹⁴²⁹

Por otra parte, desde la fuente universal, la función primigenia y legitimadora del contrato social sobre los Derechos fundamentales puede determinar intervenciones del

¹⁴²⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia...*, op. cit., pg. 214.

contrato social en zonas donde lo iusfundamental percute decisiva e intensamente sobre aquellos derechos.

No sólo ello, desde el punto de vista público o social, (con el carácter servil o instrumental siempre señalado en cuanto exista contacto con Derechos humanos), el ámbito personal exhibe numerosos lugares en los que son concernidas funciones esenciales del contrato social. La pareja y la familia son dos de estas trascendentales localizaciones y, en tal punto, a las intrínsecas limitaciones de eficacia de la voluntad en sede personal por universalidad se suman otras adicionales derivadas de la presencia en estos ámbitos de finalidades generales absolutamente precisadas. Es aquí donde apreciaremos, por ejemplo, la necesidad e indisponibilidad del contenido de la convención matrimonial o, en el mismo sentido, la indisponibilidad para adoptante y adoptado del contenido de la patria potestad¹⁴³⁰.

Por otra parte, la juridicidad no es sólo justicialidad como esfuerzo y coste jurisdiccional, sino que también la regulación jurídica de una especie, situación o institución implica un coste público y social, (cuando menos la producción de un acto legislativo), y tal contemplación, regulación o reconocimiento legislativo habrá de suponer también cierta protección o garantía a favor del contrato social dado que con ello ha abierto la puerta a alguna contemplación pública adicional, (lo consagrado jurídicamente puede acceder a consideraciones de justicia y retribución social).

Es por ello que el ordenamiento jurídico sólo se ocupa legislativamente de las situaciones personales más reiteradas, típicas y trascendentes para el grupo, esto es, aquellas que forman verdaderos institutos sociales y humanos desde su naturaleza meramente personal o íntima y que, por su centralidad, generalidad e importancia se cruzan

¹⁴³⁰ Así LACRUZ, “La calificación del acto generador del vínculo matrimonial como acuerdo de voluntades no implica la disolubilidad de aquél ni impide la formación de un *status* permanente, regido por normas imperativas, (LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de familia*, ed. Librería Bosch, Barcelona, 1974, pg. 38).

y conmixtionan inseparablemente con cuestiones patrimoniales, nuclearmente con los Derechos humanos, (incluso creando empoderamientos fácticos, dependencia), y con funciones esenciales del contrato social, (matrimonio, filiación, patria potestad, dependencia, etc).

En estos lugares típicos, reiterados y centrales para lo social, el contrato social se ocupará de garantizar que tales negocios jurídicos personales no puedan nunca ni en ningún momento perturbar la garantía patrimonial universal, (donación del donante con deudas), los Derechos humanos, (donación del donante que se autoamortiza), ni las funciones esenciales del contrato social, (la donación sin reserva de congrua enriquece al donatario a costa de la justicia social, pues el donante provocará costes o ayudas públicas).

La forma más determinante de lograr este objetivo es no permitir a las personas modificar el contenido que está tasado *ex lege* como respetuoso de todos aquellos bienes y necesidades, de modo que su voluntad se agota en decidirse a asumir particularmente para ellos el contenido de aquel negocio legislado, (colocándose en las posiciones recíprocas de cónyuges) o, en otro caso, no poder activar negocio jurídico sobre ellos, (matrimonio con dos mujeres simultáneamente), o crearlo sin el efecto prohibido, (donación de bienes presentes y futuros, (art. 635 CC), donación con exención de pago de deudas del donante quedando insolvente el donante por tal solo negocio, (art. 643 CC)).

Ello separa en muchos de estos negocios la *Abschlussfreiheit* y la *Gestaltungsfreiheit* incluso de un modo absoluto. Y ello aun cuando los otorgantes protestaran que su creación fuera más respetuosa con los Derechos humanos, pues la mayor, más eficaz y económica garantía de estos bienes y funciones principalísimos está precisamente en no trastear con ellos, esto es, no permitir que existan especies descontroladas que hayan de ser detectadas, localizadas, analizadas, y, sólo entonces y después de tal esfuerzo público, aprobadas o rechazadas, de modo que no puede existir un matrimonio bígamo o una adopción por documento privado ni siquiera como vía de hecho,

(como ocurre, por el contrario, con la vida fáctica del negocio inválido). En los negocios familiares existe un sello o marchamo de legalidad que debe manifestarse estampado *ab initio*.

Ello es posible para otras convenciones que no son típicas, reiteradas y centrales en lo moral y público-social, las cuales sólo verán revisado su diseño en el conflicto puntual *ad cassum* y *sub iudice*, y que son declaradas absolutamente nulas sólo *ex post*, pero no para estas instituciones fundamentalísimas y afectantes al orden social en todos los ámbitos, para las que se disciplina la más absoluta inexistencia si no consta el requisito garantista y público: no hay apariencia de matrimonio sin ceremonia estatal ni apariencia de adopción sin proceso jurisdiccional. Para una protección equivalente debería obligarse a celebrar todos los negocios jurídicos patrimoniales en forma típica, ante el Juez y por aprobación de éste.

En este sentido no me parece adecuada a tal naturaleza la idea que patrocina *de lege ferenda* RAMS ALBESA de convertir en puramente contenciosa a la función jurisdiccional sobre normatividad interconyugal con y sin hijos, considerando que debe bastar un convenio divorcista en escritura pública que, como mucho, se notifique al Ministerio Fiscal sólo si existen menores o incapaces.¹⁴³¹ Existir un contenido imperativo sobre estas convenciones y el valor público y iusfundamental del mismo tiñe a lo contencioso con una función jurisdiccional garantista adicional que exige máxima atención y control.

Se trae también a colación aquí la idea del estado civil para expresar, (p.e. en sede matrimonial), que la sola voluntad de los cónyuges no puede explicar lo que surge tras la

¹⁴³¹ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 115.

celebración del matrimonio¹⁴³² y la noción institucional¹⁴³³, o incluso estatal del acto matrimonial¹⁴³⁴. En el mismo sentido DÍEZ PICAZO a propósito de los matrimonios a término: “En los negocios puros de derecho de familia, precisamente por afectar fundamentalmente al estado civil, es inadmisibile la oposición de cualquier género de término. Una voluntad a término en ellos debe considerarse que hace nulo el negocio.”¹⁴³⁵ En todos casos la inteligencia es la misma: estas convenciones centralísimas son intensamente públicas aunque se encarnen en personas individuales y tengan lugar por su sola voluntad, ello a mi juicio aunque PARRA LUCÁN señala una pérdida de funcionalidad social en los estados familiares.¹⁴³⁶

2).- COLISIÓN HORIZONTAL DE DERECHOS VERSUS DAÑO INJUSTO.

Debe diferenciarse cuándo estamos ante una colisión de Derechos fundamentales en la relación horizontal entre particulares y cuándo estamos considerando un ejercicio

¹⁴³² “... es un contrato, no patrimonial, sino personal social, en resumen un contrato *sui generis* de naturaleza eminentemente compleja”, (CIMBALI, E., GARCÍA ESTEBAN, F., traductor, *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, ed. Sucesores de Rivaneira, Madrid, 1893, pg. 62.)

¹⁴³³ PLANIOL, M., RIPERT, J., *Tratado práctico de derecho civil francés, II, “la familia, matrimonio, divorcio, filiación”*, ed. A. Arzac, París - 1948, pg. 290; REBORA, J.C., *Instituciones de familia, t. II*, ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires - 1970, pp. 20 - 21.

¹⁴³⁴ “El matrimonio es una institución natural y de orden público, y por eso se explica que sea obra del representante del Estado, el oficial del estado civil no se conforma con autenticar el acuerdo de voluntad de los esposos, sino que celebra el matrimonio por medio de una fórmula solemne”, (CICU, A., SENTIS MELENDO, S., traductor, *El Derecho de Familia*, Ediar, Sociedad Anónima de Editores, Buenos Aires - 1947, pg. 336).

¹⁴³⁵ DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, vol. 1, 3ª edición*, ed. Tecnos, Madrid - 1.980, pg. 164 - 165.

¹⁴³⁶ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 117.

abusivo o dañador injusto del Derecho fundamental que resultó ponderado como preferente en el caso concreto. Que un derecho sea fundamental no significa que pueda ejercitarse abusivamente, ya sea que contacte con bienes e intereses iusfundamentales o con otros ordinarios. Así JIMENA QUESADA señala que “...resulta insoslayable partir del acervo civilista... para precisar el alcance de esta categoría en clave constitucional, es decir, desde la óptica de la *teoría de los derechos fundamentales...*”¹⁴³⁷; “la aportación civilista se traslada del ámbito privado al terreno público, (así del Derecho Civil al Derecho Constitucional, o de la categoría del derecho subjetivo a la categoría del derecho fundamental)”¹⁴³⁸.

Y VIVAS TESÓN manifiesta cómo “el Tribunal Constitucional ha señalado, en relación al ámbito laboral –el cual fue, precisamente, el que dio origen, en Alemania, a la doctrina de la *Drittwirkung-*, que los derechos fundamentales no son ilimitados, razón por la cual el ejercicio de los mismos ha de llevarse a cabo sin rebasar los límites que para ellos vengán establecidos. En particular, todos los derechos han de ejercerse de acuerdo con los dictados de la buena fe...”¹⁴³⁹

No obstante, a mi juicio el diseño individualista de los derechos subjetivos de aborto y divorcio imposibilitan construir una doctrina de ejercicio abusivo en ellos salvo que se niegue la mayor, esto es, su propio carácter individual y estanco *ex lege*.

Un problema de colisión enfrentó el TC en SSTC 73/1982 de 2 de Diciembre, 170/1987 de 30 de Octubre y 129/1989 de 17 de Julio, en las que resolvió que “el derecho a la intimidad de las personas no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula”, (lo que significa una colisión de Derechos fundamentales con funciones

¹⁴³⁷ JIMENA QUESADA, L., *op. cit.*, pg. 1.485.

¹⁴³⁸ JIMENA QUESADA, L., *ibidem*, pg. 1.486.

¹⁴³⁹ VIVAS TESÓN, I., *op. cit.*, pg. 5.

públicas o bienes e intereses no iusfundamentales), afirmando así el TC que la organización de la libertad afectiva, reproductiva y familiar que encierran los derechos y deberes matrimoniales son bienes, intereses y derechos valiosos que han de ser ponderados y tenidos en cuenta frente a los Derechos fundamentales de libertad e intimidad individual de cualquiera de los integrantes del matrimonio o familia.

Ello es articulación de colisión de Derechos fundamentales en la relación horizontal entre particulares y podrá resultar en una afección o constricción para el derecho alguno de los concernidos, lo que no surge *ex conventione*, (aunque exista pacto o capitulación), sino directamente de la prescripción universal, moral y jurídica de los Derechos fundamentales con valor vertical para todos los implicados. Tal colisión y solución son distintas del surgimiento de un daño injusto, de su indemnización, de la preparación de protocolos convencionales para su evitación y del establecimiento de tasaciones indemnizatorias cuando su inobservancia cause daño.

Un Derecho fundamental se articula y pondera cuando colisiona con otro, lo que supone una labor sobre los derechos mismos para la cual es absolutamente extraña cualquier noción de abuso o injusticia. Se trata de componer la coherencia más respetuosa para los Derechos fundamentales de todos en el caso concreto y en las circunstancias particulares. De la misma resultará una prescripción vertical y pública, (en su caso directamente desde la CE si existe laguna legal), la cual no puede ser tachada como tal de abusiva, dañosa o injusta, ni respecto de la cual puede exigirse ningún protocolo de desempeño que no sea el legislativo propio de su formación como ley o el jurisdiccional que corresponde a la decisión judicial. Será luego el ejercicio concreto que el privado haga del derecho ponderado como preferente, (judicialmente o *ex lege*), el que pueda mostrarse abusivo o injusto. Estas cuestiones pueden mostrarse conmixtionadas, (incluso ideológicamente, aborto, divorcio y familia monomarental de intento *ex TRHA* absorben el daño injusto y lo neutralizan para quien ejerce el derecho subjetivo empoderado *ex lege* no

permitiendo sino el recurso y cuestión de inconstitucionalidad que no corresponden ya al individuo injustamente tratado pues le queda vedado el amparo), pero son conceptual y sustantivamente distintas.

En la colisión entre libertades reproductivas positivas y negativas, (derecho a no ser forzado a procrear), ALKORTA señala: “desde el momento en que la decisión de uno de los miembros de la pareja implique algún grado de coerción con respecto al otro que suponga comprometer su libertad reproductiva o viole algún otro derecho fundamental, la intervención de los poderes públicos podría estar justificada. Resulta en nuestra opinión justificado conferir cierto grado de eficacia horizontal entre particulares al derecho fundamental a decidir sobre la propia reproducción tal y como ha sido reconocido por la CEDAW”.¹⁴⁴⁰ Y continúa: “No cabría, por ejemplo, que el varón prohibiera a su esposa el empleo de métodos legales de contracepción, o que el marido impidiera a una mujer joven que no haya tenido descendencia someterse a una operación de esterilización irreversible...de la misma forma que tampoco, a nuestro juicio, puede la viuda del varón fallecido o la esposa del incapacitado hacer uso de los gametos crioconservados de aquél sin su consentimiento.”¹⁴⁴¹

De este modo, en este punto el debate no se plantea todavía acerca de si el ejercicio de la libertad procreativa puede ser tipificado como un daño injusto sino circunscrito a un tiempo anterior, aquél de examinar cuál sea la aplicación óptima de ponderación y proporcionalidad en la articulación de los derechos fundamentales que colisionan, esto es, tratando de encontrar una regla o prescripción vertical que señale un mandato de optimización¹⁴⁴² en la encrucijada. Ello exigirá examinar las posibilidades futuras de cada

¹⁴⁴⁰ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, *op. cit.*, pg. 21.

¹⁴⁴¹ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibidem*, pg. 22.

¹⁴⁴² ALEXY, R., *op. cit.*, pg. 86; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 286.

miembro de la pareja y las cargas y sacrificios que la decisión polémica impondría a cada uno de ellos, (intensidad).

El derecho cohonestado y ponderado, al tener en cuenta la intersubjetividad y la coyuntura, los sacrificios, costes e intensidades particularísimos y *ad cassum*, sale de esta ponderación definido concretísimamente y dispuesto para un ejercicio que no podría ser abusivo si se produce en los términos señalados por tal cohonestación; pero todavía podría ser ejercitado injustamente si no se aplica en aquellos términos propuestos singularmente. Ello es una virtud del carácter coyuntural y fáctico del expediente de ponderación de colisión de Derechos fundamentales, el cual consigue este efecto aunque el ejercicio del derecho no forme parte de la definición del derecho, y ello porque la ponderación no interpela al género abstracto de los derechos concernidos sino a espécimen concreto y realmente posible para una encrucijada precisa y presente, (nominalismo y no universalismo según la discusión tradicional).

A falta de cohonestación judicial o convencional sólo la autodisciplina de cada individuo podrá evitar un ejercicio abusivo, injusto, lesivo.

2.1).- Modo de proceder en la colisión de Derechos fundamentales.- La eficacia de los Derechos fundamentales en las relaciones horizontales entre particulares conduce a una necesidad de articulación o cohonestación, (por la inexorable intersubjetividad), que participa siempre de una cualidad coyuntural y casuística, de modo que, aun cuando pueda efectuarse tal coordinación en norma general, debe reservarse siempre el necesario arbitrio judicial. el procedimiento para estas cohonestaciones no es esencialmente distinto cuando se efectúa *ex lege* o *sub iudice*.

ESTRADA-VÉLEZ señala que “la ponderación es... un procedimiento dirigido a definir, en caso de conflicto entre principios o de derechos fundamentales y dadas unas circunstancias específicas, el mayor peso de un principio frente a otro... la mayor jerarquía dinámica (en el sentido de que es sólo un estudio a partir de casos o problemas jurídicos

concretos)... un mecanismo a través del cual se concreta la proporcionalidad o el grado de afectación legítima de un derecho fundamental cuando entra en conflicto con otro ... que se desarrolla en tres pasos... Adecuación... Necesidad... Proporcionalidad en sentido estricto.”¹⁴⁴³ Y añade que “no busca fijar la decisión del Juez sino delimitar el tema sobre el que debe decidir el Juez”.¹⁴⁴⁴

Así en la sede personal habrán de identificarse, en primer lugar, las personas concernidas y los derechos que les resultan comprometidos, (intersubjetividad, multiafectación), lo que, p.e., para el caso de desacuerdo sobre el destino de embriones criocongelados comprende 1) libertad reproductiva positiva de A, mujer, 2) derecho de fundar familia de A, mujer 3) libertad reproductiva negativa o derecho a no ser forzado a procrear de B, varón, 4) libertad reproductiva negativa o derecho a no ser forzada a procrear de A, mujer, que convoca entonces, 5) libertad, intimidad e integridad corporal de A, mujer, (*bodily integrity*¹⁴⁴⁵), y 6) derecho de anidamiento o derecho de llegar a existir como ser humano de parte del embrión.¹⁴⁴⁶

La proporcionalidad en sentido estricto o intensidad señala que los derechos más sensibles son el derecho a la vida del embrión y la integridad corporal de la mujer, de modo que no es extraño que 1) termine reproduciéndose aquí el debate abortista y que 2) la cuestión pueda terminar en reproducción cuando quien se niega es el varón, (sobre todo por cuanto puede ser eliminado de esta ecuación como padre legal anonimizándole, como diré luego), y no, por el contrario, cuando quien se niega es la mujer, (salvo que exista otra

¹⁴⁴³ ESTRADA-VÉLEZ, S., *Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo*, en Opinión Jurídica, Volumen 10, número 19, Enero-Junio 2011, ed. Universidad de Medellín, Medellín, 2011, pp. 21-40, en concreto pp. 24 - 25.

¹⁴⁴⁴ ESTRADA-VÉLEZ, S., *ibidem*, pg. 25.

¹⁴⁴⁵ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, *op. cit.*, pg. 47.

¹⁴⁴⁶ DE LORA DEL TORO, P., *¿Ser o no ser?...*, *op. cit.*, pg. 106.

disponible que haga innecesario el cuerpo de la primera y permita también anonimizarla como madre legal¹⁴⁴⁷).

Ninguna de estas consideraciones atiende a abusos, protocolos o desempeños injustos sino a la ponderación directa de los derechos en juego *per se*, aunque no como valores o principios abstractos sino en la concreta configuración, significación e intensidad que tomen en el caso concreto para cada uno de los intervinientes.

ESTRADA-VÉLEZ ofrece dos ejercicios de ponderación respecto de matrimonio homosexual y adopción de parejas del mismo sexo pero, a mi juicio, en su desarrollo se aparta de lo que es un conflicto de Derechos fundamentales en relaciones horizontales entre particulares y se desliza hacia otra sede, aquélla de cuál sea el arbitrio que corresponde al legislador constituido para desarrollar, mediante leyes orgánicas y ordinarias, el contenido esencial de la CE en aquello que ésta deja abierto con opciones plurales de cierre.

Existen también negocios jurídicos que se encuentran sesgados con un articulación de Derechos fundamentales *ex lege* que produce tanto un prevaciamiento de cuestiones iusfundamentalistas como un apropiación de las afecciones que de tal prevaciado puedan resultar para los derechos de alguno de los concernidos, produciéndose entonces mandatos conductuales imperativos sin arbitrio judicial. Así en el negocio jurídico adopcional el sesgo *favor filii ex 39 CE* y la percusión de funciones públicas principalísimas determinan una afección y un expropiación de ciertas libertades individuales, (no cuidar al hijo, no velar por él, no alimentarle), de aquellos adultos que ejercieron su *Abschlussfreiheit* otorgando adopción.

Por su parte, ALKORTA IDIÁKEZ señala dos criterios generales para abordar estas colisiones en sede de libertad reproductiva, el “mejor derecho del que carece de “otras alternativas para procrear”” y la llamada “*sweat equity*”.¹⁴⁴⁸

¹⁴⁴⁷ DE LORA DEL TORO, P., *ibidem*, pp. 104 - 105.

2.1.1).- *Sweat equity*.- En la resolución de este choque de libertades respecto de embriones disponibles en orden a su custodia, (impidiendo su destrucción), y el seguimiento de su proceso hacia el alumbramiento, ALKORTA señala que las FIV y TRHA, (como el aborto), tienen mayor coste físico y emocional para la mujer, por lo que entiende que deben de sobreponderarse por intensidad los intereses de ésta en la colisión de los Derechos fundamentales de libertad procreativa y libertad personal frente a los del hombre, (*sweat equity*)¹⁴⁴⁹. Así lo han argumentado tribunales de instancia en USA, aunque este argumento no haya sido recogido por los TS estatales según señala también esta autora. En la doctrina norteamericana ANNAS da valor preferente a la voluntad de la mujer¹⁴⁵⁰, FUSCALDO considera este criterio imposible pues habría de buscar, para no ser discriminatorio, una solución *ad casum* en cada supuesto concreto: es arbitrario suponer que para toda mujer hay un coste físico reseñable y que sufre más emocionalmente que el varón¹⁴⁵¹. DICKENSON no admite sobreponderar la opinión femenina sino sobre el propio óvulo o en el control del proceso de gestación, pero no en la decisión sobre el embrión¹⁴⁵². Y para ROBERTSON “la mayor carga física que significa el embarazo y el parto no supone que las madres tengan un derecho preferente sobre la custodia de los hijos en procedimientos de divorcio”.

¹⁴⁴⁸ ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss. y pp. 48 y ss.

¹⁴⁴⁹ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibidem*, pp. 48 y ss.

¹⁴⁵⁰ ANNAS, G.J., *The shadowlands- secrets, lies and assisted reproduction*, 339 *New England Journey of Medicine*, ed. Masachussetts Medical Society, Boston - 1998, pp. 335 y ss.

¹⁴⁵¹ FUSCALDO, G., *Gamete donation: when does consent become irrevocable?*, *Human Reproduction*, Volume 15, Issue 3, Marzo 2000, ed. Oxford University Press, Oxford - 2000, pp. 515 – 519.

¹⁴⁵² DICKENSON, D., *Property and Women's Alienation from Their Own Reproductive Labour*, en *Bioethics*, Volume 15, Issue 3, ed. Wiley Periodicals Inc., Hoboken pp. 205 - 217.

No cabe remitirse aquí a la doctrina del aborto porque estamos ante un embrión extracorpóreo que no pone en juego la integridad física de la mujer, el *bodily integrity*.¹⁴⁵³ No obstante, la decisión de anidar obligatoriamente para la mujer que no lo quiere desemboca en un embarazo y pone en juego, tras la implantación, su derecho para abortar: no parece congruente efectuar un anidamiento que conocidamente va a terminar en aborto.

2.1.2).- Revocación de consentimientos sobre embriones.- La *American Bar Association*, (ABA), redactó una propuesta que establece: “*Frozen Embryo Disposition Policy* (1998): “El derecho a no procrear se extingue en el momento de creación de los embriones”. Este argumento es utilizado para decir que “la parte que desea reproducirse y convertirse en padre o madre legal del nacido, y que procede de buena fe y en un período de tiempo razonable desde que los embriones fueron creados, debería obtener la custodia de los embriones congelados.”¹⁴⁵⁴

No obstante, las decisiones son muy heterogéneas. En el caso *Kass* el Tribunal de Apelación de Nueva York consideró en Septiembre de 1997 plenamente válido el acuerdo previo de destinar los embriones a la investigación sin permitir a la genitora revocar tal convenio y proseguir ella sola el proceso reproductivo¹⁴⁵⁵; VIDAL MARTÍNEZ cita el caso *Davis vs. Davis* en el que se decidió que no podía proseguirse el camino reproductivo contra la voluntad de uno de los genitores¹⁴⁵⁶, considerando el Tribunal, (refiere ALKORTA), que su negativa equivale al derecho al aborto de la mujer en la biológica, si

¹⁴⁵³ ROBERTSON, J., *Resolving disputes over frozen embryos*, Hastings Center Report, vol. 19, November – December 1989, ed. The Hastings Center, Garrison, (NY) - 1989, pp. 7 - 12.

¹⁴⁵⁴ ALKORTA IDIAKEZ, I., *op. cit.*, pg. 50, npp. 52.

¹⁴⁵⁵ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibidem*, pp. 40 - 41.

¹⁴⁵⁶ VIDAL MARTINEZ, J. *Derechos inherentes en la reproducción asistida*, en BALLESTEROS LLOMPART, J., (*et alii*), *La humanidad in vitro*, Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 267 - 297, en concreto pg. 277.

bien también admitió una ponderación cuando la contraparte no tuviera otro medio de ejercitar su libertad reproductiva positiva¹⁴⁵⁷. En esta última consideración coincide con el caso *Nachmani* en Israel, que permitió en favor de la mujer ya estéril y no gestante la transferencia a una madre de alquiler contra la voluntad del genitor, señalando, (contra la sentencia *Davis*), que el hombre que accedía a una fertilización no tenía más derechos a revocar el proceso que aquellos que pudiera ostentar en una reproducción sexual.¹⁴⁵⁸

Entre nosotros VILA-CORO BARRACHINA considera al embrión humano como concebido y considera plenamente aplicable el artículo 29 CC para el efecto favorable que es llegar a nacer, componiendo un derecho a llegar a existir como ser humano que excluye su destrucción, su destino a investigación y su detención en la fase de criocongelación¹⁴⁵⁹. En el mismo sentido GARRIDO DE PALMA respecto del concebido¹⁴⁶⁰, y también BUSTOS PUECHE, que considera al embrión como “un individuo vivo de la especie humana que merece amparo jurídico sustancial.”¹⁴⁶¹ VIDAL MARTÍNEZ considera, por su parte, que los vínculos biológicos que aquí existen son inherentes, de modo que se impone como obligado corolario la misma inherencia, (y por ello irrenunciabilidad), del vínculo materno y paterno filial.¹⁴⁶² De todo ello resulta que el embrión tiene padre y madre y los genitores tienen un hijo.

¹⁴⁵⁷ ALKORTA IDIAKEZ, I., *op. cit.*, pp. 45 - 46.

¹⁴⁵⁸ ALKORTA IDIAKEZ, I., *op. cit.*, pg. 48.

¹⁴⁵⁹ VILA-CORO BARRACHINA, M.D., *Introducción a la Biojurídica*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid - 1995, pg. 170.

¹⁴⁶⁰ GARRIDO DE PALMA, V.M., *El Derecho civil, protector del ser humano*, *op. cit.*, pg. 1365 y ss..

¹⁴⁶¹ BUSTOS PUECHE, J.E., *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, ed. Dykinson, Madrid - 1996, pg. 74.

¹⁴⁶² VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos inherentes en la reproducción asistida*, *op. cit.*, pg. 278 y *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*, en *Revista General de Derecho*, número 600, Valencia - 1994, pp. 9523 – 9533, en concreto pg. 9531.

Se añade así un sujeto con un interés nuevo, (llegar a existir como ser humano), lo que reforzaría la posición del genitor que solicitara la custodia del mismo para llevarlo adelante, pues su petición sumaría dos Derechos fundamentales, (uno de ellos amenazado con máxima intensidad). En tal caso el mandato de optimización vertical vence al derecho a no ser forzado a procrear de quien no lo deseaba y se apropia públicamente de la conducta de resignación que éste habrá de observar, (pues en sede iusfundamental lo mejor para los Derechos fundamentales es inmediata y coincidentemente el mejor interés público, como señalaba LÓPEZ JACOÍSTE)¹⁴⁶³.

A mi juicio, de acuerdo con VIDAL MARTÍNEZ¹⁴⁶⁴, la inherencia de los vínculos biológicos habría de determinar la responsabilidad constante de los genitores e impedir la cesión a los centros de reproducción que opera *ex lege* el artículo 11.6.2 LTRHA pero, si se niega tal conclusión, la intensidad con que puede quedar afectado el derecho a no ser forzado a procrear del progenitor revocante puede ser nula, dado que la afección a su libertad personal procede de un oficio público de padre/madre legal que puede evitar sin afectar a la pretensión del recíproco de anidar el embrión.

En efecto, la LTRHA admite sin problema la anonimización de un genitor contra el derecho a conocer el origen biológico, (art. 39 CE), tanto desde la obtención de material genético, (donación de espermatozoides u óvulo con anonimización, (art. 5.5), como en la adopción de embriones directamente, (art. 11.4.b), en cuyo caso, como señala DE LORA DELTORO¹⁴⁶⁵, es posible anonimizar a uno o ambos genitores, quienes no serán padre/madre legal y no tendrán ningún oficio público limitante de sus libertades individuales gracias a la combinación de los artículos 5.5, 6.1 y 8 LTRHA y artículos 6.1 y

¹⁴⁶³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 362

¹⁴⁶⁴ VIDAL MARTÍNEZ, J., *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.*, pg. 9531.

¹⁴⁶⁵ DE LORA DELTORO, P., *¿Ser o no ser? ...*, *op. cit.*, pp. 104 - 106.

11.4 letras a y b LTRHA. Así la modificación del consentimiento, (11.6 LTRHA), puede producir la utilización por parte de la mujer, (11.4.a), o la adopción de embriones por parte del varón y su nueva pareja, (11.4.b LTRHA), tras pasar a disposición del centro técnico, (11.6.2 LTRHA), quien puede ofrecérselos sin sujeción a control, lista, idoneidad ni participación ninguna de ente administrativo o judicial.

ALKORTA IDIÁKEZ considera que la retirada de la genitora biológica del proceso de desarrollo del embrión conduciría a maternidad subrogada en el caso de que quisiera continuarlo el varón también genitor con su nueva pareja¹⁴⁶⁶ pero, a mi juicio, acierta más DE LORA DELTORO cuando considera que el supuesto no corresponde a prohibición sustitutiva sino que remite a adopción de embriones¹⁴⁶⁷.

DE LORA DELTORO refiere que no acaba de resultar clara una razón para negar al varón el mismo derecho a no ser forzado a procrear cuando existe un embarazo natural que cuando ocurre artificialmente, y entiende que habría de permitirse al varón también la liberación del oficio público legal asociado a un alumbramiento desde concepción sexual cuando él quiere detenerlo y la gestante no¹⁴⁶⁸.

Pero ello no es posible por la percusión de un principio público esencial para la justicia social: todos los ciudadanos estamos advertidos de que no hay diligencia excusable que oponer ni vicio de voluntad que protestar frente a un resultado biológico que lleva la firma de mi ADN¹⁴⁶⁹. El oficio público de padre/madre legal por procreación biológica se

¹⁴⁶⁶ ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Nuevos límites para el derecho...*, *op. cit.*, pg. 35.

¹⁴⁶⁷ DE LORA DELTORO, P., *¿Ser o no ser? ...*, *op. cit.*, pg. 105.

¹⁴⁶⁸ DE LORA DELTORO, P., *¿Ser o no ser? ...*, *op. cit.*, pg. 106.

¹⁴⁶⁹ Es en este punto VIDAL MARTÍNEZ opone que el “dador de semen (y los mismo cabría decir del óvulo) no puede ignorar la finalidad de la donación ni permanecer jurídicamente ajeno, eximido de toda responsabilidad”, (VIDAL MARTÍNEZ, J., *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.* pg. 9531).

anuda con el poder público y la justicia social por resultado, (quien hace el niño paga, LOYSEL¹⁴⁷⁰), y la única diligencia que exime es que no se produzca nacimiento. Engaño, error e intimidación no modifican esta doctrina, (así el caso de Boris Becker, si es que realmente se produjo como protestó este padre), y sólo se exceptúa el caso de la violación con un supuesto de despenalización del aborto. Lo único que podría obtenerse de parte del engañado o intimidado sería la exclusión del coprogenitor si fue este mismo quien utilizó tales medios, (art. 111 1º CC siempre que los hechos merezcan sanción penal).

Lo que sí se ofende en tal caso sería la posibilidad de alegar un supuesto derecho a no tener hijos genéticos¹⁴⁷¹, a defender a mis descendientes de una fuente de consanguinidad incontrolada o a dominar mi propia herencia o estirpe genética incluso como una suerte de *copyright*. No obstante, a mi juicio, el artículo 5.2 LTRHA y el régimen de revocación que articula para el donante apuntan a que 1) no existe el derecho de no tener hijos genéticos 2) ni aquél de impedir consanguinidades más allá del límite de utilización seis veces del material genético, (art. 5.7 LTRHA), 3) y no puedo dominar mi

¹⁴⁷⁰ A mi juicio ni las presunciones matrimoniales ni los reconocimientos de hijo niegan que el Derecho de la determinación de la filiación es una tensión entre biología y favor filii. El primer favor filii se encuentra en proteger la historia sentimental del niño, la personalidad que ya ha construido y una situación que está siendo ya comprobadamente funcional mediante la posesión de estado. De ahí que las normas del CC son a mi juicio una lucha entre biología y posesión de estado a través de los diversos campos de batalla de la reclamación e impugnación de filiación matrimonial y no matrimonial. El art. 39.2 CE vino a reforzar el principio biológico pero no debería entenderse superior al propio *favor filii* que también resulta de este artículo, ni juzgarse como una colisión de Derechos fundamentales en el que resulta realzado el derecho incluso meramente honorífico del adulto genitor a expresar que allí existe un hijo genético suyo aunque no llegue a realizar ninguna función sobre él, (reconocimiento declarativo por falta de consentimiento del hijo). Sin embargo es en esta línea que ha percutido el TC declarando inconstitucional el art. 133.1 CE y el artículo 136.1 CC, en ambos casos ponderando biología sobre posesión de estado. El final de este camino es el ya referido para Noruega, (LØDRUP, P., *Challenges to an Established*, *op. cit.*, pg. 359).

¹⁴⁷¹ DE LORA DELTORO, P., *¿Ser o no ser? ...*, *op. cit.*, pg. 105 - 106.

herencia genética ni tengo un *copyright* sobre mi propio ADN: de existir ello correspondería a la Humanidad y a la suerte de lotería genética¹⁴⁷² en beneficio de la misma, (diversidad, adaptación), que supone cada concepción humana.

2.1.3).- El caso *Evans*.- El caso *Evans* nos muestra simultáneamente una colisión de derechos y un daño injusto. *Evans contra Reino Unido* fue resuelto por sentencia del TEDH¹⁴⁷³ en la cual este Tribunal consideró que la previsión legislativa de revocación, (de plano y no sujeta a plazos), del consentimiento otorgado para la criocongelación de embriones por parte de uno de los genitores supone una articulación legítima entre el derecho de libertad, (no ser forzado a procrear o libertad procreativa negativa), y la libertad procreativa positiva y derecho de fundar familia.

Consideró el TEDH que la revocabilidad absoluta forma parte de las soluciones que legítimamente pueden arbitrar los legisladores estatales en la coordinación de libertades reproductivas de dos sujetos y se negó a entrar en la ponderación de intereses a la que le invitaba la demandante, “argumentando que el establecimiento de una regla sin excepción posible, que no permite contrastar los intereses en presencia, no atenta contra la garantía del artículo 8 del respeto a la vida familiar y privada... y que “a pesar de comprender una injerencia cierta en el derecho a procrear comprendido en el CEDH, se halla justificada...” por interés público y seguridad jurídica.¹⁴⁷⁴

¹⁴⁷² SINGER, P. *De compras por el supermercado genético* Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid – 2002, pg. 29; VELAYOS CASTELO, C. *Clonación humana: las preguntas "por qué no" y "por qué si"*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002., pp. 193 - 209, en concreto pg. 202.

¹⁴⁷³ STEDH, 7 de Marzo de 2.006, aplicación número 6339/05.

¹⁴⁷⁴ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, *op. cit.*, pg. 52.

Los casos *Davis* y *Nachmani* en Estados Unidos e Israel, respectivamente, manifiestan jurisprudencialmente la idea de que, cuando el varón interviene en la reproducción asistida, no puede ser forzado a convertirse en padre en contra de su voluntad, lo que supone una regla de revocabilidad que, sin embargo, no es absoluta pues se excepciona *ad cassum* cuando la parte que reclama no tenga otra forma de tener hijos biológicos.¹⁴⁷⁵

Para el TEDH era obligado considerar la lesión de un Derecho humano mediante acción estatal, (articulación legislativa del parlamento nacional), pero el caso *Evans* reunía una circunstancia adicional de daño injusto que, en su caso, no habría de haber excitado las libertades reproductivas contra el legislador estatal pero sí la lesión por tutela jurisdiccional, (segundo grado, derecho sobre derechos), en caso de que los tribunales internos no hubieran resuelto aquella pretensión dañosa a pesar de haberse planteado, (a favor o en contra, pues el Derecho fundamental de tutela jurisdiccional no da derecho a una resolución favorable).

Brevemente los hechos fueron los siguientes: *Natalie Evans* fue diagnosticada con tumores precancerígenos en ambos ovarios, de crecimiento lento, de modo que se planteó a ella y su marido la posibilidad de producir y criocongelar embriones para desarrollarlos después de superar la enfermedad, (la criocongelación de ovocitos no estaba entonces plenamente conseguida), consintiendo ambos tal conservación que sería, sin embargo, legalmente revocable. La señora Evans preguntó sobre la criocongelación de ovocitos para asegurarse individualmente, (sin riesgos de pareja), su posibilidad reproductora futura, siendo explicada de la falta de seguridad técnica en tal tiempo. Intervino entonces el marido, sr. *Johnston*, quien se manifestó “tranquilizando a su esposa y asegurándole que no

¹⁴⁷⁵ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibidem*, pg. 52.

era necesario plantearse la congelación futura de óvulos porque él no iba a cambiar de opinión y estaba seguro de que quería ser el padre de sus hijos también en el futuro”.¹⁴⁷⁶

Aquí radica, para mí, un caso paradigmático de abuso de derecho, mala fe en la reversibilidad o de coste de oportunidad injustamente conferido por la actuación no protocolaria de una persona. El sr. *Johnston* impidió con su ímpetu singular que la sra. *Evans*, por ejemplo, intentara la reproducción sexual con su marido o con cualquier otro varón, utilizara semen de un donante, (retrasando su propio tratamiento), acudiera a maternidad subrogada donde ello fuera posible o forzara una criocongelación de ovocitos aun sin plena garantía técnica¹⁴⁷⁷. En este sentido señala ALKORTA IDIAKEZ: “Estamos, a nuestro entender, no ante un mero consentimiento, de cuya revocabilidad legalmente conocida la señora Evans es consciente, sino ante una promesa añadida a dicho consentimiento que generó confianza razonable en su cumplimiento.”¹⁴⁷⁸

Así la actuación del sr. *Johnston* fue extraordinaria, no protocolaria y contra estatuto al crear una confiabilidad extraordinaria. No se sujeta al sr. *Johnston* a su convenio o promesa unilateral o a un equivalente de los mismos, (fuerza convencional), sino que se crea una relación jurídica nueva y de origen público que construye una deuda entre el sr. *Johnston* y la sra. *Evans* para resarcir el coste de oportunidad nacido de un desempeño injusto en el cómo, no importando el qué o contenido.

La revocación efectuada en este caso no es una reversibilidad neutral sino injusta, *mala fides* y abusiva, por cuanto el sr. *Johnston* conocía con qué artes o medios excepcionales consiguió que su esposa renunciara a un ejercicio unilateral de su libertad reproductiva, (sin el sr. *Johnston*), asumiendo costes de oportunidad irrecuperables. El sr. *Johnston* sólo presta el consentimiento legal, (“qué”) pero lo hace en un modo

¹⁴⁷⁶ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibid.*, págs. 23 - 24.

¹⁴⁷⁷ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibid.*, pg. 57.

¹⁴⁷⁸ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibid.*, pg. 57.

especialísimo, (“cómo”), que activa una confianza en la sra. *Evans* que lleva a ésta a aplicar un coste de oportunidad definitivo: colocar allí todas sus posibilidades de tener un hijo genético y un hijo gestado. Ello tampoco es aquí aplicación de doctrina de los actos propios. Ésta no puede existir conceptualmente en el ámbito personal porque supone una colisión horizontal irresoluble: mi libertad contra mi libertad de sujetar mi voluntad, nudo gordiano que sólo se resuelve con la percusión vertical de otro Derecho fundamental distinto del de libertad individual.

Es por ello que, a mi juicio, no habrá ejecución específica dada la ponderación normativa que realiza la legislación británica, pero sí indemnización con base en la injusticia y abuso con que se inflige el coste de oportunidad sobre el derecho de fundar familia y libertad reproductiva positiva de la señora *Evans*. El sr. *Johnston* manifestó expresamente ser consciente de estar cargando con tal responsabilidad y, de hecho, fue sólo este dato lo que determinó la actuación paralela de la sra. *Evans* poniendo todas sus fichas reproductivas en la opción embrionaria que ahora le hurta su *ex* marido.

A esta misma conclusión llega ALKORTA IDIÁKEZ: “entendemos que se trata de un comportamiento culpable. Recuérdese que, en lo que hace a la culpa, el que no se esté obligado a cumplir una promesa, (*vgr.* promesa de matrimonio), no quiere decir que el incumplimiento permitido no pueda ser culpable... es demostrable que el sr. *Johnston* actuó negligentemente al crear una confianza indebida en su esposa sobre la consistencia de sus intenciones.”¹⁴⁷⁹

Y, en cuanto al resarcimiento, señala asimismo ALKORTA IDIÁKEZ que incluye “los gastos en que pudo incurrir por su cuenta confiando en la promesa de su marido de que iba a permitirle gestar los mismos... Los daños morales que cabría reclamar son quizá los relativos a la pérdida de oportunidad de procrear en general, (con la dificultad que su

¹⁴⁷⁹ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibid.*, págs. 57 - 58.

valoración pecuniaria entraña), ya que en este caso la imputabilidad se limita a la confianza en la otra parte sobre la empleabilidad de los embriones depositados, pero no se extendería a la frustración del proyecto parental común, del cual el sr. Johnston podía desistir una vez reconocido legalmente su derecho a no ser convertido en padre a la fuerza".¹⁴⁸⁰

2.1.4).- Supuestos de colisión y daño injusto. Imaginemos los siguientes supuestos:

1).- Matrimonio que ha pactado previamente el número de hijos, sin especificar biológicos, adoptivos o por inseminación: si naturalmente no llegan ¿puede obligarse al otro a la inseminación o a la adopción? Ello no es posible por imponerse prescriptiva y verticalmente como mejor ajuste de optimización la prevalencia del derecho de libertad e intimidad personal y la libertad procreativa negativa sobre la libertad procreativa positiva y el derecho a fundar familia, de modo que no hay fuerza convencional que pueda conseguir la ejecución específica de tal pacto. La existencia de un desempeño injusto o abusivo podrá determinar, sin embargo, indemnización, la cual podrá estar prevista también como cláusula penal.

2).- Pacto de no tener hijos. La libertad procreativa positiva se impone sobre cualquier pretensión de hacer estar y pasar al recíproco por su ejercicio histórico y pasado de autonomía de voluntad negocial. La alegación del pacto para no consentir la inseminación o la adopción por el otro remite otra vez al número anterior, preponderancia de la libertad positiva negativa. Cabe igual posibilidad que antes en caso de existir un desempeño abusivo o injustamente dañoso, p.e., en el caso que hubieran previsto tal pacto señalando que la revocación debería permitir al recíproco un plazo de un año para reorganizar su vida, ya fuera para hacerse a la idea de reproducirse, de no hacerlo pero admitir en la convivencia al hijo sólo de su cónyuge, ya para romperla definitivamente, sin

¹⁴⁸⁰ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibid.*, págs. 58.

que tal año de espera extinguiera las posibilidades reproductivas del revocante. También podría tener una derivada en el sentido de eximir al no concebidor de contribuir a los gastos del hijo de su cónyuge si finalmente lo admite en la comunidad de vida, (art. 231-1-2 y art. 231-6 CCC).

C).- Pacto de tener hijos sólo biológicos. Podría alegarse para no consentir adopción conjunta, (en lo que sería una colisión entre derecho a tener hijos genéticos o descendientes y derecho a fundar familia), o para no consentir TRHA. La constancia de este pacto prueba que de parte de los cónyuges están en activo y se han puesto en juego y contacto el derecho a tener hijos genéticos y ciertas libertades ideológicas, (creencia en la sangre). Tampoco sería coercible específicamente en ningún sentido y dominarían las libertades reproductivas negativas para negarse un cónyuge a la adopción o para negarse también, (pese al pacto), a concebir un hijo naturalmente. Podrán existir daños injustos como en los casos anteriores.

3).- ALGUNOS ÁMBITOS PARA EL NEGOCIO JURÍDICO PERSONAL

Como siempre, son los objetos los que nos señalan el ámbito posible para estos negocios personales y las distintas modalizaciones que puedan ofrecer. Así, cuando una finalidad espiritual o sentimental se manifiesta mediante el intermedio de un objeto material, (liberalidad, generosidad), el negocio personal adquiere relevancia para el juego patrimonial, (universal atracción), de modo que recibe consideraciones desde el Derecho patrimonial, (art. 1911, art. 643 CC, artículos 71 Y 78 LC). Tal ocurre con los negocios jurídicos unilaterales de donación, remisión o condonación, por diferencia del perdón al indigno, (art. 757 CC), o de la reconciliación con el desheredado, (art. 856 CC), que no recaen propiamente sobre materia aunque puedan tener un reflejo sistemático que lleve a lo patrimonial.

En el mismo sentido, la solidaridad que se expresa unilateralmente en el gestor de negocios ajenos o en el apoderado que decide colaborar están dirigidas a una actuación material que, recaiga sobre un fin o asunto personal o material, puede comprender repeticiones o rendiciones de cuentas con inteligencias propias entonces del Derecho patrimonial respecto de tal concreta hijuela.

Una congruencia plena entre el negocio personal, su finalidad y su objeto se produce en los negocios atinentes a los derechos de la personalidad en sentido estricto, si bien todavía en aquéllos que permiten derivadas patrimoniales, (honor, intimidad, propia imagen, datos de carácter personal, etc.), podrá tener lugar una escisión entre el aspecto personal y iusfundamental, de un lado, y el patrimonial por otra parte.¹⁴⁸¹ Ello no es posible para negocios sobre el propio cuerpo de acuerdo con la LTRHA, la Ley 30/1979 sobre extracción y trasplantes de órganos, la Ley 41/2002 básica de autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y la Ley 14/2007 de 3 de julio de investigación biomédica.¹⁴⁸²

Esta congruencia se produce plenamente en el derecho de asociación, negocio personal que crea un hecho y una vida negocial en la que se comprometen con intensidad y frecuencia Derechos fundamentales como el de igualdad y no discriminación¹⁴⁸³. Son

¹⁴⁸¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I)*..., *op. cit.*, pg. 554; IGARTÚA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y el nombre ajenos*, ed. Tecnos, Madrid - 1991, pg. 16; en contra AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, ed. Civitas, Madrid - 1997.

¹⁴⁸² PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, pg. 142.

¹⁴⁸³ DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona*, *op. cit.*, pg. 237; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Autonomía privada...*, *op. cit.*, pg. 115.

igualmente congruentes, aun cuando puedan determinar reflejos sistemáticos patrimoniales para terceros, los negocios jurídicos unilaterales y personales de establecimiento de domicilio, opción por vecindad civil o declaración para no perderla, etc.

No obstante, negocios personales pueden tener lugar en zonas periféricas o alejadas del contenido esencial de los Derechos fundamentales, de modo que sólo con circunstancias añadidas ocurrirá una prescripción vertical universal desde éstos, señaladamente cuando se suscite controversia y surja el derecho de libertad personal ante una ejecución específica, (p.e. pacto entre vecinos para no desarrollar actividades ruidosas de 8 a 11 ni de 15 a 18 por los respectivos horarios de trabajo).

Lo cierto es que el intenso contacto que supone la propiedad horizontal determina la existencia de ordenanzas municipales que tratan de ofrecer articulaciones estandarizadas para definir estos co-usufructos necesariamente contactantes y multiperturbadores, en cuyo caso, (como ante cualquier otra articulación normativa), el problema podrá ser de inconstitucionalidad de las mismas, (ordenanzas municipales de convivencia, ordenanzas cívicas, ordenanzas de protección del espacio urbano, ordenanzas contra las acciones incívicas, etc.) En lo que los estatutos de la comunidad de propietarios se aparten de tales ordenanzas estaremos ante actos jurídicos, actos jurídicos semejantes a los negocios jurídicos o negocios jurídicos personales plurilaterales que podrán lesionar horizontalmente Derechos fundamentales de los miembros de la propiedad horizontal. Recientemente hemos podido contemplar el caso de la pianista profesional que “trabajaba” en casa, primero condenada en instancia a cárcel por delito contra el medio ambiente, (contaminación acústica), y absuelta luego por la AP de Girona.¹⁴⁸⁴

Un ámbito para negocios jurídicos personales típica y necesariamente plurilaterales es aquél en que tienen lugar ejercicios cooperativos de derechos y de Derechos fundamentales, (fundar familia), lo que nos lleva a aquel sector de negocios personales

¹⁴⁸⁴ <http://www.20minutos.es/noticia/1990367/0/caso/pianista/puigcerda-sentencia/>

sobre los que percuten funciones familiares, dotándolos de características que los singularizan respecto de los demás, (matrimonio, adopción, filiación *ex voluntate*, reconocimiento de hijos). Estos negocios plantean a la vez cuestiones personales objeto del Derecho de la persona, (colisión de Derechos fundamentales, abusos y daños injustos, que se examinarán en este capítulo), y problemas familiares objeto del Derecho de familia, (funcionalidad y justicia social).

En la zona perturbada o dominada por funciones públicas principalísimas podrán aparecer negocios personales familiares con derivada patrimonial pero que tienen un significado funcional para la vida familiar, (REM y convenio de separación o divorcio en lo patrimonial afectante a tal funcionalidad), y negocios puramente personales sobre la implementación in concreto y *ad cassum* de la función pública delegada, (pactos de guarda y crianza vigente matrimonio, previsiones para situación de crisis o tras la crisis, pactos de relaciones familiares o planes de parentalidad).

Sobre estos negocios percutidos por funciones públicas familiares se discutirá luego la posibilidad de negocio personal y familiar unilateral, cuya dificultad, (por existir siempre materialmente pluripersonalidad, (madre, padre, hijo), se revela en los art. 123 y 124 CC. En este sentido, para una idea familiar RAMS ALBESA cuestiona no sólo la unilateralidad sino incluso la bilateralidad: “Sé que está de moda entender que con dos convivientes hay familia... pero el lenguaje nos dice otra cosa para esta significativa voz”.¹⁴⁸⁵

3.1).- Liberalidad.- Como señalé antes, a mi juicio la donación constituye un negocio jurídico unilateral que produce, *uno acto*, el efecto traslativo sin necesidad de modo ninguno, (art. 609 CC), si bien tal efecto se encuentra bloqueado por un requisito de dignidad humana, la interdicción del regalo irrechazable. La dignidad de la acción de liberalidad y de la acción de recibir una liberalidad exigen la estanqueidad entre donante y

¹⁴⁸⁵ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 104.

donatario, de modo que se yuxtaponen sus voluntades pero nunca se unen negocial y jurídicamente. Es por ello que, en cuanto el donante expresa jurídicamente su liberalidad, la donación ya ha tenido lugar de su parte y nada más ha de añadir, (aunque podrá intentar destruirla, (dígase retirarla o revocarla)). Por ello considero con DÍEZ PICAZO que no cabe donación obligatoria o promesa de donación.¹⁴⁸⁶

La donación habría de constituir el más perfecto ejemplo de convención personal juridificada, encarnando precisamente el espécimen frontera entre lo personal-no jurídico y lo patrimonial-necesariamente jurídico, esto es el anfibio que expresa con un solo ADN ambas pertenencias. La donación sería, así, una *interfaz* directísima entre *psique* y patrimonio. La donación jurídica es la mera juridificación de un sentimiento provocado por un *input* o estímulo emocional, psicológico y espiritual y, en cuanto se ha juridificado, ya ha tenido lugar: cuando dije donar en la forma jurídica requerida, ya doné. El acto de juridificación exterioriza y fija el sentimiento *uno acto* a todos los niveles, de ahí que la donación no esté sujeta a la doctrina del título y modo, (artículo 609 CC).

Cuestiones posteriores entre donante y donatario pueden hacer referencia 1) bien al despliegue de un contenido atribuido que tiene carácter complejo o prolongado en el tiempo, (donación de renta periódica), 2) bien al tema posesorio, el cual no es alcanzado aseguradamente por el efecto propio de la donación como expediente de adquisición de propiedad puramente jurídico sin incluir *traditio*, 3) bien a un diseño particular del donante que dice que “donará” o “se obliga” a donar sin percibir que con ello ya donó.

En este último caso nótese que : 1) si consta en forma jurídica la voluntad liberal especificada no hay promesa sino donación, aunque bloqueada por una *conditio iuris garantista*, (promesa unilateral de donación es donación); el donatario no ha de reclamar la promesa *ex negotii* unilateral sino aceptar y reivindicar si no le es entregado el objeto o

¹⁴⁸⁶ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T.I, Introducción. Teoría del contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 403.

finca donados; 2) si consta la aceptación del promisorio, (lo que sería un mal llamado “contrato” de donación o donación obligacional), existe donación unilateral y desbloqueo de la *conditio iuris* garantista, de modo que el promisorio no debe ejercer *actio ex contractu* sino, nuevamente, reivindicación; 3) en todos los casos, (como en el precontrato), una obligación específica de donar es incoercible.

Como vemos, las perturbaciones sobre la naturaleza de la donación proceden del significado de la aceptación del donatario y de la retirada o revocación del donante. La primera es una *conditio iuris garantista*, (regalo irrechazable, *privacy*, *noli me tangere*). El segundo, a mi juicio, una protección de la realidad de la intención liberal dado que 1) donar es el máximo grado de autodespojo que es posible, 2) las realidades subjetivas e internas que están íntima y directísimamente presentes en la donación son radicalmente cambiantes, capturables y críticas, como lo es el propio ser humano, pudiendo surgir conflictos por arrepentimiento o desaparición de ingenuidad en un supuesto vital que era inicialmente idílico, 3) autodespojarse puede crear un coste social y 4) ningún derecho de turno o respuesta se viola si se retira la jugada propuesta con igual forma y protocolo con la que se convocó antes de la reacción del convocado.

Es por estas consideraciones que el contrato social permite la retirada protocolaria de una acción liberal que ya estaba juridificada de parte del donante. No obstante, es cierto que, con alguna sorpresa, extiende tal retirada no sólo hasta la aceptación, (art. 629 CC), sino incluso después de ésta, después de haber jugado el donatario y hasta que llegue su aceptación a conocimiento del donante, (art. 623 CC).

El juego de estos artículos resulta paradójico y, con base en ellos, parte de la doctrina intenta construir la donación obligacional o una diferencia entre retirada y revocación¹⁴⁸⁷, señalando ALBALADEJO que “hay teorías para todos los gustos”¹⁴⁸⁸. A

¹⁴⁸⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentario del artículo 623 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 1587 - 1589, en concreto pg. 1589.

mi juicio la concepción de la donación como negocio unilateral seguido de la aceptación como acto jurídico unilateral se corresponde con la construcción de LALAGUNA¹⁴⁸⁹, recogida por ALBALADEJO y LACRUZ BERDEJO¹⁴⁹⁰, que señalan: 1) el art. 629 CC “como conclusión de la donación”,¹⁴⁹¹ (a mi juicio, por dignidad humana y como *conditio iuris garantista* artificial *ex dignitate*); 2) el art. 623 CC como tiempo *extra* de revocación de la misma¹⁴⁹², esto es, una extensión de la posibilidad de retirada del donante a pesar 1) de haber ejercido su turno de juego el donatario, 2) ser digno humanamente el regalo ofrecido por haber sido aceptado y 3) de haberse producido la adquisición *ex art. 629 CC*.

Este tiempo *extra* se concede por la descapitalización genética que supone la donación y el imperio en ella de los puros motivos internos: el contrato social quiere forzar y apurar al máximo esta posibilidad de retirada en garantía de la realidad de la finalidad liberal en el espíritu del donante, la mayor paz litigiosa y la evitación de costes sociales. Para ello impone una carga al donatario en este artículo 624 CC: si bien este donatario ya puso su parte, (aceptar), y se ha recibido, (art. 629 CC), esa adquisición aceptada y producida puede verse frustrada si no se apresta a notificarla simultáneamente al donante, (carga propia). Depende de su diligencia como donatario que su riesgo en este punto sea

¹⁴⁸⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *ibidem.*, pg. 1588.

¹⁴⁸⁹ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los artículos 623 y 629 del Código Civil: apuntes para otra explicación*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid - 1981, número 543, pp. 350 - 374, en concreto pp. 351 y ss.

¹⁴⁹⁰ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentario del artículo 623 del Código Civil, op. cit.*, pg. 1588 - 1589; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, II, 3º*, ed. Bosch, Madrid - 1992, pg. 141.

¹⁴⁹¹ Téngase en cuenta que aquí la cuestión es más material, (ejecución, consumación), que técnica y, en este sentido ALBALADEJO se refiere a “la tesis de que la donación necesita para formarse, o concluirse o perfeccionarse o como quiera decirse”, (ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentario del artículo 623 del Código Civil, op. cit.*, pg. 1588).

¹⁴⁹² ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentario del artículo 623 del Código Civil, op. cit.*, pg. 1589.

mayor o menor: “la situación de poder deshacer la donación es imputable al donatario, al que le cabe ponerle fin notificando la aceptación al donante” dice ALBALADEJO¹⁴⁹³, y nada temerá si notifica con simultaneidad a su aceptación.

Subyace aquí la conocida discriminación del título gratuito y del adquirente lucrativo en nuestro ordenamiento, esto es, que al contrato social le parece de toda justicia imponer a quien recibe sin esfuerzo, (donatario), la carga propia de notificación y el padecimiento de la probabilidad de arrepentimiento subjetivo del donante hasta el límite máximamente forzado de lo posible.

No obstante, la carga es del donatario con el donante, pero también el donante tiene una carga propia para arrepentirse cuanto antes dado que la buena fe desconocimiento ampara a los terceros civiles, (sin necesidad de 34 LH), de modo que la revocación entre aceptación y conocimiento de la aceptación destruye lo hecho por el donatario pero no las posiciones obtenidas por terceros civiles de buena fe.¹⁴⁹⁴

3.2).- Ejercicios cooperativos de búsqueda de felicidad.- Aunque existen ocasiones y desarrollos para un libre desarrollo de la personalidad individual o aislado, (*privacy*), masivamente estos ejercicios *ex art. 10 CE* son ininteligibles sin contacto y convivencia con otros, lo que inexorablemente implica también perturbación, colisión y necesidad de articulación.

Existen, además, algunos desarrollos personales en búsqueda de felicidad que exigen con la mayor intensidad y necesidad posible un desempeño no sólo intersubjetivo y articulador sino conjunto y cooperativo, siendo inconcebibles sin ello. Así señaladamente los que afectan al amor, (que no es narcisismo con la condición de dirigirse fuera de uno mismo), y a la reproducción y familia, o, con menor intensidad, el asociacionismo. Nótese que nos ocupamos en este capítulo de los problemas personales

¹⁴⁹³ ALBALADEJO GARCÍA, M., *ibidem.*, pg. 1589.

¹⁴⁹⁴ ALBALADEJO GARCÍA, M., *ibidem.*, pg. 1589.

que surgen de este *factum*, sin consideraciones funcionales públicas que se efectuarán en sede de negocio familiar, esto es, nos hallamos en sede del Derecho de la persona y no del Derecho de la familia.

En estos desarrollos humanos de personalidad necesariamente cooperativos las personas precisan unas de otras para lograr ciertos bienes e intereses que son propios e individuales de cada uno de los cooperantes, pero que no existirían sin esa conjunción que determina 1) que su ausencia supone que tales bienes desaparecerían para todos ellos y 2) que es natural considerar que quien se acerca a cooperar conmigo lo haga en búsqueda de aquellos bienes e intereses sólo obtenibles conjuntamente, esto es, cierta confiabilidad en la seriedad o en la sinceridad de la congruencia de mi cooperante respecto de los fines que resultan de una tal conjunción.

La inexorable necesidad de un cooperante y la apertura profunda de mi persona hacia el colaborador que exigen estos ejercicios y desarrollos de búsqueda de felicidad, (amor, familia, asociación, etc.), implican que los individuos han de buscarse y encontrarse de modo voluntario e intencional, autónomo, pues sólo con base en este querer propio, (*Abschlussfreiheit*), se podrá intentar la consecución de los dones que estos planes de felicidad pueden ofrecer.

Ello también determina, (porque confían o han de confiar, inexorablemente, unos en otros como compañeros de aventura), que se entregan mutuamente una oportunidad que no existiría de otro modo, y que la entregan en ese momento histórico a esa persona o personas, de modo que ya no puede ser recuperada y vuelta a entregar esa misma ocasión, coyuntura o *momento*. Ello que determina la asunción de un coste de oportunidad.¹⁴⁹⁵ Como es evidente, la apertura de las personas reunidas en una asociación no es tan

¹⁴⁹⁵ LÓPEZ JACOÏSTE señala que la “pérdida de oportunidad” o de “expectativas para prodigar asistencias o cuidados” puede suponer daño antijurídico, (LÓPEZ JACOÏSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 666).

profunda y su entrega mutua al fin asociativo no es tan omnicomprendiva como las que suceden en amor y familia. Por ello, el coste de oportunidad por haber ingresado en una asociación fraudulenta o indolente no se equipara, (ni de lejos), con el que puedo padecer cuando me entrego al amor en pareja o a la procreación y adopción conjunta de un hijo.

Estas situaciones de necesidad inexorable de ejercicios cooperativos se producen típica e intensamente en la familia no sólo en forma de negocios familiares que crean un hecho familiar intersubjetivo y multiafectante, (matrimonio, adopción, filiaciones *ex voluntate* en la LTRHA, reconocimientos de hijo), sino también para seguir, implementar y desarrollar las funciones públicas y sus guiones abstractos, (pactos entre cónyuges, coprogenitores y coadoptantes que son pareja para la guarda y educación de los hijos, (seguramente puntuales), pactos entre separados, divorciados o padres/madres legales que no son pareja en el mismo sentido, (pero entonces seguramente estables o duraderos sea en formas previstas legalmente, (pactos de relaciones familiares, (artículo 77 del CDF), planes de parentalidad, (artículo 233-9 CCC), o no).

En este sentido LÓPEZ JACOÍSTE señala que están en juego “aspectos del ser y del existir de la personalidad menoscabados en el preciso trance de su encuentro mutuo y de su connatural reciprocidad”¹⁴⁹⁶ y que se ofrece aquí una dimensión polémica o de riesgo, “el *periculum* que supone el ignorar cuál vaya a ser el comportamiento de la persona que se nos aproxima y apenas conocemos”.¹⁴⁹⁷

3.2.1).- Reciprocidad antropológica.- En este ejercicio cooperativo de Derechos fundamentales no domina un intercambio ni un intercambio de mercado, (conmutativo), sino, en todo caso, una inteligencia de reciprocidad antropológica donde no se mide, cuenta ni pesa lo entregado u obtenido. No es posible exigir llevar a buen fin la cooperación, u obtener máximos de ella, (como resultado), ni será posible exigirse devoluciones o

¹⁴⁹⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 389.

¹⁴⁹⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 394.

compensaciones por el *quantum* que resultara de tasar el valor de los flujos producidos en uno u otro sentido. En este sentido señala HARRIS que en la reciprocidad antropológica:

- 1) No hay ninguna devolución inmediata
- 2) No se efectúa ningún cálculo sistemático del valor de los servicios y productos intercambiados
- 3) no se reconocen abiertamente ese tipo de cálculos ni la necesidad de que la balanza acabe nivelándose.¹⁴⁹⁸

Ello no quiere decir que en estas sedes de reciprocidad antropológica no exista una exigencia conductual y protocolaria, sino que ésta se valora de forma diferente al intercambio de mercado. Tal valor procede de la honestidad, seriedad o sinceridad con que se haya intentado, seguido y concluido el proceso, lo que hace referencia a protocolos justos o injustos, pero no a resultados exitosos o abundantes. Así ocurre en la mediación, en la que la LM señala que “la mediación es voluntaria”, (artículo 6.1), pero, por otro lado, añade inmediatamente que, con pacto previo por escrito que la imponga “se deberá intentar... de buena fe”, y pese a que el artículo 6.3 señala que “Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”, ello debe entenderse como sometido al principio de buena fe, (seriedad, honestidad, esfuerzo), que regirá, entonces, para iniciar, seguir y concluir tal mediación.

También en antropología los grupos humanos tienen medios para valorar y asegurarse la seriedad y honestidad en el esfuerzo sin acudir al *quantum* del resultado: es el problema de los vagos y gorriones con sanciones sociales que, señala HARRIS, pueden llegar hasta la atribución al aprovechado de la condición de embrujado o demonio y concluir con su asesinato por el grupo.¹⁴⁹⁹

En este sentido, los artículos 66 CC y ss. señalan deberes recíprocos de los cónyuges pero no determinan que éstos hayan de contar, pesar y medir su amor y entrega. Así el artículo 66 CC establece: “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”, lo que

¹⁴⁹⁸ HARRIS, M., *Antropología... op. cit.*, pg. 172

¹⁴⁹⁹ HARRIS, M., *ibidem.*, pg. 172.

se refiere al *quale* pero no al *quantum*. Sólo en cuestiones patrimoniales existe la idea cuantitativa de comprobar la justicia conmutativa, (por satisfactoriedad acreedora), de lo que puso cada uno, (así el artículo 1.438 CC, en régimen de separación, sobre contribución a las cargas del matrimonio proporcional a los recursos económicos y computando el trabajo para la casa, lo que tampoco es exactamente conmutativo).

3.2.2).- Revitalización matrimonial mediante negocios personales.- El matrimonio une a su propia consideración de ejercicio cooperativo de búsqueda de felicidad por amor de pareja aquel otro de ser, todavía hoy, germen de la procreación, crianza y educación de hijos matrimoniales. En este sentido, por la seguridad jurídica, (confiabilidad, sinceridad, honestidad y protocolo de desempeño justo), la celebración del matrimonio es el momento oportuno para prever todas las entregas y costes de oportunidad que surgirán luego, de modo que debe producirse un consentimiento informado sobre los significados del matrimonio para las libertades y derechos individuales, personales y patrimoniales, y una explicitación de los proyectos detallados de vida y búsqueda de felicidad que comprenden o presuponen los otorgantes, (matrimonio procreativo o no, número de hijos, recurso en su caso a TRHA o adopción, número de hijos previsible, recurso o no a aborto y en qué casos, esfuerzos que se pondrán en las situaciones de crisis, etc.).¹⁵⁰⁰

Estos pactos articulan los co-usufructos que corresponden a cada contrayente sobre sus dignidades, libertades y Derechos fundamentales y, si bien no podrán ejecutarse específicamente, respaldan la confiabilidad, entregas, costes de oportunidad y seguridad

¹⁵⁰⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE elogia la diversidad que existe en este punto en los hechos sociales y señala los buenos efectos que tendría ofrecer legislativamente un matrimonio “fuerte” y un matrimonio “débil”, (que haría innecesaria la legislación sobre uniones institucionalizadas no matrimonialmente y recuperaría el derecho a no ser institucionalizado), (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 44 - 45).

jurídica *singularis* o *in concreto*, tomando cierta coercibilidad indirecta sobre las conductas futuras en la medida en que ello es posible en la sede personal.

Aquí la confiabilidad no es posible sin un ejercicio *ad cassum* que sólo los concernidos pueden proporcionarse antes de comenzar a otorgarse en sus relaciones personales entregas, esfuerzos y costes de oportunidad que serán ya irrecuperables. Negar cualquier juridicidad, (incluso indirecta), o admitir ésta pero afirmando que no caben pactos o cláusulas protocolarias sobre daño injusto entre los implicados en una relación personal, (de modo que sólo actúe *ex post* el Juez, *ad cassum* sí, pero cuando ya todo pasó y todo se entregó), conducen a un mismo resultado insatisfactorio, máxime teniendo en cuenta la injusticia vital en toda equivalencia entre sufrimiento personal y compensación económica, (*pretium doloris*¹⁵⁰¹). Es en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ subraya cómo “La ausencia de un vínculo tiene un altísimo coste en términos de seguridad jurídica”¹⁵⁰² y RAMS ALBESA habla de una “preordenación preventiva” que trata de “proporcionar seguridad jurídica allí donde, hoy por hoy, reina el imperio del capricho y la ficción de los sujetos bajo la relativa vigilancia propia de un libérrimo arbitrio judicial.”¹⁵⁰³

RAMS ALBESA, respecto de la cuestión patrimonial, señala “que hay un interés difuso, pero no por ello menos efectivo, en que los contrayentes no sean conscientes del contenido jurídico de aquello que celebran, mucho discurso sobre el amor y sobre la ansiada felicidad, pero nada de información material sobre su vínculo y sus

¹⁵⁰¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 128 y pp. 84 - 87.

¹⁵⁰² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, pg. 737 - 738.

¹⁵⁰³ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 83.

consecuencias”, y en la perspectiva patrimonial declara que nuestra sociedad debería aficionarse a los capítulos matrimoniales notariales.¹⁵⁰⁴

Es con estas consideraciones que puede hablarse de una recontractualización del matrimonio, (LACRUZ BERDEJO)¹⁵⁰⁵, o de una revitalización del Derecho de familia recuperando el vigor teleológico del matrimonio, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ¹⁵⁰⁶), en cualquier caso, una rejuridificación del vínculo matrimonial que se produciría no *ex lege*, (dada la contradicción entre los art. 66 y ss. CC y las leyes 13 y 15/2005), sino con base en la reacción individual y personal que los contrayentes decidieran tomar para concluir negocios jurídicos personales entre ellos en orden a dotarse de seguridad jurídica, confiabilidad y de un suelo preciso sobre el que basar sus decisiones y entregas para la implementación de un plan de vida y de un ejercicio de búsqueda de felicidad, (art. 10 CE), tan omnicomprendivo y profundamente afectante.

Como señala GARCÍA CANTERO, el tema es lo suficientemente delicado y sensible como para que se plantee ante el TC en orden a obtener un pronunciamiento sobre el valor de todos estos pactos, sobre su especificidad o mera consecuencialidad y sobre el valor de las reversibilidades e irreversibilidades que aquí se invocan.¹⁵⁰⁷

3.2.3).- Ius connubii.- El *ius connubii* encierra un ejercicio cooperativo de intento de felicidad que, (sin ligarlo ahora a familia, pues ello se examinará en otro lugar), comprende por sí mismo la formación de un plan de vida para amar y ser amado personal y

¹⁵⁰⁴ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 82 - 83.

¹⁵⁰⁵ LACRUZ BERDEJO, J.L., *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar, op. cit.*, en concreto pp. 728 - 729.

¹⁵⁰⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 44.

¹⁵⁰⁷ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen I... 12ª edición, op. cit.*, pg. 1044.

sexualmente. Ello también se encuentra en las uniones institucionalizadas no matrimoniales¹⁵⁰⁸, lo que permite a GÓMEZ SÁNCHEZ señalar aquí una noción de libertad afectiva¹⁵⁰⁹. No se discute que exista libertad afectiva, pero sí que el matrimonio, como cree esta autora, sea sólo libertad afectiva, análisis que se realizará en otro lugar.

GÓMEZ SÁNCHEZ define la libertad afectiva como un “derecho genérico a la afectividad de los individuos y un derecho a regular y organizar en libertad sus relaciones personales”¹⁵¹⁰. Esta libertad es individual pero inexorablemente intersubjetiva. No obstante, permaneciendo todavía en el Derecho de la persona puede decirse, sin duda, que falta aquí una noción de sexualidad. Se quiere evitar tal noción por la inevitable relación entre sexo y reproducción, (todavía hoy nuestra reproducción es masivamente sexual), y porque anudar tal relación aherrojaría otra más todavía entre 1) matrimonio y familia y 2) matrimonio y justicia social que, a mi juicio, se quiere evitar. Aquí estamos ante otro ejercicio de magia “birli-birloque” que denuncia MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ cuando refiere que el término “afectividad” es una “pudorosa forma” de referirse estas doctrinas al sexo y de eludir la realidad de una mutua disponibilidad sexual que remite inexorablemente a alguna idea de “derechos” o “*ius in corpus*” y a la misma realidad de la reproducción y de los hijos.¹⁵¹¹

Cuando el sexo se desliga de la reproducción se convierte en *ars erotica* y la única ligazón entre sus practicantes es el placer. Cuando el sexo tiene objeto reproductivo

¹⁵⁰⁸ Emplea este término MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, refiriéndolas como “uniones no matrimoniales”, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 289).

¹⁵⁰⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y familia...* op. cit., pg. 212.

¹⁵¹⁰ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *ibidem*, pg. 212.

¹⁵¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, op. cit., pp. 713 - 714.

introduce la idea de continuidad generacional que proporciona otras fuerzas atractivas y otras fuentes de entregas y recepciones distintas del solo placer que inauguran expectativas, futuro y confiabilidad, todo lo cual llama a estabilidad, vínculo y suelo firme, tanto para construir planes personales, (o defraudarlos), como para soportar políticas de justicia y retribución social. Así VIDAL MARTÍNEZ señala una característica única del matrimonio vincular y reproductivo, aquélla de comprenderse en la causalización de consentimientos negociales la continuidad de generaciones.¹⁵¹²

Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “la mayor estabilidad sociológica es un bien social, y los instrumentos dirigidos a facilitarla ayudan a la familia a desarrollar adecuadamente sus funciones estratégicas” manifestando “la mayor funcionalidad social de los modelos heterosexuales frente a los homosexuales y, dentro de los heterosexuales, de los más estables frente a los menos estables”¹⁵¹³, perspectiva desde la que no puede negarse función y justicia social para un *long term marriage*¹⁵¹⁴ o *covenant marriage*¹⁵¹⁵, sea mediante un tipo específico dispositivo legal, (distinguiendo graduaciones matrimoniales y no matrimoniales en función de la intensidad vincular jurídica en la organización de la propia libertad afectiva)¹⁵¹⁶ o permitiendo, (siquiera con

¹⁵¹² VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, en Revista General de Derecho, número 631, Valencia - 1997, pp. 3505 - 3526, en concreto pg. 3524.

¹⁵¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pg. 37 y pg. 39.

¹⁵¹⁴ GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, op. cit., pg. 202.

¹⁵¹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pg. 45).

¹⁵¹⁶ Como propone *de lege ferenda* MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pp. 44 - 45). También GARCÍA CANTERO había señalado la existencia de “*matrimonios light*” y el *long term marriage*, entre nosotros apellidado tradicionalmente como matrimonio indisoluble, (GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, op. cit., pg. 202).

juridicidad consecuencial y no específica), que lo construyan individualmente los contrayentes.

En cualquier caso, GARCÍA CANTERO señalaba acertadamente cómo no puede prescindirse de la noción sexual para conceptuar el matrimonio, acierto que no nacía sólo de la legislación vigente en la época en que manifestaba tal opinión este autor, (1.992),¹⁵¹⁷ sino de ser ésta una nota connatural para caracterizar el tipo de afectividad humana que se consagra máximamente y con garantía institucional en el matrimonio y que, sin embargo, se ha querido juridificar luego a través de otras especies diversas competidoras e incluso más favorecidas que el mismo¹⁵¹⁸, (en contra de su garantía institucional, a mi juicio¹⁵¹⁹). En este sentido, el art. 2.1 de la Ley 2/2003 de parejas de hecho del País Vasco señala expresamente que lo que se institucionaliza es una unión “afectiva-sexual” y el art. 44 CC no puede evitar la referencia al sexo.

En efecto, es sólo el sexo lo que permitirá diferenciar una unión matrimonial o una unión institucionalizada no matrimonialmente respecto de cualquier otra forma de

¹⁵¹⁷ GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, pg. 344.

¹⁵¹⁸ Señala RAMS ALBESA, la nueva inteligencia que introduce la reforma debería haber eliminado el divorcio mediante procedimiento judicial *ad hoc* y haber establecido la simple declaración de quien desea no seguir casado en acta notarial o consular o ante el encargado del Registro civil con la consiguiente inscripción de la extinción del matrimonio, (RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUIA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 80 - 81 y 90). Esta contradicción señala ASÚA GONZÁLEZ que puede comprenderse como discriminación contra el matrimonio y a favor de la unión institucionalizada no matrimonialmente pues, si ambas son manifestaciones de libertad afectiva, se penaliza a la unión matrimonial con un trámite jurisdiccional que constriñe tal libertad y que, además, supone mayor gasto económico, (ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 26.)

¹⁵¹⁹ En contra la STC de198/2012, de 6 de noviembre de 2012 y, entre otros, ROCA TRÍAS y ASÚA GONZÁLEZ, (ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, *op. cit.*, pg. 62; ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 20 - 21.)

afectividad y solidaridad humana, si bien tras la reforma efectuada en el año 2.005 el matrimonio absorbe ya todo el sexo posible, hetero u homosexual. Ello supone la sustitución de “un dato biológico que aparece ya en las primeras fases de la diferenciación celular” y que “acompaña a la persona desde el nacimiento hasta la muerte”, (GARCÍA CANTERO)¹⁵²⁰, por una *ars erotica* y aleja el concepto, intencionalmente, de toda idea de reproducción natural o biológica.

Con este matiz lo cierto es que la nota sexual trasladada a arte erótico sigue siendo indispensable para saber cuándo estamos ante libertad afectiva, (en la idea de GÓMEZ SÁNCHEZ), o mera solidaridad o relación convivencial de ayuda mutua, (art. 240 CCC), esto es, cuándo existe un negocio jurídico personal “afectivo” o un negocio jurídico personal “solidario”, ambos bilaterales porque contemplan, (a diferencia de la donación, poder o gestión de negocios ajenos), flujos recíprocos, (como la adopción).

El problema es que “*ars erotica*” es una práctica libérrima que puede comprender incluso inexistencia de acceso carnal, no tener contacto físico, (placer sexual en tal negación o en la sola contemplación del otro), de modo que hemos de conformarnos con la pura manifestación de los contrayentes acerca de ser su unión “afectiva” o de ser “meramente solidaria y de ayuda mutua” y, en este sentido: ¿cómo diferenciar una caricia amistosa o cariñosa de otra con intención sexual? Y, si no existen ciertos “derechos” o “deberes”, mutua disponibilidad o algún remedo de *ius in corpus*, (en el sentido que humana y dignamente es posible), ¿cómo diferenciar una relación sexual esporádica pero repetida en la unión solidaria y de ayuda mutua frente al sexo practicado, quizá con poca frecuencia, en el matrimonio o en una unión institucionalizada no matrimonialmente?

Por otra parte, aunque matrimonio y unión institucionalizada no matrimonialmente han resultado prácticamente equiparadas al rebajar el vínculo que suponía aquél, lo cierto

¹⁵²⁰ GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, op. cit., pg. 343.

es que, pese a todas las rebajas vinculares, no puede negarse que quien contrae matrimonio considera en buena medida: 1) seriedad y continuidad en el plan de vida que se intenta, 2) una solución para sus dependencias presentes o futuras y 3) un reforzamiento para los retos de sobrevivencia económica en el día de hoy, lo cual se verá indudablemente defraudado por quien consiente en efectuar igual desempeño de libertad creativa pero con la intención, no revelada, de romper el plan de vida en cualquier momento. Ello puede suponer, p.e., un daño injusto por pérdida de expectativas para prodigar asistencias o cuidados, como señala LÓPEZ JACÓÍSTE para la STS de la Sala 3ª, Sección 6ª, de 7 de Julio de 2008.¹⁵²¹

Del mismo modo, quien suma a todo ello la intención reproductiva, (libertad afectiva + libertad reproductiva), verá afectada esta segunda libertad y su derecho de fundar familia si el recíproco nunca consideró seriamente esa posibilidad para el plan de vida común, o si ocultó su concepto de la unión como no procreativa, ello incluso intensamente si el coste de oportunidad finalmente padecido provoca privación de capacidad genitora o gestante por el tiempo transcurrido en un intento que su recíproco conocía sería infructuoso.

Todos los ciudadanos tenemos, (o deberíamos tener a pesar de las leyes autonómicas sobre unión institucionalizada no matrimonialmente), derecho a no institucionalizar ninguna relación afectiva. Pero nótese que ello es un derecho también intersubjetivo distinto del derecho unipersonal a no relacionarme afectivamente ni contigo ni con nadie, que es el único que encajaría plenamente en no injerencia y *privacy*. Así pues, tengo derecho a permanecer sólo, a estar contigo sin institucionalización, a formar unión institucionalizada no matrimonialmente o a casarme. Lo que no tenemos es un derecho a engañar, a abusar, a no ser sinceros y a tomar de los demás permitiendo que éstos

¹⁵²¹ LÓPEZ JACÓÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual*, op. cit., pg. 666.

confíen, se abran y entreguen sólo para defraudar tales confianzas y entregas en cualquier momento que nos convenga.

3.3).- Asociacionismo.- La asociación es un negocio jurídico personal y plurisubjetivo en el que dominan los caracteres propios del ámbito iusfundamental. La asociación no se funda en contrato sino en convención, (PAZ ARES¹⁵²²), y resulta totalmente ajena a ningún concepto de conmutatividad, constituyendo un negocio personal que se incardina en el Derecho de la persona. Así, mientras las cuestiones sociales se sitúan mayormente en un punto puramente económico y están orientadas hacia los patrimonios personales de los socios, los problemas asociativos se incardinan directamente sobre la condición de persona de los asociados y sobre su personalidad, de modo que los Derechos fundamentales se excitan con perfiles propios de gran intensidad.¹⁵²³

En este sentido, tal sede presenta una de las mayores incidencias de los derechos de igualdad y no discriminación en las relaciones horizontales entre particulares, así como de

¹⁵²² PAZ-ARES, C., *op. cit.*, pp. 1.311. - 1.312. CABALLERO LOZANO habla aquí de “contrato asociativo” y naturaleza contractual, (CABALLERO LOZANO, J.M., *La capacidad asociativa del menor*, en CABANILLAS SÁNCHEZ, (coord., et alii), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez Picazo*, ed. Civitas, Madrid - 2003, pp. 299 -319, en concreto pg. 300), cuando, a mi juicio, con ello quiere manifestar su rechazo a la idea de libertad sin convención que sostiene el TC, (“el acto de integración en una asociación no es un contrato... sino que consiste... en un acto por el cual el asociado acepta los estatutos y se integra en la unidad no sólo jurídica sino también moral que constituye la asociación, STC 218/1988”). Pero entiendo que ambos no se producen con total exactitud: el carácter moral añadido que se presenta en el asociacionismo es consecuencia de ser negocio personal, y el negocio personal plurilateral que concurre no debe llamarse contrato sino, en todo caso convención. Y no debe confundir que la convención plurilateral esté abierta a la adhesión de nuevos firmantes en condiciones y para fines prefijados para sostener aquí un ejercicio individual no convencional de libertad pública.

¹⁵²³ DE PABLO CONTRERAS, P., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho privado, Derecho de la Persona, op. cit.*, pg. 237.

reversibilidad de consentimientos. No puede negarse la pertenencia a una asociación con la misma libertad con que puedo negarme a que seas mi socio en una Sociedad Limitada, y no puede condicionarse la salida voluntaria de ningún asociado a ningún tipo de obligación o prescripción, a diferencia de la posibilidad de imponer, p.e. obligaciones de no competencia al socio que se separa de una sociedad.

3.4).- Negocios extintivos de función familiar. Algunos negocios jurídicos personales no reciben la percusión de una función familiar sino que su consideración simultánea y superpuesta de “familiares” procede de que, precisamente, instrumentan el final de aquella delegación pública, como ocurre con la emancipación. PARRA LUCÁN la califica de negocio jurídico familiar¹⁵²⁴, aunque puesto que su finalidad es hacer cesar la dependencia y la función familiar, (cesando por tanto perturbaciones verticales con tal origen), y hacer ingresar a una persona como sujeto propio del juego jurídico, (esto es, exponiendo a todas las demás a su acción jurídica), puede también considerarse como como un negocio jurídico personal percutido verticalmente por la noción de estado civil.

Afecta así a todos, (estado civil), que exista un poder de ingresar a ciertos jugadores en el juego de la autonomía privada, de modo que tal poder encerrado en el negocio de emancipación debe considerarse públicamente delegado y controlado como negocio atinente al estado civil, (no causa estado frente a terceros sin inscripción en el RC, (318 CC), y existe un control de legalidad notarial o judicial, (317 CC)). Estas derivadas generales que han de ser necesariamente atendidas y publicitadas en interés de todos forman parte de lo que considero que “unos necesitamos conocer inexorablemente de los demás para poder estar en sociedad” y para el funcionamiento de los juegos y espacios de libertad patrimonial y personales establecidos, que son las nociones que fundan una idea moderna del estado civil.

¹⁵²⁴ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, op. cit., pg. 122.

Componen así un “derecho de previsibilidad” de los ciudadanos para poder formar jugadas y tomar posiciones respecto de otros en sus relaciones horizontales, sin el cual no será posible ningún ejercicio ni movimiento en el espacio de libertad y creatividad personal, familiar y patrimonial ni podrá implementarse el art. 10 CE, motivo por el cual el contrato social ha de proveer a esta previsibilidad, (doctrina del estado civil). Para desarrollar mi plan de vida afectivo y familiar necesito conocer si tú, en quien me he fijado, estás casado y tienes hijos, preciso saber si tienes pareja para saber si he de contar con tu cónyuge para comprar tu piso en Sitges, he de conocer si eres mayor de edad y capaz para asegurarme que nuestro negocio sea definitivamente eficaz y, con las nuevas técnicas TRHA, probablemente habría de conocer tu pasaporte genético para conocer si pongo a nuestros futuros hijos en riesgo de consanguinidad, (ex art. 5.7 LTRHA hay un máximo de 6 posibilidades, pero las hay).

Dado que los espacios que la técnica arrebató al azar se convierten inmediatamente en espacios de responsabilidad¹⁵²⁵, un pasaporte genético o biológico aparece como amenaza a la intimidad y libertad en manos de grandes operadores y en relaciones sociales, (Estados, patronos, suministradores de productos y servicios, etc.)¹⁵²⁶ pero también se muestra como necesidad para las relaciones personales una a una o íntimas, (ocultar mis enfermedades genéticas y degenerativas afectará a los hijos que conciba conmigo mi recíproco y a mutuas entregas más exigentes en el plan de vida que estamos fundando sin tal revelación).

No saber era, por tanto, una condición esencial para las relaciones humanas, pero ahora que podemos saber habremos de resolver un problema de previsibilidad y

¹⁵²⁵ “La colonización de lo natural por lo justo”, según frase acuñada por BUCHANAN, A., BROCK, D.W., DANIELS, N., WIKLER, D., *op. cit.*, pp. 141 – 148 y pp. 264 – 266 y pp. 284 - 288 y como también señala NUSSBAUM, M.C., *Genética y Justicia: Tratar la enfermedad, respetar la diferencia*, *op. cit.*, pg. 6 - 7.

¹⁵²⁶ Un ejemplo de discriminación laboral propone NUSSBAUM. M.C., *op. cit.*, pg. 6.

responsabilidad que ha de partir de la renovación autocomprensión ética de la especie¹⁵²⁷. Por amor aceptamos el tremendo azar que supone casarnos con una persona que arrastra una codificación genética para la enfermedad, una disposición psicológica para sufrir o para hacernos sufrir y una realidad familiar completa que no conocemos al tiempo de contraer. Amamos, por tanto, en buena medida a ciegas. Ahora es posible que lo hayamos de hacer sin vendas, gasas ni tules en los ojos de modo que habremos de enfrentarnos a la posibilidad de retirarnos o mantenernos en un reto que será conocido. Ello afecta a la definición de nuestra realidad humana más profundamente que el problema jurídico de previsibilidad, ocultación y responsabilidades.

Este derecho de previsibilidad de los ciudadanos debe ser ponderado respecto de la *privacy* y serlo preeminente en lo que sea preciso para la instauración, desarrollo y seguimiento de tales espacios de libertad y creatividad personal y patrimonial para que todos podamos tomar nuestras posiciones y desarrollar nuestros planes de vida. Junto a él forman parte de un concepto moderno del estado civil, a mi juicio, el derecho vertical del contrato social de imponer oficios públicos sobre privados, (los cuales crean un estatuto¹⁵²⁸ para tales personas en cuanto delegados que forman parte de su organización difusa¹⁵²⁹), y, por último, el derecho de censo del Estado.

La emancipación es un negocio jurídico bilateral. Deben participar los padres/madres legales: 1) porque extingue su derecho de crianza y los disfrutes que la

¹⁵²⁷ HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana, ¿Hacia una eugenesia liberal?*, traducción de CARBÓ, R.S., ed. Paidós, Barcelona - 2002, pg. 59; MENDIETA, E., *op. cit.*, pg. 94 y ss.

¹⁵²⁸ PARRA LUCÁN considera que se ha producido una “pérdida de la función social de los estados familiares” y “una flexibilización de sus caracteres tradicionales, que aparecían muy vinculados a esa idea del estado civil”, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 117).

¹⁵²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (I), Derecho Privado. Derecho de la Persona, op. cit.*, pg. 40.

misma les otorga legítimamente en correspondencia a su *officium publicum* necesario y a sus entregas, costes de oportunidad y planes de vida formados para cumplirlo, y 2) porque los padres/madres legales son los delegados difusos del poder público a quienes se encomienda también que decidan si pueden darse por satisfechas las funciones públicas comprometidas y si puede confiarse en que no surja un coste social del cese de las mismas, (aunque exista un control de legalidad notarial o judicial).

Otorgado este negocio quedará tan sólo el oficio público menor de la curatela como protección de la persona física, delegada también sobre el amor familiar pero con un sentido tuitivo unipersonal y no funcional y grupal familiar.

Este negocio jurídico emancipatorio bilateral es irreversible de parte de los padres/madres legales porque una vez otorgada a una persona el dominio jurídico de su propia personalidad no puede serle arrebatada sino mediante procedimiento de incapacitación en su propia protección, (art. 200 CC). Por el contrario si la emancipación tiene lugar por mayor edad, matrimonio o concesión judicial, (art. 323 CC), es evidente que entonces no hay negocio jurídico.

4).- LIBERTAD REPRODUCTIVA Y CRIANZA.-

Libertad reproductiva positiva y derecho de fundar familia, (comprendiendo crianza), son libertades individuales que, sin embargo, están naturalmente orientadas a un ejercicio cooperativo, lo que plantea cuestiones personales entre sus actuantes.

4.1).- Libertad reproductiva unipersonal.- Una posibilidad individualista no cooperativa sobre la libertad reproductiva positiva es irreal y artificial porque, en realidad,

la única forma de efectuarla de un modo unipersonal sería la clonación reproductiva humana, la cual no sólo es prohibida, (art. 1.3 LTRHA), sino imposible¹⁵³⁰.

El ejercicio supuestamente individualista de la libertad reproductiva positiva que es posible hoy en la actual LTRHA (artículos 5.5 y 6.1, 8, 11.4.a y 11.4.b LTRHA, esto es, mediante FIV en mujer usuaria sola, retirada del genitor varón respecto del embrión criocongelado o adopción de embrión por mujer usuaria sola), no es tal ejercicio solitario sino un desempeño con un colaborador genético, (donante o creadores del embrión), que, sin embargo, son luego borrados artificialmente. Ello no es un supuesto de anonimato sino de anonimización, tal como la define el artículo 3, letra k de la Ley 14/2007 de 3 de julio de investigación biomédica. Si, como señalan muchos autores, (VIDAL MARTÍNEZ, PANTALEÓN PRIETO, GÓMEZ SÁNCHEZ,¹⁵³¹), se apreciara la inconstitucionalidad de tal anonimización en relación con el art. 39.2 CE como derecho a conocer el origen biológico, (y la inconstitucionalidad con base en el 14 CE que añade GARCÍA CANTERO para la familia monomarental de intento¹⁵³², que también es rechazada por PANTALEÓN

¹⁵³⁰ El reciente trabajo que Shoukrat Mitalipov expuso en Cell, (Volume 153, Issue 6, June 2013, pp. 1228-1238), es una reprogramación celular que forma parte de la clonación terapéutica como obtención de células madre embrionarias a partir de células epiteliales, señalando este investigador que básicamente la tecnología es similar a la utilizada con la oveja Dolly pero que “Ninguna de las dos técnicas nos permitirá generar embriones humanos viables”, (<http://www.abc.es/sociedad/20130527/abci-entrevista-shoukrat-mitalipov-2013526>).

¹⁵³¹ VIDAL MARTÍNEZ, J., *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*, op. cit., pg. 9531, cuya postura personal ya señalé antes; PANTALEÓN PRIETO, F., *Técnicas de reproducción y constitución*, en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, ed. Centro de Estudios Constitucionales, número 15, Madrid - 1993 pp. 129 - 160, en concreto pg. 144; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Algunas reflexiones jurídico-constitucionales...*, op. cit., pg. 115.

¹⁵³² Señala este autor para la LTRHA de 1988, (igual en este punto a la actual), que fue una “fábrica de seres marginados”, pues permite el nacimiento de menores sin padre “originando una flagrante discriminación en razón al nacimiento que choca frontalmente con el art. 14 de la CE”, (GARCÍA CANTERO, G., *La filiación en el caso...*, op. cit., pg. 479).

PRIETO¹⁵³³), quedaría desenmascarado este nuevo efecto “birli-birloque”, (ahora están los cooperadores necesarios, ahora no están), de la supuesta unipersonalidad e innecesidad de intersubjetividad en la reproducción humana.

Pero no sólo cede la unipersonalidad al retirar esta artificialidad, también ocurre que la libertad reproductiva positiva conlleva inmediatamente la fundación de una familia siquiera monomarental: se puede fundar familia sin que exista un ejercicio de la libertad reproductiva positiva, (violación, fallo de medios anticonceptivos, noche loca), pero no se puede ejercitar la libertad reproductiva positiva unipersonal creada por la LTRHA sin que surja inmediata e inseparablemente un sujeto dependiente, una familia y un oficio público de madre legal, (lo que no nos interesa ahora como función sino como adición inmediata e inexorable de un nuevo sujeto, (el embrión, el hijo), y, por ello, de interpersonalidad).

Así, aun conseguida una autoclonación y anidación *pret a porter* para poder realizarla la mujer sola en casa, la procreación de intento habría de ser negocial bilateral debido: 1) a la presencia de quien no puede ser objeto sino contraparte, (hijo), y 2) a que la paternidad/maternidad como crianza es siempre intersubjetiva y cooperativa, dado que la existencia de potestad o derechos/deberes en el padre/madre se corresponde siempre con derechos/deberes recíprocos del hijo.

Dicho de otro modo, el ejercicio de la libertad reproductiva positiva anonimizando al colaborador genético y sin cooperador legal, (madre *ex voluntate* aunque sea genitora y gestante, padre *ex voluntate* acudiendo fuera de España a maternidad subrogada y consiguiendo luego la inscripción en nuestro RC), constituye un negocio jurídico familiar, (fundación de familia monomarental o monoparental *ex voluntate* aunque la filiación se anude luego por alumbramiento en el caso de la mujer, pues el carácter monomarental lo es

¹⁵³³ PANTALEÓN PRIETO, F., *Contra la Ley...*, *op. cit.*, pg. 19.

de intento y no natural o biológico), que no puede ser nunca unilateral dado que convoca a otra parte y a otro interés negocial, so pena de convertir al hijo en puro objeto.

De este modo sólo puede ser unipersonal y no cooperativa la libertad reproductiva genética negativa, el llamado derecho a no ser forzado a procrear, que entra en el ámbito de la *privacy* y siempre que no se haya puesto el propio material genético en juego creando expectativas intersubjetivas, (casos *Kass, Davis, Nachmani y Evans*)¹⁵³⁴, que son también fuente de responsabilidades y vinculaciones jurídicas, (VIDAL MARTÍNEZ).¹⁵³⁵

4.2).- Interés negocial del hijo en su filiación.- El hijo tiene un interés negocial en esta situación intersubjetiva que supone su propia concepción. Este interés negocial y su derecho a ser tenido por parte otorgante o representada es una emanación de su personalidad, (art. 10 CE), de su dignidad humana como inviolabilidad negocial: si él mismo no ejercita su *Abschlussfreiheit* nadie puede arrebatársela o suplantársela.

Esta sustancialidad negocial no cambia, a mi juicio, por el hecho de ser este hijo existente, (adopción), o potencial, (el especial *concepturus* de las TRHA o la dupla *concepturus/nasciturus* en la procreación biológica), y no cambia porque la atención y el interés para el mismo nace de la situación *per se*, so pena de convertir al ser potencial o ya en curso en mero objeto. Lo que ofende actualmente la dignidad de un ente en cuanto actual la ofende también potencialmente en cuanto potencial, de modo que el problema no es de inexistencia de afección o interés sino, a lo sumo, 1) de posibilidad fáctica de instrumentar una atención a tal interés, (a mi juicio a través de representación legal del Ministerio Fiscal e intervención garantista judicial) y 2) de resultar extraordinariamente opresiva la consideración de tal interés en relación con otros en liza, lo que entiendo que

¹⁵³⁴ ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, op. cit., pg. 44.

¹⁵³⁵ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos inherentes en la reproducción asistida*, op. cit., pg. 278 y *La figura legal del anonimato del donante ...*, pg. 9531.

puede ocurrir si se prohibiera a una persona acudir nunca a TRHA pero no si le niega aquí y ahora *ad cassum* para un ejercicio concreto, (idoneidad).

Para evitar estas conclusiones se niega que exista colisión de libertades y derechos jurídicos, (sustancia negocial), sobre la base formalista de que afirmar que ello no es posible cuando en uno de los extremos no hay sujeto jurídico actual portador de intereses sino tan sólo sujeto potencial que sólo remite a valores. Ello oculta que este sofisma sólo es posible manteniendo la foto fija, esto es, no queriendo apreciar que esa encrucijada contempla a un ser que 1) está en curso y no llega a ser actual y pleno tan sólo porque se le aniquila impunemente con base en el sofisma, 2) que no está en curso pero aseguradamente estará y nacerá por cuanto la encrucijada TRHA se plantea sobre la posibilidad inmediata y *standard* de que el *concepturus* sea *nasciturus* con la sola aplicación de la técnica reproductiva. La cuestión es apodíctica y tautológica: no hay negocio porque no hay contraparte, y no hay contraparte porque la maté, (aborto), o no quiero apreciar que indudablemente va a llegar a existir, (familia monomarental, adopción de embriones).

Como dije antes, entre nosotros VILA-CORO BARRACHINA, GARRIDO DE PALMA y BUSTOS PUECHE consideran al embrión humano como concebido y plenamente protegido como sujeto y portador de interés por el artículo 29 CC¹⁵³⁶. Aquí ha de señalarse la desgraciada interpretación que se ha hecho de este artículo 29 CC y de su posición central en el Derecho civil, que VIDAL MARTÍNEZ califica de “grosera acotación jurídica” acogida a una idea formal y no sustancial de la persona humana¹⁵³⁷. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ señala acertadamente que la cuestión es explicar por qué se salta del término “ser humano”, (art. 1 y 6 DUDH), a aquel otro de “sujeto de

¹⁵³⁶ VILA-CORO BARRACHINA, M.D., *Introducción a la Biojuridica*, op. cit., pg. 170; GARRIDO DE PALMA, V.M., *El Derecho civil, protector del ser humano*, op. cit., pg. 1365 y ss.; BUSTOS PUECHE, J.E., *El Derecho civil ante el reto de la nueva genética*, ed. Dykinson, Madrid - 1996, pg. 74.

¹⁵³⁷ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Algunas observaciones sobre el concepto de persona*, op. cit., pg. 5303.

derechos”, otro acto de magia “birli-birloque” que opera, como señala este autor, mediante una inversión no explicada entre sustancia y efecto, esto es, exigiendo primero la personalidad jurídica y asociando sólo luego titularidad de derechos a tal personalidad¹⁵³⁸. En esta inversión resuena la distinción entre *licere* y *posse* de JELLINEK, entre lo que es *prius* y *natura* y lo que constituye pura creación artificial jurídica, necesaria pero de segundo grado.¹⁵³⁹ Ello contradice toda la experiencia histórica para subjetivar al Derecho, aquella conquista de haber llegado a considerar que todo ser humano tiene “derecho a tener derechos” por el solo dato de serlo, de participar de aquella dignidad humana.

La condicionalidad de derechos a la posesión de personalidad jurídica es, a mi juicio, consecuencia de que los derechos subjetivos son nacionales. Un derecho subjetivo es, en última instancia, un poder que sostiene cada Estado en una forma determinada. Puesto que ello es un coste y un esfuerzo público y propio, reserva la concesión de tales poderes a quienes están acreditados ante él mismo, esto es, a aquéllos a quienes ha otorgado personalidad jurídica estatal, la condición de personas y sujetos de Derecho positivo en la particular forma que lo determina él mismo en su Derecho interno. Como señala DOUZINAS ésta es la versión o traducción moderna de las barreras y fronteras¹⁵⁴⁰: dentro de un estado la personalidad jurídica no es igual ni da lugar a los mismos pliegos de derechos, apréciase la diferencia esencial en este sentido entre residentes y no residentes, de modo que si personalidad jurídica es titularizar derechos, sólo los nacionales y determinados residentes son plena o máximamente personas para los Derechos positivos estatales.

¹⁵³⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *En torno al concepto de persona, op. cit.*, en concreto pp. 44 - 46.

¹⁵³⁹ JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subbietivi,...* *op. cit.*, pp. 51 - 54.

¹⁵⁴⁰ DOUZINAS, C., *op. cit.*, pg. 315.

Por el contrario, como la ONU no tiene que preocuparse de fronteras y reservas de esfuerzos para los nacionales y votantes, su Declaración de Derechos puede predicarse prescindiendo de la noción artificial de “personalidad jurídica” y utilizando la primaria y natural de “ser humano”, única que habría de ser admitida.

4.3).- Interés negocial del adoptando.- No cabe duda, a mi juicio y con GARCÍA CANTERO, que la adopción es negocio jurídico civil y no acto jurídico civil ni negocio o acto jurídico procesal. Partimos ahora de la afirmación realizada por GARCÍA CANTERO en 1971, (y mantenida por este autor constantemente¹⁵⁴¹), de que “La adopción en nuestro Derecho es un negocio jurídico de Derecho de Familia puro...”y “un negocio bilateral”, plurilateral si la adopción es conjunta, y que “La adopción de un menor de catorce años sigue siendo un negocio bilateral...”¹⁵⁴²

Esta posibilidad de incorporar negocialmente al hijo existe en la adopción al existir el niño y al no matarlo o desconsiderarlo, ejercitando adultos y menores su respectiva *Abschlussfreiheit* de un modo tan intenso y necesariamente demandado que incluso se adelanta la capacidad de obrar en el negocio adopcional en favor del adoptando mayor de doce años, (artículo 177 CC), en tanto por debajo de tal edad existe, a mi juicio, un mecanismo de representación legal de su interés negocial que será examinado luego. Interesa ahora señalar cómo la excepcionalidad de esta capacidad negocial y la inadmisión de representación legal para el mayor de 12 años apuntan a un idea o principio de tener en cuenta al máximo la voluntad material y personalísima del adoptando, no de negar la representación para el adoptando de 12 años o menos.

Este interés negocial ofrece la especialidad de encontrarse sesgado con una “causa típica o, mejor, con un motivo “la conveniencia del adoptado”, que el legislador ha elevado

¹⁵⁴¹ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral, Tomo V*, vol. 2º, décima edición, ..., op. cit., pg. 429.

¹⁵⁴² GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción, op. cit.*, pp. 835 y ss.

a causa y cuya falsedad podrá dar lugar a su impugnación conforme a la doctrina general del negocio jurídico”, (GARCÍA CANTERO).¹⁵⁴³ En el mismo sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ advierte que no hay un derecho a ser declarado idóneo ni propiamente un verdadero derecho a adoptar de parte de los adultos¹⁵⁴⁴. El único derecho aquí para los adultos sería, en todo caso, aquél de exigir una regulación legal de la adopción con base en el derecho de fundar familia, conexión que señala VIDAL MARTÍNEZ y que lleva al artículo 10 CE¹⁵⁴⁵. No obstante, la generalidad del fundamento constitucional permitiría cerrar este derecho al legislador en plurales formas de parte del adoptante, si bien, a mi juicio, del lado del adoptando no cabe constitucionalmente una discriminación en la regulación jurídica que los haga de peor condición que los biológicos. Pero no existe, como señala GARCÍA CANTERO, un derecho a no adoptar como posibilidad de crear yo mismo, (*pret a porter*), mi relación paterno filial con un menor y obtener luego reconocimiento jurídico para ella con el contenido que yo quise darle: la privación de la *Gestaltungsfreiheit* es aquí *ius cogens*.¹⁵⁴⁶

4.3.1).- La adopción como negocio jurídico.- GARCÍA CANTERO señala que la adopción es “un negocio de derecho de familia que se realiza entre el adoptante o los adoptantes y el adoptado mayor de doce años, que se perfecciona por resolución judicial que tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando”. Explica, además, que cuando el preámbulo de la Ley 21/1987 señaló que “... la adopción no será ya un simple negocio

¹⁵⁴³ GARCÍA CANTERO, G., *ibidem.*, pp. 835 - 836.

¹⁵⁴⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes*, en POLAINO LORENTE, A., (*et alii*), *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, editorial Ariel, Barcelona - 2001, pp. 177 - 193, en concreto pp. 183 - 184.

¹⁵⁴⁵ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio...*, *op. cit.*, pg. 3525.

¹⁵⁴⁶ GARCÍA CANTERO, G., *¿Derecho a no casarse?*, *op. cit.*, pg. 15.

privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza”, no estaba utilizando un concepto técnico de “negocio” como negocio jurídico, sino como comercio o tráfico, de modo que no puede utilizarse tal expresión en contra de la naturaleza negocial del hecho adoptivo.¹⁵⁴⁷

De acuerdo con esta naturaleza refiere GARCÍA CANTERO que hay un consentimiento de adoptantes y adoptandos que es el consentimiento negocial que demuestra la existencia del negocio jurídico familiar adoptivo, si bien la EM de la Ley adoptiva de 1981 lo calificó con el adjetivo de “básico”¹⁵⁴⁸.

Los demás consentimientos, asentimientos y audiencias que puedan surgir en el proceso garantista no forman parte del negocio jurídico familiar adoptivo sino de las consecuencias y garantías del mismo. Ocurre que el hecho familiar que surgirá de tal negocio afecta intensamente a Derechos humanos de terceros y a funciones públicas esenciales, (así los derechos de los padres/madres previos y de la familia de origen, cuando menos), y aquellas funciones públicas concernidas pueden determinar también que el Ministerio Fiscal pueda concebirse actuando no sólo en interés del menor sino también de la sociedad en general. Es en la sede del proceso jurisdiccional garantista, (en el que consta sistemáticamente pero no eficaz jurídicamente un negocio adoptivo), donde habrán de excitarse todas estas derivadas potenciales del mismo.

En el mismo sentido ALBÁCAR LÓPEZ señala que “la adopción ofrece un marcado carácter contractual *sui generis*”.¹⁵⁴⁹ En contra, sin embargo la mayoría de la doctrina: SANCHO REBULLIDA, CASTRO LUCINI, PÉREZ ÁLVAREZ, PEÑA Y

¹⁵⁴⁷ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral...*, Tomo V, vol. 2º, décima edición, op. cit., pg. 429 y en *El nuevo régimen de la adopción*, op. cit., pp. 835 y ss.

¹⁵⁴⁸ GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*, op. cit., pg. 840.

¹⁵⁴⁹ ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., (*et alii*), *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, 1ª edición, editorial Trivium, Madrid - 1993, pg. 440.

BERNALDO DE QUIRÓS, O'CALLAGHAN MUÑOZ, GARRIDO CHAMORRO, DíEZ PICAZO PONCE DE LEÓN Y GULLÓN BALLESTEROS, y LASARTE ÁLVAREZ¹⁵⁵⁰.

PÉREZ ÁLVAREZ señala que el Juez no podrá aprobar la adopción si no media el consentimiento del adoptante y el del menor cuando éste sea preceptivo... [ni] aprobar una adopción a la que ha prestado su disconformidad el adoptando mayor de doce años”¹⁵⁵¹, pero no deduce de ello que la adopción sea negocio jurídico familiar.

Conforme a todo lo dicho anteriormente, yo considero que la adopción es un negocio jurídico familiar bilateral, con flujos recíprocos entre adoptantes y adoptandos y que puede comprender también cuestiones negociales personales internas a la parte adoptante cuando ésta es plural. La voluntad negocial es sólo vigente en cuanto a la pura aparición del hecho familiar de una filiación, pero no para modelar su contenido y efectos, los cuales conforman una función pública principalísima que no es explicable como mero

¹⁵⁵⁰ SANCHO REBULLIDA, F., *Acogimiento y adopción*, en LACRUZ BERDEJO, J.L., (*et alii*), *El nuevo régimen de familia*, IV, editorial Civitas, Madrid - 1989, pp. 86 y ss. y pg. 116; CASTRO LUCINI, F., *Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción, (La afiliación adoptiva)*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo LXIV, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid - 1988, pg. 162; PÉREZ ÁLVAREZ, M., *La nueva adopción*, editorial Civitas, Madrid - 1989, pg. 202; PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid - 1989, pg. 463; O'CALLAGHAN MUÑOZ, J., *Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Derecho de Familia*, ed. Edersa, Madrid - 1998, pg. 244; GARRIDO CHAMORRO, P., *Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción*, en GARRIDO DE PALMA, V., (*et alii*), *Instituciones de derecho privado, 1ª edición*, editorial Civitas, Madrid - 2002, pg. 857; DíEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil, Tomo IV, vol. 1, Derecho de Familia*, 10ª edición, editorial Tecnos, Madrid - 2006, pg. 386; LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil VI, Derecho de familia*, 6ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid - 2007, pg. 386.

¹⁵⁵¹ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 430.

interés puntual del menor o por la percusión de meros factores correctores¹⁵⁵², y sin que, como dije antes, la ausencia de *Gestaltungsfreiheit* convierta a tal negocio personal en acto jurídico.

El hecho humano y social de sustancia negocial personal, (querer ser X y T padres/madres y R y Z, mayores de 12 años, hijo o hijos respectivamente, sin que lo sean previamente), termina aquí, esto es, con la aparición de un hecho familiar, (relación paterno y materno filial), que produce sus contenidos y efectos propios imperativos y *ex lege*. Pero termina aquí con toda justicia, con toda congruencia y con toda plenitud ontológica y sistemática. El negocio jurídico familiar ya hizo todo cuanto le corresponde efectuar que es aportar la espontaneidad y creatividad individual, (*Abschlussfreiheit*), desde la cual podrán obtenerse frutos y bienes mediatos derivados de un amor que no cabe como producto heterónomo. Es porque tal actuación está terminada e inmediatamente dispuesta para producir efectos y consecuencias que se colocan, (*ex extra* y mediante jurisdicción), controles y condiciones garantistas y funcionales que obligadamente ha de implementar el contrato social por la relevancia hacia plurales Derechos fundamentales y funciones públicas principalísimas, (proceso como *conditio iuris* garantista).

Se trata de una técnica similar a la nulidad exclusión en la que una especie sistemáticamente regular, (contrato perfecto, primera eugénesis), no es permitida nacer a lo jurídico, (ineficacia *ab initio*), porque habría de desplegar consecuencias contrarias a intereses generales, (nulidad absoluta por contravención de ley, ilicitud de objeto o causa,

¹⁵⁵² Como señalan PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 115 y ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 70 -71 frente, (entre otros), a VIDAL MARTÍNEZ que aprecia aquí un derecho-función, (VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio*, op. cit., pg. 3526), y en el mismo sentido DÍEZ PICAZO citado por MONTÉS PENADÉS, (MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, op. cit., pg. 968).

nulidad absoluta por falta de autorización previa de compraventa en zona estratégica, etc., segunda eugénesis), si bien aquí con una idea aún más preventiva que es garantista, doble y de máxima calidad. En primer lugar, como señalan PÉREZ ÁLVAREZ y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ¹⁵⁵³, 1) con una intervención administrativa que evite el tráfico de niños, articule la igualdad en el derecho a fundar familia y asegure el interés del menor analizando la idoneidad de los adoptantes, y, en segundo lugar, 2) con el mayor control y garantía posible en el ordenamiento jurídico, aquél que presta la jurisdicción directamente reteniendo la eficacia de cualquier negocio adoptacional hasta que ella misma intervenga y no permitiendo vía de hecho.

Como digo, la declaración de idoneidad, la propuesta de la Administración actuante y la constitución final de la filiación adoptiva mediante resolución judicial, (176.1 CC), no eliminan, en mi opinión, la categoría sistemática del negocio jurídico familiar ni la sustancia ontológica negocial que radica en el surgimiento del hecho social adoptivo sino que, extrínsecamente a la propia noción de negocio jurídico y porque tal negocio existe sistemática y conceptualmente, (primera eugénesis lógica y sistemática como negocio jurídico civil personal), lo detienen por consideraciones universalistas y públicas no permitiéndole pasar el velo que da acceso a la vida social y jurídica eficaz sin un episodio judicial, (segunda eugénesis como 1) negocio jurídico *favor filii*, 2) inocuo iusfundamentalmente y 3) funcional públicamente).

En este sentido GARCÍA CANTERO señala que “la adopción se realiza entre dos sujetos privados y se perfecciona mediante resolución judicial, que vendría a ser una

¹⁵⁵³ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 426; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad*, en Anuario de Derecho Civil, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid - 1992, pp. 1391 - 1498).

conditio iuris de eficacia... Lo que se da en la adopción es un control especial del órgano jurisdiccional sobre la conveniencia de la adopción para el adoptando, (de esta concreta adopción), de modo que incumpliría su deber - e incurriría en responsabilidad grave - el Juez que se limitara a una aprobación rutinaria... ello no es suficiente, en mi opinión, para despojar a los consentimientos de los sujetos intervinientes de su naturaleza negocial.”¹⁵⁵⁴

Concibe esta autor, por tanto, una *conditio iuris* garantista de modo que, como señala el preámbulo de la Ley 21/1987, “la adopción no será ya un simple negocio privado entre el adoptante y los progenitores por naturaleza” sino un negocio privado, (o sea civil, personal), entre adoptantes y adoptando, (consentimientos básicos), que no puede otorgarse sin superar la horca caudina de un proceso jurisdiccional garantista, (lo que elimina la “simpleza” u ordinariéz de aquellos otros negocios civiles patrimoniales o personales que no se sujetan a tal protección e impide cualquier contaminación crematística e interesada).

4.3.2).- La adopción como negocio o acto procesal.- CASTRO LUCINI y ARTERO FELIPE¹⁵⁵⁵ consideran a la adopción como negocio jurídico procesal. Sin embargo, como señalé en otro capítulo, la categoría del negocio jurídico procesal no está aceptada en la doctrina procesalista¹⁵⁵⁶ y el proceso adopcional es, per se, indisponible absolutamente al ser garantista y dominado por el Juez sin sujeción a *petitum* o impulso de parte, (art. 1826 de la LEC de 1881).

¹⁵⁵⁴ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil de España, Civil, Común y Foral, Tomo V, volumen segundo, 10ª edición...*, op. cit., pg. 431.

¹⁵⁵⁵ CASTRO LUCINI, F., *Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción*, op. cit., pp. 162 y 166; ARTERO FELIPE, J.L., *El elemento volitivo de la adopción*, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, número 12, 2001, ed. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo, Universidad de Zaragoza, Zaragoza - 2001, pp. 53 - 76, en concreto, pg. 56.

¹⁵⁵⁶ GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho Procesal Civil, Tomo I...*, op. cit., pg. 307.

Una idea del negocio procesal no sujeta a una noción de disponibilidad sustantiva o procesal sería aquella que concibiera que el proceso absorbe las declaraciones de voluntad de adoptantes y adoptandos en un acto jurídico unilateral de la jurisdicción que tiene carácter procesal y complejo, integrador. No obstante, dado que la doctrina administrativista rechaza la idea del negocio jurídico unilateral administrativo¹⁵⁵⁷, no se habla aquí de negocio sino de acto jurídico. Ello supone no distinguir los momentos conceptuales y las sedes del negocio jurídico civil en el Derecho de familia y de la garantía jurisdiccional universalista y funcional social en el Derecho procesal, de modo que se los fusiona considerando que la “declaración del órgano jurisdiccional que recoge la de la parte”, o las de las partes, empaqueta todo el proceso y produce un acto jurídico único de la jurisdicción, unilateral y omnicomprensivo, (complejo al haber absorbido todo lo anterior). De este modo la adopción constituiría un “acto jurídico de naturaleza mixta o compuesta de carácter predominantemente procesal”¹⁵⁵⁸.

Esta misma inteligencia es la que subyace a la idea de CICU, para quien el matrimonio no era un contrato sino un acto de poder estatal, esto es, la intervención de un oficial público que aprueba, (*nihil obstat*), y que celebra con forma pública tasada esencial para la eficacia, lo que conlleva que no existe contrato o negocio jurídico familiar sino acto unilateral jurídico público.¹⁵⁵⁹ Sin embargo, ello no determina a la doctrina a negar la existencia del matrimonio como negocio jurídico familiar.

MONSALVE CABALLERO señala que “Se puede pensar, en efecto, que la intervención del oficial sea elemento esencial, desde luego, pero que viene a agregarse a lo que verdaderamente es constitutivo del matrimonio; y es natural aproximar el caso que menciona el ilustre profesor de *Bologna* a aquellos casos en los que un contrato debe ser

¹⁵⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *op. cit.*, pg. 556.

¹⁵⁵⁸ JARUFE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 57.

¹⁵⁵⁹ CICU, A., SENTIS MELENDO, S., traductor, *El Derecho de Familia*, *op. cit.*, pg. 336.

sometido a autorización o aprobación de una autoridad pública; incluso podríamos asimilar el caso del padre que contrata a nombre de su hijo menor de edad: es contrato aquél, aun cuando necesite autorización judicial”.¹⁵⁶⁰

Ello coincide con lo que también señalaba LACRUZ BERDEJO en idéntica dirección: “la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción del contrato.”¹⁵⁶¹, ya sea tal limitación sustantiva reduciendo o negando la *Gestaltungsfreiheit* o protocolaria o arquitectónica estableciendo condiciones de eficacia, (constitución en ceremonia estatal o en proceso jurisdiccional, autorización, etc.).

Y GARCÍA CANTERO concluye en este punto: “aun reconociendo la relevancia de la intervención judicial... no creo que en este caso sea distinto de otros de Derecho de Familia en que la ley exige una aprobación o autorización del Juez, (por ejemplo en el reconocimiento de un menor o incapacitado: art. 124, párr. 1º). No creo necesario degradar los consentimientos básicos para adaptarlos a la categoría de meros actos procesales, necesarios y básicos para la resolución judicial”.¹⁵⁶²

En el mismo sentido PARRA LUCÁN señala, (a propósito de aprobación judicial de convenios conyugales): “lo relevante es el consentimiento, la aprobación del juez no hace perder al acuerdo su carácter negocial, aunque, sin duda le atribuye una mayor eficacia, pues al contar con un título judicial se puede lograr la ejecución de lo acordado.”¹⁵⁶³

¹⁵⁶⁰ MONSALVE CABALLERO, V., *op. cit.*, pg. 391.

¹⁵⁶¹ LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia, op. cit.*, pg. 25.

¹⁵⁶² GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil de España, Civil, Común y Foral, Tomo V, volumen segundo, 10ª edición...*, *op. cit.*, pg. 431.

¹⁵⁶³ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 125 - 126.

4.3.2.1).- Valor procesal de la jurisdicción voluntaria.- La adopción, procesalmente, forma parte del Libro III de la jurisdicción voluntaria de la LEC de 1881, de modo que no obedece a una función contenciosa. La jurisdicción voluntaria requiere un *prius* que no puede ser, por tanto, una controversia y que, en sede de adopción, tampoco es un simple hecho, (no conviven los implicados, salvo en la transformación de acogimiento), o un derecho, (no hay derecho a ser propuesto ni, habiendo propuesta, a ser aprobado judicialmente), sino, a mi juicio, un negocio jurídico civil patente conceptual y sistemáticamente pero detenido por *conditio iuris garantista*. La razón de instrumentar este negocio jurídico civil personal y familiar a través del cauce de la jurisdicción voluntaria es una razón garantista por la intensidad con que son comprometidos Derechos fundamentales de diversos adultos, (adoptantes o no), Derechos fundamentales de un menor y funciones públicas principalísimas en el hecho y vida negocial que surgirán *ex post*, (incluyendo la extinción de la paternidad/maternidad legal previa y de los vínculos con la familia de origen).

Colocar este proceso como *conditio iuris*, requisito de perfección o eficacia supone además, como dije, asegurar un freno *ab initio* de modo que o bien las adopciones son funcionales públicamente e interesantes para el menor o no existirán en ningún momento, ni siquiera como vía de hecho, (a diferencia del negocio absolutamente nulo que puede tener una vida de hecho hasta que sea retirado¹⁵⁶⁴). Como se dirá luego, la única posibilidad de nulidad de la adopción es nulidad procesal, adjetiva, por falta de alguno de los requisitos garantistas del proceso, (señaladamente audiencia de los padres biológicos), esto es, una adopción inválida sólo puede nacer de un proceso jurisdiccional nulo de pleno derecho con arreglo a la ley procesal, lo que demuestra la intencional artificialidad y la

¹⁵⁶⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, op. cit., pp. 570 y 571.

potencia máxima con la que, (en interés garantista), se ha colocado al negocio jurídico civil el corsé externo del proceso judicial.

De acuerdo con la naturaleza garantista ha de entenderse que adoptantes y adoptado no crean, (ni directamente en la adopción del hijo del cónyuge ni a través de propuesta de la entidad administrativa, art. 1829 de la LEC de 1881), y no extinguen voluntariamente el proceso mismo de adopción, pues es un proceso garantista indisponible. Ellos, (pero sólo ellos), se limitan a crear la ocasión u oportunidad de que surja una filiación adoptiva, (negocio jurídico adopcional, consentimientos básicos), ocasión y oportunidad que, con idea garantista, va a examinar necesariamente e imperativamente la jurisdicción. Deben separarse siempre los planos negocial civil y procesal garantista: ya proceda la propuesta del órgano administrativo o del cónyuge que quiere adoptar al hijo de su recíproco, ello no supone nunca disponibilidad procesal.

El supuesto de hecho previsto en la ley, (existencia de negocio jurídico civil, de consentimientos básicos), ha de ser libremente realizado, (decisión negocial, *Abschlussfreiheit* que se ejerce en presencia del Juez como garantía de su realidad y libertad, art. 177.1 CC), y, una vez realizado terminó el negocio jurídico y todo protagonismo para las voluntades humanas negociales.

A partir de tales hechos civiles forzados a tener lugar *sub iudice* con idea garantista se construye el proceso de jurisdicción voluntaria de la adopción en su parte no genética negocial sino dedicada a los efectos y consecuencias del negocio, (hecho y vida negocial *ex post* y consecuencias para terceros), que, por su importancia y trascendencia, determinan que el Juez deba considerar todos ellos para permitir o no la eficacia del negocio privado. Entre tales efectos y consecuencias están las extintivas para los padres/madres legales anteriores, las funcionales para la justicia social, (el Ministerio Fiscal también ejerce aquí una representación general), y, con total intensidad, las protectoras del menor *ex* 39 CE,

quedando en libertad el juzgador para practicar cualquier diligencia que considere precisa, (art. 1826 LEC 1881).

Que antes de recaer la resolución judicial puedan revocarse los consentimientos¹⁵⁶⁵ es también, como digo, prueba de la independencia entre negocio y proceso, y de cómo el negocio familiar tiene vida propia como negocio personal, (reversible), hasta el momento mismo en que queda agotado, extinto y sublimado en la aparición del hecho familiar, de la vida ya familiar y de los oficios públicos familiares tras la resolución judicial. Estas revocaciones *ex ante* no suponen negocio procesal ni disponibilidad sobre el proceso garantista, (pues precisamente por ser garantista es indisponible), sino que implican inexistencia del negocio jurídico civil “básico” y, por tanto, que no hay ya nada que la jurisdicción haya de garantizar: el plano negocial tiene una vida propia hasta la resolución judicial y es la muerte extraprocesal de este negocio civil personal la que determina el decaimiento consecuente del plano procesal por falta de objeto negocial sobre el que asentarse.

La idea garantista a través de un procedimiento que no es contencioso ordinario resulta también de VALLINA DÍAZ, quien señala: “La adopción nace a la vida jurídica a través de un expediente de jurisdicción voluntaria, por el cual el Estado presta su conformidad lo mismo que en otros numerosos negocios jurídicos y, por medio de ella, los hace válidos; vigila la conclusión de los mismos y los autoriza; coopera a la constitución

¹⁵⁶⁵ En el sistema anterior de la adopción podía ocurrir tal revocación hasta el momento de otorgamiento de la escritura pública, si bien en tal caso la razón de aceptar su efecto no sería tanto la inexistencia de un negocio civil, que podría estimarse consumado tras la fase judicial, sino la disfuncionalidad de permitir el desencadenamiento definitivo de una paternidad/maternidad que son anunciadamente problemáticas si el padre o madre contemplados no han comparecido siquiera a firmar la escritura adoptional; ello es público, funcional y protector del menor y no honra y loa a la voluntad del padre/madre no compareciente, (GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción, op. cit.*, pg. 839 - 840, npp. 70).

de un estado que las partes están conformes en constituir; comprueba el requisito de la necesidad y utilidad; colabora a su nacimiento; en definitiva, actúa una finalidad protectora de los derechos privados.”¹⁵⁶⁶

4.3.3).- Representación del adoptando de 12 años o menos.- Señalaba GARCÍA CANTERO en 1971 que “la adopción de un menor de 14 años sigue siendo un negocio bilateral, lo que ocurre es que la Ley no encomienda suplir su voluntad al padre, madre o tutor, sino al propio Juez, quien aunque dichas personas no la presten “resolverá lo que considere más conveniente para el adoptado”; llego a tal conclusión como consecuencia de la norma que estima únicos consentimientos relevantes los del adoptante y adoptado, (mejor adoptando).”¹⁵⁶⁷

Señalaba también en aquella fecha GARCÍA CANTERO que el negocio adoptacional es “irrevocable, solemne, probablemente no representable y complejo”.¹⁵⁶⁸ Esta irrepresentabilidad la refería este autor al adoptando de más de 14 años (ahora más de 12 años), respecto del cual resulta claro, a mi juicio, que no sería posible ni siquiera un *nuntius*¹⁵⁶⁹, por cuanto al establecerse el proceso jurisdiccional como garantista el Juez

¹⁵⁶⁶ DE LA VALLINA DÍAZ, *Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción*, Revista de Derecho Privado, número 45, 1969, ed. EDERSA, Madrid - 1969, pg. 447.

¹⁵⁶⁷ GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*, op. cit., pg. 836.

¹⁵⁶⁸ GARCÍA CANTERO, G., *ibidem.*, pp. 835 - 836.

¹⁵⁶⁹ Sí lo admiten DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, (DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil*, vol. IV, tomo 1, *Derecho de Familia*, 10ª edición, editorial Tecnos, Madrid - 2006, pg. 313). GARCÍA CANTERO matiza que la exclusión de los padres/madres para suplir la voluntad del adoptando manifiesta un principio contrario a la representación legal o voluntaria en esta sede, de modo que no habría de admitirse analogía con el negocio jurídico familiar matrimonial, (GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*, op. cit., pg. 836, npp. 64). En tal negocio el acto estatal de ceremonia es garantía pública pero no tanto personal.

debe contemplar *face to face* la emisión del consentimiento negocial, (y así lo prevé el artículo 177.1 CC que exige “presencia”).

SANCHO REBULLIDA, por su parte, negó el carácter de negocio jurídico de la adopción precisamente con base en que tal calificación no cabe para adoptandos de doce años o menos, los cuales serán, como mucho, simplemente oídos si tienen suficiente juicio y, si no lo tienen, ni siquiera eso; considerando, entonces, que no debe existir distinta naturaleza jurídica entre la adopción antes o después de los doce años; la conclusión es que la adopción no es negocio jurídico.¹⁵⁷⁰

GARCÍA CANTERO en el año 1995 recoge esta observación y apunta: “Yo creo que la objeción se resuelve distinguiendo dos hipótesis; la adopción de un mayor de doce años es negocio bilateral; ningún Juez autorizará una adopción en la que falte el consentimiento del adoptante y del adoptado, aunque la aconsejasen las circunstancias en bien del menor o hubiera propuesta de la Entidad pública; pero si el adoptando no ha alcanzado dicha edad, el negocio será unilateral, aunque para mejor resolver el Juez oiga al menor.”¹⁵⁷¹

Existe un potente interés del menor en este punto, reforzado con sesgo *favor minoris ex* 39 CE, 1 y 1825 LEC. OCÓN DOMINGO señala que “el grupo de niños institucionalizados, respecto al grupo de niños biológicos y adoptados, observa las peores características psicológicas y las manifestaciones conductuales más problemáticas”¹⁵⁷² Y

¹⁵⁷⁰ SANCHO REBULLIDA, F., en LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, volumen 2*, editorial Bosch - Barcelona - 1994, pp. 20 y ss.

¹⁵⁷¹ GARCÍA CANTERO G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen segundo, 10ª edición...*, pg. 431.

¹⁵⁷² OCÓN DOMINGO, J., *Reflexiones en torno a la adopción por parejas homosexuales*, en Cuadernos de Trabajo Social, volumen 15, (2002), ed. Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2002, pp. 93-108, en concreto pg. 95.

añade: “No obstante la disminución global de niños en internamiento observada en España en los últimos años, si tenemos en cuenta la vulnerabilidad inherente al colectivo de los menores, cualquier proporción se muestra elevada, pues la literatura psicosociológica refleja con suficiencia los efectos perversos que los internamientos pueden producir en los menores, básicamente en áreas de la afectividad, cognitivo-intelectual y del lenguaje”.¹⁵⁷³ Este interés no suplanta ni vence a la voluntad negocial del adoptando mayor de 12 años pero, por el contrario, sería el sustrato que permitiría al Juez decretarla sin la voluntad de aquél cuando cuenta con 12 años o menos.

A mi juicio la idea inicial de GARCÍA CANTERO expuesta en el año 1971, (negocio jurídico bilateral adoptional en todo caso, sea irrepresentable, (mayor de 12 años), o con suplencia o representación legal, (12 años o menos), resiste la objeción de SANCHO REBULLIDA sin precisar diferenciar entre un negocio jurídico bilateral y otro unilateral, y ello merced a la especial naturaleza de la representación legal que se expondrá más abajo.

4.3.3.1).- Valor jurídico y material de la voluntad negocial familiar.- En sede familiar la voluntad negocial se trata de ajustar al máximo posible por el contrato social a la sustancia material de los actos vitales y familiares que se otorgarán, pues negar aquí a nadie la *Abschlussfreiheit* supone no permitirle u obligarle a incardinarse en una situación íntima, personalísima y absolutamente omnicomprendiva para la persona en sí misma considerada en su totalidad. Es por ello que existen muchas capacidades *in concreto* para cada negocio familiar y, además, rebajadas de lo que sería la capacidad de obrar general por mayoría de edad.

En este sentido: a) se reconoce capacidad negocial al menor de edad mayor de 12 años en su adopción, (art. 177.1), b) en sede matrimonial existe dispensa para los menores

¹⁵⁷³ OCÓN DOMINGO, J., *ibid.*, pp. 96-98 y OCÓN DOMINGO, J., *Familia adoptiva y cambios en la organización familiar tradicional*, en Papers: Revista de Sociología, N° 81, 2006, editada por la Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2006, pp. 171 - 185, en concreto pg. 180.

que cuentan con 14 años de edad, (artículo 48.2 CC), y c) existe la posibilidad de reconocer hijo con 14 años si recae aprobación judicial, (artículo 121 CC).

Se aprecia, por tanto, una idea sustancialista en estas excepcionalidades que, a mi juicio, obliga a considerar el mismo valor sustancial para la voluntad del adoptando aun cuando cuente con 12 años o menos. No creo que fuera propuesta o aprobada la adopción por los servicios administrativos o por el Juez cuando, aun siendo el adoptando de 12 años o menos, constara su oposición firme y seria a la adopción y, sustancialmente, los funcionarios comprendieran que tal menor no sólo merecería ser oído sino atendido. En tal caso considero que el enjuiciamiento que corresponde al funcionario proponente y al juez les permite resolverlo en el sentido que señala la voluntad del menor, aunque, a diferencia del mayor de 12 años, ello no sucede *ex voluntate minoris* sino *ad cassum* desde el margen o arbitrio que corresponde a estas personas públicas para querer atenderlo, sin considerar tampoco que la letra de la ley obliga a que la voluntad meramente oída no pueda formar parte en la ponderación o balance de la situación, sea puro ruido, sonido sin significado. En tal caso materialmente existiría una voluntad negocial, si bien no es eficaz jurídicamente y su atendimiento depende de un balance entre el principio subjetivo de personalidad, (material), y el objetivo *favor filii*, balance que no le corresponde, sin embargo, efectuar a él mismo.

4.3.3.2).- Naturaleza jurídica de la representación legal.- Salva la apreciación sustancialista anterior, a mi juicio, la representación legal del adoptando de 12 años o menos se instrumenta públicamente, pues se exige la intervención necesaria del Ministerio Fiscal en todo proceso de adopción, tal y como señala el artículo 1825 de la LEC de 1881. Si existe una previsión instrumental que permite construir una representación legal, el problema sería tan sólo existir aquí una suplantación de personalidad indigna e inaceptable, una irrepresentabilidad en lo personalísimo, que es lo que entiendo que subyace a la objeción de SANCHO REBULLIDA: sin voluntad no hay nada que representar en ningún

negocio jurídico pero mucho menos en uno *intuitu personae* como elegirme esposa o padre y madre. No obstante, la objeción de SANCHO REBULLIDA no afectaría sólo a la adopción sino a toda la doctrina de la representación legal de menores cuando sólo han de ser oídos o ni siquiera eso, así como a toda la representación legal de incapaces, en negocios personalísimos y patrimoniales, pues en ellos concurre la misma ausencia de voluntad y, por ello, de posibilidad de representar. Carecemos de la energía o chispazo inicial de la *Abschlussfreiheit* de modo que nada puede ser seguido. Es un problema, a mi juicio, sobre la naturaleza jurídica de la representación legal.¹⁵⁷⁴

La negación de cualquier case de representación en lo personal se basa, a mi juicio, en no poder señalar una tipicidad y objetividad de intereses y, por ello, en no poder identificar una acción congruente con tales intereses que fuera también típica y objetiva, (será electiva y psicológica). Sea un ámbito personal, familiar o patrimonial, allí donde una encrucijada muestra unos intereses típicos y objetivos será posible también un desempeño igualmente típico y objetivo en orden a conseguirlos. De este modo, tal estructura coyuntural permite obviar la referencia al sujeto, a voluntad y a decisión. Esta elusión del sujeto es la que sucede en todos los supuestos en que una persona es obligada a disfrutar de determinado Derecho fundamental que quiere arrojar de sí, si bien al no existir palestra negocial, (unilateralidad), todo se resuelve en actuaciones directas sobre la persona física demandadas verticalmente desde la prescripción universal de los Derechos fundamentales, (transfusión obligada, alimentación en huelga de hambre, cinturón de seguridad, casco, etc.)¹⁵⁷⁵

¹⁵⁷⁴ Vide GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre la Representación Legal en el Derecho de Familia*, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Varios Autores, ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia - 1989, pp. 289 - 302.

¹⁵⁷⁵ RAZ, J., *Liberating Duties*, *op. cit.*, pg. 8 y pg. 10.

En ausencia de estos elementos típicos y objetivos en la coyuntura, cualquier curso de actuación sólo puede determinarse por medio de una decisión libérrima, *Abschlussfreiheit*, móvil y propósito psicológico, 10 CE: es en tal caso que hablamos de una decisión personalísima, irrepresentable, de la inejecutabilidad específica del precontrato sino contiene los elementos esenciales del negocio futuro o que la promesa de donación es ya donación o no puede tampoco tener ejecución específica. La *Abschlussfreiheit* es personalísima en todos los negocios jurídicos, nadie puede arrebatársela o suplantarla. El apoderado general e indefinido encuentra que, anticipadamente, el poderdante ejercitó su libertad de móviles y propósitos con tal carácter, de modo que puede decidir crear o no crear una pluralidad de negocios jurídicos con este o con aquel recíproco, o no, pero ello procede de un ejercicio previo *ex* 10 CE realizado por su mandante.

Una falta de tipicidad u objetividad en el móvil o propósito para intentar o no intentar un negocio puede suceder también en un ámbito patrimonial: no hay objetividad ni tipicidad de interés ninguna en que el padre o tutor compren con dinero del menor precisamente un inmueble; deben existir circunstancias adicionales que permitan comprender el supuesto como un juicio y ejercicio de interés objetivo, (necesidad y utilidad), y no de elección personal del representante legal, (exceso de liquidez, inmueble en rentabilidad fuera de mercado, etc.) Del mismo modo el tutor no puede decidir comprar un piso en una casa roja por ser su color favorito o no vender un inmueble a X por ser ciclista, a quienes odia, (cuando la autorización judicial sólo señala las condiciones objetivas de la operación).

Ningún representante legal puede absorber la *Abschlussfreiheit* del representado en ningún tipo de negocio. No obstante, existen negocios que son pura *Abschlussfreiheit*, donde todo interés es puramente subjetivo, psicológico y radical elección personal, (negocios personalísimos), lo que ocurre en menor medida en los negocios patrimoniales. Es por ello que, p.e. en el matrimonio la representación de voluntad sólo puede producirse

como nunciatura, sin ningún arbitrio ni margen de actuación, decisión o elaboración propia para la *psique* o *voluntas* del *nuntius*. Por el contrario en adopción y divorcio no cabe *nuntius*, (los artículos 177 CC y 777 LEC para divorcio de mutuo acuerdo exigen presencia como requisito garantista), pero sí, a mi juicio representación legal porque en ellos, a pesar de ser personalísimos, puede existir un interés objetivo y típico que no requiere psicología ni deseo subjetivo para ser apreciado y que, concurriendo, afectará a Derechos fundamentales de modo que habrá de actuarse sí o sí. Esto es, en tales casos y con tales condiciones puede truncarse la *Abschlussfreiheit* sin dejar de existir negocio y sin ofender la dignidad de las personas, aunque ello sea excepcional en la sede personal y familiar: es lo que efectúa la representación legal como gestión de interés ajeno construida legalmente y encomendada a ciertos privados fundamentalmente por amor.

Esta es la clave de una representación legal que no ofenda la dignidad humana del representado con una noción de suplantación o secuestro de personalidad, la superación de la *Abschlussfreiheit* por un juicio de utilidad y necesidad, (artículos 236-28 Libro II y 2.012 LEC), que permite que padres, tutores o Juez, (en sus respectivos ámbitos de competencia), puedan crear o autorizar negocios jurídicos, (incluso personales), en interés del representado legalmente, pese a estar truncados de móviles y propósitos psicológicos electivos de parte del propio representado. Ello requiere que la coyuntura *ad cassum* permita tal objetivación, lo que ciertamente es la norma general en lo patrimonial y la excepción en lo personal. En tales casos, esta cualidad de la encrucijada concreta permite que siga existiendo negocio jurídico aun cuando en una de las partes negociales el otorgante representará, (o más bien defenderá y actuará), un interés y no una voluntad.

Es por ello que la apreciación de utilidad y necesidad de un negocio en interés del menor es producto de un enjuiciamiento del representante legal que puede sujetarse a crítica y no a *Abschlussfreiheit*. Tal crítica es la que ejerce el Juez con citación del Ministerio Fiscal, (art. 2013 LEC), sobre la base de la solicitud de autorización judicial

presentada por los padres/madres legales o por los tutores, a quienes corresponderá plantear y justificar la utilidad o necesidad de la enajenación, (art. 2012 LEC), o la que se ejercerá en sede de recurso contra la denegación de tal autorización respecto del enjuiciamiento negativo producido en la instancia. De este modo ni los representantes legales ni el Juez ejercen en ningún momento *Abschlussfreiheit* respecto del negocio a otorgar o a no otorgar, dado que todos ellos han de moverse en parámetros objetivos de utilidad y necesidad en relación con el interés del representado legalmente.

Lo que aquí ha desaparecido, (y es lo que aprecia SANCHO REBULLIDA, a mi juicio), es la *Abschlussfreiheit*: nadie la tiene porque sólo corresponde *ex art. 10 CE* al representado y éste ha sido privado de ella en su propia protección, hecho que algunas veces se olvida, como señala PARRA LUCÁN¹⁵⁷⁶. Ello sucede, como digo, en todos los supuestos de representación legal porque corresponde a su naturaleza jurídica misma y no afecta, por el contrario, a la naturaleza jurídica de los negocios así otorgados. Estos continúan siendo negocios, si bien padecen un incidente en la pieza de formación de una de las voluntades negociales. Este incidente a veces es procesal, (si está sujeto a autorización judicial), a veces no, pero siempre está presente como juicio de utilidad o necesidad, incluso para aquellos negocios que puede otorgar el representante por sí mismo, y compone 1) una pieza que no es así interna, libre y psicológica sino externa, objetiva y tipificada en un juicio de utilidad y necesidad y 2) un expediente ajeno al negocio jurídico que se otorgue y que pertenece al Derecho de la persona pero no al Derecho contractual.

Un incidente de formación de voluntad interno a la parte y extrínseco al esquema del propio negocio jurídico ocurre de modo análogo en todos los negocios jurídicos civiles y mercantiles en los que participa una persona jurídica pública en relación de Derecho privado: la formación de la voluntad de esta parte negocial pública presenta internamente unos procesos reglados para formarla, (leyes de procedimiento administrativo y de

¹⁵⁷⁶ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.* pg. 154.

contratación pública), y unos estatutos materiales, (aunque el negocio sea privado la formación de su voluntad está sustancialmente sujeta al interés público), los cuales no conducen a las nociones de utilidad y necesidad sino a las de procedimiento e interés general. Todo ello es ajeno a la arquitectura sistemática del negocio jurídico y no implica que una compraventa efectuada p.e. por un Ayuntamiento, (de dos ordenadores o de un solar), no sea un negocio jurídico.

Ello significa que la encrucijada o situación manifiesta *per se* sustancia negocial con independencia de que el sujeto sea persona pública, persona jurídica privada, persona física capaz o persona física menor o incapaz. De este modo la única forma de no convertir aquí al menor o incapaz en meros objetos para el negocio de otro u otros es dar participación a su interés si éste puede predicarse típica y objetivamente sin necesidad de bucear en su psicología interna, lo que se efectúa mediante un mecanismo de representación legal como gestión o defensa de interés ajeno por parte bien de un funcionario público competente, bien de un delegado privado por amor familiar.

En este sentido PARRA LUCÁN señala un concepto de “intereses reales” de la persona para superar, con la STC 311/2000 de 18 de Diciembre y contra la STS de 27 de Febrero de 1999, la negativa al ejercicio de la acción de divorcio de un incapaz por parte de su tutor, negativa que formuló el TS por aplicar a la representación legal la idea de que ejercitar un derecho subjetivo de X es siempre representar la voluntad de X¹⁵⁷⁷, lo que implica que, siendo incapaz el cónyuge para ejercer la acción divorcista, no puede representarse tal voluntad que está negada jurídicamente. Entiendo que ello coincide sustancialmente con la objeción de SANCHO REBULLIDA al negocio adoptional del adoptando de 12 años o menos antes citada¹⁵⁷⁸.

¹⁵⁷⁷ PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre...*, *op. cit.*, pg. 145.

¹⁵⁷⁸ SANCHO REBULLIDA, F., en LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, volumen 2, op. cit.*, pp. 20 y ss.

Sin embargo, debe notarse que la representación legal no es nunca representación de voluntad del representado. Ello sería contrario a la dignidad humana pues la falta de capacidad no permite, sin ofenderla, concebir un instituto de suplantación e imposición de un apoderado necesario, no escogido ni deseado; es el objetivo interés y la necesaria utilidad, allí donde existen y pueden tipificarse, los que justifican la representación legal, (defensa o gestión de utilidad e interés), de una persona precisada de protección aun respecto de sí misma. No podemos arrogarnos saber qué querría X ni qué haría X porque no somos X. Tan sólo pretendemos encontrar, si es posible, una solución típica y objetiva que tomaría la generalidad de las personas para defender correctamente sus intereses en tal encrucijada, si es que tal enjuiciamiento es posible y puede llevar a un curso objetivo de acción. Tal posibilidad no existe, por falta de tipicidad y objetividad, p.e., para escoger una esposa al menor o al discapaz. Pero sí puede existir, en su caso, para negarle el casamiento o para divorciarle, dados los riesgos y daños que el matrimonio puede presentar para su propia integridad y personalidad.

Así la naturaleza de la representación legal es la de una gestión de negocios ajenos pública y necesariamente organizada y mayormente delegada sobre el amor familiar, y la discusión sobre su naturaleza no afecta a la propia naturaleza de los actos y negocios jurídicos otorgados en tal representación, (que seguirán siendo lo que sean con o sin tal incidente), del mismo modo que el contrato de servicios no dejará de ser contrato por producirse con un gestor de negocios ajenos que defiende un interés extraño a él mismo, (ya sea que continúe finalmente como contrato con el gestor o que se anude luego con el *dominus* si concurre ratificación).

Aplicar una idea representativa que descansa sobre el molde de la voluntaria llevó con toda congruencia al TS a negar tal representatividad sobre derechos personalísimos y, en concreto, sobre la acción divorcista, pues es pura voluntad psicológica, (divorcio o donación son puro sentimiento y *psique* y por ello irrepresentables). Pero el dogma o

paradigma aplicado no era correcto puesto que la representación legal es, como digo, representación de interés ajeno e, igual que la gestión ordinaria, no requiere voluntad del *dominus* ni la representa nunca ni en ningún momento, (la ratificación se produce con el tercero y es prueba de que el gestor “acertó” con el mejor interés del *dominus*, pero no de representar su voluntad). En este sentido ya señalaba GARCÍA CANTERO en el año 1990, (como motivación para sentar siquiera unas notas sobre la naturaleza jurídica de la representación legal en el Derecho de familia), que la idea representativa general se había construido sobre el molde de la voluntaria, que tal esquema era inadecuado a la sede familiar y que una corrección o reorientación debería ser acometida¹⁵⁷⁹.

Lo único que requiere la representación legal para no ofender la irrepresentabilidad de los actos y decisiones personalísimos es producirse en un punto donde pueda objetivarse y tipificarse un interés típico y objetivo, y una atención a tal interés que sea congruentemente objetiva y típica. Es por ello que el TC consideró que el tutor podía ejercitar la acción divorcista dado que la permanencia y sumisión del incapaz a merced de las posibilidades jurídicas y personales que otorgaba a un cónyuge dañino la condición de casado, permitían concluir que el interés típico y objetivo y la defensa de la personalidad del incapaz estaban en protegerlo del cónyuge, siendo el divorcio la acción congruente con tal interés. Por el contrario la donación es siempre legalmente irrepresentable pues no podemos encontrar nunca utilidad ni necesidad en ella sino puro deseo y móvil psicológico.

En la adopción existe *ex lege* un interés típico y objetivo, (el del menor que está en evitar la institucionalización del menor y conseguir su inserción en un familia, OCÓN DOMINGO¹⁵⁸⁰ PÉREZ ÁLVAREZ¹⁵⁸¹), y por ello la idea de interés en una representación

¹⁵⁷⁹ GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre la representación legal en el Derecho de familia*, op. cit., pg. 289.

¹⁵⁸⁰ OCÓN DOMINGO, J., *Reflexiones en torno a la adopción...*, op. cit., pp. 96-98 y OCÓN DOMINGO, J., *Familia adoptiva y cambios...*, op. cit., pg. 180.

legal adoptiva toma objetividad y tipicidad y permite una actuación congruente que no requiere, (en caso de inexistencia por edad), que el propio interesado ejercite su *Abschlussfreiheit*. Sólo la existencia de tal voluntad rompe esta inteligencia de modo que el Juez verá inerte como el menor mayor de 12 años rechaza a unos adoptantes excelsos, por cuanto el carácter personalísimo y la reciprocidad de flujos colocan esta decisión personal por encima de cualquier apreciación objetiva de interés, (incluso para la voluntad material del adoptando de 12 años o menos que fuera oído, como antes dije).

Por ello considero que la naturaleza jurídica bilateral del negocio adoptional no muta por razón de la edad del adoptando, ya otorgue el negocio directamente, ya lo influya decisivamente a través del trámite de audiencia o ya vea representado en el negocio bilateral su interés y utilidad por el Ministerio Fiscal, (art. 1825 LEC).

4.3.4.- Falta de ratificación por irrepresentabilidad de voluntad.- Tampoco es óbice para esta calificación negocial bilateral el hecho de que no se exija ratificación del hijo una vez superados los 12 años de edad, a pesar de existir aquí una representación legal en sede personalísima que genera un hecho y una vida negocial *intuitu personae* y totalmente omnicomprendidos para la persona del adoptando. No cabe revocación o “divorcio” del hijo adoptivo una vez cumplidos los doce años por cuanto los negocios familiares padecen siempre una dislocación entre el significado de la voluntad en su surgimiento, (allí donde es admitida), y el hecho y vida negocial *ex post*, que son situaciones familiares dominadas verticalmente por Derechos fundamentales y funciones públicas principalísimas.

¹⁵⁸¹ Este autor señala cómo el art 21.1 LOPJM otorga carácter preferente al acogimiento familiar respecto del acogimiento residencial, (PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 407.

Una ratificación o revocación unilaterales no son así posibles por cuanto: 1) lo personal en la filiación adoptiva surgida *ex negotii* implica también a los padres/madres legales adoptivos y a Derechos fundamentales y personales de éstos, tal como el derecho a fundar, (y seguir y mantener) familia, derecho de crianza, y sus expectativas para, quizá, ser ellos mismos atendidos por sus hijos en la tercera edad, (a pesar de lo sucedido en Noruega, donde se ha eliminado, como dije, a padres legales décadas después sin ninguna consideración¹⁵⁸²). Y 2) lo funcional afecta a una función pública que sigue siendo precisa sobre el menor hasta los 18 años y que, sin causa de privación de patria potestad, se está desarrollando de un modo hábil y justo socialmente por el delegado público difuso al que se encomendó tal desempeño, por lo que no se desmontará la filiación surgida para honrar un origen negocial ya superado. Si el menor quiere “divorciarse” de sus padres sin la colaboración de éstos habrá de esperar a solicitar judicialmente concesión de la emancipación siempre que cuente con 16 años cumplidos, (art. 314. 4º CC).

4.4).- Interés negocial de sujetos en curso o potenciales.- Como ya dije, se suele ocultar esta sustancia negocial que emana objetivamente de la situación planteada en procreaciones *ex TRHA* mediante la negación de la mayor: el hijo no es sujeto de derecho como *concepturus* ni como *nasciturus*, convirtiendo así una situación bilateral en unilateral y luego, además, en un derecho subjetivo individual, (con poder).

Negando la alteridad desaparece la posibilidad de apreciar negocio y también la posibilidad de encontrar responsabilidad¹⁵⁸³, de modo que la ley no sólo empodera un derecho sobre un privado en una situación que, objetivamente, no habría de permitirlo so pena de convertir a otro en objeto, sino que, además, absorbe y neutraliza toda posible responsabilidad en el ejercicio de tales derechos. Al considerar que “no existir sujeto jurídico actual” equivale a “no existir interés adicional en la situación”, la ley consagra un

¹⁵⁸² LØDRUP, P., *Challenges to an Established*, *op. cit.*, pg. 359.

¹⁵⁸³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 29.

ejercicio irresponsable del derecho subjetivo individualista del adulto cuya máxima tautología es el aborto: el feto abortado no podrá venir a pedir responsabilidad puesto que está precisamente muerto.

Tales derechos son así, (contra 7 CC), los únicos ejercitables *ex lege* abusivamente y en daño de un tercero que, (por ser hoy potencial o en curso), ha sido transmutado actual y totalmente en objeto, pudiendo escogerse abortar en la forma más dolorosa posible para el feto o pudiendo optarse por la FIV con IAD con toda la intención dañosa subjetiva de privar al futuro hijo de un padre o de tener un hijo fetiche que castrar. Un ordenamiento consecuente no podría entonces sujetar a responsabilidad ninguna tampoco la elección de sexo dañosa, (niña en la India, con la intención subjetiva de los genitores de que sufra lo peor de tal condición), o una elección estrambótica de color o forma de ojos cuando ello fuere posible, (iris rojo, pupilas felinas).

Tampoco se entiende con esta perspectiva que el aborto sea un supuesto de despenalización, (art. 145 CP), pues no existiendo sujeto jurídico actual no habría penalidad inicial que eximir. En este sentido el art. 144 CP no admite despenalización ninguna en ningún plazo cuando se practica aborto contra la voluntad de la embarazada pero, si es esta libertad el bien jurídico penal, debería haberse llevado el tipo hacia los delitos contra la libertad sexual o contra la libertad reproductiva o relaciones familiares, en tanto apunta a la consideración del feto mismo como sujeto penal, (víctima), el hecho de situar este artículo 144 CP en el Título II entre homicidio y lesiones.

En el mismo sentido cabe señalar la existencia de un propio delito de lesiones al feto que no distingue plazos, (art. 157 CP), ni prevé la inexistencia del tipo si se comete la lesión, (incluso por imprudencia profesional), y luego el feto no llega a nacer, (p.e. por un terremoto), eximiendo tan sólo a la propia embarazada, (art. 158 CP).

Estos delitos convocan al feto como víctima de modo que es plenamente sujeto penal y no sólo potencial o condicional como en el art. 29 CC. No obstante, a mi juicio

existe cierta artificialidad cuando se producen aquellas negaciones. Como señala VIDAL MARTÍNEZ, aunque no se otorgue personalidad jurídica al embrión, sí que es “sujeto vital” y “centro de atributos y facultades”, de modo que la negación de atención al interés de estos seres y la reducción del art. 29 CC a una mínima expresión patrimonial corresponde a una muy formalista, insatisfactoria y estatalista ecuación persona = titular de derechos positivizados en este ordenamiento.¹⁵⁸⁴

4.4.1).- Representación del interés del hijo futuro en la LTRHA.- No se trata aquí de examinar los criterios para afirmar la existencia de sujeto actual, (y negocial o no), y no es objeto de esta tesis examinar los criterios gaméticos, cigóticos o los dilemas sobre seres potenciales, (“¡necesitamos un origen!” dice DE LORA DELTORO¹⁵⁸⁵ o los dilemas de PARFIT¹⁵⁸⁶), sino tan sólo de señalar la incongruencia, a mi juicio, de no convocar una representación de interés, siquiera sea de un ser futuro, cuando: 1) ello es posible, 2) tal interés existe objetivado en la situación, 3) no se aplican ideas morales sino un interés objetivamente tipificable, el mismo que se utiliza para la idoneidad en la adopción, 4) el *concepturus* en sede TRHA es más bien *nasciturus* asegurado, como antes dije.

Así, a mi juicio, la LTRHA debió de considerar idéntico carácter negocial intersubjetivo en sus supuestos que el existente en la adopción, organizando la misma representación legal de interés y los mismos procesos garantistas. El carácter técnico, rogado y voluntario de las TRHA nos permite instrumentar *favor filii* aquello que nos es inalcanzable en la procreación biológica.

¹⁵⁸⁴ VIDAL MARTINEZ, J. *Derechos inherentes en la reproducción asistida, op. cit.*, pg. 276.

¹⁵⁸⁵ DE LORA DELTORO, P., *¿Ser o no ser?...*, *op. cit.*, pg. 124.

¹⁵⁸⁶ PARFIT, D., *Future Generations: Further Problems*, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 11, número 2, Spring, 1982, ed. Princeton University Press, Princeton - 1982, pp. 113 - 172, en concreto pg. 118 y *Reasons and Persons*, ed. Clarendon Press, Oxford - 1984, pg. 489.

En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ señala que la sociedad “puede, y debe, controlar las relaciones de filiación creadas por ella, para asegurar la obtención de las finalidades perseguidas mediante la instauración de tales relaciones.”¹⁵⁸⁷

JARUFE CONTRERAS manifiesta como fundamento de la ausencia de control en la filiación biológica no sólo que “supondría determinadas prácticas inviables” sino, además, que resultaría concernido el libre desarrollo de la personalidad, la intimidad personal y familiar o el *ius connubii*¹⁵⁸⁸, añadiendo que considera ser una arbitrariedad del legislador “la ausencia de control administrativo y judicial, y un control legal insuficiente en la aplicación de TRHA” y que “Es preciso ejercer un control exhaustivo de acceso a ellas, similar al que se ejerce en materia de adopción.”¹⁵⁸⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ también considera llamativo que no exista ningún tipo de control administrativo ni judicial, ni condiciones de idoneidad de la mujer usuaria, (psicofísicas, madurez, personales, sociales, económicas, etc.)¹⁵⁹⁰

RIVERO HERNÁNDEZ invoca aquí el artículo 14 CE y el principio de igualdad al determinarse la “llegada de un menor al mundo... que, como tal, en virtud del principio de igualdad, no puede ser de “peor calidad” (en todo sentido) que los demás.”¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción, entre los derechos...*, op. cit., pg. 179.

¹⁵⁸⁸ JARUFE CONTRERAS, D.W., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español, adopción versus técnicas de reproducción humana asistida*, ed. Dykinson S.L., Madrid - 2013, pp. 192, 197, 203, 217 a 221

¹⁵⁸⁹ JARUFE CONTRERAS, D.W., *ibidem*, pp. 526 - 527.

¹⁵⁹⁰ JARUFE CONTRERAS, D.W., *ibidem*, pg. 219; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, ed. Marcial Pons, Madrid - 1994., pg. 84.

¹⁵⁹¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances*

MORO ALMARAZ refiere también que no se trata de “negar derechos a nadie ni de coartar la libertad, sino de dar la justa relevancia a garantizar una familia normal”¹⁵⁹².

Por último BERNALDO DE QUIRÓS ya propuso la implementación de controles similares a los propios de la adopción no facilitando el uso de estas técnicas “si el nuevo ser ha de venir al mundo en condiciones ambientales notoriamente insuficientes para el desarrollo de su personalidad” y el Comité de Expertos en Bioética del Consejo de Europa, (CAHBI), recomendaba valorar la “idoneidad materna de la usuaria”¹⁵⁹³, existiendo un sesgo constitucional *ex* 39 CE que abona esta relevancia de los intereses del menor, (actual o futuro), respecto de los derechos de los adultos que giran y desean en torno al mismo.

4.4.2).- Imposibilidad de facto en la procreación biológica.- Por su parte, cuando la reproducción biológica no es buscada de intento no hay, *de facto*, ocasión negocial para nadie, (ni para el adulto ni para el ser potencial), pues tal procreación no sucede de intento, (noche local, fallo anticonceptivo, violación). Por el contrario, cuando la reproducción biológica sea buscada de intento como ejercicio cooperativo de libertades reproductivas y fundación de familia, habrá cuestiones interpersonales entre los genitores, pero también existe un interés del futuro hijo y un momento y ocasión para manifestarlo, (en cuanto surja la voluntad reproductiva natural). El problema no es aquí de inexistencia o irrepresentabilidad, sino que en la reproducción natural encontramos una imposibilidad para hacer valer tal interés sobre el de los adultos concernidos si el resultado que demandara el mismo fuera negar un ejercicio de libertad reproductiva que es, inseparablemente, un desempeño directísimo de sus propios cuerpos y sexos.

científicos en materia de reproducción humana, II Congreso Mundial Vasco, Ponencias y Comunicaciones, Vitoria - 1987, editorial Trivium, Madrid - 1988, pg. 195; JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 217.

¹⁵⁹² MORO ALMARAZ, M.J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, editorial Bosch, Barcelona - 1988, pg. 182.

¹⁵⁹³ Regla número 3 del principio número 1 de la propuesta de 1981.

Esto es, no encontramos forma hábil, (digna, humana), para impedir la vía de hecho que supondría que una mujer inidónea, (evidentemente castradora y que desea un hijo fetiche), consiga quedar sexualmente encinta, pues habríamos de oprimir sus libertades personales y corporales de un modo tan intenso que hemos de ponderar claudicante el interés del hijo a no nacer en tal caso; por otra parte la intensidad del “derecho” a no nacer no es absoluta por cuanto la inidoneidad de la madre puede verse dulcificada o contrarrestada por otros factores en la vida futura.

Pero enfrentamos aquí una imposibilidad de hecho, una ineficacia o falta de medios para separar de la persona su potencial reproductivo natural sin violar su dignidad humana. No obstante, a mi juicio, no cabe duda que si tuviéramos instrumentos para conseguir asegurar *ex ante* la idoneidad de los padres/madres biológicos sin ofender ninguna libertad ni dignidad personal individual, la ponderación, (máxime con el sesgo *favor filii ex 39 CE*), debería ser la contraria.

CAPÍTULO VII).- PACTOS SOBRE DISOLUCION MATRIMONIAL ¹⁵⁹⁴

¹⁵⁹⁴ Bibliografía fundamental para este capítulo: ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, op. cit ; ASÚA GONZÁLEZ, C.I., op. cit ; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen I... 12ª edición*, op. cit ; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., *Derecho civil de España, Tomo II*, en *Derecho Civil de España, Volumen II*, op. cit ; DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, op. cit ; DWORKIN, R., *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, op. cit.; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, op. cit.; GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre la representación legal...*, op. cit.; *La crisis de la sexualidad...*, op. cit., *¿Qué queda del vigente...*, op. cit., *Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)*, op. cit., *El fracaso del divorcio en España...*, op. cit.; GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil. Tomo II...*, op. cit.; JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, op. cit.; LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia*, ed. Bosch, Barcelona - 1971 *Elementos de Derecho civil*, II-1, op. cit.; HARRIS, M., *Vacas, cerdos. guerras y brujas*, op. cit ; LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R., op. cit.; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit ; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., *Nuevas formas de familia: la respuesta legal, La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto, pero querido) de una reforma matrimonial*, en *Revista de Derecho Privado*, Julio - Agosto 2007, ed. EDERSA, Madrid - 2007; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit; , MATA DE ANTONIO, J.M., *Parejas de hecho, ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)*, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, 14, (febrero 2002), ed. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002, pp. 183-251; PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, op. cit.; PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op.cit.; PÉREZ MARTÍN, A.J., *Nulidad civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de familia*; editorial Lex Nova, Valladolid - 2000; RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., op. cit.; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., op. cit.; VIDAL MARTÍNEZ, J., *Relación no matrimonial: algunas reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho y buena fe*, en *Revista General de Derecho*, número 508 - 509, Valencia - 1987; VON WICHMANN ROVIRA, G., *La*

1).- PACTO DE INDISOLUBILIDAD PURO

Es propio de la naturaleza de los negocios jurídicos personales presentar una reversibilidad de consentimientos o exigencia de permanente actualidad de voluntad para la continuación de la eficacia *ex post* del negocio, por cuanto el hecho y la vida negocial son situaciones vitales personales, ligadas a derechos de la personalidad o a éstos y a Derechos fundamentales. Aunque estos principalísimos derechos no se encuentren nuclearmente afectados en el negocio, cualquier episodio de controversia pretenderá una ejecución específica que activará, de inmediato y esencialmente, la dignidad humana, la libertad personal y, aquí sí, la imposibilidad de tratar a nadie como fin de otro o para otro en cuanto la situación se plantee como voluntades enfrentadas.

Chocan así voluntad contra voluntad que es tanto como libertad contra libertad y, horizontalmente, entre iguales dignidades, ninguna puede imponerse a la otra: ésta es la imposibilidad que reside en construir todo el orden moral sobre mi libertad de perder mi libertad: falta todavía saber para qué pierdo mi libertad. El significado materialista y el prevaciado y elusión de la persona en sí misma considerada eran las claves que permitían en el negocio patrimonial construir tal libertad de perder la propia libertad por cuanto: 1) ello sólo significa no poder resistir una detracción patrimonial; 2) esta irresistibilidad a un efecto patrimonial es suficiente para conseguir ejecución satisfactoria o equivalente¹⁵⁹⁵ de cualquier negocio jurídico patrimonial y 3) esta irresistibilidad es una apropiación pública,

responsabilidad extracontractual o Derecho de Daños, en DELGADO DE MIGUEL, J.F., (coordinador general), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo III, volumen 3º*, ed. Aranzadi, Cizur Menor - 2005, pp. 849 - 1206.

¹⁵⁹⁵ GUASP DELGADO, J., ARAGONESES ALONSO, P., *Derecho procesal civil. Tomo II...*, *op. cit.*, pp. 665 y ss.

(sumisión jurisdiccional *ex conventione*), que es socialmente precisa para que el juego de libertad, autonomía y creatividad individual patrimonial pueda desarrollarse produciendo bienes e intereses indirectos para el contrato social.

Pero en el ámbito personal el diseño que efectúa el contrato social para la ejecución forzosa *ex conventione*, (que es prerrogativa del mismo, DE CASTRO Y BRAVO)¹⁵⁹⁶, no permite ejecución satisfactoria ni equivalente y sólo cabe una consecuencia indemnizatoria cuando hubiera existido abuso o daño injusto en el otorgamiento, seguimiento o revocación del negocio, para la cual el negocio jurídico personal es parte del supuesto de hecho de la norma jurídica general del Derecho de daños pero no fuente de la deuda indemnizatoria. De este modo la controversia, el desacuerdo, la desactualización de la voluntad de alguno de los otorgantes del negocio personal, (reversibilidad, revocación), dejará sobre la palestra 1) bien un derecho definitivamente lesionado, habiéndose resuelto *de facto* la colisión, en su caso injustamente y admitiendo una indemnización; o bien 2) dos Derechos fundamentales otra vez en colisión precisando un nuevo negocio de articulación o una decisión judicial.

Sin embargo, puede todavía producirse una irreversibilidad en estos negocios jurídicos personales 1) por la percusión directa de Derechos fundamentales y su prescriptividad universal o 2) por la misma percusión de funciones públicas principalísimas con valor vertical. Así ocurriría, p.e., en sede de libertad reproductiva cuando la retirada del consentimiento de un genitor no impide que el otro reciba en custodia el embrión y lo lleve hasta el existir o cuando no se otorga eficacia ninguna a la revocación que efectúa uno de los adoptantes de su paternidad/maternidad adoptiva. Ello no es propiamente mantenimiento de aquel negocio jurídico previo o una sujeción del revocante a su consentimiento anterior, (efecto de fuerza convencional y autonomía privada), sino que

¹⁵⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 12 - 13.

esta verticalidad procede: 1) directamente del Derecho fundamental del recíproco ponderado como más intenso o 2) de la función pública vertical creada.

El convenio personal no añade ni quita nada al núcleo esencial del Derecho fundamental desde su valor como mero negocio de articulación o cohesión y su irreversibilidad no procede de sí mismo sino del valor prescriptivo directo de los Derechos fundamentales. Tampoco altera este convenio la naturaleza vertical de la función pública que se manifiesta no sólo en irrevocabilidad sino también en la crisis de la anulabilidad y de la doctrina negocial de los vicios de la voluntad en la sede familiar: las cuestiones negociales quedan superadas en cuanto surge un hecho familiar y una vida del hecho familiar, (DE CASTRO Y BRAVO, GARCÍA CANTERO).¹⁵⁹⁷ Pero no ocurre porque nunca hubiera existido negocio jurídico sino por la distinción entre negocio jurídico y hecho surgido del negocio jurídico, (hecho negocial y vida negocial que son ya hechos, vidas y especies familiares).

En este apartado se va a examinar el pacto de indisolubilidad matrimonial como problema de irreversibilidad de consentimientos en negocios jurídicos personales por percusión *ad cassum* de Derechos fundamentales sobre el derecho de libertad personal divorcista. Considera GARCÍA CANTERO que ello puede permitir todavía ciertos ajustes o consideraciones sobre la autonomía personal procedentes de intereses jurídicamente protegidos con base en los artículos 10 y 39 CE que la normativa legal parece haber

¹⁵⁹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, F., *ibidem.*, pp. 34-35, pg. 38 y pg. 502; GARCÍA CANTERO recoge en este sentido la tradicional distinción entre matrimonio *in fieri* e *in facto esse*, (GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, *op. cit.*, pg. 346.

desdeñado¹⁵⁹⁸ y que “el tema es lo suficientemente delicado como para que se plantee ante el Tribunal Constitucional”¹⁵⁹⁹.

Un valor de irreversibilidad del consentimiento matrimonial por percusión de funciones familiares y justicia social puede también alegarse pero, dada la ideología de las leyes 13 y 15/2005, (equivocada y contradictoria con el CC y LEC¹⁶⁰⁰), y de su noción del matrimonio como “no familia”, sólo cabe argumentar desde tal funcionalidad *de lege ferenda*, (como hace MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ).¹⁶⁰¹ Esta perspectiva funcionalista apoya la validez del pacto de indisolubilidad puro al sumar junto a los Derechos fundamentales individuales del cónyuge no divorcista un valor social, (comunitario), siendo entonces dos las nociones que deben ser consideradas y ponderadas frente al derecho de libertad individualista del cónyuge divorcista.

1.1).- Posiciones doctrinales.- Ya señalé anteriormente las posiciones de distintos autores acerca de la posible validez de un pacto singular de indisolubilidad matrimonial. A favor, directa o consecencialmente en forma indemnizatoria, entre otros, GARCÍA CANTERO, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, y RAMS ALBESA.¹⁶⁰² En contra,

¹⁵⁹⁸ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen I... 12ª edición, op. cit.*, pg. 1044.

¹⁵⁹⁹ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *ibídem*, pg. 1044.

¹⁶⁰⁰ GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, *op. cit.*, pg. 532, ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1.482 - 1.483; RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 80 y 115.

¹⁶⁰¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 45.

¹⁶⁰² GARCÍA CANTERO, G., *Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)*, *op. cit.*, pg. 50; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia... op. cit.*, pg. 45 y RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 82 - 83.

también entre otros, ROCA TRÍAS, que afirma “la imposibilidad de crear un matrimonio sin divorcio porque ello sería contrario al derecho de libertad”, ANGUITA VILLANUEVA y ZARRALUQUI¹⁶⁰³.

PARRA LUCÁN manifiesta ser “difícil precisar *a priori* en qué casos las cláusulas sobre disolución matrimonial podrían considerarse contrarias al actual entendimiento del orden público matrimonial como primacía de la voluntad. Parecen serlo, dice esta autora, “las que excluyan o limiten las causas de separación o divorcio, pero resultan más dudosas otras...” y añade que “En la “jurisprudencia menor”, las Audiencias Provinciales deciden con criterios dispares sobre las cláusulas que establecen, en caso de separación o divorcio, la obligación de indemnizar a la otra parte por años de duración del matrimonio, admitiendo en ocasiones su validez y en otras, en cambio, considerándolas contrarias tanto al orden público matrimonial como a la ética y moral social”.¹⁶⁰⁴

1.2). Paralelismo con la constitución heterónoma de unión no matrimonial.-

Cabe señalar cierto paralelismo entre la indisolubilidad matrimonial y la constitución de unión institucionalizada no matrimonialmente por el solo hecho de haber concebido un hijo o por el transcurso de un período de convivencia. La primera posibilidad podría expresar un *favor filii* pero, entonces, revela en la *mens legislatoris* la idea de ser un perjuicio para el niño la falta de alguna institucionalización en la pareja de progenitores, perjuicio que fuerza una especie imperativa sin voluntad de los concernidos, una constricción de libertad individual. Ello deja en el aire cierta perplejidad: si el legislador

¹⁶⁰³ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 66, ANGUITA VILLANUEVA, L.A., en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., op. cit., pg. 316, ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENARRIAGA, L, *Acuerdos prematrimoniales, hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal*, en *Economist & Jurist*, Año XVI, marzo 2008, pg. 22.

¹⁶⁰⁴ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op.cit., pg. 161.

concibe que es preciso proteger a un niño forzando la constitución de unión institucionalizada no matrimonialmente entre sus progenitores convivientes, no se concibe por qué no introduce igual heteronomía protectora para tasar causas y durezas divorcistas habiendo hijos, (mantener vínculo en lugar de crear institucionalización). La perplejidad es mayor si apreciamos, con ESPEJO LERDO DE TEJADA, que la EM de la Ley 15/2005 insiste reiteradamente en proclamar su atención al interés de los menores sin que ello determine ningún ajuste *favor filii* existiendo hijos comunes y sin que ello le impida permitir la adopción por matrimonio homosexual sin ninguna ponderación o consideración *ad cassum*, como consecuencia no legislada expresamente que se impondrá generalmente.¹⁶⁰⁵

La segunda posibilidad carece de toda explicación posible y sacrifica el derecho a no ser institucionalizado¹⁶⁰⁶ de las personas humanas: resulta sumamente contradictorio haber creado impetuosamente un potente derecho a no seguir casado como manifestación de libertad radical individual y, sin embargo, crear también paralelamente una constitución de unión institucionalizada no matrimonialmente involuntaria, por el solo transcurso del tiempo de convivencia.¹⁶⁰⁷

ASÚA GONZÁLEZ señalaba en este sentido que “el Derecho va a la caza de la pareja e institucionaliza a partir de lo que considera hechos concluyentes. Las parejas son

¹⁶⁰⁵ ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1.480 - 1.482; *vide* también MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto, pero querido) de una reforma matrimonial*, en *Revista de Derecho Privado*, Julio - Agosto 2007, ed. EDERSA, Madrid - 2007.

¹⁶⁰⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 44.

¹⁶⁰⁷ GARCÍA CANTERO señalaba también cómo “curiosamente esta nota de permanencia se exige por el legislador - acaso por inconsciente mimetismo- en el primer intento de definir la unión no matrimonial” en la D.A. de la Ley de Adopción de 1987, (GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, *op. cit.*, pg. 346). El mimetismo hoy ha desaparecido.

ciertamente de hecho en la medida en la que el Derecho las entiende constituidas sin una declaración de voluntad”.¹⁶⁰⁸

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ recuerda que el TC, (STC 93/2013), se pronunció respecto de la constitución involuntaria contenida en la Ley foral navarra 6/2000 de 3 de Julio señalando su inconstitucionalidad, sin perjuicio de lo cual siguen en pie todavía con idéntica inteligencia y tacha sustancial de inconstitucionalidad los artículos 234.1 del Libro II del CCC y el artículo 305 del Código de Derecho Foral de Aragón¹⁶⁰⁹. Señala también MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ¹⁶¹⁰ que no resulta congruente constituir forzadamente algo que es genéticamente disoluble *ex voluntate* unilateral y ESPEJO LERDO DE TEJADA subraya también como contradictoria esta misma imposición *ex lege* de la constitución de unión institucionalizada no matrimonialmente sin la voluntad de los convivientes.¹⁶¹¹

1.3).- Pacto de indisolubilidad y libertad convencional.- Nos referimos ahora a un pacto de indisolubilidad puro, no a cláusulas penales o protocolos de evitación de abusos y daños injustos y costes de oportunidad, (mediación o terapia de pareja de buena fe

¹⁶⁰⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 25.

¹⁶⁰⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia....*, *op. cit.*, pg. 296.

¹⁶¹⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia....*, *op. cit.*, pg. 290.

¹⁶¹¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, *Matrimonio legal....*, *op. cit.*, pg. 1.480 - 1.482; *vide* además en cuanto a la última consideración, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto, pero querido) de una reforma matrimonial*, en *Revista de Derecho Privado*, Julio - Agosto 2007, ed. EDERSA, Madrid - 2007.

o “en serio”, dilación temporal, período de separación personal antes de ejercer la acción divorcista, tasación de causas eximentes de indemnización, etc.).

Un pacto de indisolubilidad puro pretenderá su ejecución específica lo que, como antes dije, extrae la cuestión de las posibilidades de la fuerza convencional al encontrarnos en un ámbito nuclearmente personal. En caso de producirse un efecto de indisolubilidad ello habrá de proceder de sedes verticales que no son el propio convenio y que no son, por tanto, ejecución específica *ex conventione* sino deberes públicos o prescripciones iusfundamentales. El pacto sólo funciona como mero adición fáctica al supuesto de hecho que manifiesta entonces haberse puesto en juego ciertos Derechos fundamentales o virtudes funcionales que, de no existir tal pacto de indisolubilidad, no percutirían en el caso concreto o cuya concurrencia sería, con tal ausencia convencional, de más difícil o de imposible prueba.

Como ya dije, el fundamento de la reversibilidad de los negocios jurídicos personales no es la libertad cúspide sino la dignidad humana como paquete completo, pues de otro modo he de aceptar la libertad de arrebatarme a mí mismo mi dignidad humana o de pactar que tú te la autodespojes y me la entregues a mí. “¿Puede, no obstante, un agente moral negar su propio valor?” dice DE MIGUEL BERIAÍN¹⁶¹². Y añade FEITO GRANDE: “el reconocimiento de que el individuo tiene un derecho subjetivo implica también asumir que tiene el poder de renunciar a él. Los derechos humanos, en el ámbito de la libertad, se encuentran entonces con la paradoja de que, aun siendo la salvaguarda de la libertad, han de ejercer también de límite para la libertad de renuncia a tales derechos.”¹⁶¹³

Pero nótese bien que lo que ejerce como límite no es el puro y exclusivo derecho de libertad unipersonal e individualista, (no podría, no existe un concepto de “autolimitación”,

¹⁶¹² DE MIGUEL BERIAÍN, *¿Derechos para ...*, op. cit., pg. 24.

¹⁶¹³ FEITO GRANDE, L., op. cit., pg. 154.

ello es decisionismo y ausencia de prescripción: libertad, ¿para qué?), sino todo el paquete integrado de los Derechos fundamentales y la dignidad humana como unidad¹⁶¹⁴, en la cual 1) aquella libertad sólo es un bien o emanación más y 2) al no poder existir dignidad humana en la realidad encarnada sino como intersubjetiva y social, el límite no sólo es hacia mí sino en función de todos, conduciendo a la necesaria optimización o maximización¹⁶¹⁵ de los paquetes integrados de Derechos fundamentales de todos los que nos encontramos en el espacio intersubjetivo. Así, como dije antes, la regla kantiana ha de interpretarse como que no ofende a la dignidad humana 1) que en la colisión inexorable un hombre sea tomado con fin para la maximización de los Derechos fundamentales y dignidad de todos y 2) que, en la misma colisión inexorable, cuando no haya maximización posible sino empate absoluto se ejerza la legítima defensa o el heroísmo ético.

Así no es la “libertad de perder mi libertad” la que justifica el *pacta sunt servanda* o el *standum est chartae*, como dije, sino el interés indirecto del contrato social, (servil, instrumental para aquella maximización referida), en que exista una fuente voluntaria de obligación jurídica, (negocio jurídico), en la que inserta, (pública y políticamente), un poder a través de la sumisión jurisdiccional, (118 CE), diseñada en la forma precisa que la comunidad considera, (701 y ss. LEC, DE CASTRO Y BRAVO)¹⁶¹⁶. Tal diseño comprende que no existe ejecución específica *ex conventione* de conductas personales.

Pero tampoco es la sacralidad, (DWORKIN¹⁶¹⁷), de la libertad individualista la que destruye en el negocio personal aquella voluntaria sujeción a una carta. En el ámbito

¹⁶¹⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pp. 351-352 y 358-365.

¹⁶¹⁵ ALEXY, R., op. cit., pg. 86; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 286; PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas...*, op. cit., pp. 41 y 47.

¹⁶¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pg. 12.

¹⁶¹⁷ DWORKIN, R. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, op. cit., pp. 97 y ss. y pp. 109 y ss.; CORRAL TALCIANI, H.F. y VIGO, A., *Recensión sobre El*

personal el concepto clave no es libertad sino “empate”. La reversibilidad del consentimiento personal es consecuencia de la horizontalidad de las libertades y voluntades de las personas humanas, esto es, resulta directamente de la universalidad de la dignidad humana que es igualdad y empate imposible de romper entre tú y yo. El mismo empate existe en el negocio patrimonial, pero en él la percusión vertical de la sumisión jurisdiccional *ex conventione* como aplicación de Derecho público indirecto deshace esta absoluta y digna igualdad. Esta ruptura de igualdad no es posible en lo personal porque los bienes e intereses que pretende obtener el contrato social del juego o espacio de libertad y creatividad personal son precisamente el disfrute y desarrollo de la dignidad humana y sus emanaciones y ésta es en primer lugar universal, igual para todos, (es de su universalidad que recibe su condición exterior moral y prescriptiva).

En el ámbito personal no se deshace nunca el empate entre los privados, es preciso un bien o interés directamente público, (Derechos reales como nutridos desde la soberanía nacional y como derechos absolutos, Derechos fundamentales, deberes y derechos públicos), y, percutiendo esta especie pública y absoluta la cuestión no es ya horizontal entre privados, (convenio, pacto, contrato), sino vertical o triangular respecto de un sujeto nuevo y cúspide que aporta un poder irresistible para todos los comprendidos en la relación horizontal de base.

Nada de ello se explica desde la libertad individual, la cual sólo ofrece la incongruencia de contemplar como en algunos casos mi “libertad de perder la libertad” funciona y en otros no. Si ello ocurre con tal incongruencia es porque existen otros valores

más profundos que mueven y hacen bailar, (en uno u otro sentido), al propio derecho de libertad individualista, (inexistente como tal salvo en *privacy*).¹⁶¹⁸

Ambos principios antitéticos se manifiestan con toda intensidad en el pacto de indisolubilidad. Ahora bien, como toda colisión de Derechos fundamentales, el supuesto ha de ser examinado como colisión y ponderación *ad cassum*: no existe, a mi juicio, ninguna norma legal expresa que establezca en este punto un ajuste entre autonomía de la voluntad y libertad divorcista pero, de existir, debería reservar un margen de arbitrio judicial naturalmente esencial en estas colisiones. No considero pacífico en absoluto que exista un orden público matrimonial contra la indisolubilidad, (como señalan PARRA LUCÁN y ROCA TRÍAS¹⁶¹⁹), sino que existe aquí, a mi juicio, un espacio de creación judicial¹⁶²⁰ en espera de pronunciamiento del TC.

1.3.1).- Pacto de indisolubilidad y normalización moral darwinista.- El pacto de indisolubilidad es la piedra de toque para apreciar si las leyes 13 y 15/2005 han producido una normalización ideológica contraria al pluralismo como valor superior constitucional (art. 1 CE), una moral pública única o una verdadera moral social de mínimos o de encuentro. La normalización habrá ocurrido si se considera que tales leyes instauran un orden público matrimonial fundado en libertad individualista, donde el divorcio repudio es absolutamente imperativo. Ello toma carácter darwinista por cuanto las demás morales subgrupales matrimoniales que comprenden un valor vincular en el

¹⁶¹⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 27, pg. 360, pg. 661; GIL, T., *Condicionalidad y autoría*, op. cit., pg. 140.

¹⁶¹⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op.cit., pg. 161; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pp. 64 - 65.

¹⁶²⁰ PARRA LUCÁN refiere las direcciones contradictorias de la jurisprudencia acerca del valor reconocido por nuestros tribunales a los pactos que tratan de solidificar jurídicamente el vínculo jurídico matrimonial, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op.cit., pg. 161 y ss.)

matrimonio quedan condenadas a competir con una moral pública matrimonial empoderada, así como a padecer, por su inferioridad jurídica, los costes de oportunidad que serán infligidos *ex lege* por otros sujetos que no comparten sus convicciones. En este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA.¹⁶²¹

ESPEJO LERDO DE TEJADA también refería esta enemiga feroz al pluralismo al manifestar cómo “una cosa es que la interiorización de este valor institucional del matrimonio por parte de las personas concretas no pueda ser garantizado por el ordenamiento, y otra que positivamente se combata dicha idea desde las propia leyes y ni siquiera se la proponga como jurídicamente deseable.”¹⁶²² Máxime cuando tal pacto otorga un suelo firme para que se produzcan entregas y costes de oportunidad con buena fe, sin abuso y con seguridad jurídica *singularis* y considerando, (con MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ¹⁶²³), que tal solidez permite apoyar sobre tal matrimonio construcciones de funcionalidad y justicia social. Permitir *ad cassum* que los ciudadanos pongan en juego los Derechos fundamentales que se mueven y subyacen a la indisolubilidad matrimonial, (cuya prueba de puesta en liza es este propio pacto), se orienta en una dirección precisamente social y no antisocial.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ se refiere también al valor de la “diversidad”, esto es, a que el Derecho propicie plurales realidades estructurales y funcionales matrimoniales, y demanda decisiones de política legislativa que ofrezcan diferentes tipos de matrimonios por razón de la intensidad o ausencia de vinculación jurídica, los cuales permitirían a las personas tomar el que correspondiera a su ética individual y a la moral subgrupal matrimonial que hubieran concordado.¹⁶²⁴

¹⁶²¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pp. 1.482 - 1.483 y 1.484.

¹⁶²² ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *ibidem*, pg. 1.484.

¹⁶²³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.* pg. 44.

¹⁶²⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibidem*, pp. 44 - 45.

Señala ROCA TRÍAS que “una ideología dominante sirve para “domesticar” las nuevas vías de concebir las familias¹⁶²⁵ y, en este sentido, si la libertad civil no comprende algún tipo de juridicidad para un pacto de indisolubilidad matrimonial, entonces estamos contemplando una domesticación de formas de matrimonio tradicionales con gran implantación social. En la competencia darwinista planteada *ex* Ley 15 /2005 ello permitirá la reacción defensiva del subgrupo moral “domesticado”: RAMS ALBESA señala la posibilidad de parejas casadas sólo canónicamente “*ante faciem Ecclesiae*”, sin inscripción en el Registro Civil, con muy plena aceptación social e incluso “marcando clase”¹⁶²⁶, y GARCÍA CANTERO se pregunta si no es el momento de una huelga de bodas católicas como la que ocurrió en 1870 - 1875.¹⁶²⁷

En cualquier caso concluye ROCA TRÍAS que “la pluralidad de la sociedad nos obliga a estructurar estas respuestas en torno a formas abiertas fundadas en el contrato”.¹⁶²⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ también otorga papel preponderante a la libertad que “acentúa el individualismo en las relaciones de pareja, a la que hay que reconocer capacidad de decisión para organizar internamente la convivencia con el límite del respeto a cada uno. La regulación de estos derechos y obligaciones tenderán en el futuro a acentuar la protección de los derechos fundamentales de los cónyuges más que a definir su contenido.”¹⁶²⁹

Pues bien, pluralidad y nueva libertad requieren ponderar todos los bienes e intereses presentes y en liza antes de negar determinados contenidos en juego, so pena de

¹⁶²⁵ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas....*, *op. cit.*, pg. 71.

¹⁶²⁶ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 96 - 97.

¹⁶²⁷ GARCÍA CANTERO, G, *¿Qué queda del vigente....*, *op. cit.*, pg. 533.

¹⁶²⁸ ROCA TRÍAS, E., *La familia....*, *op. cit.*, pg. 71.

¹⁶²⁹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pg. 83.

caer en normalización ideológica *ex lege*, y esta exposición de valores en torno a la indisolubilidad matrimonial es la que se intentará en los apartados que siguen.

1.4).- Poligamia y poliginia.- La interdicción de poligamia y poliginia forma parte del orden público matrimonial español, lo que es tanto como decir de la moral social de mínimos o de encuentro matrimonial para todos los ciudadanos. ROCA TRÍAS señala que en aquella zona de fijeza o mínimos se encontrarán “prejuicios culturales o religiosos” y no “argumentos jurídicos”, y que su regulación es una competencia estatal que “con toda seguridad, elegirá reglas aceptadas socialmente desde hace muchos años...”, por lo que “la mayoría de los países occidentales presentan un contenido muy homologable...”¹⁶³⁰

Pero la cuestión no es simplemente prejuiciosa o cultural, pues 1) tales mínimos atienden también, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, a la funcionalidad, determinando “en primer lugar qué modelos precisan de una específica regulación (puede que no todos: sólo aquéllos que tengan una mínima funcionalidad social)”¹⁶³¹, debiendo notarse que la funcionalidad es juiciosa y enjuiciable, en tanto la cultura es óptica, no admite deber ser, sólo puede escogerse pero no juzgarse; y 2) tales mínimos han de ser basados hoy en los Derechos fundamentales. Por ello desde su perspectiva ROCA TRÍAS, (meros prejuicios, ideología), no encuentra fundamento a la interdicción de poligamia¹⁶³² y

¹⁶³⁰ ROCA TRÍAS, E., *La familia....*, op. cit., pg. 60.

¹⁶³¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia....*, op. cit., pg. 44.

¹⁶³² Así lo califica de “tabú cultural sólo para aquellos sistemas matrimoniales que derivan de regulaciones ligadas con la fe cristiana, mientras que otras, como la secta *Amish* y los propios musulmanes admiten la poligamia, con las consecuencias que plantea en sociedades multiculturales, como están destinadas a serlo las occidentales”, (ROCA TRÍAS, E. *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 60).

que MATA DE ANTONIO concluye su estudio sobre “parejas de hecho” con la siguiente pregunta: “¿y por qué no de tres?”.¹⁶³³

Entre nosotros considero que la interdicción de poligamia o poliginia no puede basarse en la igualdad de género y la dignidad constitucional de la mujer, (aunque RAMÍREZ NAVALÓN cita en tal sentido las Resoluciones DGRN 3-12- 1996, 20-2-1997 y 8-4-199¹⁶³⁴), y ello porque, a diferencia del repudio en los países islámicos¹⁶³⁵, poligamia y poliginia podrían funcionar determinando pluralidad de mujer o de varón, esto es, sin discriminación *ex* 14 CE al admitirse para todos los géneros.

El fundamento personal en contra de un concepto de matrimonio plural sólo puede basarse, a mi juicio, en que se considera esencial e irremediabilmente inmoral que una sola persona reciba de otras varias bienes, entregas, renunciaciones e intereses, y ello porque todas ellas se entregan absolutamente como adultos: “todo” no puede entregarse a A y darse también simultáneamente a B. Ningún consentimiento sana esta imposibilidad lógica que es una exigencia de igualdad y dignidad humana. Uno puede tener un solo amigo o muchísimos, pero la amistad, como la solidaridad o la cooperación, no presentan esta necesidad de igualdad potencial *ab initio* en la mutua entrega de bienes e intereses personales aunque luego uno dé efectivamente más que otro, (reciprocidad antropológica).

En la unión afectiva sexual las personas se entregan jurídicamente todas ellas en cuanto adultos, esto es, de modo absoluto, y quien se entrega absolutamente ya no puede entregarse otra vez ni dar nada más en el mismo plano. Esta idea absoluta late también, a

¹⁶³³ MATA DE ANTONIO, J.M., *Parejas de hecho, ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)*, en Acciones e Investigaciones Sociales, 14, (febrero 2002), ed. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002, pp. 183-251, en concreto pg. 248.

¹⁶³⁴ RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., *Multiculturalidad y ...*, *op. cit.*, pg. 2.105.

¹⁶³⁵ RAMÍREZ NAVALÓN señala tal desigualdad y cómo hubo de introducirse una previsión especial bajo la letra c del artículo 107 CC, (RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., *ibidem*, pg. 2.112).

mi juicio, en la prohibición de término y condición en el art. 45 CC y en las uniones no matrimoniales constituidas *ex voluntate*, a pesar de existir un “plazo máximo” legal de tres meses en el matrimonio, (contradictorio como señala CAÑETE QUESADA¹⁶³⁶), y de horas o minutos en las uniones no matrimoniales.

Por el contrario en la relación paterno y materno filial las entregas se producen jurídicamente de modo relativo en función de dependencia. Aunque exista una demanda intensísima en los primeros años de vida, paternidad y maternidad son esencialmente a término, (18 años), sus exigencias disminuyen gradualmente hasta tal edad y su destino natural es que los hijos se independicen de los padres/madres. El carácter absoluto de la paternidad/maternidad está en el corazón pero no en la letra o espíritu de las leyes escritas. Por ello uno puede tener 12 hermanos y no podrá protestar querer ser hijo único o estar recibiendo menos afecto que el benjamín.

Es sólo en la relación afectiva sexual que ocurre que la ruptura de la aritmética 1 = 1 afecta a la dignidad humana y a la igualdad. Únicamente podría defenderse esta desigualdad potencial puesta de manifiesto *ab initio* por la situación plural creando una “bolsa común” de entregas y renunciaciones en la que todos los cónyuges ponen y todos reciben sin consideración, esto es, construyendo una noción de familia que los absorbe como adultos individuales en un sujeto familiar y en un interés familiar que compensa a todos; pero ello borraría la consideración individual de las personas que se considera hoy como base y cimiento del nuevo Derecho de familia entre nosotros, (PARRA LUCÁN, ROCA TRÍAS).¹⁶³⁷

¹⁶³⁶ CAÑETE QUESADA, A., *El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio*, en *La Ley*, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ed. La Ley actualidad, 2004, pp. 1516 - 1524, en concreto pg. 1519..

¹⁶³⁷ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.* pg. 104; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 49.

1.4.1).- Impedimento de vínculo.- El impedimento de vínculo trae consigo razones adicionales de funcionalidad, por cuanto la falta de ruptura determina perturbaciones para relaciones incluso patrimoniales entre los cónyuges, los nuevos convivientes y también respecto de terceras personas. MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ señala que el impedimento de vínculo no priva a nadie de vivir juntos y quererse, pero sí de hacerlo con relevancia jurídica, esto es, saliendo de la vía de hecho; este impedimento existe incluso en las uniones no institucionalizadas y, a juicio de este autor, manifiesta que “la familia no es sólo convivencia y afectividad”¹⁶³⁸. Sin embargo, como también apunta MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, la doctrina de los impedimentos vinculares matrimoniales ha perdido importancia.¹⁶³⁹

Ello es otro episodio de la competencia darwinista, entre el matrimonio estatal y el matrimonio “autonómico”¹⁶⁴⁰ lo que también supone una desvalorización del propio matrimonio¹⁶⁴¹ en la línea ideológica de armar y rearmar a las uniones no matrimoniales y de desarmar a las matrimoniales. Así las leyes de parejas de hecho de 11/2001 de 19 de

¹⁶³⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 35.

¹⁶³⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevas formas de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, pg. 728.

¹⁶⁴⁰ ASÚA GONZÁLEZ considera aquí una “suerte de matrimonio autonómico”, (ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 26); MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ situaba la diferencia en el compromiso jurídico o vínculo natural al matrimonio pero refiere cómo “tras la reforma del divorcio efectuada en nuestro país, el compromiso derivado del matrimonio civil... [es] tan liviano que la diferencia pasa a ser casi irrelevante”. Ello no obsta a que en el buen concepto la diferencia siga estando en la voluntad de comprometernos jurídicamente o de no hacerlo, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (IV)*, *op. cit.*, pg. 292)

¹⁶⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (IV)*, *op. cit.*, pg. 292.

diciembre de la Comunidad de Madrid, (art. 2.1.b), 5/2003 de 20 de Marzo de Extremadura, (art. 3.1.b), 2/2003 de 7 de Mayo del País Vasco, (art. 2.1) y 5/2012 de 15 de Octubre de la Comunidad Valenciana, (art. 41.b) eliminan el impedimento matrimonial vincular como obstáculo para institucionalizar una unión no matrimonial al permitir tal posibilidad al separado legalmente, lo que el artículo 234.2.c CCC extiende al separado meramente de hecho, lo cual es, sin embargo, un imposible concepto jurídico.

El CCC seguramente ha querido limitar la contemplación de la separación de hecho al solo efecto impeditivo sobre la unión estable, pero en Derecho sustantivo no se puede abrir puerta a un solo efecto y podremos contemplar la perturbación de dos comunidades jurídicas de vida y de una comunidad patrimonial anterior, (régimen de sociedad conyugal). Ni la separación de hecho ni la constitución de unión estable suspenden la comunidad de vida matrimonial, (art. 231-2), y el CCC sólo ha dispuesto en el artículo 232-36.2.a la disolución de sociedad conyugal por resolución judicial que declare la separación de hecho a petición de uno solo de los cónyuges, lo que, en tal caso, es una separación judicial que no se comprende por qué sucede a un solo efecto. La negativa a judicializar la salida matrimonial hacia la unión no matrimonial lo fía todo a que el plano jurídico se vea favorecido por el dato de que materialmente no puedan sostenerse dos comunidades de vida de hecho, lo que es ingenuo y puede ser incierto en algunos casos, (234-4-1.a CCC). Aquí la única solución es regular jurídica y judicialmente la separación de hecho a todos los efectos, con lo que deja de ser “de hecho” y torpedea la facilidad proselitista que pretende el legislador para las uniones no matrimoniales.

Ello es un empeño ideológico en aras del individualismo y la desjudicialización, el cual produce forzamientos que también se aprecian, p.e., en el artículo 222-2 CCC sobre poder en previsión de incapacidad. Este artículo recoge en el año 2010 la posibilidad que GARCÍA CANTERO ya había señalado veinte años antes, pero lo hace con un sesgo

individualista y antijudicial que termina por no proteger al poderdante cuando queda efectivamente incapaz.¹⁶⁴²

¹⁶⁴² “Personalmente no creo que haya obstáculos insuperables para que una persona organice anticipadamente su propia tutela... ¿Por qué no darles la posibilidad legal de elegir ya un representante de su gusto que gobierne sus asuntos cuando se agudice el declive de sus facultades mentales? No faltan en el Código Civil ejemplos de eficacia de una representación voluntaria más allá de los límites de capacidad del sujeto... Si no hay obstáculos dogmáticos para que el mandato dado para contratar con terceros siga surtiendo efectos *postmortem* o *postincapacitatem*, dése un paso más adelante y reconózcase la posibilidad de que el sujeto, mayor de edad y en plena posesión de sus facultades, pueda organizar su propia tutela”, (GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre la representación legal...*, *op. cit.*, pg. 301-302). El problema es que el ansia individualista del CCC crea un sistema que no protege al poderdante de sus propios actos, ello al no haber querido instrumentar la atracción universal de tales poderes hacia el Juez y la preeminencia de la sede judicial, (parágrafo 1901.a BGB), frente a lo cual el CCC dice “No es preciso poner en tutela...”, (art. 222-2-1 que libera al apoderado de promover la tutela *ex* 222-14 CC), por lo que existiendo tal poder la concurrencia de causa incapacitante convierte a la tutela en mera posibilidad, (“Si, en interés de la persona protegida llega a constituirse la tutela...” , art. 222-2-3 CCC). Este poder preventivo o bien surte efecto desde el otorgamiento o bien su eficacia se producirá luego pero siempre a espaldas de juzgado de acuerdo con las “circunstancias” y “medidas de control” que determine el poderdante para ello, las cuales no serán la propia tutela o estaremos ante una simple delación voluntaria. De este modo el poderdante que ya no pueda actualmente “gobernarse por sí mismo” retiene su autorrepresentatividad jurídica porque ni él mismo ni su apoderado pueden arrebatarla sino sólo un Juez que es expulsado del supuesto. Lo decisivo es el momento en que concurre causa incapacitante, la cual debe necesariamente instrumentarse *sub iudice* con incapacitación y tutela, (asistencia en el BGB *ex* atracción universal 1901.a); no el momento y la comunicación del otorgamiento del poder. Por ello la inscripción del poder en el Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios no protege ni coloca en mala fe conocimiento, tanto por referirse a un nombramiento pero no a una incapacidad, como porque la incapacidad es sólo potencial y futura. Pero, si se cerrara el sistema estableciendo la comunicación e inscripción de la concurrencia de causa incapacitante en el Registro Civil para producir la oponibilidad de la causa material incapacitante, se apreciaría entonces la privatización de una garantía fundamental de las personas que parecía esencial y pacífica *ex* 199 CC, la de que sólo puede privarme de mi autorrepresentatividad jurídica una sentencia judicial.

De cualquier forma, obsérvese cómo es coherentemente funcional el matrimonio poligámico islámico en sus propias sociedades tan sólo por estar basado en una discriminación de género: si únicamente el varón puede tener varias esposas y no existe régimen económico matrimonial al no participar en el mismo la mujer, los problemas y perturbaciones que surgen entre nosotros por la falta de rupturas vinculares previas son congruentemente evitados. Ello es una regla de coherencia funcional que existe bien formulada en antropología: el premio a un género, (sexual, patrimonial, jurídico, político), sólo puede establecer a costa absoluta del otro.¹⁶⁴³

1.5).- Derechos y libertades del cónyuge divorcista.- Para examinar la colisión de Derechos fundamentales sobre el divorcio repudio es preciso discriminar cuáles son los bienes, intereses y derechos personales que tiene en juego el cónyuge repudiante, lo que obliga a diferenciar el derecho a no seguir casado y el derecho a no estar casado contigo. El derecho a no seguir casado¹⁶⁴⁴ supone que la libertad divorcista se basa sustantivamente en las libertades personal, sexual, afectiva y domiciliaria, en la intimidad, autonomía patrimonial y, de existir oficio público conyugal, en el cese de la limitación de libertad que ello supusiera como estatuto, todo ello conectando con el art. 10 CE. El derecho a no estar casado contigo comprende que sí que se quiere estar casado y padecer tales efectos personales y patrimoniales, pero con otra persona como cooperante o colaboradora necesaria. Todavía han de añadirse a estos derechos el de libertad ideológica o religiosa si el cónyuge divorcista precisamente ha tomado creencias enemigas a la institución matrimonial vincular.

Debe tenerse en cuenta que sólo la libertad ideológica o religiosa afecta directamente al propio vínculo en cuanto jurídico pues: 1) el derecho a estar casado pero no

¹⁶⁴³ HARRIS, M., *Vacas, cerdos, guerras y brujas, op. cit.*, pg. 291.

¹⁶⁴⁴ Derecho a no permanecer casado dice ROCA TRÍAS, (ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas, op. cit.*, pg. 65).

contigo se ve entorpecido por la falta de disolución sólo en la medida en que exista un impedimento de vínculo; y 2) el derecho de cesar en las limitaciones personales y patrimoniales que impone la comunidad de vida no se ve afectado por la continuidad del vínculo en cuanto todas ellas pueden ser suspendidas mediante separación judicial.

En el matrimonio canónico, (indisoluble *ex* canon 1101,2)¹⁶⁴⁵, el instituto de la separación canónica permite cesar el régimen de vida en común y la cohabitación sin afectar al valor indisoluble y sacramental del matrimonio en aquel ordenamiento, (canon 1151)¹⁶⁴⁶. La separación canónica puede ser perpetua, que se establece en cuanto que se es cónyuge, (comprendiendo como causa el adulterio), y la separación temporal, que se establece en cuanto se es persona, (por peligro para el alma, el cuerpo o la vida en común insoportable), señalando LÓPEZ ALARCÓN Y NAVARRO-VALLS que “cuando la comunidad de vida, lejos de ser un medio de perfección y de complemento de la personalidad humana, se convierte en un factor nocivo para el bien físico o espiritual de los cónyuges, la comunidad deja de tener sentido y la tutela de los derechos fundamentales de la persona humana autorizará el régimen de separación; pero el deber de cohabitación se suspende en tanto perduran las causas que amenazan la paz, la incolumidad, la dignidad personal de uno de los cónyuges” y añaden que no es separación sanción sino separación remedio una vez fracasadas las tentativas previas de reconciliación del canon 1695, tratando de evitar males peores que podrían derivarse de persistir aquellas anómalas situaciones.¹⁶⁴⁷

En un matrimonio civil la separación judicial suspende la comunidad de vida y todas aquellas vinculaciones, afecciones y oficios públicos conyugales ligados a ella, incluyendo la recuperación de la libertad sexual plena, (artículo 83 CC).

¹⁶⁴⁵ LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R., *op. cit.*, pg. 89.

¹⁶⁴⁶ LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R., *ibidem*, pg. 385.

¹⁶⁴⁷ LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R., *ibidem*, pp. 389 - 390.

En este sentido, el valor de un pacto de indisolubilidad como demostrativo de la existencia de especiales Derechos fundamentales percutiendo sobre la libertad divorcista no estaría en obligar concretamente al recíproco a entregarme su libertad e intimidad personal, sexual y domiciliaria. Ello no ocurre tampoco en el ordenamiento canónico que sirve de paradigma a este matrimonio indisoluble. La indisolubilidad sólo habría de llevar en el orden civil, (como en el canónico), a que no se rompiera el vínculo jurídico en cuanto puramente jurídico, lo que dejaría como única afección de derechos personales 1) los efectos perjudiciales del impedimento de vínculo y 2) la enemiga ideológica o religiosa al propio matrimonio.

La certísima duplicidad de uniones que supone la existencia del matrimonio estatal y de los “matrimonios autonómicos”¹⁶⁴⁸ determina que el derecho de estar casado pero no contigo o derecho de volverme a casar no esté afectado cuando pueda acudir a ese matrimonio autonómico paralelo que es incluso más beneficioso *ex lege* que el estatal¹⁶⁴⁹. Ninguna intensidad presenta entonces la afección de la continuidad del vínculo. Esta inanidad del vínculo como impedimento, como antes dije, ocurre en las Comunidades de

¹⁶⁴⁸ Señala ASÚA GONZÁLEZ: ¿Puede hablarse de clase de matrimonio?... la cercanía es evidente, y lo es más en aquellas Comunidades que extienden su regulación civil sobre matrimonio a las parejas institucionalizadas no casadas... por lo que hace a las Comunidades con competencia civil, la competencia exclusiva del Estado parece limitarse a la constitución y extinción del vínculo matrimonial. En estas condiciones es difícil no ver una suerte de matrimonio autonómico.”, (ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pp. 25 - 26).

¹⁶⁴⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pp. 25 - 26. Señala en este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que se ha convertido al matrimonio en la “*shadow institution*” de las parejas de hecho y que los convivientes institucionalizados no matrimonialmente pueden utilizar en su beneficio el Derecho y el no-Derecho para adquirir una posición jurídica más ventajosa que los casados, lo que habría de ser contrario a la garantía institucional matrimonial, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, pg. 709 y pg. 726).

Madrid, Extremadura, País Vasco y País Valenciano, en tanto Catalunya añade la novedad de admitir también al separado de hecho.

Será sólo en las restantes comunidades que podrá protestarse tal afección, pero téngase en cuenta cómo, todavía sin llegar a este extremo pero quizá oteándolo, la Ley Foral de Navarra de 6/2000 de 3 de Julio señala impedimento de vínculo pero permite computar a efectos de “estabilidad” todo el tiempo en que esa unión existió constante impedimento, (art. 2.2).

En estas comunidades donde el separado legal no puede institucionalizar nueva unión ello no le impide ejercer sus libertades y renunciaciones vitales y entregar sus compromisos morales a otra persona, esto es, como señalaba MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, el impedimento de vínculo no priva a nadie de vivir juntos y quererse.¹⁶⁵⁰ No existe constricción de libertad en efectuar tales planes y desarrollos de vida en forma institucionalizada o no institucionalizada. La diferencia no estaría en el plano de la libertad y del 10 CE sino, en su caso, en las contemplaciones de justicia social y distributiva que pudieran resultar de la institucionalización y, en tal caso, de una supuesta causa de discriminación.

1.5.1).- Pérdida de beneficios sociales.- VALPUESTA FERNÁNDEZ señala:

“Los derechos sociales atienden a necesidades que se plantean en determinadas circunstancias y éstas las puede tener tanto el matrimonio como la pareja de hecho, sin que el estatuto jurídico de uno y otro tenga relevancia suficiente para desvirtuar o anular la similitud o identidad de presupuestos para el ejercicio de tales derechos; vulneran, pues, el principio de igualdad, aquellas disposiciones que, no siendo *strictu sensu* Derecho de familia, tienen a éstas como destinatarias de beneficios y prestaciones típicas del estado

¹⁶⁵⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit. pg. 35.

social”.¹⁶⁵¹ Justifica con ello esta autora la igualación en justicia social y justicia retributiva de matrimonio y unión no matrimonial.

PARRA LUCÁN señala que “Los datos legales... muestran, sin embargo, no sólo la falta de preferencia por un único modelo sino además, la consagración de la tendencia a considerar las relaciones familiares al servicio de los intereses individuales y, en buena medida, sujetas a su voluntad” sin que puedan prosperar las posiciones, (sigue diciendo esta autora), que consideran: 1) que “el respeto a la libertad personal no exige atribuir a todas las alternativas las mismas consecuencias” y 2) que “Los comportamientos familiares... no son totalmente independientes del Derecho, que.. puede incentivar determinados comportamientos, reforzando las consecuencias jurídicas, creando un marco dotado de certeza y seguridad para el modelo concreto de la familia nuclear estable, que se considera preferible en atención a su eficacia en el logro de la función social...”¹⁶⁵²

Aquí la contradicción consiste en que se niega una diversidad jurídica retributiva social entre matrimonio y unión no matrimonial eliminando cualquier percepción de funcionalidad social, pero 1) no se aherroja la siguiente derivada que consistiría en afirmar que aquí sólo caben, entonces, políticas sobre las personas físicas individuales, (infancia y asistencia social individual a adultos), sin hacer referencia a ninguna convivencia o unión, afectiva, sexual o de ningún tipo y 2) al no completar el recorrido de su argumento mantienen la política retributiva social en el puro formalismo de la institucionalización, la cual, *per se*, no justifica nada. Para ser plenamente coherentes estas doctrinas habrían de correr la equiparación desde el matrimonio hasta las propias uniones no matrimoniales no juridificadas y no juridificables e incluso hacia cualquier comportamiento individual de apoyo o protección a los menores, con convivencia o no. En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (a propósito de una distinción entre unión no matrimonial

¹⁶⁵¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pg. 82.

¹⁶⁵² PARRA LUCÁN, M.A. *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pp. 113 - 114.

juridificable y no juridificable), señala cómo el fundamento de entrar o no en determinada regulación no puede estar en la convivencia pues en ambos casos ésta existe¹⁶⁵³.

También refiere PARRA LUCÁN: "... la "institucionalización"... hace que a continuación todas las parejas que no cumplan los requisitos requeridos ... queden fuera de la protección legal que se dispensa a las "parejas legales". Tan discutible resulta que a las verdaderas parejas de hecho se les pueda aplicar, por analogía, las normas previstas para las parejas legales, como injusto puede ser que sus miembros queden privados de protección en ciertos casos."¹⁶⁵⁴

En mi opinión, si una consideración funcional y de justicia social no es legítima para distinguir entre ciertos tipos de matrimonio y entre éstos y la unión no matrimonial, tampoco es legítima una exigencia de institucionalización para otorgar ciertas ventajas a las uniones juridificadas frente a las no juridificadas o exigir convivencia y no contemplar conductas o necesidades individuales. Si se niega el valor de funcionalidad social entonces, como dije, toda ayuda o consideración pública sólo puede basarse en la persona física misma, individual, pero no en ciertas convivencias, ni en ciertas convivencias con exclusión de otras. La intervención pública habrá de ser bien protección de la infancia *ex* 39 CE, (cada niño uno a uno), asistencia a adultos necesitados, (uno a uno), o bien implementación de los intereses y valores de solidaridad constitucional que cita PARRA LUCÁN¹⁶⁵⁵. Todo ello naciendo directamente *ex* CE y no de ninguna institucionalización

¹⁶⁵³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (IV)*, *op. cit.*, pg. 293.

¹⁶⁵⁴ PARRA LUCÁN, M.A. *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 114

¹⁶⁵⁵ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pp. 112 - 113.

o convivencia y predicándose, (o no), tanto si existe pareja y convivencia como si concurre crianza separada, crianza unipersonal o personas que viven solas, (*singles childfree*¹⁶⁵⁶).

En tal caso lo que ha de ser criticado no es la imposibilidad de participar en tales beneficios legales por parte del cónyuge divorcista al que no se permite la disolución vincular y no puede institucionalizar nueva unión, sino la propia existencia de tales protecciones legales desde una ideología que no quiere entrar en debates funcionales y diversidades jurídicas y retributivas sociales. Si, por el contrario, se acepta un examen y una calificación en términos de funcionalidad, el matrimonio indisoluble y este pacto de indisolubilidad podrán ser valorados en tales términos, desde lo cuales no cabe duda de la prosocialidad del mismo¹⁶⁵⁷ tanto para la ponderación con la libertad individual como para políticas de justicia social y retributiva.¹⁶⁵⁸

1.5.2).- Inconstitucionalidad de pensiones de viudedad.- Éste es el mismo debate que subyace a la inconstitucionalidad de las pensiones de viudedad. En este sentido, la STC 41/2013 de 14 de Febrero señaló que no es constitucional exigir el criterio de existencia de hijos comunes para conceder pensión de viudedad a las uniones institucionalizadas no matrimonialmente, si bien el voto particular que sigue al fallo señala congruentes razones de justicia social en la exigencia del requisito de hijos comunes, (mayores cargas y esfuerzos que, ahorrando costes públicos por amor, habrán podido afectar a la capacidad económica del ahora viudo o viuda, producción de un nuevo ciudadano, etc.) Ello es una consideración de justicia social, (sostenibilidad del sistema de la Seguridad Social, a cuyos limitados recursos alude el voto particular), general para toda

¹⁶⁵⁶ BASTEN, S., *Voluntary Childlessness and being Childfree, The Future of Human Reproduction, Working Paper #5*, June 2009, ed. St. John's College Research Centre, University of Oxford and the Vienna Institute of Demography, Austrian Academy of Science, http://www.spi.ox.ac.uk/fileadmin/documents/pdf/Childlessness_-_Number_5.pdf, última visita el 17 de Abril de 2014.

¹⁶⁵⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pp. 39 - 40.

¹⁶⁵⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibidem*, pp. 41 y ss.

crianza institucionalizada o no, e incluso con filiación o sin ella, que, sin embargo no prosperó en el fallo del TC.

No obstante, el TC ha admitido a trámite cuestión interna de inconstitucionalidad 693/2013 sobre el artículo 174.1 de la LGSS que regula las pensiones de viudedad por razón de violar el artículo 14 CE, de modo que es posible que la resolución de esta cuestión abra la posibilidad a un pronunciamiento general acerca de 1) existir funcionalidad social retribuida en la viudedad o en la crianza y señalar entonces ser justo socialmente y no discriminatorio reservarla para aquéllos en quienes concurre el motivo funcional, o 2) no haberla y no poder existir tales pensiones en tal concepto para nadie. En caso de estimar el TC que existe tal funcionalidad y que su retribución social no es discriminatoria, quedará abierto el camino para estimar con qué nivel de compromiso y vínculo jurídico, (esto es de oficio público que sólo puede ser, a mi juicio, conyugal y vincular), puede o no puede fundarse tal retribución de justicia social así como un valor comunitario y público en los vehículos jurídicos que procuren tal funcionalidad.¹⁶⁵⁹

1.6).- Derechos del recíproco no divorcista.- Los derechos del recíproco que quedan afectados por el divorcio repudio son el derecho de libertad, el derecho de fundar, (y seguir familia), y el derecho de libertad religiosa.

El derecho de libertad, (mi libertad de seguir casado), queda empatado con el correspondiente derecho de libertad del divorcista en sentido negativo, (mi libertad de no seguir casado), y ello vuelve a revelar la naturaleza cooperativa de estos supuestos derechos individualistas y su abono inevitable a posibles abusos, costes de oportunidad y

¹⁶⁵⁹ Téngase en cuenta que el artículo 174 citado, sobre pensión de viudedad, soporta hoy en trámite las siguientes cuestiones en cuanto a cónyuges y convivientes: 693/2013 sobre el 174.1, 4921/2012 sobre el artículo 174.2°, 2253/2013, 2255/2013 y 2256/2013 sobre 174.3 párrafos cuarto y quinto, 4367/2013, 4934/2013 y 4935/2013 sobre 174.3 párrafos cuarto y quinto, 5800/2011, 6487/2011, 6589/2011, 932/2012 y 4932/2012, sobre ciertos incisos del 174.3 LGSS.

daños injustos. El derecho de fundar y seguir familia no se ve afectado como tal o en abstracto si consideramos familia al grupo con hijos, (no se priva al no divorcista, (ni al divorcista), de su patria potestad), pero, para quienes consideramos una noción de matrimonio familia entre los propios cónyuges, este derecho sí que se ve afectado al perderse las expectativas protectoras del oficio conyugal recíproco.¹⁶⁶⁰

No obstante, este derecho y esta pérdida se ven reconducidas otra vez al empate al concretarse la encrucijada no en abstracto sino en concreto como derecho de fundar y seguir familia precisamente contigo, a lo que se opone con toda equivalencia el mismo derecho en sentido negativo del recíproco. Desde el art. 10 CE se interpone precisamente la *Abschlussfreiheit* en el ejercicio de fundar y seguir familia, esto es, mi libertad de iniciar y continuar tal aventura cooperativa con quien quiera y de discriminarte ahora o luego rechazándote, (lo que son negocios personales unilaterales), de modo que la familia-empresa o familia-sociedad entre X y Z, (genitores o personas que adoptaron conjuntamente), está sujeta como cuestión personal a la reversibilidad propia de tal ámbito, aunque ello sólo en tanto en cuanto no exista una consideración funcional que niegue ser equivalente en términos públicos y operativos el ejercicio separado, partido o “desconstituido” de los deberes paternos o maternos. Haber acordado negocialmente aquel ejercicio cooperativo y haber cesado voluntariamente en el esfuerzo común y conjunto proyectado podrá tener, sin embargo y en su caso, consecuencias indemnizatorias.

Queda, sin embargo, y es a mi juicio el derecho decisivo, aquél de libertad religiosa o ideológica en cuanto se profese una confesión o se participe de una ética que contemple como un valor propio la indisolubilidad del vínculo. No cabe duda que el cónyuge no divorcista que profesa p.e. la religión católica y contrajo matrimonio como sacramento, (igual que su recíproco), padece intensas consecuencias no sólo individuales, psicológicas

¹⁶⁶⁰ “Expectativas de cuidados” dice LÓPEZ JACOÍSTE, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 666.

y en sus creencias y valores sino también en cuanto a su posición en la sociedad canónica. Ello a consecuencia de la colisión con el derecho de libertad de quien profesa igual confesión y recibió el mismo sacramento, pero que ejerce la libertad y el poder jurídico que le otorga el divorcio repudio civil.

En este punto considero afectado con más intensidad el derecho de libertad religiosa del cónyuge católico no divorcista, (casado en recepción de un sacramento al tiempo que en constitución de una situación civil), que el derecho de libertad del recíproco. El pacto de indisolubilidad, como dije antes, sería el *factum* que prueba haberse puesto en juego en concreto, intensamente y conocidamente para el recíproco tal libertad religiosa, pues, sin tal constancia, la mera ceremonia católica podría contener distintos panoramas psicológicos e intensidades de parte de los contrayentes.

Por último, volveremos a encontrarnos empatados en esta sede de libertad religiosa e ideológica si el cónyuge divorcista opusiera su propia libertad religiosa o ideológica manifestando participar ahora de concepciones distintas sobre indisolubilidad del vínculo, si bien la mínima exigencia de prueba y seriedad en tal afección requeriría que apostatará de la profesión de fe católica.

Téngase en cuenta que el contrato social no considera, p.e., la libertad asociativa incluso política como una pura cuestión *ad intra* sin derivada individual *ad extra*: así 1) apoyará la expulsión del asociado que no honra los estatutos ni el fin asociativo en contra de la libertad individual perturbadora de éste y 2) no permitirá que, p.e., el cónyuge o el padre de un asociado afecten a la libertad asociativa del hijo o del recíproco interfiriendo el desarrollo que éste quiera alcanzar mediante el fin asociativo y afectando a su consideración personal en la asociación o partido político.

Señala ROCA TRÍAS que “Imponer a unos ciudadanos unas reglas que mantienen el matrimonio sobre la base del principio de la indisolubilidad sería absolutamente discriminatorio para aquellos otros ciudadanos que no participan de esas creencias” y cita a

MONTÉS PENADÉS quien en 1984 consideraba que cabe “menos todavía utilizar el aparato coactivo del estado para que las consecuencias de esas creencias queden implantadas”¹⁶⁶¹. Nada de ello ocurre, sin embargo, en la ponderación anteriormente propuesta, por cuanto 1) se produce entre católicos profesos y, como dije, 2) cedería por empate si el divorcista apostalara y opusiera su propia libertad ideológica o religiosa, (provocando disparidad sobrevenida en aquel matrimonio canónico). Por otra parte, si se produjera *ab initio* tal matrimonio entre católico y no católico sería dispar, no nacería como canónico y no pondría en juego aquellos derechos.¹⁶⁶²

Añade ROCA TRÍAS que el régimen del matrimonio es único porque “otra cosa sería admitir una discriminación por razón de religión... y, por ello, la disolución por divorcio afecta por igual a todos los matrimonios”, pero ello es sumamente insatisfactorio pues: 1) crea un derecho *ex lege* que no admite doctrina de abuso o mala fe; 2) confunde pluralismo con discriminación; 2) identifica indisolubilidad con religión católica cuando, como dije, aquí será posible cualquier religión, ideología o ética en cuanto los contrayentes la compartieran y la invocaran al tiempo de contraer, fundando su ejercicio cooperativo no sólo en libertad afectiva o en derecho de fundar familia sino también en tal religión o ética; 3) la disolubilidad afecta por igual a todos los matrimonios civiles, es la percusión de una prescripción vertical desde la doctrina de los Derechos fundamentales y tras una ponderación *ad cassum* la que, *ex extra* del Derecho matrimonial, desde el Derecho de la persona, ponderando coyunturalmente una libertad religiosa que se ha puesto especial y conocidamente en juego, la que impide el ejercicio de la igual y universal libertad divorcista civil; y 4) tales pactos se orientan en una dirección social y funcional que coadyuva a los fines del contrato social.

¹⁶⁶¹ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 64.

¹⁶⁶² LÓPEZ ALARCÓN, M., NAVARRO-VALLS, R. *op. cit.*, pg. 139.

Aquí se trata de encontrar una regla o prescripción vertical que señale un mandato de optimización¹⁶⁶³ en la encrucijada *ad cassum* partiendo de que el pacto de indisolubilidad ha puesto en juego Derechos fundamentales adicionales al de libertad individual, libertad afectiva y fundación de familia, lo que exigirá examinar las posibilidades futuras de cada miembro de la pareja y las cargas y sacrificios que la decisión polémica impondría a cada uno de ellos, (intensidad), en cuya ponderación habrá considerarse la idea del mejor derecho o mayor sufrimiento de ALKORTA IDIÁKEZ en sede de libertad reproductiva¹⁶⁶⁴ y que en este punto, a mi juicio y tras todo lo expuesto, señala en tal posición a aquél a quien sí importa y valora su creencia y su posición en el subgrupo moral que comparte con su ahora enfrentado recíproco.

2).- MODALIZACIÓN CONVENCIONAL DE LA DISOLUCIÓN.

Seguiremos en este punto la construcción que realiza LÓPEZ JACOÍSTE de la responsabilidad civil extracontractual como emanación de la persona en sí misma considerada, con especial trascendencia respecto a la doctrina del daño moral resarcible. El reto es claro: ¿debo padecer acción que me obligue a resarcir el sufrimiento íntimo que te causé al vulnerar en nuestra interrelación tus emociones, afectos, respetos, consideraciones o estimas? Ello exige transformar una relación vital en relación jurídica¹⁶⁶⁵ lo que sólo podrá surgir, (dado que no hay derivada jurídica específica en ningún negocio personal, ni siquiera en una promesa de no dañar como “jamás te dejaré” o “nunca te haré daño”),

¹⁶⁶³ ALEXY, R., *op. cit.*, pg. 86; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 286.

¹⁶⁶⁴ ALKORTA IDIÁKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss. y pp. 48 y ss.

¹⁶⁶⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 57.

desde una perspectiva jurídica pública intrínseca al principio *alterum non laedere*, esto es, por existir también aquí un perjudicado “contra *ius*”.¹⁶⁶⁶

Manifiesta PARRA LUCÁN que “Se alude entonces a la posibilidad de introducir cláusulas de penalización que convierten en jurídicos deberes meramente morales, mediante la obligación de indemnizar en caso de incumplimiento. Este planteamiento enlaza con la doctrina que defiende la expansión de la responsabilidad por daños al ámbito familiar, tratando en ocasiones de rescatar por esta vía un Derecho de Familia que ha sido excluido por el legislador, en ocasiones por considerarlo contrario a los principios constitucionales”¹⁶⁶⁷.

No obstante, lo que en esta sede de juridicidad consecencial indirecta se ve con cierta enemiga, es considerado luego deseable para una juridicidad directa y específica a propósito de pactos, capítulos, acuerdos y convenios conyugales extrajudiciales. Así señala también PARRA LUCÁN: “En los acuerdos preventivos de las crisis matrimoniales es donde tiene sentido plantearse la posibilidad de pactos que se refieran a cuestiones personales, (reparto de tareas domésticas o del cuidado de los hijos, frecuencia de relaciones sexuales...) porque durante la convivencia armoniosa es evidente que no se exigirá coactivamente el cumplimiento de lo pactado que, si tiene alguna finalidad, es precisamente poder obtener alguna causa que demuestre la “mayor razón” y consiguiente pretensión resarcitoria frente a quien no ha cumplido sus compromisos”.¹⁶⁶⁸

Y, a mi juicio, también con cierta paradoja, se afirma que “Más bien parece que buena parte de los deberes conyugales, (vivir juntos, fidelidad,...), son hoy jurídicamente irrelevantes, (salvo el de socorro en una dimensión patrimonial o el de respeto en una dimensión penal), porque ni se pueden exigir de una manera coactiva ni tienen ninguna

¹⁶⁶⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 75.

¹⁶⁶⁷ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 160.

¹⁶⁶⁸ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pg. 181.

consecuencia a efectos de las causas de separación y divorcio”¹⁶⁶⁹. Pero, sin embargo, los mismos deberes o parecidas conductas se afirman también ejecutables *ex conventione*: “Cuando no hay crisis de pareja...se consideran válidos los acuerdos de los padres para distribuir entre ellos funciones de guarda; si no existe conflicto tales acuerdos no precisan de autorización judicial. No se ve la razón por la que la crisis que afecta a la relación de los padres deba judicializar todo el Derecho de menores cuando los padres son capaces de alcanzar un acuerdo, ni tampoco para desconfiar de que el adoptado no será beneficioso para sus hijos”.¹⁶⁷⁰ A mi juicio no acaba de comprenderse bien por qué unas veces se reclama juridicidad y justicialidad específica para acuerdos interconyugales y en otros casos se niega.

Téngase en cuenta que las diferencias son constantes en la doctrina. ANGUITA VILLANUEVA considera que queda fuera de la autonomía de voluntad conyugal restablecer *singularis* un sistema causal para las crisis de mi concreto matrimonio, por suponer ello, considera, un acuerdo contra norma imperativa. Ello está ocurriendo, mediante opción voluntaria, en Estados Unidos, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ apuntando el matrimonio alianza o *covenant marriage*¹⁶⁷¹, pero ANGUITA VILLANUEVA señala que a él le parece que pactos autolimitativos del derecho a separarse o divorciarse son contrarios al orden público matrimonial hoy históricamente imperante en España.¹⁶⁷² PARRA LUCÁN, por su parte, matiza su postura no negando de plano todos los posibles blindajes matrimoniales.¹⁶⁷³ GARCÍA CANTERO y MARTÍNEZ DE

¹⁶⁶⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pg. 160.

¹⁶⁷⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pg. 158.

¹⁶⁷¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 45.

¹⁶⁷² ANGUITA VILLANUEVA, L.M., en *Autonomía de la voluntad...*, *op. cit.*, pg. 316.

¹⁶⁷³ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 161.

AGUIRRE defienden la posibilidad de un pacto de indisolubilidad.¹⁶⁷⁴ RAMS ALBESA admite este pacto con mera consecuencia indemnizatoria¹⁶⁷⁵. ZARRALUQUI considera que sobrepasan los límites de lo voluntario pactos previos de renuncia a la facultad de divorciarse o límites al libre establecimiento domiciliario tras la crisis matrimonial.¹⁶⁷⁷ Sin embargo, ROCA TRÍAS, como ponente de la STS 17/10 2007, (RJ 2007, 7307), consideró negocio jurídico ejecutable específicamente el convenio no ratificado judicialmente por el que la esposa se obligó a abandonar el domicilio conyugal en determinada fecha, sufriendo en caso de incumplimiento una pena convencional de 90,15 Euros diarios¹⁶⁷⁸.

La juridicidad consecuencial en sede personal está presidida por un principio inexorable en sede iusfundamental, aquél de no poder ser las indemnizaciones insoportables para la capacidad económica del injusto dañador. Ya señalé antes este axioma que es también referido por PARRA LUCÁN, quien refiere la SAP de Almería de 17 de Febrero de 2003 que establece que la “igualdad se perdería desde el momento en que la convivencia conyugal se condiciona, en cuanto a su cese, por medio de una cláusula penal que con el transcurso del tiempo puede hacer muy gravoso o de casi imposible

¹⁶⁷⁴ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral, Tomo V, volumen I... 12ª edición, op. cit.*, pg. 1044; GARCÍA CANTERO, G., *Luces y sombras...*, *op. cit.*, pg. 50; *El fracaso del divorcio en España...*, *op. cit.*, pp. 200 - 202; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 45.

¹⁶⁷⁵ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 80.

¹⁶⁷⁷ ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENARRIAGA, L., *op. cit.*, pp. 22 y 27-30.

¹⁶⁷⁸ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *Eficacia de los acuerdos en el seno de las relaciones familiares. Estado actual de la jurisprudencia*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés Vol. 2, 2011*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1527-1550., en concreto pp. 1544-1545.

cumplimiento el abono de la indemnización contractual”.¹⁶⁷⁹ No obstante, a mi juicio no es preciso convocar el principio de igualdad; aunque ambos cónyuges estuvieran en igual bancarrota la cláusula debería ser ineficaz porque lo que la niega como legítima es que convierte en imposible el ejercicio de un Derecho fundamental afectándolo entonces con total intensidad.

2.1).- Requisitos generales.- Señala LÓPEZ JACOÍSTE que doctrina y jurisprudencia exigen que el daño resarcible sea “cierto, directo y personal”¹⁶⁸⁰. Daño cierto excluye el daño hipotético o eventual, temido pero no causado, (*damnum infectum*). Refiere este autor cómo sobre todo la doctrina francesa considera daño real, cierto y actual la llamada pérdida oportunidades y cómo no son daños hipotéticos, sino reales y causados aunque manifiestos sólo en lo venidero, los perjuicios de efectos futuros.¹⁶⁸¹ La cuestión del carácter directo del daño es así remitida a aquella otra de la causalidad, absorbiendo allí la problemática del daño indirecto, de modo que el carácter directo del daño ha dejado de ser “requisito expresamente específico del daño resarcible”.¹⁶⁸² Por último, en la sede que se trata ahora va de suyo que el daño es personal o propio. Con ello superamos estas exigencias y nos enfrentamos a las siguientes: imputabilidad, culpabilidad, injusticia y realidad del daño.

Imputabilidad, culpabilidad e injusticia se unen en el ilícito civil. VON WICHMANN ROVIRA señala que “la culpa no es sólo el factor de imputación jurídica más importante sino, seguramente, el único que verdaderamente se tiene en cuenta en el ámbito civil”. Y añade que los supuestos de responsabilidad objetiva o que convocan otros factores de imputación son “casos en que la imputación por culpa está previamente hecha,

¹⁶⁷⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pg. 163.

¹⁶⁸⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 118.

¹⁶⁸¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 119.

¹⁶⁸² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 122 - 123.

por cuanto, al tratarse de actividades o situaciones peligrosas - en sí o por implicar el manejo de objetos peligrosos - la negligencia se considera inherente a ellas, considerándose culpables *per se*".¹⁶⁸³

PROSSER advertía cómo las causas pueden enlazarse hasta el inicio de los tiempos o no anudarse ninguna, por lo que proponía encuadrar tal noción en referencias más específicas, en alguna conexión cercana y razonable entre el comportamiento del demandado y el daño causado a fin de no caer en el atolladero de tener que subdiferenciar causas próximas y remotas, primeras, segundas y ulteriores.¹⁶⁸⁴

Y finalmente, LÓPEZ JACOÍSTE señala que en nuestro artículo 1902 CC la antijuridicidad del daño queda incardinada en la culpa o negligencia.¹⁶⁸⁵

¹⁶⁸³ VON WICHMANN ROVIRA, G., *La responsabilidad extracontractual o Derecho de Daños*, en DELGADO DE MIGUEL, J.F., (coordinador general), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo III, volumen 3º*, ed. Aranzadi, Cizur Menor - 2005, pp. 849 - 1206, en concreto pg. 1074.

¹⁶⁸⁴ PROSSER, W.L., *Law of Torts*, ed. West Publishing Co., Eagan, (Minnesota), - 1971, pg. 257.

¹⁶⁸⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 122 - 123. Añade este autor que la "idea de causalidad... recibida modernamente en el orden jurídico, su matiz discernible respecto de la culpa, nunca acaba de ser totalmente nítido" y recuerda como ESSER afirmó que en el entramado dinámico los términos y referencias pueden llegar a intercambiarse, de modo que, dice LÓPEZ JACOÍSTE, según el momento doctrinal, la atrofia de uno, (p.e. causalidad), puede ser compensada por otra noción que recibe una matización que la habilita al efecto sin que, en uno y otro caso, el pensamiento jurídico, (como dinámica hacia un fin), deje de ser el mismo pues su identidad no reside en las figuras dogmáticas sino en el fin perseguido dentro de un mismo y constante problema, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 532). En un sistema aquiliano abierto, como es el nuestro y especialmente en sede personal, domina la idea y la tarea jurídica y judicial de imputación, ("El elemento jurídicamente relevante de la causalidad adviene reconducido al contexto formal de la imputación, siquiera ésta adopte paradójicamente expresión verbal frecuente *per reductio ad causam*; pues la no imputabilidad torna jurídicamente inoperante a la causalidad", (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 575). En este sentido señala este autor cómo las señales de tráfico son "advertencia de una imputación", (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 574).

PANTALEÓN considera también que” la antijuridicidad de la conducta no es requisito de la responsabilidad extracontractual”¹⁶⁸⁶ y añade que “Nuestro sistema de responsabilidad extracontractual no es un sistema típico, (BGB), sino de cláusula general: todo daño puede ser indemnizable, salvo que el interés sea indigno de protección en cuanto ilícito o contrario a la moral”.¹⁶⁸⁷ La postura dominante entiende, por el contrario, que debe existir tal elemento de antijuridicidad en la conducta del dañador.¹⁶⁸⁸ No obstante, quizás la contradicción no es tan grande por cuanto PANTALEÓN considera que tal doctrina dominante fusiona antijuridicidad y culpa y, por ello, que el requisito de antijuridicidad es una duplicación innecesaria¹⁶⁸⁹, como admite LÓPEZ JACOÍSTE. No obstante, añade todavía PANTALEÓN que no es objeto del 1.902 CC reprochar ninguna conducta culposa o violadora de protocolos y que la función del artículo 1.902 CC es puramente resarcitoria.¹⁶⁹⁰

A mi juicio la función resarcitoria del 1.902 CC no se convierte en sancionadora o reprochadora si la indemnización se limita al daño causado y la culpa se reabsorbe en el juicio de imputabilidad que domina la idea causal. Un reproche o sanción comenzarían sólo en cuanto se obligara a resarcir por encima de lo dañado, del mismo modo que la restitución *ex nullo* no es una sanción o pena, aunque pueda existir una indemnización adicional si la nulidad se causó con dolo o culpa grave y existen daños adicionales tras la sola *restitutio*. En otro caso, lo único que existe es una distribución de riesgos, que es más bien lo que subyace al 1902 CC: riesgos de la intersubjetividad y convivencia señalando

¹⁶⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1902 del Código Civil*, op. cit., pg. 1.994.

¹⁶⁸⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem*, pg. 1.994.

¹⁶⁸⁸ Así LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, II-1, op. cit., pp. 500-503, y DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La Responsabilidad Civil*, ed. Universidad de Deusto, Deusto - 1988, pp. 84-104.

¹⁶⁸⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil...*, op. cit., pg. 1.995.

¹⁶⁹⁰ PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem.*, pg. 1.995.

cuándo el padecedor debe soportarlos, (*General Life Risks*), o cuándo es otra persona la imputada para su padecimiento, lo que también señala PANTALEÓN: “razones por las que el ordenamiento considera justo (o económicamente eficiente), trasladar la carga dañosa al responsable”¹⁶⁹¹.

Lo que sucede, entiendo, es que en aquellos ámbitos donde no puede existir una juridicidad y justicialidad *in natura* ha de aceptarse que ello fuerza al Derecho a enfocarse sobre el cómo, sobre el protocolo de producción, (responsabilidad “subjetiva” según PANTALEÓN).¹⁶⁹² Ello sucede, en primer lugar, de un modo general o inespecífico en lo patrimonial, por cuanto no puede forzarse a las personas a no dañar nunca, tanto por dolo como culpa grave o leve. Con ello las condenaríamos a la santidad, a la inacción o a la robótica. Y sucede, en segundo lugar, de una forma específica, genética e intrínseca en las relaciones del ámbito personal porque, como dije, al no existir un “qué” o contenido específico como objeto jurídico, allí todo es cuestión de protocolo, (como también lo es la reciprocidad antropológica).¹⁶⁹³

2.2).- Realidad del daño.- LÓPEZ JACOÍSTE remite esta cuestión a una plenitud moral que ya reclamaba DE CASTRO Y BRAVO, para quien el hecho¹⁶⁹⁴ de no haber sabido configurar bien la doctrina el deber general de respeto a la persona no ha impedido que la realidad se imponga al fin, de modo que la jurisprudencia ha reconocido la existencia de daños ocasionados a la persona, (no a un especial derecho subjetivo de

¹⁶⁹¹ PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem*, pg. 1.995

¹⁶⁹² PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem.*, pg. 1.995.

¹⁶⁹³ En este sentido y en sede matrimonial señala ASÚA GONZÁLEZ “repárese en la evidente imposibilidad de constreñir al cumplimiento de los deberes que dibujan la institución, (excepción hecha, por supuesto de la obligación de alimentos), (ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 18).

¹⁶⁹⁴ De “lamentable” califica a este hecho DE CASTRO Y BRAVO, (DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España, Tomo II, en Derecho Civil de España, Volumen II, op. cit.*, pg. 35).

ésta¹⁶⁹⁵). De este modo “aceptado el daño de algo, que no es un derecho subjetivo, que es precisamente una cualidad de la misma persona, se acoge implícitamente, pero necesariamente, la figura jurídica de la situación protegida y el correspondiente deber general de respeto a la persona.”¹⁶⁹⁶

PANTALEÓN refiere que, incluso antes de una posibilidad normativa *ex art.* 104.I CP, la jurisprudencia admitió el resarcimiento del daño no patrimonial, haciéndolo, añade, con máxima amplitud¹⁶⁹⁷ y dice cómo es “interesante la jurisprudencia sobre el daño moral derivado de la nulidad del matrimonio dolosamente provocada por el responsable: STS 21-I-57 y 26-XI-85... según la cual, es daño moral resarcible el originado por la “frustración de la esperanza de lograr una familia legítimamente constituida”.¹⁶⁹⁸ Añade asimismo el daño moral por frustración de un viaje turístico, (STS 28-II-64), el impacto psíquico por privación del signo de la virginidad, (STS 24-IX-79), el daño moral por privación a la mujer del lesionado del disfrute sexual, (STS 9-II-88), y los que llama “daño a la relación”, “daño sexual” y “daño estético”.¹⁶⁹⁹

LÓPEZ JACOÍSTE señala la reparación jurisdiccional que declaró la STS de 9 de Diciembre de 1949 del perjuicio consistente en “hacer perder a una persona “la alegría de vivir””, refiere *l’arret Lertisserand*, “en el cual *le Conseil d’Etat* reconoció el dolor moral por la muerte de su hijo, aun en ausencia de perjuicio material”¹⁷⁰⁰ y añade: 1) la mengua de ulterior capacidad para afrontar la vida y las actividades por reiterado menoscabo de

¹⁶⁹⁵ Especialidad que resulta, sin embargo, del BGB, como señala LÓPEZ JACOÍSTE, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 358-359).

¹⁶⁹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España, Tomo II*, en *Derecho Civil de España, Volumen II*, *op. cit.*, pg. 36.

¹⁶⁹⁷ PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil*, *op. cit.*, pg. 1.992.

¹⁶⁹⁸ PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem*, pg. 1992.

¹⁶⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO, F., *ibidem*, pg. 328.

¹⁷⁰⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 85 y pg. 125.

afectividad, detrimento psicológico, soledad o indefensión humana, (STS de 21 de Octubre de 2004 y STS de 14 de Julio de 2003)¹⁷⁰¹, 2) el menosprecio personal injusto del esfuerzo desplegado en el respectivo cometido en el seno de una empresa o afligir sistemáticamente al subordinado, 3) la zozobra, inquietud o desazón ocasionada a proyectos vitales, como los que entran en juego en la adopción, al quedar frustrados por la negligencia precisamente de quien había ofrecido al respecto una confianza específica, (A.P. Barcelona, Sección 16, Sentencia de 10 de Febrero de 2003), o 4) los daños morales sufridos por un padre privado de la relación con su hijo al haber sido trasladado a Estados Unidos por su madre, (STS, Sala 1ª, de 30 de Junio de 2009).¹⁷⁰²

También GARCÍA VICENTE señala la posibilidad de reclamar una indemnización por daño moral por parte del hijo y contra el reconecedor de complacencia que entabla acción de nulidad o impugna la filiación.¹⁷⁰³

Ello “condiciona un Derecho de daños que precisa de ser elástico, a fin de proveer a hipótesis atípicas, eventos sobremanera proteicos, novedosos”¹⁷⁰⁴, “una ilicitud abierta”¹⁷⁰⁵ pues se considera el *alterum non laedere* como emanación directa de la dignidad intangible de la persona, un todo que exige “atipicidad y apertura”.¹⁷⁰⁶

Así, la realidad del daño no exige localizar como afectado a uno concreto de los llamados derechos de la personalidad, pues, como dice LOPEZ JACOÍSTE, siempre cabrá invocar el respeto debido a la plenitud del ser humano, un derecho general de la

¹⁷⁰¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 129.

¹⁷⁰² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 129 - 130.

¹⁷⁰³ GARCÍA VICENTE, J.R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 669 de 12 de Julio de 2004*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Enero - Abril de 2005, ed. Civitas, Madrid - 2005, pp. 433 - 448, en concreto pg. 441 y pg. 448.

¹⁷⁰⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 339.

¹⁷⁰⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, *op. cit.*, pg. 1.100.

¹⁷⁰⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 341.

personalidad. Ahora bien, la concreción típica sobre uno de tales derechos típicos nominados evita tener que emplear razonamientos persuasivos de que las invocadas lesiones o intromisiones se encuentran, efectivamente, abarcadas en el círculo plenario de la dignidad personal.¹⁷⁰⁷

En relación con el daño personal toma valor significativo la idea de intromisión. La intromisión ilegítima supone “una extralimitación abusiva del demandado. Su presencia injustificada, su actuación dominativa, instrumentalizadora, su intervención en una zona que en modo alguno le corresponde, o sobre el perfil de una concepción ajena”.¹⁷⁰⁸. Donde la intromisión no ocasione una extinción puntual del ejercicio del derecho afectado sino una opresión constante que impide ejercitarlo en la forma deseada por la persona que lo encarna, ocurrirá que no sólo ha de ocurrir una indemnización sino también un cese, una reparación de la situación opresiva. Así el art. 9.2 de la LOPCHUPI prevé la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima, para restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos y para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Ello une una idea restitutoria o reparatoria a la puramente indemnizatoria pero, como indica LÓPEZ JACOÍSTE, la idea de cesación no es nueva, pues ya resultaba del art. 7.2 CC y su jurisprudencia congruente.¹⁷⁰⁹

Reseña también este autor la posibilidad de interponer en el derecho al honor una acción de jactancia de mero carácter declarativo acerca de la ilicitud de una conducta, siquiera no se hubieran producido perjuicios resarcibles, para conseguir el “perpetuo

¹⁷⁰⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 357.

¹⁷⁰⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 372.

¹⁷⁰⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 372 - 373.

silencio” respecto de una posible denigración. En el mismo sentido DORAL GARCÍA¹⁷¹⁰. Ello plantea también la posibilidad de convocar semejante acción a modo de preartículo prescriptiva para una posible colisión de Derechos fundamentales, (para conseguir un mandato que los privados o sus negocios no pueden emitir).

Por otra parte, en sede de derecho al honor, intimidad y propia imagen rige la presunción de que existe daño o perjuicio siempre que tenga lugar una intromisión ilegítima y de que el resarcimiento de este perjuicio presumido *ex lege* comprende el daño moral, (art. 9.3 LOPCHPI).

En cualquier caso, la realidad del daño y su cuantificación, (puesto que es real), pertenecen “a un contexto inmaterial, especialmente operativo en el ámbito de los derechos de la personalidad que habrá de comprender y ponderar espíritu humano, adversidad y sensibilidades.”¹⁷¹¹ La doctrina aboga aquí por una racionalidad que GENY situaba en la recapitación en torno a la estructura real de la vida social para luego resolver con un criterio innato de justicia al margen de cualquier definición precisa de la misma, POUND en la intuición sobre lo justo y legítimo y en un juicio moral y HUTCHESON en la función de la “corazonada” y del mismo juicio intuitivo.¹⁷¹²

2.2.1).- Posibilidad de daño cuando no es traducible a dinero.- Dada la incongruencia entre sentimiento o daño moral y dinero, y la repugnancia que pueda existir en traducir en metálico daños morales o derechos de la personalidad, podría mantenerse que existe una imposibilidad de indemnizar tales daños y, no siendo materialmente

¹⁷¹⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 373; DORAL GARCÍA, J.A., *La hibernada acción de jactancia y el problema del silencio*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo, Tomo I*, ed. Civitas, Madrid - 2003, pp. 487 - 515, en concreto pp. 513 -514.

¹⁷¹¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 629.

¹⁷¹² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 631.

construible ninguna indemnización, no podría afirmarse juridicidad consecucional ni derivada jurídica ninguna para pactos en tal sentido.

LÓPEZ JACOÍSTE supera estas objeciones señalando que, cuando el esquema práctico de la perturbación no admita otra cosa, “no hay otro medio más equitativo de resarcimiento, pues mucha mayor injusticia e indefensión supondría privar de reparación al damnificado, so pretexto de falta de homogeneidad entre el carácter del perjuicio y la percepción de una suma. Por lo que, como declara la jurisprudencia, no puede ser suficiente causa para denegar la indemnización su falta de determinación pecuniaria... El dinero no devuelve la vida ni borra la ofensa, mas la reparación del daño causado no requiere siempre ni necesariamente el restablecimiento idéntico de la situación anterior... y encierra eficacia social rehabilitadora”.¹⁷¹³ Así, aunque no equivale a sentimientos morales, puede ser llave de disfrute espiritual y, aunque no hace feliz, tranquiliza, y ello con plena vigencia y creencia social hoy en día, (así el párrafo segundo del parágrafo 253 BGB modificado en el año 2002 en este sentido).¹⁷¹⁴

Añade que el dinero, como el abono extendido de modo difuso y uniforme en una tierra que redunda, sin embargo, en el rebrote de una planta concreta, puede ser medio restaurador de la actuación de la persona y permitirle reponer ciertas circunstancias suyas que fueron injustamente dañadas¹⁷¹⁵. Así como sin dinero no hay ejercicio posible de Derechos fundamentales en nuestras sociedades capitalistas, el propio dinero permitirá renacer y ejercer tales derechos cuando fueron perturbados o negados.

Ello obedece, señala LÓPEZ JACOÍSTE, “a una cierta afinidad existente entre la expresión dineraria de la justicia y la justicia en sí misma”¹⁷¹⁶ que apoya también la idea de

¹⁷¹³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 256 - 257.

¹⁷¹⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 258.

¹⁷¹⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 257.

¹⁷¹⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 122 - 123.

que la justicia sólo consecucional de los negocios jurídicos personales es propia juridicidad adaptada a la naturaleza de los objetos contemplados, de modo que puede mantenerse la categoría de negocio jurídico para los mismos y la noción de una disciplina normativa *inter partes* indirecta con base en esta consecucionalidad pues: 1) la prevención también conduce a ciertos programas conductuales, (aunque no sea mandato específico), 2) y la consecuencia indemnizatoria crea la misma magia psicológica conductual que OLIVECRONA aprecia en el derecho subjetivo específico *ex lege o ex conventione*.¹⁷¹⁷

Como dice LÓPEZ JACOÍSTE, ello nace “de la propia materia, que no se presta a otra cosa”. Esto es, las naturalezas jurídicas en las categorías de 1) prestación de dar, hacer y no hacer, 2) negocios patrimoniales y personales, 3) derecho subjetivo y obligación jurídica *singularis* y 4) derecho absoluto y deber jurídico *erga omnes*, están aherrojadas por el ser, *factum* o ADN de los objetos sobre los que recaen.

2.3).- Injusticia del daño.- Construir una injusticia o culpa en el daño personal propone el reto, dice LÓPEZ JACOÍSTE, de estimar “circunstancias muy singulares y una interpretación profundamente atenta a los peculiares sentimientos afectados, sin dejar por ello de atenerse a los criterios comunes de sensibilidad inherentes a lo humano, de modo que surge de continuo el interrogante acerca de cuál sea la línea delimitativa de lo que debe tolerarse y de lo que es injusto, línea a trazar mediante un casuismo de difícil continuidad y pronóstico. Se hace así necesaria una intuitiva evaluación del alcance lesivo que las conductas, los hechos o las palabras puedan ofrecer.”¹⁷¹⁸

LÓPEZ JACOÍSTE refiere asimismo cómo en el ámbito de los daños a la persona en sí misma considerada la idea de culpa tiende a menguar su valor como presupuesto

¹⁷¹⁷ OLIVECRONA, K., *op. cit.*, pg. 175; MONTORO BALLESTEROS, A., *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, en *Anales de Derecho*, número 4, 1983, ed. Universidad de Murcia, Murcia 1983, pp. 20-98, en concreto pg. 21, pg. 22 y pg. 26.

¹⁷¹⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 287.

ineludible, de modo que “Los atentados a la dignidad de la persona suelen ser apreciados sin precisar ni considerar la actitud subjetiva de quien los generó... pues la expoliación de la dignidad ajena es acaecimiento que se centra en el agraviado... [y] contraviene al principio *neminem laedere*... de suerte que encierra antijuridicidad *per se*.”¹⁷¹⁹ La culpa implica daño contra *ius* y conecta con la idea de riesgo, signos y cuidado, implica imputabilidad y señala autoría; sin culpa no hay daño jurídicamente relevante pero también ocurre que todo daño constatado evoca una conducta que, en principio, ha de tenerse por descuidada, una inversión probatoria que, en realidad, señala LÓPEZ JACOÍSTE, pretendía aproximar el sistema de responsabilidad por culpa a aquel otro objetivo.¹⁷²⁰

Por todo ello LÓPEZ JACOÍSTE considera que la responsabilidad civil en la sede personal “lleva aparejada tensión abierta, la cual redundando en matización y ensanchamiento operativo... De cada núcleo de cuestiones parten y se ramifican nuevas vetas determinantes de otras tantas líneas de avance y de sucesivas aplicaciones... en la experiencia jurídica de todo el mundo occidental”.¹⁷²¹ Se trata, por ello, de “una ilicitud como en apreciativa expansión”, de modo que para reparación del daño injusto la STS de 7 de Enero de 1960, (y otras en la misma línea), consideran que “no es necesaria... su previa ilicitud”.¹⁷²² Esta sostenida apertura hacia nuevas aplicaciones “ha de hacerse efectiva a través de apreciaciones de buen juicio. La idea de *judicium* ocupa aquí lugar clave.”¹⁷²³ Ello es debido a “la singularidad de lo personal que, sin salir del campo de lo razonable, se

¹⁷¹⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 373.

¹⁷²⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 577 - 578.

¹⁷²¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 376 - 377.

¹⁷²² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 378.

¹⁷²³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 378.

manifiesta en variadísimos designios humanos merecedores de protección jurídica... [que] en modo alguno cabe prefijar”.¹⁷²⁴

Desde el artículo 10 CE señala LÓPEZ JACOÍSTE que se convoca una “materia intensamente existencial, por su propia índole de fuerte significado íntimo, que suele venir plasmada a veces por las llamadas “vivencias” personales... a modo de claves íntimas de conductas y actitudes”, poniendo en juego “aspectos del ser y del existir de la personalidad menoscabados en el preciso trance de su encuentro mutuo y de su connatural reciprocidad”. En estas encrucijadas la protección civil se muestra preponderante sobre la penal y la compensación dineraria toma un concepto eminentemente satisfactorio, de modo que habrá lugar a distinguir entre resarcimiento estricto y satisfacción adecuada.¹⁷²⁵

Ocurre así un intercambio ineludible entre Derecho de la persona y Derecho de daños, lo que revela otra vez cómo la juridicidad consecucional es la adecuada a la naturaleza del objeto de esta rama jurídica, (la persona como totalidad, en sí misma considerada), “un intercambio existencial y humano que, a la altura del tiempo actual, no cabe desconocer” y que determina que “en su calidad de garantía de la persona, advengan al campo del Derecho de daños, y de la reparación dineraria, nuevas formas de menoscabo íntimo... y se plasma en un sistema abierto de acciones de protección”.¹⁷²⁶

Ello supone llegar al núcleo del problema, esto es, que nos hallamos estimando circunstancias muy concretas y singulares que han de ser interpretadas atendiendo profundamente a los sentimientos afectados pero, a la vez, como señala LÓPEZ JACOÍSTE, que “ello ha de ocurrir sin dejar “de atenerse a los criterios comunes de sensibilidad inherentes al ser humano” para trazar “lo que debe tolerarse” y “lo que es

¹⁷²⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 379.

¹⁷²⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 389.

¹⁷²⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 390.

injusto”, lo cual, en el sistema anglosajón se esboza a base de precisiones acerca del modelo de “hombre razonable”.¹⁷²⁷

Por otra parte, como indica también LÓPEZ JACOÍSTE, no debe olvidarse que todo daño habrá sido causado por un agente que es, a su vez, una persona dotada de la misma dignidad humana, de modo que “el daño a la alteridad que se ventila tras la intromisión injusta” manifiesta a “otro” que “es una persona, y la persona es lo más privativo que existe; el mundo de los objetos es el mundo de la homogeneidad, de la abstracción; en lo personal se encuentra, en cambio, el mundo de lo singular, de lo infungible por excelencia. De suerte que el daño de que se trata obtiene configuración y rasgos individualizados mediante la relación viva de persona a persona”¹⁷²⁸, esto es, como colisión de derechos o dignidades humanas. Ello implica que pueden existir ilicitudes o antijuridicidades cruzadas que no podrán resolverse sin examinar conjunta y coyunturalmente toda la encrucijada pues, de partida, haberse entrometido cada uno en la esfera del otro supone dos intangibilidades de dignidad humana violadas. Y, aun existiendo negocio coonestador, la reversibilidad o revocación de consentimientos puede determinar en cualquier momento otra vez la misma batalla de intangibilidades.

Aquí toda medida o ponderación se centra en la singularidad existencial de quien o quienes padecen y el pacto, (si existe), claudica si alguno de los firmantes invoca su derecho desnudo, directo, libre otra vez y sin articular por convenio, de modo que la lógica convencional y la lógica puramente abstracta advienen insuficientes y han de plegarse a una jurisprudencia generalizada que se actualiza de continuo.¹⁷²⁹ Se trata de una

¹⁷²⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 392.

¹⁷²⁸ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 395.

¹⁷²⁹ Así lo señala LÓPEZ JACOÍSTE para cualquier articulación abstracta y dogmática, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 395).

“hermenéutica de lo fáctico” que sólo puede realizarse judicialmente, *ad cassum* y con arbitrio judicial.¹⁷³⁰

2.4).- Imputación.- La causalidad ha de constatarse con arreglo a las leyes de la naturaleza y la equivalencia de condiciones. La imputación objetiva es de índole puramente normativa y, fuera de la tasada imputación objetiva, los sistemas de responsabilidad civil de cláusula general han de predicar la que LÓPEZ JACOÍSTE llama objetividad persuasiva de la imputación “pues, por lo común, no pueden entroncarse con existencias de tipicidad legal, y ni siquiera con delimitados designios en calidad de bienes explícitamente protegidos por la ley”, pues impera la atipicidad y la genérica protección de la intangibilidad de una dignidad humana que no es sujeta a guiones férreos. De tal suerte la imputación ha de ser ponderativa, (*prudentia iuris*), y construir la relación jurídica “dañador deudor - dañado acreedor - deuda exigible” es algo que precisa de métodos “que revistan de verosimilitud y probabilidad; que coordinen coherentemente las razones en virtud de las cuales quepa justa y equitativamente achacar a una persona el daño injusto infligido a otra... un aprehensión valorativa y crítica en la que la evidencia se carga de sentido y de persuasión, un *sensus communis sapientiae*.”¹⁷³¹

Por otra parte, la imputación, (especialmente en el daño no patrimonial), precisa revestirse de efusión persuasiva de modo que cualquiera pueda encontrarlas plausibles y convincentes, (aunque el condenado siempre haya de protestar), y que no tenga tampoco que ajustarse a la sensibilidad y emotividad particularísima de cada víctima. Señala LÓPEZ JACOÍSTE que se trata de ganar una autoridad en tal imputación por razón de “lo fundado de su elaboración y su consonancia con el apreciar común. Mas un común apreciar no en cuanto a lo que en cada persona hay de *cualquiera*, sino al revés, en lo que en *cualquiera* hay de persona. Es así una forma de objetividad que por su tensión hacia los

¹⁷³⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pp. 573 - 574.

¹⁷³¹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 592.

demás ha venido en llamarse intersubjetividad”... “Vivimos un incesante transitar desde la intersubjetividad genérica a la intersubjetividad puntualizada. Y es a través de este transitar y del encuentro interpersonal donde el menester jurídico de la imputación, por mensura fiel de la realidad y decantada dialéctica arguyente, puede apreciar, encarecer y elevar, al menos de modo argumental, los niveles humanos de cuidado frente al daño infligido a otro”.¹⁷³² O como decía DE CASTRO Y BRAVO, llegar a ese Derecho más perfecto que se habría de caracterizar por su habilidad para moralizar la sociedad.¹⁷³³

2.5).- La cuestión como distribución de riesgos.- Señala LÓPEZ JACOÍSTE que “La jurisprudencia ofrece supuestos en donde se recalca la obligación de soportar personalmente en el curso general de la vida, (*General Life Risks*), contrariedades corrientes en las que reclamaciones y expectativas de resarcimiento caerían fuera del campo razonable del Derecho de daños, (STS de 25 de Noviembre de 1997, STC de 3 de Julio de 2006). Los criterios de probabilidad y proporcionalidad pueden ofrecer al respecto luz y mensuras de claro significado argumental”.¹⁷³⁴

Distribuido un riesgo que se advierte con un signo, (señal de tráfico, norma jurídica, etc.), quien ejercita la acción advertida acepta que es de su propia cuenta aplicar una diligencia y cuidado que son, entonces, en interés propio y no de ningún recíproco. La distribución y significación, el señalamiento y distribución de un riesgo suponen un razonar desde lo concreto hacia el futuro, de modo que no se argumenta *ex novo* desde el acto futuro hasta el pasado potencial, (con lo que señala LOPEZ JACOÍSTE que se pierde el “tino causal”¹⁷³⁵), ni se está afirmando tampoco que el daño presuponga siempre falta de

¹⁷³² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 597.

¹⁷³³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Tomo I*, pg. 27, en *Derecho Civil de España, Volumen I, op. cit.*

¹⁷³⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 662.

¹⁷³⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 665.

diligencia. Ello es virtud, dice LÓPEZ JACOÍSTE, de haber enfocado el caso concreto como ocasión. “La ocasión insta, sugiere y moviliza al cuidado”, a un cuidado concreto, suscitado *in actu* e *in concreto* y por tanto previsible y diseñable en tal instante oportuno y a futuro, sin que haya luego inversiones de cursos causales de lo futuro hacia la multiplicidad de pasados.¹⁷³⁶

En este sentido señala LÓPEZ JACOÍSTE que se aboga y se propugna la unidad en el Derecho de daños entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad por riesgo, en ambos casos con estimación de los daños inmateriales, (253.2 BGB)¹⁷³⁷. SALVADOR CODERCH refiere también que la obligación de reparar del art. 1902 CC supone simultáneamente advertencia frente a riesgos y circunstancias previas: “No hay compensación correcta - se ha dicho - cuando ésta carece de toda eficacia preventiva de ulteriores estropicios”.

De ello resulta a mi juicio: 1) que el contrato social entrega a cada ciudadano los mandos de su nave de autonomía de voluntad advirtiéndolo de los riesgos que asume con su conducción, por lo que es a cuenta propia ser diligente o no; y 2) que existe una capacidad normativa indirecta de las conductas a partir de tal distribución, proclamación y advertencia de riesgos propios.

2.6).- Imposibilidad de la relación social, íntima o amistosa.- Se puede argumentar que una moralización y juridificación de tales relaciones mediante la indemnización del daño moral terminaría precisamente por destruirlas, del mismo modo que las aniquilaría el hecho de ser tales ámbitos un mundo donde todo vale, una sociedad de hienas y aviesos. Con tal advertencia YZQUIERDO TOLSADA habla de la “fiebre” que aqueja y excita a la responsabilidad civil, ENGEL refiere que “navega a la deriva”, y KEHAR KAUFMAN decía irónicamente que merecería ser consagrada como uno de los

¹⁷³⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 666.

¹⁷³⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 666.

“modos de adquirir la propiedad”.¹⁷³⁸ Existe, indudablemente, una tensión en este punto, una tensión que ha de resolverse dinámicamente alcanzando el deseable equilibrio institucional entre la moralización que ha de ser sostenida jurídicamente y la desmoralización que ha de ser respetada por el Derecho para que la libertad y creatividad de lo meramente personal, (diciendo y desdiciéndose libérrimamente), pueda desplegarse.

Señala LÓPEZ JACOÍSTE que “no es posible conocer con exactitud el correspondiente alcance social redistributivo, por lo que tal alcance - se ha advertido - está fuera de las eventuales decisiones particulares de los tribunales de justicia”¹⁷³⁹. Pero, a mi juicio, este equilibrio institucional entre el ámbito personal moralizable y no moralizable jurídicamente en interés de la propia sociedad, este fiel entre la juridificación de lo personal y la absoluta irresponsabilidad, tampoco creo que pueda ser establecido por norma jurídica general y abstracta pues, como dije ya suficientemente, no contamos en lo no patrimonial con guiones y tipicidades precisas, sino que es de esencia en tal sede libertad y atipicidad y un margen de arbitrio judicial.

Habrà de ser, por tanto, la jurisdicción la que señale uno a uno para cada caso concreto este fiel de balanza, para lo cual LÓPEZ JACOÍSTE exige que “las sutilezas argumentales no le ocasionen desproporción, ni desfiguren sus designios; que la entidad de la lesión en que se base ha de ser “manifiesta”, (STS, Sala 1ª, de 10 de Mayo de 200), y que un hipotético “victimismo” no expanda artificialmente los supuestos reparables ni conduzca a desfigurar fundamentos y aconteceres”¹⁷⁴⁰. Esa casuística reflexión

¹⁷³⁸ YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ed. Reus, Madrid - 1989, pg. 4; ENGEL, L., *La responsabilité en crise*, ed. Hachette, París - 1995, pp. 35 y ss.; KERHAN KAUFMAN, E.K., en *Archiv. Für die Civilistische Praxis*, Octubre, 1963, ed. Mohr Siebeck GmbH & Co, Tübingen - 1963, pp. 421 y ss.

¹⁷³⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 693.

¹⁷⁴⁰ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, *op. cit.*, pg. 693.

equilibradora habrá de permitir, señala LABROUSSE-RIOU, “salvar la responsabilidad civil de sus propios desbordamientos”.¹⁷⁴¹

En este punto refiere LÓPEZ JACOÍSTE “la necesaria diferenciación entre lo racional y lo razonable; lo razonable presupone lo racional, pero lo condiciona, porque incluye y abarca también el cúmulo de factores que se integran en lo existencial y en la ponderación; traza confín a los fines y pone reciprocidad y pormenorizada cooperación social... Lo razonable busca el por qué personal e íntimo, el curso e influjo de las vivencias; se hace cargo del mundo individualizado de afanes y puntos de vista, de las actitudes y propósitos, del curso de lo real vivido y sostenible... Lo racional pertenece al campo de la naturaleza y de las ciencias propiamente tales, a la lógica rigurosamente deductiva; pero, al versar sobre lo humano en cuestión, no propiamente lo racional sino lo razonable es lo que puede persuadir. La persona está dotada de libre albedrío, por lo que abriga posibilidades no circunscribibles a lo racional. Lo razonable sí está abierto a designios, opciones, metas, sentimientos, intuiciones y apreciaciones que no se encasillan en lo racional, pues se incardinan en el *ethos* humano, en móviles íntimos y personalísimos. De ahí que la vertebración y el juicio de la responsabilidad civil hayan de consistir en buena medida en comprender. Se han de comprender las respectivas situaciones y circunstancias de las personas a fin de reponerlas, si es el caso, hacia su equitativa respectividad mediante equilibradoras reparaciones.”¹⁷⁴²

Es con este método y con esta hermenéutica que podrá hallarse ad *cassum* el necesario equilibrio institucional entre lo moral elevado a jurídico y lo moral no atendible jurídicamente en las relaciones personales.

¹⁷⁴¹ LABROUSSE-RIOU, C., *Entre mal commis et mal subi: les oscillations du droit*, en VVAA, *La responsabilité. La condition de notre humanité*, Editions Autrement, París - 1995, pg. 115.

¹⁷⁴² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pp. 694 - 695.

2.7).- Posibilidad de indemnizar por el ejercicio de un Derecho fundamental.-

Esta posibilidad está construida *ex lege* cuando menos en la ruptura de esponsales, (art. 43 CC, aunque excluyendo el daño moral), en el artículo 2.3 LOPCHIFI y en el artículo 5.2 LTRHA que examinaré ahora.

En cuanto a la negación del art 43 CC ha de aceptarse que no sólo regula una mera *condictio* sino que habría de entenderse que contiene una verdadera exclusión *ex lege*, puntual para este supuesto, de cualquier posibilidad de que convencionalmente se tasen protocolos e indemnizaciones para prevenir y minimizar con valor jurídico tal daño moral en la ruptura esponsalicia. El contrato social no quiere atender a ello en el negocio esponsalicio en ningún modo. Pero de aquí no cabe deducir una regla general de irresponsabilidad. LÓPEZ JACOÍSTE cita la sentencia de la A.P. Barcelona, Sección 16, de 10 de Febrero de 2003 que indemnizó daño moral por la retirada del adoptante del proceso de adopción.¹⁷⁴³ Y, conceptualmente, los esponsales señalan una situación donde cualquier daño moral por su ruptura es inferior al que se padecería contrayendo con un mal cónyuge. Los flujos y riesgos son inversos a los que resultan p.e. del divorcio porque en los esponsales: 1) no hay hecho familiar todavía, 2) facilitar máximamente la retirada de los esponsales es protector para la seriedad y estabilidad del futuro hecho familiar. La ruptura de la promesa de esponsales puede afectar al honor y a la autoestima del contrayente cortado, pero ello ha de comprenderse claudicante ante 1) las pérdidas superiores de entregas, compromisos y fundamentales derechos si llega a casarse en tal situación y 2) el riesgo de disfuncionalidad que arrostra el contrato social respecto del hecho familiar que pudiera surgir.

Ninguna ejecución forzosa o suplencia de su declaración de voluntad serían aquí convenientes, pues estaremos en heteronomía y, en el mismo sentido, ninguna

¹⁷⁴³ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pg. 129.

normatividad que pudiera surgir indirectamente de la existencia de una posible indemnización de daño moral es tampoco aconsejable cuando ha de asegurarse la máxima autonomía y realidad de sentimientos a la hora de tomar para uno mismo tales oficios públicos conyugales basados en la fuerza y realidad del amor.

2.7.1).- El artículo 5.2 LTRHA.- El artículo 5.2 LTRHA coloca a cargo del donante de esperma dos requisitos para poder revocar su acto liberal: por una parte que los precise para sí mismo y por otro lado que costee el resarcimiento de los gastos. ALKORTA señala que ello constituye “una obligación resarcitoria *ex lege* aparejada al ejercicio legítimo del derecho fundamental a no ser forzado a procrear ...sin que, por otra parte, esta obligación de reparar se considere atentatoria contra el ejercicio del derecho a procrear o a no procrear del donante.”¹⁷⁴⁴

No obstante, entiendo discutible la premisa mayor. El hecho de no permitir la libre revocación de la donación supone que la libertad procreativa del donante queda comprometida, en primer lugar, en su vertiente de no ser forzado a tener descendencia, (recuperación y destrucción). Y si lo que está en juego es la libertad de reproducción positiva y el derecho a fundar familia teniendo hijo biológico, (el donante es ahora estéril), el único *upgrade* en este sistema legal es permitir tal revocación pero imponiendo un resarcimiento. Ello no me parece una ponderación adecuada.

Si los gametos “están disponibles” en la fecha de revocación y el donante que revoca ha de asumir y resarcir “los gastos de todo tipo originados al centro receptor”, (dejándolo por tanto indemne), no alcanzo a comprender por qué se cercena de este modo la libertad reproductiva negativa de este donante, como no sea en honor de un refuerzo desmesurado de la posición del centro receptor que afecta al libre ejercicio de la autonomía reproductiva del donante, un derecho de retención, una garantía real imposible sobre este

¹⁷⁴⁴ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, op. cit., pg. 56.

especialísimo objeto que es el *spes homini*.¹⁷⁴⁵ Por su parte, ante un ejercicio de libertad reproductiva positiva y por la fundamentalidad que reviste el derecho de fundar familia en forma biológica, obligar al resarcimiento cuando el centro técnico ha disfrutado de la posibilidad de agotar aquella materia en su propio beneficio y siendo la donación de gametos gratuita, (artículo 5.3 LTRHA), me parece un ajuste sesgado contra el Derecho fundamental y a favor del negocio de los centros de reproducción.

No obstante, lo que interesa ahora es señalar cómo aquí la LTRHA considera que es posible que el ejercicio de un Derecho fundamental sea sujetado a una indemnización o resarcimiento a favor de unos terceros cuyo daño no resulta probado o puede ser inexistente, (el lucro obtenido con el material donado puede ser superior a los costes), y para los cuales una donación revocada, quizá muchos años después y por motivo suficiente, (esterilidad actual del donante), no habría de suponer abuso de derecho o *mala fides*.

En este sentido ALKORTA IDIAKEZ señala que “el legislador español no tiene reparo (al menos en el caso del donante) en aparejar una obligación resarcitoria *ex lege* al ejercicio legítimo del derecho fundamental a no ser forzado a procrear.”¹⁷⁴⁶, el cual es, además, como he expuesto, un resarcimiento ciego, de puro resultado, que puede producirse sin daño y sin violación protocolaria.

Señala también ALKORTA IDIAKEZ: “Téngase en cuenta que, aunque no se trate en este caso de una condición de eficacia de la revocación, la obligación de indemnizar una cantidad importante puede en determinados casos inhibir al donante y obstaculizar el

¹⁷⁴⁵ “...si también la dignidad de la persona humana es un principio constitucional, (art. 10.1), hay que entender que tal dignidad habrá de ser respetada en el momento de ser engendrada, sin que el torpemente denominado “material genético”, (*spes homini*), pueda tratarse jurídicamente como cosa y ser destinado a empleos distintos del de formar un ser humano, (GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, *op. cit.*, pg. 544).

¹⁷⁴⁶ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, *op. cit.*, pg. 36.

ejercicio legítimo de su derecho a no ser forzado a procrear”.¹⁷⁴⁷ Ello se relaciona con la capacidad económica del donante que quiere revocar y manifiesta cómo pueden llegar a equivaler condición jurídica de eficacia y posibilidad económica de ejercicio, lo que en sede fundamental no debe ocurrir nunca.

Este artículo no fue recurrido ante el TC ni tampoco ha sido objeto, por el momento, de cuestión de inconstitucionalidad planteada desde juzgados ordinarios. No se trae a colación este artículo, que ciertamente considero censurable, para construir sobre él la posibilidad de resarcimientos a partir de ejercicios de Derechos fundamentales, (pues ello resulta de una doctrina más amplia antes señalada), tan sólo a título de cita de un ejemplo que, incluso, ha ido más lejos de lo que se propone aquí. Por otra parte, la misma consagración de una indemnización ligada al ejercicio de un Derecho fundamental resulta del art.. 2.3 LOPCHIFI referido en otros lugares.

2.8).- Responsabilidad objetiva por mala fe en sede personal.- Señala ROCA TRÍAS que “el reconocimiento de una indemnización al cónyuge de buena fe en los casos de nulidad del matrimonio venía siendo una práctica corriente en los tribunales españoles antes de la reforma de 1981”¹⁷⁴⁸, de modo que, recogiendo esta práctica, el CC prevé dos supuestos de resarcimiento en capítulo matrimonial, el del artículo 95.II que permite al cónyuge de buena fe impedir al de mala fe la participación en sus ganancias y la indemnización establecida en el artículo 98 CC. Ambas normas, dice ROCA, son aplicación de la doctrina del matrimonio putativo por la relevancia jurídica de la buena fe, (artículo 7 CC que resulta expresamente recibido en sede matrimonial por el artículo 79 CC).¹⁷⁴⁹

¹⁷⁴⁷ ALKORTA IDIAKEZ, I., *ibidem*, pg. 36.

¹⁷⁴⁸ ROCA TRÍAS, E., *Comentario al artículo 98 del Código civil, en Comentarios al Código civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 405 - 407, en concreto pg. 405.

¹⁷⁴⁹ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pp. 405 - 406.

Lo que interesa ahora es señalar cómo el artículo 98 CC atribuye al cónyuge de buena fe “un derecho a reclamar una indemnización que tiene un fundamento objetivo, de manera que quien no ha provocado la nulidad tiene derecho a ser resarcido por quien ha observado una conducta contraria a las normas de la buena fe. La objetivación de la indemnización implica que el cónyuge de buena fe no tenga que probar la existencia del daño, sino sólo su buena fe...”¹⁷⁵⁰ Ello señala una conducta antiprotocolaria que se considera un daño en sí misma, esto es, haber “provocado intencionadamente una apariencia de matrimonio” es antiprotocolario e injusto *per se* y tiene “un contenido tasado” que no requiere prueba de daño ni impide probar daños ulteriores por el camino ordinario del 1.902 CC y, en tal caso, con las dificultades o exigencias señaladas en apartados anteriores para el daño moral.¹⁷⁵¹

Es por ello que ROCA TRÍAS considera que la indemnización del artículo 98 CC tiene “naturaleza sancionadora” como la propia “disolución” y no carácter “resarcitorio”¹⁷⁵². Pero, a mi juicio, esta indemnización no es penalidad sino reparación o satisfacción del daño moral padecido por el cónyuge de buena fe, considerando el legislador, como en sede de derecho al honor e intimidad, que en la nulidad matrimonial el daño va de suyo.

En el mismo sentido MONSALVE CABALLERO y PÉREZ MARTÍN¹⁷⁵³: “Esta indemnización no tiene carácter alimenticio, ni de pensión compensatoria, sino que sólo y exclusivamente se trata de una indemnización de daños y perjuicios. Su finalidad debe ser

¹⁷⁵⁰ ROCA TRÍAS, E., *Ibidem.*, pg. 406.

¹⁷⁵¹ ROCA TRÍAS, E., *Ibidem.*, pg. 406.

¹⁷⁵² ROCA TRÍAS, E., *Ibidem.*, pg. 406.

¹⁷⁵³ MONSALVE CABALLERO, V., *op. cit.*, pg. 404, PÉREZ MARTÍN, A.J., *Nulidad civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de familia*; editorial Lex Nova, Valladolid - 2000, pg. 88.

la de reparar unos daños que se han producido desde la celebración del matrimonio hasta que se declara la nulidad”.

Y la STS de 10 de Marzo de 1992: “Se trata de una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no han ido consolidándose en los años de convivencia, hasta producir su desaparición por la conducta dolosa de uno de los cónyuges”.¹⁷⁵⁴

2.9).- Valor y significado de pactos sobre la acción divorcista.- Ya señalé anteriormente cómo el matrimonio es una sede que manifiesta una deriva natural hacia el coste de oportunidades, el abuso de derecho o la mala fe en entregas y recepciones que comprenden con total profundidad e intensidad a la persona en sí misma considerada del modo más total y pleno posible. También fue señalado con anterioridad cómo el negocio personal en este punto podría proporcionar seguridad jurídica, consentimiento informado y cumplir una función preventiva con cierta disciplina conductual indirecta. Vimos también cómo el tiempo de la celebración matrimonial es la ocasión, (en el sentido que decía LÓPEZ JACOÍSTE¹⁷⁵⁵), en que propiamente puede plantearse la protección de todos los intereses y derechos en juego, incluso aconsejando como única medida la no celebración del matrimonio, (matrimonio dispar, falta de equivalencia en la seriedad y compromiso de uno y otro contrayente, fines inalcanzables para uno de ellos por excluirlos el otro, etc.)

MONSALVE CABALLERO advierte en este punto que, fuera de la nulidad matrimonial y su tasación objetiva *ex* 98 CC, “será muy difícil concretar, por un lado, si ha intervenido culpa o negligencia y por otro, la realidad del daño causado”¹⁷⁵⁶, pero tal

¹⁷⁵⁴ MONSALVE CABALLERO, V., *op. cit.*, pg. 405.

¹⁷⁵⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 666.

¹⁷⁵⁶ MONSALVE CABALLERO, V., *op. cit.*, pp. 405 - 406.

dificultad no niega el concepto. A paliar en parte tales dificultades pueden ayudar los pactos que pudieran convenir las personas para el caso de la disolución.

LÓPEZ JACOÍSTE señala que la relación indemnizatoria “se crea por obra de un poder que es independiente de la voluntad de los sujetos, es decir, en virtud de una constitución forzosa o heterónoma, por lo común la sentencia judicial”¹⁷⁵⁷ y, en este sentido, cualquier pacto señalando supuestos de responsabilidad y penalidad por el ejercicio de la acción divorcista se enfrenta a límites imperativos.

DÍEZ PICAZO considera que los pactos de agravación de responsabilidad pueden cumplir una doble función, 1) aquella de cuantificar los daños, manteniéndose el pacto aun cuando sea superior al daño, (si bien en cuanto al exceso tendrá naturaleza de pena convencional moderable por los tribunales, art. 1154 CC), y 2) la de señalar los supuestos o causas determinantes de la misma.¹⁷⁵⁸

A mi juicio en sede iusfundamental y personal no cabe un concepto de pena convencional, sino que toda tasación coadyuva a la difícil concreción del daño moral pero ha de ser tasación de daño y no penalidad convencional sin daño o superior al daño. Una cosa es 1) negar que el ejercicio de un Derecho fundamental no pueda ser nunca dañoso o abusivo por su condición de fundamental, y otra cosa distinta 2) que se pueda asociar al mismo una pura penalidad por su ejercicio no abusivo ni dañino. Esa no es la idea de los art. 2.3 LOPCHIPI y 5.2 LTRHA, (aunque este último regale a los centros reproductivos una condición inimpugnable como dañados), ni del art. 98 CC que no establece una penalidad sino que, a mi juicio, parte de que la nulidad matrimonial es *per se*, (e indudablemente), fuente de daño moral para quien se la encuentra provocada de mala fe por el recíproco. En este sentido, la tasación ayudará al juzgador, (manifiesta derechos

¹⁷⁵⁷ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, op. cit., pp. 588 - 589.

¹⁷⁵⁸ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, op. cit., pp. 756 - 757.

puestos intensa y preocupadamente en juego, un protocolo de indemnidad que se desprecia y un cálculo o bases de cálculo para cuantificar el siempre difícil *pretium doloris*), pero no expulsa al Juez del asunto ni exime de la necesidad de que haya existido daño. Por otra parte, como señalaba ALKORTA IDIAKEZ, la cuantía no ha de convertir en imposible el ejercicio del Derecho fundamental en relación con la capacidad económica de su actor¹⁷⁵⁹, originando, en su caso, una moderación, incluso total, desde tal doctrina.

En sede personal considero que la función de los pactos sobre causas y protocolos establecidas sobre y para el ejercicio de la acción divorcista no representan negación o entorpecimiento de ésta, creación de causas de responsabilidad o diligencias extraordinarias, sino que cumplen una finalidad garantista y preventiva adaptada a la naturaleza propia de las colisiones de Derechos fundamentales. En este ámbito ocurre que, igual que nadie puede ampliar su co-usufructo de la dignidad humana a costa de otro, tampoco puede ninguna persona *ex 10 CE* asumir el caso fortuito o fuerza mayor que percute sobre un plan de vida elegido libremente por un ajeno. En lo patrimonial es posible una distribución pura de riesgos¹⁷⁶⁰, pero no en lo personal y no es lo que ocurre, a mi juicio, en los pactos que nos ocupan.

Como digo, estos pactos modalizando la disolución matrimonial no suponen transferencias de riesgos entre los cónyuges porque los riesgos son comunes. Diseñar *ex ante* ciertas condiciones y protocolos para que tales riesgos sean mínimos no puede resultar sino en beneficio de los dos contrayentes y representa también una optimización de Derechos fundamentales intersubjetivos.

Manifestar los derechos puestos en juego en la aventura matrimonial revela y advierte a cada contrayente qué riesgos toma la empresa iusfundamental cooperativa y qué

¹⁷⁵⁹ ALKORTA IDIAKEZ, I., *Nuevos límites del derecho...*, *op. cit.*, pg. 36.

¹⁷⁶⁰ DIEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, T. II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 757.

riesgos han de considerarse también como conjuntamente afrontados, aunque sólo hayan sido señalados o catalogados por uno de los cónyuges: si X no acepta que su plan de vida y proyecto de felicidad comprendiera aquel bien, interés o derecho de su recíproco Z, debió advertirlo y excluirlo del plan conjunto. Ello permite establecer o prever unos protocolos que articulen indemnidad o minimicen los daños para estos bienes puestos en juego cuando tenga lugar la ruptura del plan matrimonial. Ello toma el mismo valor protocolario que señalaba DWORKIN en el aborto para asegurar la realidad y seriedad de la decisión abortista en orden a que no resultara degradado el valor no consensuado de la vida humana y que no tuviera lugar en más supuestos de los consciente y verdaderamente queridos.¹⁷⁶¹

Nos encontramos en este punto con que el matrimonio es *periculum* y que, si bien el reverso pasivo del artículo 10 CE supone que cada uno ha de correr con los propios riesgos generales del curso elegido para su propia vida, también sucede que aquí estos riesgos son comunes para los dos contrayentes por componer el matrimonio un ejercicio iusfundamental cooperativo. En este sentido estos pactos son esenciales por cuanto existen amplias posibilidades de que, incluso de buena fe, cada uno de ellos no comprenda verdaderamente lo que está demandando al otro, lo que el recíproco cree que se le está pidiendo y lo que está dispuesto a ofrecer, lo que multiplica las posibilidades de que alguien sufra costes de oportunidad que quizá le hubieran determinado a no casarse. Así detallar los bienes e intereses que cada contrayente pone en juego y señalar protocolos de indemnidad o minimización para las crisis con sus correspondientes consecuencias indemnizatorias resulta un expediente garantista para todos.

Estos convenios representan una colocación de signos y balizas en el camino hacia la disolución final que explican anticipadamente a cada contrayente el modo en que ello puede suceder sin afectar o afectando sólo en la medida inexorable *ex* 10 CE a los derechos

¹⁷⁶¹ DE LORA DEL TORO, P., *El último libro de Dworkin: aborto y eutanasia*, op. cit., pg. 104.

puestos en juego por todos los concernidos y a las entregas que todos hayan podido acometer. Ello otorga valor disciplinario indirecto para la conducta de los cónyuges en tal situación, siquiera no sea específico y pueda romperse en cualquier momento asumiendo la indemnización de los daños correspondientes.

Se activa así un principio de precaución que, estando bien asentado en bioética y tecnología, puede extenderse igualmente a una sede que representa un reto para toda la persona en sí misma considerada y que deduce también daños graves e irreparables. Con ello se establece aquí “*une obligation de “suivi”*”, respecto de quienes, por su pasividad contribuyen a poner en riesgo la integridad ajena... responsabilidades meramente preventivas”. (LÓPEZ JACOÍSTE)¹⁷⁶²

JONAS señalaba que la “primera palabra” de la responsabilidad ha de ser la heurística del miedo, es decir, darse cuenta de lo que está en juego, el detectar el mal que puede ocurrir y considera que la vulnerabilidad acecha hoy a todos, por lo que propugna una diligencia orientada hacia el porvenir y la previsión, una solicitud activa y sensibilidad clarividente. Es muy distinta, dice JONAS, la actitud de quien asume su obligación o reconoce su culpabilidad respecto de un acto anterior que la de quien, en el presente, previene y acepta las responsabilidades para el mañana... pues esto significa que limitará y reorientará ya de presente su poder de acción¹⁷⁶³. Y, en este sentido señala LÓPEZ JACOÍSTE que esta heurística del miedo ha de ser *procul videre, phronesis* que sabe ver y afrontar el futuro y el riesgo venidero.¹⁷⁶⁴

También en esta misma dirección manifiesta LÓPEZ JACOÍSTE que la expansión de la responsabilidad civil no ha derivado en torno a puntualizaciones causalistas sino hacia la proliferación de reglas y cautelas específicamente propias de las diversas

¹⁷⁶² LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad extracontractual...*, op. cit., pg. 691.

¹⁷⁶³ JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, op. cit., pp. 47, 64 y 174.

¹⁷⁶⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad extracontractual...*, op. cit., pg. 658.

actividades, reglas y cautelas que vienen a ser, en definitiva, imputaciones que realizan una exquisita reducción de la idea de causa. Ello acentúa, continúa este autor, una dialéctica en torno a la misma idea de seguridad, la cual tiene signos y símbolos recurrentes y conduce hacia un paralelismo con la teoría de los juegos que “se hace hoy presente en el campo de la responsabilidad a través de una semiótica apoyada en un convencionalismo... La estrategia de seguridad de las personas viene a cifrarse en unas reglas que enuncian cautelas y comportamientos y no concretas causalidades, dirigidas a evitar, prevenir y pautar interdependencias ya sea en trance de colisión o conflicto, ya de cooperación entre ellas, o de ambas situaciones mezcladas... tales reglas previenen y reparten riesgos al imputar modos de proceder e infracciones.”¹⁷⁶⁵

Todo ello se aplica, a mi juicio, con total correspondencia para los pactos matrimoniales que tratan de dotar a los contrayentes de seguridad jurídica en el ejercicio de sus Derechos fundamentales de libertad afectiva, *ius connubii* y fundación de familia. Y, todavía más, en conexión con el art. 10 CE señala LÓPEZ JACOÍSTE la *eudaimonia*, la “vida lograda” merced a englobar superadoramente las responsabilidades ajenas mediante reconducción hacia las propias”, señalando una idea de “deportividad”¹⁷⁶⁶, esto es, de abdicación de ciertas imputabilidades que se convocarían frente a otros no incursos en nuestra partida y en nuestro reglamento específico, (el matrimonial), el cual, precisamente, señala abdicaciones frente al reglamento general, pero también protocolos y comportamientos reforzados concordes con el espíritu del juego matrimonial que particularmente desarrollan los cónyuge de acuerdo con lo que ellos mismos concibieron al contraer de un modo informado y mutuamente revelado. Y es parte esencial de esta partida y de este evento deportivo el propio final del juego.

¹⁷⁶⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 575.

¹⁷⁶⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 576.

En estos casos, como en el pacto puro de indisolubilidad, el sólo hecho de pactarse estos protocolos y seguridades es prueba de que se han puesto en juego los correspondientes derechos y, por tanto, de que el daño existirá si no se observan, lo que significa que se utiliza la convención como fijación del hecho de haberse excitado aquellos derechos con intensidad y preocupación y no como fuerza y ejecutividad convencional verdadera, (supuesto de hecho). Ello no es preciso en el caso de la nulidad porque esta puesta en liza o acción la realiza directamente el artículo 98 CC. Y tales derechos, bienes e intereses dejarán de encontrarse activos y puestos en juego cuando materialmente resulten negados por los actos propios, como sucedería caso de apostatarse de la religión católica y profesarse la protestante, de haber abandonado de hecho la comunidad de vida matrimonial o de incumplir gravemente los deberes principales del matrimonio, (p.e. manteniendo una segunda comunidad de vida con otra persona o en cualquier otra forma).

VIDAL MARTÍNEZ expone uno de estos supuestos al comentar la STS de 13 de Junio de 1986 que negó al separado de hecho durante 30 años haber adquirido por régimen conyugal participación en la propiedad de la vivienda habitual de su recíproco, lo que, como señala este autor, no es generalizable como valor jurídico de la propia separación de hecho sino apreciación concreta de una doctrina de mala fe, abuso de derecho y contrariedad a los actos propios al haber roto la comunidad de vida por su sola voluntad y no haber contribuido en absoluto a aquella adquisición.¹⁷⁶⁷

Si no se acepta la posibilidad constructiva de una modalización convencional de la disolución del matrimonio se convierte el ejercicio de la acción divorcista en un derecho ilimitado que puede ejercitarse injusta, dañosa o abusivamente contra 7 CC, o, si se quiere, de modo “antideportivo” y empoderado *ex lege*.

¹⁷⁶⁷ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Relación no matrimonial: algunas reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho y buena fe*, en Revista General de Derecho, número 508 - 509, Valencia - 1987, pp. 33 - 47.

CAPÍTULO VIII).- EL NEGOCIO JURÍDICO FAMILIAR¹⁷⁶⁸

El negocio jurídico familiar es un negocio jurídico personal sobre el que percute una función pública principalísima¹⁷⁶⁹. Esta especialísima atención pública se produce

¹⁷⁶⁸ Bibliografía fundamental para este capítulo: ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*; CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, *op. cit.*; DELGADO y PARRA, *De las nulidades*, *op. cit.*; DÍAZ-ALABART, S., *El pseudo status familiae...*, *op. cit.*; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción...* *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *Qué queda del vigente...*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre la Representación Legal...*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *Sobre el llamado “matrimonio homosexual”. Análisis de algunas cuestiones debatidas*, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid - 2006, pp. 1561-1579, *La filiación en el caso...*, *op. cit.*; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción...*, *op. cit.* y *Matrimonio y Familia...*, *op. cit.*; HARRIS, M., *Antropología cultural*, *op. cit.*; JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevas formas de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, y *A cada uno su familia, a cada familia su derecho*, *op. cit.*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...* *op. cit.*; PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *op. cit.*; PÉREZ ÁLVAREZ, M., *La nueva adopción...*, *op. cit.*; RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, *op. cit.*; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Reflexiones sobre el Derecho...*, *op. cit.*; VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio...*, *op. cit.*

¹⁷⁶⁹ Función unitariamente calificada de “estratégica”, necesaria, eficaz y barata (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevas formas de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, pg. 716; ., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 35), o de “importante” en relación a nacimiento, crianza y educación, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 104).

también, (además de funcionalmente), porque nos hallamos en espacios donde las personas somos comprometidas en el modo más absoluto y profundo posible, con una total apertura y vulnerabilidad omnicomprendivas de nuestro ser que no se alcanzan sino fragmentariamente en otras sedes. Ello supone que, simultáneamente, el espacio familiar es un ámbito transido de Derechos fundamentales de las personas físicas específica, típica e intensísimamente comprometidos y que, junto a la función pública, la protección, respeto y promoción de los mismos es también principio central, (y vertical), en tal sede.¹⁷⁷⁰

No obstante, ya expuse anteriormente cómo en la relación entre contrato social y moral: 1) aquél es servil e instrumental para ésta pero, también, 2) cómo la moral es intersubjetiva y conservativa de modo que, 3) en el límite, se orienta a un mandato de optimización para los derechos de todos que supone bien apropiación o constricción del derecho concreto de alguna o algunas personas o bien heroísmo libre e individual. Todo ello está presente en la forma más intensamente posible en los oficios públicos familiares y en el estatuto más oneroso jurídicamente que existe, el de padre/madre legal, tan aherrojado que no cesa, (como responsabilidad pública ante la justicia social), ni por indignidad e inhabilidad del delegado difuso, (art. 110, 111 y 170 CC).

También quedó expuesto anteriormente cómo la verticalidad de las funciones públicas separa típicamente en el negocio jurídico familiar la *Abschlussfreiheit* y la *Gestaltungsfreiheit* en el modo más absoluto posible por ser ello una técnica máximamente garantista, (frente a la excepcionalidad con que ocurre en sede patrimonial).

1).- FUNCIONES FAMILIARES.

¹⁷⁷⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pg. 104; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 65.

Nadie niega que existen funciones públicas en torno a la realidad familiar, ni su relevancia social¹⁷⁷¹. La cuestión es que para muchos autores la existencia de una función pública no determina, (o no puede o no debe determinar), ninguna derivada sobre las personas individuales en cuanto afecte a sus Derechos fundamentales y señaladamente el de libertad individualista.

En este sentido ROCA TRÍAS refiere que “Decir que la familia matrimonial debe ser protegida incluso contra los derechos fundamentales de sus miembros sería tanto como vulnerar el principio de libre desarrollo de la personalidad que implica la protección de los derechos fundamentales de los individuos”¹⁷⁷². Ello conduce a sustituir la idea jurídica de función como oficio y estatuto por aquella otra de mera percusión coyuntural del interés del hijo. Señala así ROCA TRÍAS que “las decisiones de los implicados deben basarse en los derechos que cada uno ostenta”, y, en el mismo sentido RAMS ALBESA¹⁷⁷³.

Ello, según estos autores, aunque un interés, (el de los hijos), perturbe más, perturbe menos o constriña constante y frecuentísimamente la libertad de los adultos, lo que, dada la estable y continua excitación en la relación paterno y materno filial del interés preferente del hijo termina, a mi juicio, por hacer llegar a estas doctrinas a contradicciones: así ROCA TRÍAS niega la autonomía de voluntad en las relaciones paterno y materno filiales porque

¹⁷⁷¹ MARTÍNEZ de AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevas formas de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, pg. 716 y *A cada uno su familia...* *op. cit.* pg. 35; PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, pg. 104; RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pg. 97; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 54 y *Públic i Privat...*, *op. cit.*, pp. 429 - 430 ; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pg. 89.

¹⁷⁷² ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, *op. cit.*, pg. 65.

¹⁷⁷³ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 51 - 52, pg. 61 y pg. 115.

“las funciones tuitivas son absolutamente necesarias”¹⁷⁷⁴ y al mismo tiempo afirma que “la tutela del individuo no puede subordinarse a la de la familia creada con el matrimonio, porque el individuo es titular de Derechos fundamentales como tal y no lo es la familia” y que predominan los derechos fundamentales de los individuos miembros de la familia frente a ésta¹⁷⁷⁵ sin apreciar que:, 1) ambas aseveraciones son antitéticas y no pueden mantenerse simultáneamente, 2) que no puede realizarse una función familiar sin arrostrar unos sacrificios que son también, a la vez, desarrollos personales y planes de vida de los adultos comprometidos.

PARRA LUCÁN habla aquí también del interés del menor y de algún factor corrector más¹⁷⁷⁶. No obstante, a mi juicio 1) resulta imposible cumplir mínimamente ninguna de estas funciones públicas sin afectar gravemente a las libertades individuales y 2) la constancia y duración en el tiempo que implican no se convienen con ideas puntuales y coyunturales sino con la misma permanencia y persistencia de la idea de función, (así VIDAL MARTÍNEZ que habla de un derecho/función¹⁷⁷⁷).

Las funciones públicas sobre la familia se entregan a la energía del amor humano y, dado que éste no surge heterónoma sino autónoma y libérrimamente, no es posible imponerme que yo tenga que ser tu esposo o esposa o que me convierta en padre o madre de este o aquel niño. Existe en este punto, como dije, una derivada *ex voluntate* incluso en la más azarosa o forzada concepción biológica, pues si se llega a alumbrar el niño ha de estimarse ello como un acontecer finalmente querido. Aun cuando la concepción no hubiera sido consciente e intencional, sí lo será el alumbramiento *de lege data* con el actual

¹⁷⁷⁴ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, *op. cit.*, pg. 67.

¹⁷⁷⁵ ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pp. 64 - 65.

¹⁷⁷⁶ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 115.

¹⁷⁷⁷ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio...*, *op. cit.*, pg. 3526.

sistema abortivo. Las leyes de plazos restan trascendencia al momento de la concepción y se lo otorgan al del alumbramiento, que ha de estimarse querido dado que se tuvo la opción de haberlo evitado. Sólo el varón puede protestar, en su caso, haber sido forzado a ser padre legal.

No obstante, la función pública y el señalamiento de delegados públicos difusos para desempeñarlas tiene una ontología vertical que, si bien no se aplica al origen o surgimiento, (idea de Derecho público indirecto), una vez agotada esta *Abschlussfreiheit* muestra su cara más imperativa en el seguimiento y continuidad del hecho y vida familiar que surgieron desde aquel libre ejercicio: al contrato social no le importa ya nunca más la voluntad de quienes ingresaron en su organización difusa, la delegación no es retornable a capricho. De otro modo existiría función y responsabilidad pública tan sólo en tanto en cuanto siguiéramos queriendo a nuestro hijo y el principio jurídico es totalmente opuesto a esta idea, (art. 110 y 111 CC.)

Nótese que ello no es un “derecho” del hijo directo respecto del padre sino que, (como en todo caso de verticalidad), está intermediado triangularmente por el contrato social. Lo que se ejerce en esta imperatividad es una responsabilidad pública del delegado difuso con el contrato social. Ello refleja en beneficio o protección del hijo pero sólo como tal derivada de un deber público del adulto para con el Estado. Función y justicia social se conmixtionan aquí por cuanto el amor familiar y los delegados difusos son el instrumento eficaz, barato y sostenible que el contrato social ha escogido y necesita para desarrollar tales funciones¹⁷⁷⁸. Simultáneamente se obtienen, además, dones e intereses indirectos de desarrollo de la libertad y creatividad humana, de paz social por satisfacción de la individualidad y de desarrollo de Derechos fundamentales.

¹⁷⁷⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia... op. cit.* pg. 35.

Pero, en este punto, la perspectiva dominante del contrato social al imponer férrea e irrenunciablemente estas delegaciones es funcional y socialmente justicialista en un enfoque directo entre el Estado mismo y los padres/madres legales. Por ello coloca una bandera, signo o advertencia general sobre todos los ciudadanos: quien hace el niño, paga, (LOYSEL).

Un mal padre/madre legal dañino para el hijo será apartado de la guarda y custodia, incluso privado de patria potestad, pero sigue estando sujeto a responsabilidad pública con el contrato social desde los artículos 110, 111 y 170 CC. Sólo la obtención de nuevos delegados públicos difusos que reemplacen a los anteriores, (garantizando la protección del niño, el cumplimiento de las funciones públicas y la indemnidad en costes públicos), permitirán liberar a los anteriores padres/madres legales, (art. 178.1 CC, artículos 5.5, 6.1 y 8 LTRHA y artículos 6.1 y 11.4 letras a y b LTRHA). En este sentido la familia monomarental de intento desprecia el riesgo para los costes públicos que puede suponer colocar un solo delegado público responsable sobre el niño, (un solo pagador), sin comprobar, (puesto que hay oportunidad), la viabilidad económica y funcional general de ese mayor esfuerzo en solitario.¹⁷⁷⁹

A mi juicio la relación paterno/materno filial constituye claramente una función social delegada sobre adultos privados con afeción grave de las libertades individuales de los mismos, conformando un oficio o estatuto que habría de alcanzar, incluso, a una modalización para el ejercicio de la libertad divorcista cuando existen hijos, como señalé anteriormente.

Mayor duda puede ofrecer la existencia de una función, un oficio y un estatuto público estrictamente conyugal. Así GÓMEZ SÁNCHEZ considera en el matrimonio una

¹⁷⁷⁹ En este sentido critican la falta de controles JARUFRE CONTRERAS y GÓMEZ SÁNCHEZ, (JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 219; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción...*, *op. cit.*, pg. 84).

noción de libertad afectiva, por tanto una “no familia” en ausencia de hijos. Esta autora define este derecho como un “derecho genérico a la afectividad de los individuos y un derecho a regular y organizar en libertad sus relaciones personales”.¹⁷⁸⁰ Ello sitúa el matrimonio en el Derecho de la persona pero no en el Derecho de familia, lo que, a mi juicio, no es correcto y se examinará más abajo.

1.1).- Parentesco y familia.- La sustancia familiar conlleva unas necesidades individuales y públicas que no dependen de la voluntad de las personas implicadas en el hecho o situación familiar y que demandan una función públicamente asegurada. No obstante, frente a un parentesco irrevocable, (consanguinidad¹⁷⁸¹), existe un parentesco que nace de negocio jurídico familiar y que incluso puede desaparecer al extinguirse el hecho familiar que nació de aquel convenio, (parentesco por afinidad¹⁷⁸²). Y, por su parte, la propia condición de parientes de los cónyuges, (si existe, como se defenderá aquí), estaría igualmente sujeta a un origen y un final determinado por su fuente negocial. Todo ello señalaría una sustancia y unas funciones familiares que, de modo imposible para el concepto que sostenemos, aparecería y desaparecería. No obstante, parentesco y familia no son conceptos coincidentes, a mi juicio.

Mediante el parentesco el contrato social contempla peligros y beneficios que se le aparecen por razón de existir entre ciertos ciudadanos relaciones recíprocas más estrechas entre sí que las que se presentan con otros ciudadanos o entre los ciudadanos en general, y ello por razón del amor o afecto concreto humano. Ello es, una oportunidad para el hallazgo o adquisición de ciertos bienes a favor de la comunidad, (dependencia,

¹⁷⁸⁰ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y familia... op. cit.*, pg. 212

¹⁷⁸¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia,... op. cit.*, pg. 37.

¹⁷⁸² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibidem*, pg. 37.

solidaridad), pero también una ocasión para la pérdida y el riesgo en contra de ella. Esto es, aquellas estrecheces, roces y familiaridades tanto permiten 1) su aprovechamiento por parte del contrato social para obtener bienes mediatos y delegar funciones tuitivas, (dependientes, crianza, educación, socialización, etc.), como 2) su detección y puesta en atención para evitar que ciertos subgrupos de ciudadanos resulten empoderados frente a otros o frente a los intereses generales, (conflicto de interés, incompatibilidad e inhabilidad por parentesco, etc.).¹⁷⁸³

El aprovechamiento o la neutralización del amor particular humano típico y reiterado entre ciertos ciudadanos se liga a parentesco y a familiaridad por cuanto estadísticamente se encuentran comportamientos sacrificados y ventajistas masivamente en la sede familiar. No obstante, hoy existe ya esta misma inteligencia sin parentesco por la equiparación entre matrimonio y relaciones análogas de afectividad y entra, además, en crisis el propio concepto de parentesco por razón de haberse perdido la nota de sexualidad matrimonial, (GARCÍA CANTERO).¹⁷⁸⁴

Tampoco es unívoco el significado del parentesco. En ciertos casos existe parentesco a efectos de peligro pero no de delegación de funciones, (los afines y los colaterales más allá del segundo grado son tomados en cuenta para incompatibilidades, (artículos 682 y 754 CC), pero no para exigirles alimentos, (artículo 143 CC)¹⁷⁸⁵. O puede

¹⁷⁸³ Ello se aprecia examinando el elenco de efectos legales del parentesco que señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibidem*, pg. 39).

¹⁷⁸⁴ GARCÍA CANTERO, G., *Sobre el llamado "matrimonio homosexual". Análisis de algunas cuestiones debatidas*, en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid - 2006, pp. 1561-1579, en concreto pg. 1.577.

¹⁷⁸⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, ... op. cit.*, pg. 39.

existir función familiar sin parentesco, (padrastrós, madrastras y padrínazgos, para los que DÍAZ ALABART refiere un pseudo *status familiae*¹⁷⁸⁶, o la autoridad familiar aragonesa de quien no es genitor ni padre legal *ex voluntate*).¹⁷⁸⁷

Parentesco, en este sentido, está ligado a *parenté*, como señala MURAT,¹⁷⁸⁸ un estado que inscribe al individuo en una genealogía: une a una familia utilizando la filiación como vector y resulta fundamental el papel de los sexos¹⁷⁸⁹. Esta genealogía lleva genética y estadísticamente inserta una familiaridad, un amor y un sentido de pertenencia más estrecho que el que señala la condición de ciudadanía general, lo que provoca que sea, por ello, utilizada por el contrato social como síntoma y detección de ciertas oportunidades y de algunos peligros para el mismo.

Un problema de confusión surge hoy cuando desaparece la jerarquía del parentesco consanguíneo ante el parentesco *ex voluntate*. En este sentido señala FRÍAS NAVARRO que parece dominar ahora un concepto de parentesco basado en un “vínculo afectivo, (aquél que encierra la ventaja y el riesgo de amor concreto entre dos ciudadanos), generado entre personas “casadas o no casadas, con hijos biológicos o no”... y donde la *parenté* recae muchas veces sobre “generaciones de hijos sin vínculo biológico con sus padres sociales”.¹⁷⁹⁰ El problema es que en la familia tradicional la presencia de amor es una apuesta estadísticamente fundada, en tanto que en nuevos vínculos afectivos la existencia

¹⁷⁸⁶ DÍAZ ALABART, S., *El pseudo status familiae...op. cit.*, pg. 856.

¹⁷⁸⁷ GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, *op. cit.*, pg. 351.

¹⁷⁸⁸ MURAT, P., *Couple, filiation, parenté*, en RUBELLIN-DEVICI, J., *Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*, ed. Lexis Nexis, París - 2002, pg. 66.

¹⁷⁸⁹ HARRIS, M., *Antropología cultural*, *op. cit.*, pp. 238 y ss.

¹⁷⁹⁰ FRÍAS NAVARRO, D., *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo, resultados de una investigación psicológica*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., (et alii), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid - 2006, pg. 495.

de amor estable, confiable y funcional ha de ser probado y es una apuesta que carece de la misma base estadística.

Esta misma confusión o paradoja surge al tratar de cohonestar la idea de *parenté* y genealogía con el matrimonio homosexual, como señala GARCÍA CANTERO, quien apunta que surgirán supuestos que determinarán que “A menos que elaboremos una novísima y atípica concepción del parentesco, una persona no podrá ostentar legalmente hasta cuatro abuelos maternos o, eventualmente, cuatro paternos.”¹⁷⁹¹ Todo ello incrementa la confusión si se considera que “Existe la idea intuitiva según la cual el parentesco se basa en la comunidad de sangre”¹⁷⁹², lo que también señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ al apuntar cómo el Código Civil “regula el parentesco en sede de sucesión intestada, (arts. 915 a 920), pensando básicamente en el parentesco por consanguinidad”.¹⁷⁹³

Familia, por su parte, se liga, según el propio MURAT, a *parentalité*, la cual es una función sustancial y no un criterio para detectar oportunidades provechosas o sectores peligrosos, aquella función que cumplen algunos adultos aportando al niño medios materiales, educativos y afectivos de modo públicamente responsabilizado¹⁷⁹⁴ y que, en general, a mi juicio, ha de referirse a toda solución de dependencia públicamente encomendada a ciertas personas por razón haber creado ellas, (voluntariamente por amor y plan de vida la mayor parte de las veces, en otras por su sola participación física), la

¹⁷⁹¹ GARCÍA CANTERO, G., *Sobre el llamado “matrimonio homosexual”...*, *op cit.*, pg. 1.577.

¹⁷⁹² VATTIER FUENZALIDA, C., *Comentario al artículo 912 del Código Civil*, en *Comentario del Código Civil, Tomo I*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 2215-2217, en concreto pg. 2215.

¹⁷⁹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...* *op. cit.*, pg. 38.

¹⁷⁹⁴ MURAT, P., *op. cit.*, pg. 66.

necesidad, (el plan o la participación física comprende concepción), o la solución de la necesidad, (adopción, matrimonio en cuanto a un cónyuge respecto del otro o en relación con la prole). No es lo mismo la tutela, (que se basa en parentesco), que la patria potestad o los deberes tuitivos de un cónyuge sobre otro, (incluyendo en ellos ser tutor o representante legal de su consorte incapaz o ausente), los cuales no se basan en parentesco sino en familia. Un padre no puede rechazar la patria potestad prorrogada del mismo modo que un tío podría excusarse de la tutela y su desaparición del asunto sólo podrá basarse en el *favor filii*. Con esta distinción conceptual los cónyuges pueden ser familia, (función recíproca entre ellos), aunque no sean parientes.

No debemos, por ello, basar la noción de familia en aquella otra de parentesco, mezclarlas ni confundirlas. A mi juicio la noción estricta y propia de familia como jurídica y pública habrá de construirse en torno a la existencia de derechos/deberes y potestades/funciones que revelan un oficio público y, por ello, un *status familiae*, un concepto funcional en el que se ingresa mayormente de forma voluntaria en congruencia con el amor humano que se quiere convocar como energía prosocial motor de la función y que puede ofrecer el matrimonio.

1.2).- Matrimonio y familia.- No interesa ahora el carácter preventivo del matrimonio como potencial o naturalmente orientado a la prole, (dependientes), ni su papel como fuente natural y masivamente mayoritaria de familias, (de aparición de dependientes), o su valor para producir nuevos ciudadanos al dotar a las personas de un marco estable para ejercer su libertad reproductiva positiva. En todos estos casos no cabe duda que matrimonio y familia se unen o fusionan, pero lo que se trata de analizar ahora es el valor familiar del matrimonio *per se*, entre cónyuges, sea que existan o no vayan a existir hijos del mismo. El matrimonio no familia no niega que exista familia cuando hay hijos matrimoniales, pero entonces hay familia porque hay niño, de modo que su foco es el

dependiente y es sólo éste el que crea y marca la familia¹⁷⁹⁵. Por el contrario, en una concepción de matrimonio familia el primer hijo ya es recibido por una familia que le espera. Por ello la discusión entiendo que ha de producirse sobre el matrimonio *per se*.

Señala ASÚA GONZÁLEZ que “no se trata de discutir lo obvio, que sin la reproducción no se hubiera instalado el esquema de pareja y producido la institucionalización de la misma, sino de poner de manifiesto que, a día de hoy, en el tratamiento jurídico se han dado los pasos suficientes para que las consecuencias de la filiación sean independientes de la relación de pareja...” Ello no lleva, entiendo yo, necesariamente, a una concepción del matrimonio no familia o matrimonio libertad afectiva, como la que quiere GÓMEZ SÁNCHEZ, (“matrimonio y familia son dos realidades distintas”¹⁷⁹⁶). Tampoco señalaré ahora que los matrimonios contraídos por ciertas personas son naturalmente fecundos y que de tal hecho, y sólo de él, como subraya MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “puede derivarse, (y en muchos casos se deriva), el nacimiento de nuevos seres humanos”.¹⁷⁹⁷ Trato ahora de juzgar la idea del matrimonio *per se* como familia, como si no existiera derivada reproductiva.

Señala ESTRADA-VÉLEZ, en relación con el Derecho de Colombia, la separación entre una protección del matrimonio *per se*, (libertad afectiva), y una protección del matrimonio como familia, y este autor considera que lo verdaderamente nuclear es “el derecho fundamental a tener una familia”. En este sentido manifiesta cómo el artículo

¹⁷⁹⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia...*, *op. cit.* pg. 220.

¹⁷⁹⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *ibidem*, pg. 220.

¹⁷⁹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia.....*, *op. cit.*, pg. 40.

segundo de la Ley 294 establece que “integran la familia: Los cónyuges o compañeros permanentes”.¹⁷⁹⁸

ROCA TRÍAS separa matrimonio y familia en paralelo a la divergencia entre matrimonio y filiación, para lo que encuentra entronque constitucional: la CE basa, dice, la familia en la prueba de paternidad y no en el matrimonio, de modo que el matrimonio no “debe identificarse con la propia familia”.¹⁷⁹⁹

Sin embargo, lo que planteo en este apartado es precisamente si los cónyuges forman familia entre sí cuando no existen hijos y, por ello, si surge entre ellos un oficio público conyugal y un *status familiae*, siquiera éste, (como el familiar filial por la mayoría de edad), pueda terminar limpiamente, (ruptura entre adultos capaces, sin hijos, sin dependencias, sin cuestiones derivadas de abusos o mala fe en el ejercicio de tal posibilidad y sin descargar costes sociales en los poderes públicos).

Es posible que a la consideración del oficio público de cónyuge como separado del de padre/madre legal haya perjudicado la intensidad y centralidad de estos últimos guiones al aplicarse sobre menores dependientes, en tanto los cónyuges han de considerarse masivamente como adultos que no dependen entre sí. Ello hace que tal oficio conyugal tome un carácter latente u oscurecido pues, en cuanto no existan dependencias actuales, no se activan funciones familiares sino relaciones entre adultos libres y capaces. Nada hay que decir cuando libre y limpiamente cesa el amor entre dos adultos capaces y libres que desean intentar nuevos planes de vida. No obstante, nuevas formas de dependencia que ya no son psicofísicas sino económico-sociales, (paro, ausencia de ingresos, falta de vivienda,

¹⁷⁹⁸ ESTRADA-VÉLEZ, S., *Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo*, en *Opinión Jurídica*, Volumen 10, número 19, Enero-Junio 2011, ed. Universidad de Medellín, Medellín, 2011, pp. 21-40, en concreto pg. 26.

¹⁷⁹⁹ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 58-

etc.), producen también nuevas formas de excitación de la función familiar interconyugal que niegan tal facilidad.

1.2.1).- Inexistencia actual de dependencia.- Una inexistencia actual de dependencia no permite excluir la noción familiar en el matrimonio y tal ausencia sólo es la forma ajustada con que se ejerce tal función entre libres y capaces: como solidaridad y socorro mutuo actual que comprende latentemente la mayor intensidad que supondrá la solución futura de dependencias que puedan aparecer en el recíproco, (superior contenido entonces en deber, potestad, sumisión y función). Ocurre en este sentido que el hijo lleva una línea temporal inversa de dependencia frente a la que puede suceder entre cónyuges: nace absolutamente desvalido y dependiente, en tanto los cónyuges se casan como adultos plenamente capaces aun cuando luego, (o muchísimo después si su matrimonio permanece), pueda quedar uno dependiente en la tercera edad. (o antes), y necesitado del cuidado del otro.

Así la ceremonia matrimonial no sólo activa los deberes matrimoniales, (artículos 66 a 68 CC), como prometidos convencionalmente entre cónyuges, sino que también contienen una asunción de la función familiar interconyugal, una recepción del oficio público conyugal que se emite por cada uno de los cónyuges no *face to face* horizontalmente entre ellos, sino separada y verticalmente por parte de cada uno hacia el contrato social, (esquema triangular), produciéndose una delegación que conllevará luego las actividades o inactividades que la concreta historia de vida y coyunturas demanden. Ello puede comprender también, indudablemente, la devolución del oficio, de la delegación y de la función limpiamente sin responsabilidades, (muchas gracias, no hizo falta su desempeño), si cesara el hecho familiar interconyugal como cuestión entre adultos capaces no dependientes que no excite ningún coste social.

Téngase en cuenta en esta época de crisis la nueva idea de “dependencia” económica y cómo los deberes conyugales, la función y el oficio conyugal alivian el coste

social p.e. de la situación de un cónyuge parado sin prestación ninguna cuando el recíproco tiene una buena situación económica: el despido y la imposibilidad de encontrar trabajo no puedan achacarse a la relación matrimonial habida pero ejercitar la acción divorcista para librarse de los deberes conyugales de socorro mutuo es abusivo para el recíproco y fraudulento para la propia sociedad.

Con esta idea y valor familiar de la relación interconyugal, (con oficio y deber público), señala GARCÍA CANTERO el especialísimo supuesto de representación legal entre cónyuges capaces, (artículos 1385 y 1386 CC), que este autor califica de mandato tácito *ex lege*¹⁸⁰⁰ y que no ofende la libertad y dignidad personal por cuanto se funda, como señala el propio GARCÍA CANTERO, en que el valor estable, vincular y obligatorio de los artículos 67 y 68 CC permite crear una legitimación *ex lege* que convoca indudablemente una idea funcional.¹⁸⁰¹

1.2.2).- Ideas legales sobre matrimonio familia.- Las Leyes 13 y 15/2005 intentan crear un concepto de matrimonio no familia, (inanidad del vínculo matrimonial como institución vincular para las partes), como señala ESPEJO LERDO DE TEJADA con referencia a la EM¹⁸⁰², pero ello con la contradicción de existir un concepto de matrimonio familia en el resto del ordenamiento jurídico. GARCÍA CANTERO señala los artículos 43, 66, 67, 68 y 57 CC¹⁸⁰³, ESPEJO LERDO DE TEJADA se refiere a “la existencia de un conjunto de deberes derivados del matrimonio, el mandato legal... de actuar en interés de la familia, o la propia exigencia del art. 45.2 CC en lo que se refiere al consentimiento matrimonial.”,¹⁸⁰⁴ y RAMS ALBESA a la propia contradicción que supone el divorcio

¹⁸⁰⁰ GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre la Representación Legal...*, *op. cit.*, pg. 290.

¹⁸⁰¹ GARCÍA CANTERO, G., *ibidem*, pg. 291.

¹⁸⁰² ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1482 - 1.483.

¹⁸⁰³ GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, *op. cit.*, pg. 532.

¹⁸⁰⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1.482 - 1.483;.

judicial previsto en el CC respecto de la nueva inteligencia del matrimonio civil en la Ley 15/2005.¹⁸⁰⁵

Inteligencia de matrimonio familia encuentro 1) en los artículos 96.3 y 103 CC sobre vivienda familiar “no habiendo hijos”, en contemplación de “circunstancias aconsejables” e “interés más necesitado de protección”, 2) en el artículo 97 CC que se refiere a una pensión por desequilibrio económico pero que, entre las circunstancias para su *quantum*, prevé atender a la edad y estado de salud del recíproco, (olvidando muchas veces los jueces de instancia que ese condicionamiento inicial es objetivo y no personal), 3) por supuesto en los deberes *ex* 66 CC y ss., 4) en el artículo 234.2º, (primer puesto *ex lege* como tutor), 5) en el artículo 143.1º, (primer puesto *ex lege* como alimentante), 6) en el artículo 233-20-3 CCC, que se refiere expresamente al “cónyuge más necesitado de protección”, 7) en la dispensa a los cónyuges de declarar recíprocamente en su contra, (art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), lo que supone una claudicación en los medios de defensa del bien jurídico penal y de la comunidad inexplicables si no existe un oficio público retribuable también socialmente, 8) en los derechos sociales y laborales de conciliación familiar, 9) en las pensiones de viudedad y 10) en que a pesar de cesar el *status* A) como *nomen*, (*ex*-cónyuge, divorciado), B) como *status* interpersonal, y C) como *status* apariencia, (extinción de REM), D), pueden quedar responsabilidades vigentes.

1.2.3).- Persistencia de la responsabilidad pública.- Prueba última, a mi juicio, para existir tal concepción familiar entre cónyuges radicaría en apreciar cómo puede permanecer el *officium publicum* como responsabilidad frente al contrato social aun extinto el matrimonio, esto es, transmutado en una responsabilidad económica que es ahorrativa para éste, (justicia social). Así, por ejemplo en el caso de divorciarse un cónyuge capaz, con buena situación económica y salud, de un cónyuge incapaz que cuenta con 78 años de

¹⁸⁰⁵ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 80 y 115.

edad y demencia senil dependiente del primero, no habiendo hijos ni otros parientes, incluso cuando desde otra instancia se ha instado tutela y para evitar ser nombrado por el Juez.

Una cosa es que tenga lugar el divorcio, de modo que la libertad individual no se sacrifica y existe libertad domiciliaria, afectiva y sexual, (cesan los deberes, no hay abandono de familia, el divorciado puede renovar su vida afectiva), y otra cosa es que aquel otro plano vertical, público, funcional y oficialista de la sustancia familiar pueda abandonarse sin más y limpiamente cuando está activada la función familiar, (dependencia), otorgando entonces el contrato social aquella libertad individual pero con la carga pública que la justicia social requiere, (que no habrá de ser tan gravosa como para hacer imposible aquel derecho). Ello implica una relación entre el divorciado capaz y el contrato social en términos de justicia social, siquiera luego revierta tuitivamente sobre el divorciado incapaz. En este sentido el TS alemán, como se dirá luego.¹⁸⁰⁶

1.2.4).- Matrimonio familia.- Concluyentemente afirma la idea de matrimonio familia MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ: “el matrimonio no interesa a la sociedad - al Derecho - en cuanto relación de carácter afectivo o sentimental”, “el reconocimiento jurídico del matrimonio no obedece al propósito de dar relevancia en Derecho a un deseo psicológico de los particulares, (que existe pero no es jurídicamente lo esencial)...¹⁸⁰⁷ .

En este sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ dibuja algunos de los mimbres de este oficio: “afecta al futuro, vincula la conducta de quien se compromete para de ahí en adelante... a vivir juntos, amarse, guardarse fidelidad, socorrerse, etc. Nada de eso hay en las uniones institucionalizadas no matrimoniales, en las que la voluntad no

¹⁸⁰⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *op. cit.*, pg. 1.530.

¹⁸⁰⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 38.

incluye la vida futura como comprometida sino únicamente la pasada - en cuanto fue actual - la actual, y la futura, sólo como previsión o deseo”¹⁸⁰⁸.

Lo que está señalando este autor es el *continuum* “vínculo jurídico - deberes conyugales - función familiar - oficio conyugal”, que no puede confundirse con un simple contenido u objeto del convenio en una noción contractualista privada que, además se habría dinamitado al someterla al absolutismo del Derecho humano de libertad individual como libertad repudio, (que habría de determinar más bien la nulidad por falta de objeto, artículo 1.256 CC).

Es la vinculación jurídica lo que constituye, señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹⁸⁰⁹, la esencia del matrimonio civil como institución diferenciada, y es tal ontología vincular lo que revela en el mismo una noción de matrimonio familia entre los cónyuges, una función y un oficio público conyugal. Si no existe este matrimonio vincular el matrimonio civil queda identificado con las uniones no matrimoniales, sólo separado por un *nomen* o etiqueta que no justifica su independencia.

En esta dirección de existir una función familiar interconyugal, en Alemania el Tribunal Constitucional, (sentencia de 6 de Febrero de 2.001), señaló la necesidad de revisar judicialmente los acuerdos de los cónyuges sobre ruptura conyugal, afirmando que no deben contrariar las finalidades tuitivas que se contienen en las previsiones legales, (y tuitivo señala a función familiar), refiriendo un núcleo común de protección de la familia que debe ser mantenido y que, de acuerdo con tal doctrina del TC, el TS alemán encuentra en relación con hijos dependientes, ancianos y enfermos, o por desempleo o necesidades de

¹⁸⁰⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibidem.*, pg. 41.

¹⁸⁰⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevas formas de familia: la respuesta legal, op. cit.*, pg.722.

atención médica de los miembros de la familia, lo que podrá darse también en el caso del matrimonio sin hijos.¹⁸¹⁰

La necesaria honra de la libertad individual que trae la acción divorcista produce, por tanto, el desacoplamiento 1) del plano personal humano, (*intuitu personae*, el cual debe ceder ante la libertad individual: no se obligará a nadie a querer, convivir o tener sexo con su cónyuge, y no se le obligará, en la crisis y tras la crisis, a cuidarle y tenerlo en su compañía aun cuando sea dependiente), y 2) del plano funcional público, (responsabilidad pública cuando cesa un oficio legal que está en curso, activado). La ruptura y punto final que se produce sobre el primer aspecto no impide la continuación del segundo como responsabilidad económica ante el contrato social, siempre que atienda a la capacidad material del obligado y no convierta en imposible el derecho personal. Esta continuación del oficio público transmutado en responsabilidad patrimonial pública es una relación vertical entre el divorciado capaz y el contrato social, siquiera refleje también en el recíproco dependiente.

1.2.5).- Contradicciones legales sobre matrimonio familia.- Resulta curioso que, paralelamente a la individualización jurídica del matrimonio civil, (inanidad de sacrificios según la EM de la Ley 15/2005)¹⁸¹¹, el legislador simultáneamente incrementa los deberes del *officium publicum*. Así los artículos 68 CC y 231-5-2 del CCC colocan también sobre los hombros de los cónyuges a los hijos no comunes y a los ascendientes del recíproco, (en concepto de gastos familiares), sin que, en caso de no existir hijos comunes, se afirme familia o parentesco ninguno entre tales personas y uno de los cónyuges. De este modo, 1) o se acepta que existe tal oficio legal interconyugal *ex* matrimonio el cual, puesto que preexiste, se extiende ahora a aquellos nuevos dependientes del recíproco y ahora también míos, o 2) será preciso crear un nuevo concepto de parentesco y familia que pueda

¹⁸¹⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *op. cit.*, pg. 1.531.

¹⁸¹¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pp. 1.482 - 1.483 y 1.484.

cubrir la relación de un cónyuge con estos no familiares, no parientes, (*¿pseudo status?*¹⁸¹²).

No sólo ello, la institucionalización de las uniones no matrimoniales las incorpora a una idea de estado civil que representa un movimiento 1) contradictorio respecto del aplicado sobre el matrimonio civil, 2) incongruente con el sentido de las mismas y 3) que no puede surgir ni sostenerse donde no existe vinculación jurídica de futuro, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ¹⁸¹³.

Puede decirse que ambas especies, viniendo una desde la nada y la otra desde una fuerte vinculación y estado familiar, se han cruzado en sus respectivas inercias, lo que no deja de producir perplejidad: la nota de estabilidad de la unión no matrimonial parece apuntar a situación o estado, y en toda escritura pública relativa a inmuebles urbanos se produce una suerte de declaración de estado, (“X, soltero, sin unión institucionalizada no matrimonialmente”, “Z, divorciado, unido institucional pero no matrimonialmente con S”, etc.) La ausencia de vínculo jurídico y su carácter de *factum*, (se extingue de hecho), convierten a la unión institucionalizada no matrimonialmente en inhábil para crear estado civil, lo que también habría de aplicarse al matrimonio civil actual asimilado a la misma, (inane jurídicamente), como señala RAMS ALBESA¹⁸¹⁴, y en esta suerte de estado civil inestable, uno jurídico y otro *de facto*, común a ambas figuras, se puede apreciar el entrecruzamiento producido por la falta de timón legislativo¹⁸¹⁵: se lleva a la unión institucionalizada no matrimonialmente más allá de lo que su concepto y teleología

¹⁸¹² DÍAZ-ALABART, S., *El pseudo status familiae...*, op. cit., pg. 856.

¹⁸¹³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pg. 41.

¹⁸¹⁴ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., op. cit., pp. 80 - 81, 95 y 115.

¹⁸¹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevas formas de familia: la respuesta legal*, op. cit., pg. 710.

determinan, se refrena y retrasa al matrimonio civil mucho más acá de lo que genéticamente habría de alcanzar en valor y efectos jurídicos.

No es menos contradictorio, como señala MATA DE ANTONIO, que se exijan a las uniones institucionalizadas no matrimoniales requisitos de estabilidad y afectividad, (que apuntan a estado y familia y no a libre decisión individual), que en absoluto son requeridos “para contraer matrimonio ni para su subsistencia”, o que se impongan constituciones heterónomas propias también del Derecho de familia, (por plazo o concurrencia de hijos), como señalan MATA DE ANTONIO¹⁸¹⁶ y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ¹⁸¹⁷. Si ello no honra a una idea familiar y no puede basarse en voluntad provoca paradojas en cascada: 1) si la constitución *ex lege* existiendo menores es *favor filii* no se comprende que no se halla llevado tal inteligencia heterónoma para tasar causas o durezas divorcistas; 2) si la constitución forzosa por plazo no habiendo hijos es protección pública de adultos no se entiende por qué se defiende la privatización del matrimonio civil como espacio donde, A) interconyugalmente no debe entrar la heteronomía pública, B) no puede sostenerse heterónomamente el vínculo cuando uno de los cónyuges se retira.¹⁸¹⁸

1.2.6).- Sobre el limpio abandono de oficios públicos familiares.- Puede considerarse, en cuanto a la existencia de oficio público conyugal, la diversa situación del oficio conyugal y del oficio de padre/legal cuando los hijos dejan de ser dependientes, (con ruptura de convivencia o no). Cuando el matrimonio sin hijos contempla la cesación de los

¹⁸¹⁶ MATA DE ANTONIO, J.M., *op. cit.*, pg. 186.

¹⁸¹⁷ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia....*, *op. cit.*, pg. 296; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia....*, *op. cit.*, pg. 44; ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 25.

¹⁸¹⁸ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 65 y pg. 67.

oficios públicos de padre/madre para las principalísimas tareas sociales de crianza y educación, la relación entre cónyuges e hijos comunes mayores de edad es también, (como la interconyugal), una relación entre adultos, personal pero no ya familiar, esto es, sin funciones familiares comprendidas.

Queda una obligación de alimentos, (artículo 143 CC), que demuestra cómo la desaparición de la función familiar personal, *intuitu personae* y omnicomprendiva, (las funciones personales exigen cercanía, contacto, convivencia o no pueden cumplirse), se convierte en otra cosa, en una obligación legal basada en un parentesco que se mantiene a distancia y sin contacto ninguno y que no se extingue ya nunca. También en el supuesto de privación de patria potestad se produce el fenómeno de extinguir la función familiar personal, (guarda y custodia, crianza y educación, que se arrebatan por mal desempeño y *favor filii*), pero sin que desaparezca la responsabilidad de la persona privada con el contrato social, (velar y alimentar, artículos 110 y 111 CC). Por su parte, la emancipación manifiesta en igual modo la extinción de la función familiar como tal y la aparición de otro tipo de obligación legal basada en parentesco, en tanto, a mi juicio, la patria potestad prorrogada o rehabilitada prolongan o reconstituyen la original y verdadera función familiar inicial.

Una idea individualista destruye las funciones familiares al no querer reconocer que va de suyo en la necesidad pública fundamental que aquí concurre un sacrificio de libertad personal. Así señala ROCA TRÍAS la idea del *irretrievable breakdown* del matrimonio y cómo la doctrina de los Derechos humanos obliga, en su opinión, a reformar el Derecho de Familia reforzando las libertades personales especialmente en el derecho a salir del grupo y el derecho a no seguir casado¹⁸¹⁹; VALPUESTA FERNÁNDEZ expone también cómo “Se acentúa pues el individualismo en las relaciones de pareja.”¹⁸²⁰ Pero no

¹⁸¹⁹ROCA TRÍAS, E., *La familia...*, *op. cit.*, pg. 91.

¹⁸²⁰ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pg. 83.

es posible una salida limpia e individualista de las relaciones familiares si precisamente están activadas funciones familiares. No otra cosa supone el artículo 92 CC: separación, nulidad y divorcio no eximen a los padres/madres de sus deberes para con los hijos.

Una salida limpia de los oficios públicos familiares se produce naturalmente en la relación paterno filial cuando cesa la dependencia, (mayor edad, emancipación, incapaz que se rehabilita), la sustitución en la delegación, (extinción por adopción posterior, art. 178.1 CC), o la eliminación de tal delegación, (anonimización ex 5.5 LTRHA o por el juego de los artículos 5.5, 6.1 y 8 LTRHA y artículos 6.1 y 11.4 letras a y b LTRHA). Ello debe afectar y afecta al plano vertical y triangular entre delegados y contrato social, y lo hace mediante las normas jurídicas generales oportunas. Por el contrario, el *irretrievable breakdown* que señala ROCA TRÍAS hace referencia a la perspectiva personal y horizontal entre cónyuges de persona a persona y no puede lanzar derivadas hacia la verticalidad pública. Esa ruptura limpia en el plano público y responsable sólo se producirá para cada uno de los cónyuges respecto del contrato social si, como dije, no quedan cuestiones de función y justicia social pendientes.

La libertad personal determina 1) que no sea posible obligar absoluta y específicamente a un cónyuge a convivir, querer y relacionarse con su recíproco mayor de edad y enfermo de Alzheimer¹⁸²¹, y 2) que no sea posible evitar que, mediante divorcio, eluda la delación tutelar legal que adivina próxima. Pero, como dije antes, y tipificó el Tribunal Supremo Alemán¹⁸²², salva la cuestión personal, queda todavía otra atinente a responsabilidades públicas que puede determinarle, (de acuerdo con su capacidad

¹⁸²¹ Todos los deberes conyugales, en cuanto horizontalmente prometidos son incoercibles, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia....*, op. cit., pg. 147).

¹⁸²² MARTINEZ VELENCOSO, L.M., op. cit., pg. 1.531.

económica), una obligación pecuniaria para reducir o mitigar un coste injusto socialmente por cuanto existe también una retribución social y jurídica sobre el matrimonio.

En este sentido PARRA LUCÁN cita cómo el ATC 100/1987 28 enero refiere que “en garantía de cualquiera de los cónyuges, (artículo 90 párrafo segundo del Código Civil), de los hijos o del interés familiar más necesitado de protección, (artículo 103 regla primera y tercera), la ley atribuye al juez que conoce de un proceso de separación, divorcio o nulidad matrimonial potestades de tutela relacionadas con determinados efectos de la crisis matrimonial que han de ejercitarse en defecto e incluso en lugar de las propuestas por los litigantes”.¹⁸²³

2).- FUNCIONALIDAD Y JUSTICIA SOCIAL

Funcionalidad pública y justicia social caminan unidas y son cuestión clave por cuanto permiten 1) en lo individual una apropiación pública de conductas y derechos privados incluso fundamentales, (oficios públicos familiares), y 2) en lo estructural la detección de esquemas que muestren aptitud suficiente para cumplir tales funciones, por tanto para juridificarlas en interés propio del contrato social y, a partir de este dato, efectuar retribuciones públicas y sociales por eficacia.

Esta inteligencia no es seguida por la nueva idea del matrimonio civil, que patrocina una ideología individualista que no permite argumentar funcionalidades en este punto ni, por ello, encontrar un basamento para el pacto de indisolubilidad en su derivada prosocial y no tan sólo en libertad religiosa. Pero la falta de timón y de una idea mínimamente constructiva lleva incongruentemente al legislador a mantener retribuciones sociales y jurídicas sobre el puro hecho de convivir, creyendo que la igualación de matrimonio y

¹⁸²³ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit. pg. 201.

unión no matrimonial es suficiente para que ello no sea injusto socialmente o discriminatorio cuando, en realidad, a la idea individualista y no vincular de la pareja sólo corresponde la protección de los Derechos fundamentales también individuales, en su caso, y nada más, (políticas asistenciales de infancia, políticas asistenciales para adultos). ROCA TRÍAS considera que las retribuciones de las uniones institucionalizadas, (matrimoniales o no), se fundan en el derecho del contrato social de exigir una forma determinada para dar una protección¹⁸²⁴, pero tal formalismo no puede legitimar que se ayude socialmente a unos sí, (institucionalizados), y a otros no, (no institucionalizados), cuando todos hacen lo mismo: convivir.

Por su parte PARRA LUCÁN señala que, a pesar de haberse observado “que el respeto a la libertad personal no exige atribuir a todas las alternativas las mismas consecuencias” y de que se ha sugerido la posibilidad para el Derecho de establecer un marco de certeza y seguridad para la familia nuclear estable como más eficaz “en el logro de la función social tradicionalmente atribuida a la familia, (señaladamente la procreación y educación de la prole)”, dice esta autora que “los datos legales, (atribución a las parejas de hecho de efectos análogos a los de los matrimonios, el divorcio libre, el matrimonio entre personas del mismo sexo), muestran, sin embargo, no sólo la falta de preferencia por un único modelo sino, además, la consagración de la tendencia a considerar las relaciones familiares al servicio de los intereses individuales de las personas y, en buena medida, sujetas a su voluntad.”¹⁸²⁵

Pero, esta misma autora no deja de notar que “la “institucionalización” de realidades de hecho no institucionalizadas hace que, a continuación, todas las parejas que no cumplan todos los requisitos... queden fuera de la protección legal que se dispensa a las “parejas legales” y considera igualmente discutible aplicar a las “verdaderas parejas de

¹⁸²⁴ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pp. 70 - 71.

¹⁸²⁵ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pp. 113 - 114.

hecho” las normas previstas para las “parejas legales” como injusto privarles de protección en ciertos casos.¹⁸²⁶

A mi juicio es preciso distinguir entre funcionalidad y elección personal, entre lo que corresponde al capítulo II (derechos y deberes de los ciudadanos), y al capítulo III, (principios rectores de la política social y económica), del título II de la CE, lo que pertenece al 10 CE y a las conductas individuales y lo que es organización y acción pública. En este último capítulo cabe hablar de justicia social y justicia retributiva. Desde el 10 CE sólo cabe al poder público la no injerencia, la protección, respeto y promoción en general y la creación y sostenimiento de espacios de libertad para la relación y la intimidad donde cada uno pueda desarrollar su libre personalidad.

En este sentido señala ESPEJO LERDO DE TEJADA que “las formas de convivencia son libres para cada persona, pero precisamente por eso, porque son libres, no hacen nacer en el individuo una pretensión de tratamiento igualitario respecto de las opciones diversas que eventualmente puedan ser tomadas por otros ciudadanos. En esta materia, como en tantas otras, el auténtico disfrute de la libertad tiene como coste autoasumido el de la desigualdad de efectos que la propia opción comporta respecto a los que se siguen de las opciones libremente tomadas por los demás ciudadanos. Nos parece evidente que se puede y se debe reclamar la libertad de opción y de actuación, pero es incoherente reclamar a la vez la igualdad de efectos de cualquiera que sea la opción libremente tomada.”¹⁸²⁷

La existencia de diferentes consecuencias jurídicas derivadas de elecciones de ética individual y moral subgrupar matrimonial, (familiares también), no significan, a mi juicio, sino el normal y lógico juego de la moral de encuentros y desencuentros, de mínimos y de máximos. Dos ciudadanos escogen diferentes planes de vida de acuerdo con sus propias

¹⁸²⁶ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pg. 114.

¹⁸²⁷ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1.473

éticas o morales subgrupales. Pueden escoger e implementar tales planes de vida porque ambos dos proyectos cumplen con la moral social de mínimos o moral de encuentro y con la funcionalidad mínima familiar señalada por el contrato social. Pero, a partir de esta intersección con la moral social y la funcionalidad mínima, cada uno de sus planes y cada una de sus éticas o morales puede separarse, alejarse, desencontrarse en los desarrollos y conclusiones particulares y minuciosas *ad infinitum*, máximamente.

Todas estas diferencias, (o diversidades, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ¹⁸²⁸), sólo habrán resultado del ejercicio de elecciones y decisiones personales, (10 CE), y, en este sentido, que unas elecciones tengan ciertas retribuciones sociales o reciban ciertas contemplaciones jurídicas o que otras no las alcancen, es el resultado de estas mismas elecciones individuales. Sólo cuando las retribuciones sociales no obedecen a razones funcionales y se efectúan concediendo o negando con base en las circunstancias señaladas en el art. 14 CE podremos hablar de injusticia y discriminación y no de libre elección del propio plan de vida.

2.1).- Discusión en términos de modelo.- A mi juicio ha de convenirse con MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que existe funcionalidad social en la convivencia en pareja en ciertas condiciones y que, por ello, el contrato social y su Derecho habrán de interesarse por tales circunstancias o esquemas, pues podrá encontrar en algunos de ellos la solución a una “función estratégica”¹⁸²⁹ del mismo. En tal caso, esa arquitectura concreta que porta en sí misma funcionalidad social es razón de la atención jurídica y de la retribución social sin que otros esquemas o hechos sociales puedan protestar discriminación.

¹⁸²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pg. 45.

¹⁸²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, op. cit., pg. 716.

En este sentido señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que se ha de enjuiciar “en primer lugar qué modelos precisan de una específica regulación (puede que no todos: sólo aquéllos que tengan una mínima funcionalidad social)”.¹⁸³⁰ Ello supone, continúa este autor, “argumentar en términos de modelo”, esto es, “tomar en consideración la mayor o menor eficacia o funcionalidad del modelo como tal, (matrimonio con sus diferentes “versiones” legales, uniones de hecho), y su mayor o menor proclividad a manifestaciones patológicas.”¹⁸³¹

Obsta a esta discusión de arquitecturas y funcionalidades que, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “La sociedad y el Derecho parecen carecer en muchos casos de una idea clara de cuál es la función social de la familia, (para qué sirve), y por tanto cómo ha de ser regulada”¹⁸³², o, en su caso, retribuida. En este sentido la combinación de las leyes 13 y 15/2005, de los matrimonios autonómicos y del individualismo jurídico que se quiere extraer de los Derechos fundamentales de los adultos, ocultan la función familiar bajo nociones puntuales de interés concreto o factor corrector, o bajo conceptos no vinculantes como el de afectividad.

Como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE, con ello¹⁸³³: 1) no hay modelos posibles sino la unidireccionalidad del respeto de Derechos fundamentales individualistas y la atención ocasional al interés del menor cuando se presente o la percusión momentánea de algún factor corrector, 2) se impide hablar de función social, y 3) no se justifica un Derecho de familia, unos impedimentos matrimoniales, una bigamia, un contenido necesario o

¹⁸³⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 44.

¹⁸³¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, pg. 704.

¹⁸³² MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibídem*, pg. 710.

¹⁸³³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibídem*, pg. 712.

bienes jurídico familiares penales, sino puras aplicaciones del Derecho de la persona *ex art.* 10 CE, libertad, intimidad y *privacy*.¹⁸³⁴

A mi juicio resulta innegable la existencia de una función familiar de absoluto interés para el contrato social, para la subsistencia del grupo, su estructura de producción de niños, crianza, educación, socialización, humanización, aseguramiento de empatía, y una función que realiza la familia en forma eficaz, barata y abierta a todos, masiva.¹⁸³⁵ Esta idea funcional conlleva aquella otra de sacrificio, estabilidad y fijeza, (oficio con pérdida de libertades), que conecta con la necesidad de vinculación jurídica, esto es, que no se rompan fácilmente¹⁸³⁶ y, así, con un asidero también funcional para los pactos de indisolubilidad y las modalizaciones de las rupturas matrimoniales.

No considera esta inteligencia funcional ni esta discusión en términos de modelo ROCA TRÍAS, quien cree que en aquella zona de fijeza o mínimos no se encontrarán funcionalidades sino, por el contrario y a su juicio, “prejuicios culturales o religiosos” y no “argumentos jurídicos”, y que su regulación es una competencia estatal que “con toda seguridad, elegirá reglas aceptadas socialmente desde hace muchos años...”, por lo que “la mayoría de los países occidentales presentan un contenido muy homologable...”¹⁸³⁷

No obstante, como dije antes, la cultura se elige y no admite enjuiciamiento, en tanto la funcionalidad admite ser construida y enjuiciada, está abierta a cualquier esquema que sea, precisamente, eficaz y solucionador y, en su inteligencia propia, conduce así mismo a la apreciación de graduaciones y resultados sin que nada de ello sea cultural ni prejuicioso.

¹⁸³⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibídem*, pg. 737.

¹⁸³⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibídem*, pg. 714.

¹⁸³⁶ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibídem*, pg. 716.

¹⁸³⁷ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas, op. cit.*, pg. 60.

2.2).- Política familiar y política social.- VALPUESTA FERNÁNDEZ se refiere a políticas públicas de protección de la familia de las que quedaría excluido un matrimonio sin hijos¹⁸³⁸, de acuerdo con la idea de GÓMEZ SÁNCHEZ de que familia es dependencia y no existe en tanto no aparece actualmente el dependiente¹⁸³⁹. Señala entonces VALPUESTA FERNÁNDEZ que la política pública familiar se habría de justificar en que las familias son prestadoras de asistencia social a miembros débiles, proporcionan cohesión social y se insertan en un sistema mixto funcional familia/Estado¹⁸⁴⁰, (lo que no deja, por el contrario, de producirse entre los mismos cónyuges cuando uno de ellos queda dependiente constante matrimonio).

Desde tal posición no habría de excluirse de la política familiar, (pensiones, permisos de trabajo, desgravaciones, etc.), a cualquier adulto que proporcione estable y probadamente asistencias a ciudadanos débiles aunque no sean sus hijos. Al negar familiaridad en el matrimonio *per se* y ligar política familiar a solución de dependencias, no es posible construir ninguna política social con base en la convivencia de ningún adulto, casado o no, sino que ha de predicarse para cualquiera que atienda “a miembros débiles” del contrato social. Por otra parte, al suprimir la naturaleza vincular del matrimonio, se ha aniquilado la funcionalidad estructural que justificó una política familiar sobre la base del matrimonio, (convivencia y reunión eficaz, estable y comprometida de dos adultos para solucionar dependencias de menores), sin que pueda ahora sostenerse la misma política sobre ninguna convivencia de pareja al faltar tal cimiento vincular, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ.¹⁸⁴¹ Esto es, ninguna unión matrimonial o no

¹⁸³⁸ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pg. 82.

¹⁸³⁹ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia...*, *op. cit.* pg. 220.

¹⁸⁴⁰ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pg. 88.

¹⁸⁴¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 45.

ofrece hoy mayores prendas o méritos para ser objeto de una política familiar que un soltero que atiende a un niño.

Con estas concepciones ya no hay familia y política familiar sino dependencia y política individual de dependencia, que, en el caso concreto de los menores, podrá llamarse dependencia por menor edad y política de infancia, pero no política familiar. Del hecho de existir un dependiente, (detección de un menor), surge la necesidad de una familia. Que, además, exista una familia que solucione aquella necesidad y que la solucione en un modo públicamente considerado funcional supone decisiones personales, compromisos recíprocos vinculantes, juicios y valoraciones que no son ya hechos y que no podrán resolverse sin examinar la realidad preexistente al surgimiento del dependiente. Confundir el hecho de surgir un dependiente necesitado con el hecho de surgir una familia supone otorgar la consideración de familia a cualquiera que sea la estructura en que aparezca insertado tal dependiente. Lo que equivale a no tener ninguna noción de ella.

Sin embargo, así lo sostiene ROCA, que considera que el matrimonio es tan sólo un centro de hechos humanos que coloca en tensión y riesgo la libertad y autonomía personal y los Derechos fundamentales de las personas, de modo que el Derecho ha de asegurar las libres decisiones, los libres acuerdos, (que, sin embargo, serán inejecutables, como señala ASÚA GONZÁLEZ¹⁸⁴²), la protección de la decisión de no continuar en el grupo y el respeto general de los derechos fundamentales de los implicados. “Esta delgada línea es la única que legitima a los poderes públicos a intervenir.”¹⁸⁴³

No hay por tanto ninguna función familiar ni ningún bien mediato que el contrato social espere obtener del matrimonio ni, por ello, oficio público conyugal, estado civil o

¹⁸⁴² “repárese en la evidente imposibilidad de constreñir al cumplimiento de los deberes que dibujan la institución, (excepción hecha, por supuesto, de la obligación de alimentos)”, ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 18).

¹⁸⁴³ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 71.

status familiae. Tan sólo se le observa como fuente de peligros para los derechos individuales. Sin embargo ROCA TRÍAS considera que su concepción permite afirmar que “quien debe prestar la protección pueda exigir una forma para acordar determinadas prestaciones, las que no tienen que ver con un estado social básico, lo que legitima que sea constitucional negarse a reconocer determinadas pensiones a quienes no han contraído matrimonio.”¹⁸⁴⁴ De este modo, la idea de matrimonio no familia no lleva a esta autora a negar la legitimidad social de las pensiones de viudedad, y ello no es exacto, pues no ha explicado dónde está el interés social que justifica tal retribución en una institución que, según defendió, carece de interés funcional familiar y sólo pertenece al Derecho de la persona. Señala un requisito formal para conceder ciertos efectos pero no ha dicho por qué, (con requisito o no), se han de ofrecer tales efectos.

ROCA TRÍAS salta del concepto “protección” al concepto “catálogo de prestaciones sociales” y en ese salto hay una ruptura y un cambio de plano ontológico que no pueden quedar inadvertidos. La protección estaba ligada por la propia ROCA TRÍAS a la defensa de la libertad individual, de la autonomía de voluntad y de los Derechos humanos entre los cónyuges y, en su caso, los dependientes de ellos. No hay sitio aquí sino para una labor de protección, garantía, articulación y ordenación de estos derechos. No, por tanto, para una acción retributiva en términos de justicia social. No cabe una actuación *ad extra*, hacia fuera del matrimonio afectando a terceros, (prestaciones sociales, laborales, sanitarias, tributarias etc.), sino que el argumento de ROCA TRÍAS sólo comprende la vigilancia de lo que ocurre internamente entre la pareja matrimonial o entre ésta y sus hijos con riesgo para sus derechos individuales.

Por otra parte, si la protección es una prestación, ésta no puede negarse a nadie, casado o no. La protección de las libertades personales y de los Derechos fundamentales

¹⁸⁴⁴ ROCA TRÍAS, E., *ibidem.*, pp. 70 - 71.

no puede condicionarse nunca a la condición de casado o a la de haber adoptado la forma especial exigida por quien proporciona tal protección. El contrato social contempla un lugar y una sede donde existen conflictos y riesgos típicos, (pareja y familia), de modo que produce una contemplación y una regulación para asegurar que en tales centros de riesgos intensos y típicos de los Derechos humanos exista preventivamente una solución anticipada al conflicto. Ello no es distinto ni menos peligroso para cualquier convivencia que se intente, pues la institucionalización en otra u forma o la no institucionalización no incrementan ni disminuyen las aperturas, las entregas, los contactos ni los riesgos.

Por otra parte, el mismo deber público tienen los poderes públicos para actuar y para evitar lesiones de Derechos fundamentales en todos los casos, de modo que 1) si la teleología es preventiva de violación de Derechos humanos y 2) sin la institucionalización y protección no es posible cabalmente defenderlos, 3) lo legítimo sería que el legislador obligara a institucionalizarse a todas las uniones afectivas como afectivas y a las solidarias como solidarias y que, incluso, vigilara y detectara, (para remediarla imperativamente), la falta de institucionalización de unas y otras. Ello representaría un coste y no un descargo público y social, un coste que se asumiría por ser irrenunciable la principalísima misión del contrato social de protección de los Derechos fundamentales y que no permitiría distinguos.

Con tal concepción la atención del contrato social sólo ocurre por existir una encrucijada de intensos contactos de Derechos fundamentales, de modo que el legislador sólo ha de preocuparse de sostener las “decisiones sobre las relaciones entre los componentes del grupo, con el reconocimiento de los acuerdos tomados en virtud del ejercicio de la autonomía de la voluntad y la protección de la decisión de no continuar formando parte del grupo”, con “los únicos límites del respeto a los derechos

fundamentales de los sujetos implicados”¹⁸⁴⁵. No caben, con este esquema, retribuciones de justicia social.

No existe, entonces, ningún agarradero del cual colgar una política pública familiar o social matrimonial afectante a terceros, (con derivadas sociales, laborales, sanitarias, tributarias, asistenciales y la de la propia pensión de viudedad). Con tal concepción el Derecho termina su labor asegurando la libertad y el respeto a los Derechos fundamentales para toda unión o convivencia que se produzca entre cualesquiera ciudadanos por cualquier consideración o razón, (afectiva, solidaria, amistosa, etc.), pero no se encuentra resquicio conceptual ni argumento ninguno para fundar una política de retribución en términos de justicia social.

ROCA TRÍAS contrapone una consideración grupal y una consideración individualista en las políticas públicas de familia como opciones que pueden tomar los ordenamientos jurídicos¹⁸⁴⁶ pero, a mi juicio, lo que debe destacarse es que una política pública sólo puede sostenerse con base en la idea de funcionalidad social de la estructura familiar, pues sólo existiendo tal utilidad puede retornarse una distribución de justicia social. En otro caso, si no existe funcionalidad y no puede discutirse en términos de modelo, ningún grupo es relevante a estos efectos y sólo es posible contemplar a un individuo en cuanto tal, simplemente como ciudadano individual; entonces, que conviva o que viva solo es *locus* o circunstancia pero no fundamento ni legitimación de nada.

2.3).- Funciones matrimoniales.- La existencia de unas funciones matrimoniales podría aclarar la existencia de una concepción en nuestro ordenamiento jurídico del matrimonio como matrimonio familia o como matrimonio no familia. La derivada hacia la concepción y crianza justifica, a mi juicio, tal concepto, pero introduce una nota de posibilidad o a futuro que determina dudas hasta que aparece el primer o hijo, para el caso

¹⁸⁴⁵ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 71.

¹⁸⁴⁶ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg. 68.

de matrimonios estériles o cuando los cónyuges no contemplan la reproducción. Por otra parte la derivada matrimonial hacia la reproducción, (pese a ser natural en concepto y estadísticamente), es eliminada por algunos autores por cuanto consideran que no es el matrimonio el único instrumento para cumplirlas, (GÓMEZ SÁNCHEZ, ROCA TRÍAS)¹⁸⁴⁷.

ASÚA GONZÁLEZ señala unas obligaciones personales al margen de terceros y de la prole, *intra e inter* conyugales, unos deberes que tienen “como único universo de referencia a la pareja”¹⁸⁴⁸, que, añadido yo, en cuanto deberes han de comportar vínculo jurídico y que permiten la construcción de un oficio público conyugal. Y también esta autora centra con toda exactitud el debate en este punto: “el debate jurídico sobre la pareja es autónomo y únicamente no debería serlo si las opciones legales respecto de la pareja perjudicaran - cosa que no parece que ocurra - la reproducción y la continuidad de la especie.”¹⁸⁴⁹

Ahora bien, entonces la posibilidad de encarar cómodamente este debate dislocando prole y pareja procede de un *status quo* arrastrado de épocas y Derechos anteriores, (valor prosocial del matrimonio vincular), que no ha sido suficientemente valorado en la reciente política legislativa. Así GARCÍA CANTERO refiere que se ha “echado por la borda por una alegre y sectaria decisión de un gobierno”... “una tradición jurídica española que ha pasado a formar parte del acervo de nuestro patrimonio espiritual y cultural”¹⁸⁵⁰ y MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ señala que “si la estructura de relaciones sexuales

¹⁸⁴⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y familia...*, *op. cit.*, pp. 211 y ss., ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, *op. cit.*, pg. 57.

¹⁸⁴⁸ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, pg. 10.

¹⁸⁴⁹ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *ibidem*, pg. 11.

¹⁸⁵⁰ GARCÍA CANTERO, G., *¿Qué queda del vigente...*, *op. cit.*, pg. 511.

en una sociedad fuera la inversa que la actual, (es decir, al 99% homosexual y el 1% restante heterosexual), esa sociedad duraría una generación”¹⁸⁵¹.

Rechazando cualquier concepción familiar en el matrimonio GÓMEZ SÁNCHEZ afirma que el matrimonio, “sencillamente, no es la vía para el nacimiento de la familia, que surge, como más adelante expondré, con la existencia de miembros dependientes”, y que “La constitucionalización del matrimonio es la admisión de un pacto voluntario específicamente configurado y su elevación a rango jurídico-constitucional. Se contempla, pues, una determinada forma de contrato, en lugar de reconocer en su caso un derecho genérico a la afectividad de los individuos y un derecho a regular y organizar en libertad sus relaciones personales.”; por ello considera un error el hecho de que no se regulara la afectividad general entre adultos y no sólo el *ius connubii*.¹⁸⁵²

En el mismo sentido, ROCA TRÍAS: ”aunque el matrimonio siga siendo el modo más habitual de formar una familia, ni debe identificarse con la propia familia ni sirve ya para las finalidades que históricamente se le atribuyeron. El matrimonio no puede tener la exclusividad para determinar los derechos y deberes de los convivientes, ni sirve ya para fijar las bases en la determinación de las relaciones paterno-filiales.”¹⁸⁵³ No obstante, ASÚA GONZÁLEZ subraya cómo la relación matrimonial “sí es tomada en cuenta a la hora de establecer filiaciones” en el sistema del Código Civil, aunque no pueda dar lugar a discriminaciones en el *status filiae*.¹⁸⁵⁴

Por último, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ manifestaba en el año 2007 cómo el matrimonio heterosexual sigue siendo dominante en nuestro país, (94%), cómo el matrimonio heterosexual es más estable que cualquier otra unión afectiva, (proporción de

¹⁸⁵¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pp. 37.

¹⁸⁵² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia...*, op. cit., pp. 211-212.

¹⁸⁵³ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas...*, op. cit., pg. 57.

¹⁸⁵⁴ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., op. cit., pg. 8.

cinco a uno), y más fecundo, de modo que mayoritariamente los niños siguen naciendo de matrimonios heterosexuales.¹⁸⁵⁵ Puede decirse, por ello, que la derivada reproductiva del matrimonio está fundada, se sostiene extrajurídicamente y tiene valor funcional y público, como señala RAMS ALBESA, “la preservación de la especie... pese a... el dato de la superpoblación... sigue siendo de interés general, sin que sean necesarias grandes previsiones para justificar tal interés, bastará con pensar en la estabilidad del sistema de seguridad social, en la renovación de puestos de trabajo...”¹⁸⁵⁶

No obstante, como digo, ahora hemos de examinar si existen funciones matrimoniales, más allá de reproducción y crianza, justificativas de la contemplación jurídica del matrimonio civil actual, de las retribuciones sociales que recibe y de la igualdad que en tales efectos han recibido las uniones no matrimoniales.

2.3.1).- Matrimonio unidad de consumo.- GÓMEZ SÁNCHEZ señalaba en el año 1992: “Si la gran mayoría de los ciudadanos de un país rompieran sus hábitos matrimoniales ¿perviviría la organización social dada? Seguramente no. El matrimonio en la actualidad crea todavía un grupo básico de consumo, vincula intereses, crea lazos económicos, aspectos todos ellos que suelen estar ausentes de otro tipo de relaciones afectivas no institucionalizadas si hacemos excepción de las llamadas uniones institucionalizadas no matrimonialmente cada día más parecidas a un matrimonio sin sanción legal.”... “El matrimonio como unidad de consumo es, con casi total seguridad, la figura que tiene presente el artículo 68 del Código Civil, cuando afirma la obligación de los cónyuges de vivir juntos. Sin duda, el matrimonio permite también que unos diez millones de mujeres en nuestro país vivan, mejor o peor, sin estar integradas en el censo de paro laboral”...”Pero todo ello no es manifestación de la libertad, ni de la igualdad, ni de la

¹⁸⁵⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, op. cit., pp. 39 - 40.

¹⁸⁵⁶ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., op. cit., pg. 97.

justicia. Son insuficiencias de la organización social. No debería, pues, el derecho a contraer matrimonio consolidar situaciones que deben ser erradicadas.”¹⁸⁵⁷

Aquí encontramos dos cosas. Por una parte cierto sesgo histórico en la condición de la mujer que se revela también en la referencia en el artículo 39 CE tan sólo a pruebas de paternidad o en las pensiones de viudedad, hoy cuestionadas como dije antes. No se niega este sesgo pero, en su caso, tal deslizamiento fue política de género y no política legislativa matrimonial: no es argumento a favor ni en contra del valor familiar *per se* del matrimonio.

Por otro lado, el valor económico del matrimonio como sujeto económico. La idea de esta autora no es asistencial sino puramente economicista, en términos de organización económica y no de justicia distributiva ni recíproca. Entiendo que tampoco se refiere a un aspecto traficario, publicista o de seguridad jurídica, sino tan sólo a que el consumo, (y la producción y circulación de riqueza que genera), tiene lugar en una concreta forma por la existencia, precisamente, de matrimonios. No obstante, un hecho económico no precisa tener un *nomen* o regulación jurídica: si la organización económica se basa en ciertas conjunciones de personas que consumen juntamente, para tal valor organizativo económico, (que es fáctico), tanto da que sean matrimonios, parejas institucionalizadas, compañeros de trabajo o repúblicas de estudiantes.

Quiero decir que, posiblemente, para la idea de unidad de consumo, (como para las apariencias y relevancias traficarias), seguramente tiene más importancia un concepto no jurídico ni afectivo sino geográfico o local: el de hogar como sede de una convivencia, de cualquier convivencia, afectiva, solidaria o amistosa. Y tampoco ello aporta ningún hecho diferencial ni ninguna función propia para el matrimonio o las uniones no matrimoniales. Congruentemente esta autora equipara en tal función economicista a matrimonio y unión

¹⁸⁵⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia...*, op. cit. pg. 214.

institucionalizada no matrimonialmente, pero, a mi juicio, si ésta es la tarea que desempeñan, no encuentro que proporcione sustancialidad para separar parejas estables institucionalizadas y matrimonios de cualesquiera otras parejas no institucionalizadas, no institucionalizables o convivencias sin noción de pareja o afectividad sexual. Esto es, desde aquí no podemos, a mi juicio, apoyar políticas sociales sobre la convivencia en pareja institucionalizada.

2.3.2).- Matrimonio apariencia.- Refiero aquí una función del matrimonio como creador de seguridad jurídica ante apariencias sociales en el plano patrimonial y personal. Así ROCA TRÍAS señala una seguridad adicional por el sistema especial de responsabilidad por las deudas de los cónyuges y por la detección de un responsable inmediatamente determinado en las responsabilidades con los hijos.¹⁸⁵⁸

Por su parte MATA DE ANTONIO señala en el mismo sentido “la necesidad de constatación del propio acto, la necesidad de cumplir con los requisitos de publicidad, seguridad y certeza inherentes al acto constitutivo de esa especial situación que dará lugar a tal cantidad de relaciones jurídicas... Y esa constitución del vínculo e incluso sus especiales formalismos, adquieren una importancia tal, que llegan a separarse del propio estado matrimonial que se crea, hasta tal punto que carece totalmente de interés real si con posterioridad se cumplen fielmente los iniciales propósitos y fines perseguidos con la voluntad creadora del estado. Y esto hace que ni el acto constitutivo del estado matrimonial precise de ningún tipo de confirmación o ratificación pasado el tiempo... ni tenga especial relevancia el hecho de que alguno o todos los fines perseguidos dejen de cumplirse, desaparezcan o, incluso, no existan nunca”.¹⁸⁵⁹

Ello supone que la convivencia afectiva crea un riesgo para la seguridad jurídica en relación con un sinnúmero de relaciones personales y patrimoniales y es este riesgo lo que

¹⁸⁵⁸ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 58.

¹⁸⁵⁹ MATA DE ANTONIO, J.M., op. cit., pg. 236.

justifica su contemplación pública. Aquí hay, sin embargo, un modo inverso de lógica pues más bien habría de afirmarse que el matrimonio soluciona el riesgo para la seguridad jurídica que supone la convivencia estable de dos personas y su repercusión sobre las relaciones patrimoniales y personales de los demás.

En un aspecto patrimonial cabe señalar el REM y la potestad económica familiar, los cuales tratan de resolver la incidencia de la relación de pareja sobre el tráfico económico. En un aspecto personal, conocer la condición de casado resulta relevante para, p.e., no iniciar una relación sentimental o conocer qué puedo esperar de ella para mis planes de vida y búsquedas de felicidad. Así la condición de casado forma parte de las circunstancias personales que los demás tienen derecho a conocer de mí mismo y que yo no habría de poder ocultar detrás de mi derecho fundamental de intimidad personal y familiar sin incurrir en abuso o mala fe en el ejercicio del mismo, lo que corresponde a una noción moderna del concepto de estado civil.

Pero, como digo, el matrimonio no sería el riesgo sino la solución y, en tal caso, si el contrato social está actuando para honrar tal interés general por la seguridad jurídica que ofrece la constitución de un matrimonio público, lo que debería hacer es ordenar una constitución imperativa de matrimonio para todo centro convivencial que tuviera tal potencia fáctica de afección sobre multiplicidad de relaciones jurídicas, negando el derecho a no institucionalizar la pareja cuando existiera el hecho puramente fáctico de la convivencia y sus riesgos de inseguridad jurídica para terceros.

2.3.3).- Matrimonio prevención.- Desde las posiciones del matrimonio libertad afectiva se justifica su regulación por ROCA TRÍAS en una función preventiva que coloca entre raíles ciertos unos espacios de relación humana de especial peligro para los Derechos humanos.¹⁸⁶⁰ No obstante, no hay aquí, entonces, hecho diferencial entre regulación

¹⁸⁶⁰ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 71.

preventiva protectora o garantista del matrimonio, de la unión institucionalizada no matrimonialmente o sobre los estatutos de cada universidad previendo un cauce humanitario para las novatadas. Y, por otro lado, si la pareja es, como hecho, lugar o posibilidad, tal centro dramático de riesgo para los Derechos humanos, (y lo es), no se comprende cómo el contrato social puede tolerar aquellos riesgos y peligros en la masa de relaciones que presentan las parejas no institucionalizadas y no institucionalizables, (afectivas), o en las solidarias y amistosas, las cuales permanecen en la vía de hecho sin ser controladas y garantizadas pese a producir y presentar los mismos peligros.

A mi juicio la idea y la inteligencia es la contraria: el matrimonio no es el peligro, (que existe en todos los casos), sino un intento de solución o mitigación al existir un vínculo jurídico que obliga, (con la juridicidad propia de lo personal, eso sí), a insertarse en conductas respetuosas y cooperativas con la maximización de los Derechos humanos de los contrayentes organizándolos como plan de vida y búsqueda de felicidad conjunta, y que sólo puede ser solución en cuanto exista tal vínculo y un guión público mínimo necesario.¹⁸⁶¹

En cualquier caso tampoco esta perspectiva proporciona especialidad funcional al matrimonio estatal o autonómico para justificar políticas de retribución social sobre los mismos.

2.3.4).- El artículo 1.320 CC.- Resulta difícil justificar desde las posiciones de matrimonio no familia la existencia del artículo 1320 CC. No es de extrañar, por ello, que desde la concepción del matrimonio no familia se defienda la necesidad de rebajar la protección de la vivienda familiar. Así VALPUESTA FERNÁNDEZ señala la doctrina del *Clean Brake*, una ruptura limpia no hipotecante para el futuro de los *ex* cónyuges que demandaría la necesidad de “aligerar la protección de la vivienda familiar”.¹⁸⁶²

¹⁸⁶¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pp. 1.482 - 1.483 y 1.484.

¹⁸⁶² VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pg. 84.

Este artículo se aplica al matrimonio *per se*, entre cónyuges, sin consideración ninguna a la existencia de prole y se predica para honrar un interés familiar. La literalidad del artículo se refiere a la “vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia”, pero la doctrina considera que aquí la existencia de un interés familiar no requiere la existencia de hijos, así HERRERO GARCÍA.¹⁸⁶³ Expresamente habla de “interés familiar” el artículo 231-9 CCC.

Esta norma es anti-intuitiva o contradictoria desde las inteligencias de matrimonio no familia que conducen a ideas de seguridad jurídica. Desde tal perspectiva se justificaba el matrimonio porque éste creaba unas apariencias de unidad, de ser dos en uno, que debían ser atendidas y solucionadas ante las repercusiones para terceros cuando se quisiera oponer que el acto del cónyuge recíproco es ajeno. Pero el artículo 1.320 CC sigue un esquema contrario, no se orienta en la dirección dos son uno sino, a la inversa, dos son uno y uno, o uno y otro, y aquí no es el matrimonio el que crea el problema, (sigue emitiendo la publicidad y apariencia dos son uno), sino la disposición legal que la rompe jurídicamente. Por ello, finalmente este artículo, (y los coincidentes en legislaciones forales sobre unión institucionalizada no matrimonial), terminan desactivando su poder y su teleología frente al tráfico jurídico, cediendo siempre frente al tercero de buena fe que recibe una simple manifestación¹⁸⁶⁴.

La inteligencia del 1.320 CC se aplica coincidentemente a las uniones institucionalizadas no matrimoniales también bajo bandera de interés familiar y

¹⁸⁶³ HERRERO GARCÍA, M.J., *Comentario al artículo 1.320 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pg. 588 - 589.

¹⁸⁶⁴ HERRERO GARCÍA señala también como el 1.320 CC hace claudicar su eficacia frente a un simple tercero civil de buena fe porque en otro caso la norma “sería inútil”, (o demasiado útil, pienso yo), y aunque de esta claudicación “derive un más limitado alcance del sentido protector de la norma”, (HERREROS GARCÍA, M.J., *op. cit.*, pg. 591).

actuando cuando no existen hijos, lo que habría de indicar, entonces, que los convivientes tienen *status familiae* y son familia, existiendo un oficio legal y una posición jurídica especial como conviviente institucionalizado.

No se justifica que esta protección se reserve para las uniones institucionalizadas matrimonial o no matrimonialmente y desde estas posiciones de matrimonio no familia debería solicitarse su extensión a cualquier unión convivencial solidaria o amistosa, pues estos convivientes padecerán en su derecho a la vivienda del mismo modo que los no propietarios en uniones institucionalizadas: están todos ellos igualmente desprotegidos por la ausencia de contrato de arrendamiento que es propia del carácter afectivo, solidario o amistoso de sus convivencias.

2.3.5).- Especialidad funcional del matrimonio vincular.- A mi juicio el matrimonio implica *per se* una relación familiar entre los cónyuges, *un status familiae* y un oficio público legal. Ello es, a la vez, la única explicación para la consideración jurídica del mismo. Sin referencia a concepción y crianza el matrimonio constituye, entre cónyuges, la solución a todos los problemas que apuntan las doctrinas de matrimonio no familia, y lo es tan sólo en tanto en cuanto el matrimonio incorpore vínculo jurídico y asuma frente al contrato social ciertas funciones públicas.

Todo ello crea, además, una leyenda que tiene fuerza psicológica y cultural para instalar los panoramas subjetivos de los contrayentes en un guión que enfrenta y soluciona los retos que la pareja y la convivencia sexual afectiva plantean a la sociedad en todos los órdenes: riesgo intensísimo para los Derechos humanos, solución por amor y sin coste social de dependencias y asistencias mutuas, seguridad jurídica por apariencia y comportamiento “dos son uno” y organización económica y consumista. Cuidar esta leyenda cultural y psicológica proporciona al contrato social la misma sostenibilidad que el mito del derecho subjetivo aportaba para el cumplimiento espontáneo de los negocios jurídicos sin esfuerzo público.

Sin vínculo jurídico y sin oficio público nada de ello es posible¹⁸⁶⁵ y es así la existencia de este vínculo lo que justifica y diferencia al matrimonio no sólo de las uniones no institucionalizadas, de las convivencias solidarias y amistosas no sexuales, sino también de las uniones institucionalizadas sin vinculación jurídica, las cuales, por esta falta de vinculación y por este carácter fáctico, no pueden sostener una noción de matrimonio familia y un valor público funcional¹⁸⁶⁶.

Aquella leyenda que emite un matrimonio jurídicamente vinculante tiene la misma realidad segundo genérica, (psicológica), que el cumplimiento voluntario y espontáneo de las obligaciones jurídicas o que la noción, (absurda y mágica), por la cual los ciudadanos creen que tener un derecho subjetivo es tener algo extrajudicialmente¹⁸⁶⁷. Sin el *tótem* y la magia que sostienen la eficacia extrajudicial del derecho subjetivo y del cumplimiento voluntario de obligaciones jurídicas, probablemente el coste social de mantener el Derecho sería insostenible. Del mismo modo, sin la idea de cierta magia vincular hacia el esfuerzo, seriedad y sacrificio en el matrimonio, el coste de las dependencias que recaen sobre la familia puede ser también insoportable.

Es a la destrucción de esta leyenda a la que se refiere ESPEJO LERDO DE TEJADA cuando denuncia cómo desde la EM de la Ley 15/2005 “la regulación insiste en la inanidad del vínculo matrimonial como institución de carácter obligatorio para las partes, eliminando así el claro valor social de los valores implícitos y explícitos que las

¹⁸⁶⁵ Es con base en la intensidad del vínculo que MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ propone *de lege ferenda* la introducción de un matrimonio alianza o *covenant marriage*, el cual ofrece un modelo familiar sociológico fuerte que puede soportar un denso conjunto de efectos legales colgados del mismo, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 45).

¹⁸⁶⁶ Estas uniones no miran al futuro, (como es propio de lo vincular), sino al pasado, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 41).

¹⁸⁶⁷ OLIVECRONA, K., *Law as fact*, 2ª edición, Steven and Sons, London, 1971, pg. 175; MONTORO BALLESTEROS, A., *op. cit.*, pg. 21, pg. 22 y pg. 26.

normas envían a la sociedad”, siendo así que, por el contrario, el matrimonio es “un cauce de autorrealización personal [que] no sólo no excluye sino que comporta que el sacrificio de la voluntad se deba necesariamente producir.”¹⁸⁶⁸

Este sacrificio requiere la existencia de un vínculo jurídico, de juridicidad y justicialidad siquiera consecuencial, so pena de convertirse, como sucede hoy, en fuente de posibles abusos y *mala fides* en el ejercicio cooperativo de Derechos fundamentales precisamente en una localización, (la matrimonial), que las doctrinas del matrimonio no familia consideran peligrosas sin proveer luego jurídicamente a su prevención.

Por otra parte, sin sacrificio no puede haber función. La función familiar se delega confiadamente por el contrato social en el amor humano por conocer que amor es precisamente sacrificio. Ahora bien, si jurídicamente no se honran y retribuyen mínimamente estos sacrificios y esfuerzos afirmando, por el contrario, la irrelevancia jurídica de los mismos, entonces el Derecho está remando precisamente en contra de la energía y de la corriente que quiere utilizar a su favor.

3).- AJUSTE ENTRE PADRES/MADRES, HIJOS Y SOCIEDAD.

La sede familiar determina una intersección entre Derechos fundamentales individuales específica y muy intensamente concernidos, necesidades fundamentales de ciertos sujetos tutelados desde la constitución, (artículos 39 y 49 CE), funciones públicas esencialísimas del contrato social, delegación de tales funciones sobre privados y, con ello, afección a libertades individuales de estos delegados difusos. Todo ello requiere una ponderación que comprende a diversas especies jurídicas, a una multiplicidad de personas heterogéneas incluso representando dobles papeles, (como privados y como delegados

¹⁸⁶⁸ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, op. cit., pp. 1.482 - 1.483 y 1.484.

públicos), y a una pluralidad de bienes, intereses y derechos privados y públicos. Todo ello precisa de un ajuste que conduzca a una solución integrada.

Este ajuste requiere un balance entre: 1) libertad afectiva, sexual, domiciliaria y personal del adulto, 2) Derechos humanos y fundamentales de los hijos, 3) función de preservación, (producción, crianza y socialización), del grupo para cumplir su misión instrumental de maximizar los Derechos humanos de todos, 4) igualdad entre los adultos implicados, esto es, que la solución de estas encrucijadas no resulte discriminatoria para ninguno de ellos ni impongan costes de oportunidad y daños injustos, 5) justicia social distributiva y retributiva en el reparto de las cargas individuales que suponen los descargos sociales sobre la familia.

3.1).- Igualdad intraconyugal.- El principio de igualdad vincula directamente *ex* 9.2 CE a cualquier juez que comprendiera no existir tal igualdad en el pacto capitular¹⁸⁶⁹, conceptos que no permiten aplicar una noción de libertad de pacto como la que rige en la autonomía patrimonial privada.

RAMÓN FERNÁNDEZ invoca el principio *standum est chartae* como nutriente del Cap. III de la Ley 2/2010 de 26 de Mayo del Gobierno de Aragón de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres, (ahora integrada en el CDFA), pero señala también cómo el pacto surtirá efectos sólo desde que sea aprobado por el Juez oído el Ministerio Fiscal, pudiendo ser extinguidos a iniciativa de éste. Así no basta aquí la igualdad por satisfacción acreedora propia de la conmutatividad patrimonial y del normativismo positivista *singularis*, (*chartae*, consentimiento formal): existen bienes

¹⁸⁶⁹ BAÑO LEÓN, J.M., *La igualdad como derecho subjetivo*, en Revista de Administración Pública, número 114, Septiembre-Diciembre 1987, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 179-195, en concreto pp. 190-191.

superiores a la voluntad de las partes que afectan a todos y exigen una igualdad sustancial que es moral¹⁸⁷⁰.

Por su parte el Libro II del CCC establece que los planes de parentalidad han de presentarse al Juez, que decidirá atendiendo de forma prioritaria al interés del menor, (artículo 233-8-3), pero no señala ningún factor limitante sobre la internormatividad conyugal. No obstante, considero muy improbable que baste con la mera reciprocidad de renunciaciones, exclusiones o limitaciones que prevé el 231-20-3 CCC para honrar al derecho, principio y valor constitucional normativo de igualdad interconyugal. El CCC intenta un individualismo jurídico que vuelve a la igualdad formal del liberalismo político, (se consintió y no cabe nada más), frente a la igualdad real e interdicción de empoderamientos fácticos que exige hoy este derecho. Señala así ROCA TRÍAS que “las partes de los pactos matrimoniales son mayores de edad y tienen la misma capacidad de negociación. Por tanto... no resulta lógico que se pongan límites a los pactos”, que gobernarán absolutamente entre cónyuges en cuanto no se afecten sus Derechos fundamentales¹⁸⁷¹.

No obstante, la igualdad es derecho fundamental¹⁸⁷² y constituye valor moral, de modo que la intervención judicial participa del mismo carácter garantista que señalé antes para los hijos¹⁸⁷³. No corresponde al cónyuge renunciar a su igualdad y apartar al Juez en

¹⁸⁷⁰RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *La igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Vol. 2, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2149 a 2167, en concreto pg. 2.160.

¹⁸⁷¹ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.*, pg. 67

¹⁸⁷² BAÑO LEÓN, J.M., *La igualdad como derecho subjetivo*, *op. cit.*, pp. 190-191.

¹⁸⁷³ No considera precisa esta función garantista RAMS ALBESA, (tuitiva dice este autor), considerando que los cónyuges eran libres e iguales al casarse y que el matrimonio no tiene por objeto transferencias patrimoniales ni de posiciones socio-económicas, (RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 114 -y 115).

mayor medida que en la renuncia o disposición voluntaria de cualquier otro Derecho fundamental. La propia ROCA TRÍAS consideró aplicable en Derecho catalán el art. 777.6 LEC que obligará al Juez a pronunciarse expresamente sobre el convenio, esto es, a efectuar algún tipo de control interconyugal e imponerse sobre las partes si estima que concurre perjuicio.¹⁸⁷⁴

En cuanto existieran menores, la igualdad entre adultos habrá de aplicarse también con valor no disponible¹⁸⁷⁵, al diseño de la relación paterno y materno filial *ante y post* divorcio, (en ello se funda la custodia compartida).

3.2).- Ajuste entre padres/madres e hijos.- La existencia de hijos exigirá otro ajuste entre los adultos padres/madres legales y los hijos, reto que computa Derechos fundamentales en ambas partes, pero que deshace tal empate a favor de los menores con un sesgo *favor filii ex 39 CE* y unas funciones públicas sólo en favor de ellos. Todo ello justifica la articulación de los intereses y funciones en juego en sentido claudicante para las libertades de los adultos.

RAMÓN FERNÁNDEZ señalaba cómo el Preámbulo de la Ley 2/2010 de 26 de Mayo del Gobierno de Aragón decía expresamente que “la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos”¹⁸⁷⁶. Crisis y ruptura son, por tanto, riesgos que obligan a excitarse a legislador y jurisdicción con mayor diligencia que la que resulta en una situación ordinaria de la limitada doctrina

¹⁸⁷⁴ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, en ABRIL CAMPOY, J.M., AMAT LLARI, M.E., *Homenaje al profesor Puig Ferriol, Tomo II*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia - 2006, pp. 2107 - 2140, en concreto pg. 2115.

¹⁸⁷⁵ En este sentido RAMÓN FERNÁNDEZ señala cómo esta igualdad es un valor que la Ley fuerza a existir en la ruptura y en los pactos ante ruptura, afirmándolo desde la rúbrica de la Ley 2/2010 de 26 de Mayo del Gobierno de Aragón como Ley “de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres”, (RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *op. cit.*, pg. 2150).

¹⁸⁷⁶ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *ibídem*, pg. 2158,

de la privación de la patria potestad. Es, entonces, antitético esconder a los hijos en la decisión divorcista y volver a hacerlos aparecer, (“birli-birloque” y protestando *favor filii* y mayor diligencia en el oficio), cuando la decisión ya se ha tomado sin contar con ellos.¹⁸⁷⁷ Este preámbulo desautoriza también el argumento de no ser congruente que los padres puedan pactar la llevanza de los hijos sin *placet* judicial antes del divorcio y que, sin embargo, no puedan convenirla igualmente luego: crisis es riesgo y refuerza la diligencia y competencias de todos, (en contra PARRA LUCÁN).¹⁸⁷⁸

La articulación entre libertades del adulto, necesidades del niño y funciones públicas es cuestión de intensidades y de coyuntura. Resulta exorbitante una ejecución específica sobre la libertad afectiva y sexual que mantuviera vínculo, convivencia y deberes matrimoniales *intuitu personae*. Pero si se han de honrar aquellos sesgos y funciones no sería inconcebible, (resaltando el concepto geográfico o *locus* del hogar), mantener el vínculo como familiar no como sentimental y sexual sino sosteniendo el hogar como una comunidad convivencial mínima y un centro geográfico necesario en interés de los hijos hasta que éstos hayan alcanzado el desarrollo suficiente para asegurar su progreso personal y las funcionales sociales que allí se encarnan, con base en una idea de respeto mutuo, heroica en algún caso, necesaria en otros por sostenibilidad económica.

En este punto señala GARCÍA CANTERO cómo el divorcio y su separación geográfica de hogares han fracasado por cuanto “no ha conseguido... que se asegure la protección de las personas más vulnerables de la familia; porque la *one-parent family*, secuela ineludible del divorcio, representa un núcleo familiar incompleto cuyo *standard of life* se ha reducido notablemente después de la ruptura, y muchas veces precisa de asistencia pública”¹⁸⁷⁹, lo que introduce, (como el fondo de garantía de pensiones del D.A.

¹⁸⁷⁷ GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, op. cit., pg. 191 y 196.

¹⁸⁷⁸ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 158.

¹⁸⁷⁹ GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, op. cit., pg. 198.

primera de la Ley 15/2005), un problema de justicia social y de indebida financiación de decisiones privadas. Si la decisión es individualísima y no hay motivos públicos que oponer no se comprende por qué luego esta deriva general sobre justicia distributiva. No se trata de que divorciarse sea un derecho de ricos, esta consideración y la individualista adolecen igualmente de enfocarse sólo sobre los intereses de los adultos: la cuestión es atender efectivamente al interés de los hijos.

El mantenimiento geográfico de un hogar como familiar no niega la libertad sexual y afectiva de los padres y esposos pero sí que éstas fueran absolutas para romper, (sí o sí, sin más en cuanto a tal efecto quebrador, por muchas medidas paliativas pre y *post* divorcio que se tomen), la unidad de convivencia, el hogar y la fuerza atractiva hacia el mismo que determina la existencia de hijos menores, imponiendo un condicionamiento geográfico sobre las mismas: habrán de ejercerse fuera de este centro familiar que se obliga a mantener en una convivencia heroica entre los progenitores o padres/madres legales. Se sustituirá amor y sexo por respeto mutuo en interés de los hijos y el programa de derechos y deberes matrimoniales por aquellos propios de una convivencia en común y *favor filii*.

Ello es algo no tan extraño o lejano si se considera 1) la extrañísima *constitutio ex imperium favor filii* de unión afectiva institucionalizada jurídicamente, (pero sin constituir matrimonio), entre dos personas cuya voluntad, (tan personalísima en sede afectiva¹⁸⁸⁰), no consta¹⁸⁸¹, o 2) si se considera lo que puede plantear ya, (ahora mismo), la custodia compartida prevista por el anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad

¹⁸⁸⁰ Como libertad afectiva considera GÓMEZ SÁNCHEZ a matrimonio y a uniones institucionalizadas no matrimonialmente, (GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y familia... op. cit.*, pg. 212).

¹⁸⁸¹ Ello pone en crisis el derecho a no ser institucionalizado como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en *A cada uno su familia...*, *op. cit.*, pg. 44 y en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, 4ª edición*, Editorial Colex, Majadahonda, Madrid - 2013, pg. 296.

parental en caso de nulidad, separación o divorcio, (aprobado por el Gobierno en Julio de 2013)¹⁸⁸², y si se aprecia que cualquier tipo de situación *post* divorcio en matrimonio con hijos exige colaboración y respeto mutuo para poder cumplir los oficios públicos paterno y materno.

Me parecen ejemplificativas las siguientes palabras de VALPUESTA FERNÁNDEZ: “...esta libertad de decidir que facilita el divorcio también debe tener su reflejo en la regulación de sus consecuencias, pues éstas no pueden ser tan gravosas que limiten la autonomía de decisión y el desenvolvimiento futuro de las personas tras la crisis, sobre todo en lo que respecta a la constitución de nuevas parejas, que ese pueden ver hipotecadas por unas excesivas responsabilidades patrimoniales.” Nada de ello se conviene con la radicalidad del art. 92 CC y este texto participa de este carácter quimérico o soñador con que se trata de arbitrar una libertad individualista que, existiendo hijos, no es conforme con el resto del ordenamiento jurídico, (pese al desprecio de la Ley 15/2005 del interés de éstos en la acción divorcista¹⁸⁸³), y humanamente resulta irreal o ingenua.

En este sentido señala RAMÓN FERNÁNDEZ cómo “El régimen que propone la Ley aragonesa de ser la custodia compartida el preferente en los casos de falta de acuerdo es arriesgado, pero debemos verlo bajo el prisma de lo que se persigue es el interés de los hijos y promover la igualdad entre los padres, es decir, las diferencias entre los progenitores deben quedar atrás en pro del bien del menor”.¹⁸⁸⁴

Dada la intersubjetividad y multiafectación de Derechos fundamentales en esta encrucijada la insostenibilidad sería innegable cuando está en riesgo la vida o integridad física de la madre y esposa por violencia machista o maltrato, lo que se prevé así tanto en la

¹⁸⁸² vide *El CGPJ rechaza la custodia compartida si no la piden los padres*, La Vanguardia, 17, de Septiembre de 2013, pg. 28.

¹⁸⁸³ GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España...*, op. cit., pg. 191 y 196

¹⁸⁸⁴ RAMÓN FERNÁNDEZ, F., op. cit., pg. 2155.

norma aragonesa como en el Anteproyecto referido. En estos supuestos lo que se echa de menos es la inexistencia de una pena accesoria de disolución del vínculo aun sin voluntad de la víctima, especialmente cuando éste queda destrozado por las también accesorias del artículo 39 CP letras f, g y h, (pudiendo salvarse los derechos matrimoniales del cónyuge víctima *ex* artículo 46 CP).

Por otra parte, si bien se ha eliminado toda tasación y dureza en el divorcio, (ni siquiera *favor filii*), no puede negarse que se ha introducido también una mediación proponible por el Juez, (233-3-6 CCC, 4 Ley 2/2010 de Aragón, 78 CDFA, 443.3 LEC), la cual puede suspender cualquier procedimiento matrimonial. Si bien la mediación es voluntaria y el desistimiento no puede perjudicar, ello abre una posibilidad que contradice el automatismo del derecho a no seguir casado como derecho subjetivo individualista, el cual no admitiría un pacto matrimonial que obligara a acudir a una mediación prelitigiosa.

Una mediación prepactada y obligatoria representaría la recuperación de cierta dureza, (condicionalidad y plazo cuando menos), sobre el derecho a no seguir casado, salvo que se considere no poder plantearse ninguna posibilidad en tal sentido en la propia mediación, lo que será difícilmente evitable si uno de los cónyuges no quiere divorciarse, por una parte, y, por otro lado demostraría otra vez el trasfondo ideológico en la sacralización del individualismo divorcista.

No obstante, la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles no acaba de ser clara en cuanto a la obligatoriedad de este pacto de mediación antecedente al ejercicio judicial. Por una parte dice que “la mediación es voluntaria”, (6.1), pero, por otro lado, añade inmediatamente que con pacto previo por escrito que la imponga “se deberá intentar... de buena fe”, lo que parece validar su obligatoriedad y eficacia específica sobre el derecho automático divorcista. Ese intento vincula aunque “la controversia verse sobre la validez o existencia del contrato en el que conste” y se antepone sobre cualquier posibilidad de “acudir a la jurisdicción o a otra solución extrajudicial”, (artículo 6.2).

Pero, en un nuevo rizo, el artículo 6.3 señala que “Nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo”, lo que convierte a esta obligación en un mero acto protocolario y formal que puede cumplirse sin ninguna intención seria de aceptar la eventualidad de un entendimiento sustancial: ello es absolutamente contrario a la exigencia de buena fe en el intento que señala el propio artículo 6.2 de esta Ley y debería, entonces, estimarse que la buena fe rige para iniciar, seguir y terminar la mediación.

3.3).- Voluntad y responsabilidad en la filiación. CARRASCO PERERA

planteaba una idea sustitutoria o sucesiva para el caso de adopción de los hijos del cónyuge, entendiendo que el divorcio debería llevar aparejada la extinción de la relación parental adoptiva, la recuperación de la plena libertad individual del *ex* cónyuge que adoptó y la posibilidad de reconstituir familia con un nuevo cónyuge,¹⁸⁸⁵ señalando también

¹⁸⁸⁵ CARRASCO PERERA, E., en Actualidad Jurídica Aranzadi, citado por MUÑOZ DE DIOS, (MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L., *¿Debería ser revocable la adopción por divorcio de los padres?*, La Notaría, Número 33, Septiembre 2006, Colegio Notarial de Catalunya, Barcelona-2006, pp. 87-90, en concreto pg. 87), y TAMAYO HAYA, S., (TAMAYO HAYA, S., *El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas*, editorial Reus, S.A., Madrid - 2008, pg. 167). Ello resulta contrario al principio *semel pater semper pater* que exige la mayor protección del menor, (salvo perjuicio al niño), la justicia social, (que no se cumplirá si no se afirma la seriedad e irrevocabilidad, en principio, de los oficios públicos), y la existencia de relaciones, entregas y costes de oportunidad en todos los sentidos. Plantearía ello, incluso, el divorcio del hijo respecto de sus padres. En contra de esta permanencia del oficio de padre legal se ha manifestado, sorprendentemente a mi juicio, la fascinación tecnológica por las nuevas posibilidades de señalar un genitor biológico. Así en Noruega, donde se ha sacralizado la paternidad biológica con las nuevas pruebas de ADN, incluso reabriendo paternidades legales establecidas décadas atrás con procedimientos científicos que han demostrado ahora fallar en un tercio de los casos, (LØDRUP, P., *Changing Paternity*, en International Sourvey of Family Law, ed. Family Law of Jordan Publishing, Bristol - 2007, pp. 321 -327, en concreto pg. 324), y condenando al padre legal finalmente no biológico a perder todos sus derechos respecto del niño y viceversa, (piénsese en el padre legal no biológico con 80 años que cuidó amorosamente de su hijo y éste abre ahora el *re-opening* para librarse de sus deberes recíprocos), (LØDRUP, P., *Challenges to an Established Paternity - Radical Changes*

PARRA LUCÁN “el carácter ficticio de la filiación adoptiva una vez rota la relación de pareja del adoptante con el progenitor.”¹⁸⁸⁶

Sin perjuicio de señalar que tal solución apuntaría a una noción de paternidad como padrinazgo¹⁸⁸⁷, de tomar en cuenta los derechos de visita que pudieran asistir a los menores¹⁸⁸⁸ y de que vuelve a rebajar, (como eterna Cenicienta), a la filiación adoptiva respecto de la biológica, ello puede llevarnos a replantear la relación general entre justicia

in Norwegian Law, en *International Sourvey of Family Law*, ed. Family Law of Jordan Publishing, Bristol - 2003, pp. 353 -362, en concreto pg. 359). Así todos los progenitores no determinados por ADN son potencialmente padres *ex voluntate* claudicantes, especialmente si se considera que el *re-opening* puede ser instado incluso por *third party* y que 109 casos contra 20 fueron instados por el propio padre legal, (LØDRUP, P., *Changing Paternity*, *op. cit.*, pg. 24). A mi juicio el *best interest of child* no está en la sangre ni en el ADN sino en el amor familiar; humanamente “No es la carne y la sangre, sino el corazón, lo que nos hace padres e hijos”, (SCHILLER), y es en tal sentido que se orienta también la doctrina de posesión de estado. La pura tecnología no habría de alterar esta consideración.

¹⁸⁸⁶ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pp. 110 - 111.

¹⁸⁸⁷ Esta paternidad de quita y pon reúne a los nuevos terceros que aparecen en torno al niño creando conceptos aproximativos a los de paternidad/maternidad que señala TAMAYO HAYA: padrastros, padrinos, *near-parents*, *cuasi* padres, (TAMAYO HAYA, S., *De la Paternidad Biológica a la Paternidad Social*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés Vol. 2, 2011*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, en concreto pp. 2257 - 2559); DÍAZ ALABART se refiere a la existencia de *pseudo status familiae* en el caso de los padrastros, (DÍAZ ALABART, S., *El pseudo “estatus familiae” en el Código Civil. Una nueva relación familiar*, *Revista de Derecho privado*, ed. EDERSA, número 76, mes 10, 1992, Madrid - 1992, pp. 839 – 856, en concreto pg. 856).

¹⁸⁸⁸ Sin relación de filiación se otorgaron derechos de visita, por la presencia en la historia vital del niño, a la gestante en el caso *Baby M* en USA, (TOVAR, P., *Procreación o Adopción, encrucijadas entre el género, el poder y el parentesco*, *Revista Colombiana de Antropología*, N°. 34, Enero-Diciembre, 1998, Instituto Colombiano de Antropología e Historia - 1998, pp. 97-123, en concreto pg. 108). En nuestro Derecho TAMAYO HAYA encuentra lugar a estos derechos en la expresión “allegados” del 160 CC, (TAMAYO HAYA, S., *op. cit.*, pg. 2583).

social, protección del menor, familia y libertad individual a la luz de filiaciones *ex voluntate* y bajo el principio *ubi libertas ibi onus*.

Señala TAMAYO HAYA: “¿Podría ser la causalidad en el derecho de filiación el deseo más que el engendramiento?”¹⁸⁸⁹. Lo que yo recojo pero añadiendo: si la causa es el deseo de un individuo, (*ex voluntate*), adjúntese a tal libertad la oportuna responsabilidad e infórmese al sujeto volitivo, antes de desear, que aquello que anhela puede efectivamente serle concedido con todas sus consecuencias. Los humanos olvidamos muchas veces que el problema de que te concedan tu deseo es que precisamente te han concedido tu deseo.

La concepción de filiaciones *ex voluntate* han podido subrayar, en forma errónea, una nota de involuntariedad en la filiación biológica que no es cierta, por cuanto, cuando menos, todo matrimonio que no excluye el fin reproductivo arroja intención, voluntariedad y convención sobre la aparición natural de prole. No obstante, al desligar matrimonio y familia¹⁸⁹⁰, el alumbramiento como puro hecho aparece como el detonante de la situación familiar, ocultando la decisión, plan o ejercicio conjunto de libertades cooperativas previo, (matrimonio, fundar familia).

Se aherroja sobre tal alumbramiento 1) la protección del niño bajo el principio “dos mejor que uno”¹⁸⁹¹, y 2) el ahorro de costes y justicia social bajo el principio “quien hace el niño paga”, (no quien quiere el niño), lo que comprende biológicamente también dos responsables naturales frente al contrato social, (en último término económicos, artículos 110 y 111 CC, para los que son también dos mejor que uno).

¹⁸⁸⁹ TAMAYO HAYA, S., *ibidem*, pg. 2583.

¹⁸⁹⁰ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Matrimonio y Familia...*, *op. cit.* pg. 220

¹⁸⁹¹ GARCÍA CANTERO, G., *La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida*, en *Derecho, Procreación y Ética*, Cuadernos de Bioética Vol. 10, Nº 39, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, Madrid - 1999, pp. 478 - 494, en concreto pg. 479.

Ello oscurece la voluntariedad con que dos personas comenzaron un proyecto familiar, (derecho fundamental cooperativo de fundar familia), que podría comprender intencionalmente uno, dos, siete o todos los hijos que vengan y que nada tiene que ver con generarse un niño por violación, engaño, o fallo anticonceptivo cuando no se quería tenerlo en absoluto, (responsabilidad social objetiva en el oficio público).

Cuando existe elemento voluntario en la procreación biológica, ese añadido intencional permite apreciar no sólo la responsabilidad pública sino también una responsabilidad interpersonal entre quienes convinieron personalmente tal ejercicio cooperativo, (coprogenitores), y apunta también a una responsabilidad adicional padres/hijos, (selección de sexo, terapias génicas, familia homosexual, monoparental o monomarental), siquiera en algunos casos esta responsabilidad es neutralizada por el legislador al haber creado un derecho subjetivo individual *ex lege*, (familia monomarental *ex* 5.1 LTRHA), que expropia los derechos del hijo.

Al quedar enterrado el origen negocial de la paternidad biológica bajo el hecho genético y la objetividad con que liga el oficio público sobre el mismo el contrato social, no se plantean aquí los problemas de revocación o reversibilidad que aparecen en la adopción, ni tampoco sus controles, (que JARUFRE CONTRERAS reclama también para la filiación *ex* LTRHA.)¹⁸⁹².

En cuanto a lo primero, la misma irreversibilidad debe existir en toda voluntad de tomar para uno mismo el oficio público materno/paterno, ya sea que esa función delegada se vaya a ejercer sobre un hijo genético o no, ya exista el niño antes de la manifestación de voluntad, (adopción, reconocimiento), o sea que haya aparecido irrevocablemente el niño tras aquella manifestación, (TRHA). En otro caso, si el actor adulto quería guardarse tal

¹⁸⁹² JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.* pp. 526 - 527; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pp. 91-92.

carta de reversibilidad, el consentimiento informado debió llevarle a limitarse a intentar un acogimiento familiar o un padrinazgo.

Es cierto, sin embargo, que no puede controlarse esta voluntariedad en la filiación biológica, (idoneidad), y que en ella sólo puede actuarse un control *ex post* mediante privación de patria potestad so pena de graves constricciones de libertad e intimidad personal, igualando la procreación biológica voluntaria y la involuntaria. El hecho de que tal seguimiento llegue siempre tarde determina adicionalmente que sea *favor filii*, (por existir una historia vital y sentimental del niño con sus padres), no imponer aquella privación sino cuando exista una disfuncionalidad manifiesta y grave en el ejercicio de la guarda y crianza, (artículo 170 CC), y que ello no pueda tener carácter sancionador sino tuitivo para el menor, si bien no debe exagerarse el principio de continuidad familiar hasta convertirlo en un beneficio del padre o madre legal¹⁸⁹³.

3.4).- Consentimiento informado paterno/materno.- Paliando la imposibilidad de un control *ex ante* de la procreación biológica y en todos los casos en que existe voluntariedad en la fundación de familia, (al menos en el supuesto matrimonial cuando éste no excluye la procreación), habría de procurarse un consentimiento informado a la hora de ejercer voluntaria e intencionalmente los adultos tal derecho, con la advertencia a aquellos fundadores que su libre decisión conllevará, en su caso, ciertas modalizaciones de su libérrima individualidad de acuerdo con los pliegos de condiciones que representan los

¹⁸⁹³ La excepcionalidad del instituto, la previsión de privación parcial y flexibilidad en el mismo y la propia previsión de la recuperación de la patria potestad abonan un principio que nunca ha de interpretarse como protector del derecho del padre/madre legal a la crianza, sino siempre en pro del menor, (ABAD ARENAS, E., *Notas sobre la Privación de la Patria Potestad en el Derecho Común*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Vol. 1, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pg. 25 -41, en concreto pp. 25-26, -29-30 y 39-41)

artículos 66 a 68 y 154 y ss. CC, afectando a sus libertades individualistas, específicamente la divorcista.

Quienes no están dispuestos a arrostrar la constricción de libertad personal que supone la paternidad/maternidad no habrían de ser admitidos como padres/madres legales intencionales. De este modo o bien incluyen informadamente la previsión de prole en su negocio matrimonial aceptando ciertas limitaciones de libertades individuales divorcistas, (tasaciones, durezas, mantenimientos de la sede familiar aun recuperando sus libertades personales y sexuales en lo demás), o bien excluyen expresamente tal finalidad procreativa; si luego de hecho pudieran llegar a tener hijos matrimoniales nos encontraríamos, evidentemente, en la misma situación que ante una procreación biológica involuntaria, pero no existiría el desvalor y la injusticia que sucede cuando se deshonra un ejercicio cooperativo intencionalmente construido ante el recíproco y ante la sociedad.

Ello supone un aviso e informa un consentimiento responsable que iría en contra de la ideología actual de la Ley 15/2005 de 18 de Julio. Si esta norma dice hoy “el matrimonio no perjudica la libertad individual de los cónyuges”, a mi juicio habría mejor de decir: “el matrimonio puede perjudicar la libertad individual de los contrayentes” y, sobre todo, “el matrimonio procreativo perjudica seriamente la libertad individual de los contrayentes”, explicando en qué sentido y con qué consecuencias y solicitando de los contrayentes que se pronunciaran en este punto.

Ello resulta ajustado a la libertad individual por cuanto se estarían ofreciendo a los individuos las reglas concretas para ejercerla responsablemente, sea que quieran intentar un ejercicio cooperativo, intersubjetivo y multiafectante de fundación de familia matrimonial procreativa o sea que, en consideración de todo el paquete, excluyan tal finalidad de su unión, aunque, como digo, el matrimonio procreativo no tuviera ni adoptara luego hijos o el no procreativo los alumbrara.

La libertad individual se trasladaría así al momento negocial matrimonial y daría a la reproducción biológica también una nota *ex voluntate* que es propia de la cooperación y colaboración de dos personas que exige. Si con posterioridad hubiera de recordarse a alguno de los contrayentes su pliego de obligaciones, en tal caso no se estaría honrando el pacto capitular como sujeción a una voluntad autónoma, sino que cualquier sujeción tendría origen público en la función familiar que verticalmente convocó cada contrayente respecto del contrato social, con un compromiso unipersonal y directo de cada uno de ellos separadamente con el poder público. De este modo la instrucción de las partes negociales en orden a la mejor información de su consentimiento preadvierde ya de que están ejerciendo su libertad en una dirección que crea oficios públicos necesarios y limitantes de las libertades individuales, incluso de la libertad divorcista.

Adicionalmente ello permitiría ligar a esa libertad, (puesto que se ejerce cooperativamente), una derivada de responsabilidad interconyugal cuando exista un desempeño injusto o abusivo. Ello tampoco es responsabilidad *ex conventione* sino afección o lesión a Derechos fundamentales del recíproco que se arriesgaron cooperativamente, esto es, procede verticalmente del *alterum non laedere* como protocolo o modo de desempeño en el ejercicio de mis Derechos fundamentales, pero no del contenido del pacto concluido, (no es fuerza convencional).

En tal caso rescataríamos de la zona gris de presuposiciones, mal entendidos y medias verdades, de abusos, injusticias e imposición de costes de oportunidad irrecuperables, las auténticas composiciones psicológicas y planes de vida de los contrayentes, de modo que pudieran decidir informadamente, (con revelación de las intenciones, propósitos y proyectos del recíproco), si tal persona, (aunque enamorada y amada), puede ser cimiento para fundar una familia o ha de esperarse tan sólo de ella una relación sentimental, si puedo esperar una entrega recíproca semejante a la que yo mismo atrevo o si debo tan sólo disfrutar del momento.

Ello ahorra costes de oportunidad, abusos e injusticias mutuamente infligidas entre los contrayentes y conseguirá mayor funcionalidad para el desempeño de los oficios públicos paternos y maternos legales. Si, ofrecido este instrumento, las personas siguen casándose a ciegas, (del mismo modo que muchas veces no goza en proponer la separación de bienes aquél a quien convendría en los territorios de sociedad conyugal), la reparación de tales injusticias quedará a la bondad del recíproco o a la apreciación de unos tribunales que, en sede de cláusulas penales sobre deberes morales, señala PARRA LUCÁN que se han mostrado muy restrictivos.¹⁸⁹⁴

3.5).- Inocencia de los hijos y egoísmo de los padres. Quizás olvidamos también hoy que los hijos no se han autoconvocado a esta vida. Afirmamos la condicionalidad de la libertad humana, pero la causa primera, la circunstancia de todas las circunstancias es para los hijos un acto involuntario que les viene impuesto por sus genitores. Todo esto resuena en los debates sobre clonación, selección de hijos por aborto, terapias y selección génica, selección de sexo, etc., pero ¿no hay cierta impiedad en no admitir nunca en estas colisiones de derechos adultos/menores el dato cierto de que sólo hay actos propios, (salvo violación), de parte de los genitores o padres/madres legales? Tener un hijo es siempre un acto de egoísmo del adulto. No sólo cuando el hijo es fetiche o solución, sino siempre.

En otros tiempos ello fue incluso un acto de egoísmo material: “Los beneficios de la reproducción incluyen la contribución que los niños hacen a la producción de alimentos, a los ingresos de la familia en general y al cuidado y seguridad económica de los padres. Los niños son también muy valiosos por su papel en los intercambios maritales y en las alianzas entre los grupos.”, (HARRIS)¹⁸⁹⁵ Y cuantifica esta idea: “Benjamín White ha mostrado que en una aldea de Java los niños de 12 a 14 años contribuyen 33 horas a la semana con trabajo valorable económicamente, y las niñas de 9 a 11 años contribuyen alrededor de 38

¹⁸⁹⁴ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op.cit., pp. 160 - 161

¹⁸⁹⁵ HARRIS, M., *Antropología...*, op. cit., pg. 146 - 147.

horas a la semana con el mismo tipo de trabajo...Meade Cain ha cuantificado ambas cosas, beneficios y costos para niños varones en una aldea en Bangla-Desh: “Los niños varones se convierten en productores netos como muy tarde a la edad de doce años”.¹⁸⁹⁶

Hoy la fundación de familia es un acto de egoísmo sentimental. Los humanos queremos querer y buscamos o producimos un objeto para poder ejercer nuestra capacidad de amar. Quiero decir que, en el mejor de los casos, el más generoso e incondicional de los padres/madres no quiere que le quieran pero sí quiere que le dejen querer, lo que señala el egoísmo, (sano), de fundar una familia.¹⁸⁹⁷ Así humanamente el sesgo *favor filii* constitucional, (artículo 39 CE), y una limitación de la libertad individual de los adultos tiene la más profunda de las justificaciones.

3.6.- Situaciones insostenibles. La legislación actual parece partir del presupuesto de que es mejor para los niños no mantener una forzada unidad de hogar constriñendo geográficamente la libertad afectiva, sexual y domiciliaria de los padres.

Señala ROCA TRÍAS que existe, efectivamente, una noción de “situaciones insostenibles” intramatrimoniales y un “*irretrievable breakdown*”¹⁸⁹⁸. No obstante, ello constituye un concepto indeterminado que habría de ser rellenado por el Juez *ad cassum* y que no permitiría establecer la acción divorcista y las consecuencias del divorcio genérica y

¹⁸⁹⁶ HARRIS, M., *ibidem.*, pp. 149 - 150.

¹⁸⁹⁷ Desde diversas entrevistas y en una perspectiva antropológica BASTEN señala cómo incluso en los países nórdicos forma parte de este sano egoísmo un sentimiento de “*continuity and normality*”, un “*enrichment of their lives*”, y la representación de que la procreación es “*something real, something fundamental for existence itself. Having children gives meaning to life, both generally and specifically*”, (BASTEN, S., *The socio-anthropology of human reproduction, The Future of Human Reproduction*, Working Paper #1, February 2009, ed. St. John’s College Research Centre, University of Oxford and the Vienna Institute of Demography, Austrian Academy).

¹⁸⁹⁸ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas, op. cit.*, pg. 64 - 65.

absolutamente *ex lege* como derecho subjetivo individualista empoderado sobre los bienes, intereses y derechos de su recíproco y de los hijos.

Sin embargo, ésta parece ser la inteligencia hoy vigente, pues no se admite sobre la libertad divorcista individual ningún ajuste *ad cassum* mediante ejercicio jurisdiccional que concretara tal noción indeterminada de insostenibilidad, (tasación de causas apreciables por el Juez, dureza graduable por el juzgador en función de la situación personal de los cónyuges y su derivada para los hijos). El arbitrio judicial no pretende, (o no tan sólo habiendo hijos), comprobar la incompatibilidad de los cónyuges sino testear los efectos de tal incompatibilidad sobre los hijos, (*favor filii*), esto es, no se trata de juzgar el matrimonio como relación de pareja, (“situación insostenible” interconyugal), sino de considerar todavía su valor como lecho, cuna y fábrica de los hijos quizá todavía posible pese a la coyuntura en la relación de pareja y aun dislocando libertades afectivas y sexuales y crianza mediante una relación de respeto mutuo. Y, si verdaderamente no existe tal posibilidad bienvenido sea el *irretrievable breakdown*.

3.7).- Custodia compartida. Desde todos los puntos de vista la custodia compartida manteniendo a los niños en el domicilio familiar¹⁸⁹⁹, conlleva importantes condicionamientos para la individualidad y estricta libertad de los genitores y padres sociales y exige un potente respeto mutuo y colaboración entre ellos. En este sentido el

¹⁸⁹⁹ Señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que la inexistencia de tal permanencia geográfica en los supuestos de guarda alterna o compartida supone que se consagra la inocuidad de esta inestabilidad domiciliaria para el *favor filii*, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., PARRA LUCÁN, M.A., *Curso del Derecho Civil (IV), Derecho de Familia*, 4ª edición, Editorial Colex, Majadahonda, Madrid - 2013, pg. 184). Una vez que se desligue la guarda compartida de la solicitud de los progenitores será el Juez quien decida también sobre esta inestabilidad ponderando el interés de los hijos, (96.1 CC según prevé el artículo 8 del anteproyecto de reforma citado), pero en igualdad en cuanto a otras circunstancias parece difícil considerar inocua o preferible la inestabilidad frente a la fijeza.

anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, aprobado el 19 Julio de 2013 entrega todo el poder decisorio al juez para decretar la custodia compartida aunque ambos cónyuges hubieran solicitado para sí mismos la exclusiva, (92 *bis* CC proyectado), y para señalar la sede domiciliar de los menores en interés de los mismos, (96 CC proyectado). Ello muestra con desnudez aquello que el brillo de un supuesto derecho subjetivo de divorcio quizás oculta: que existe, de fondo y sustancialmente, una materia intersubjetiva, unas funciones públicas que conllevan supraindividualidad e indisponibilidad y una imposible recuperación de libertad individual absoluta, (salvo unir congruentemente al repudio la renuncia al hijo).

Combinar esta posibilidad con la ideología de la Ley 15/2005 revela incongruencia porque ésta insta un tiempo de individualidad y libertad que, existiendo hijos, es infinitesimal: *ipso facto* surge el 92 CC, (el divorcio no exime de los deberes con los hijos), e incluso *ex lege* la custodia compartida no solicitada y con graves consecuencias para la libertad individual. No parece, entonces, que se haya conseguido eliminar, en palabras de SILLERO CROVETTO, “una idea demasiado proteccionista de la familia”.¹⁹⁰⁰

El divorcio libertad es así, un sueño, una esfera ideal que no tiene de libertad otra cosa que el haberse convertido en estanca e incuestionable, (sí o sí), por haberse construido como derecho subjetivo individual del cónyuge divorcista. Y nada más, porque, como digo, la viabilidad económica y las responsabilidades paterno y materno filiales pueden incluso complicar más la libertad individual real y material de los *ex* cónyuges en comparación con aquélla que podrían ganar con la convivencia heroica y el respeto. Ejercitado el derecho subjetivo individual divorcista se revela que todo fue un sueño y el legislador recuerda que el cónyuge divorcista fundó familia, eliminando toda

¹⁹⁰⁰ SILLERO CROVETTO, B., *op. cit.*, pg. 1086.

disponibilidad y voluntariedad, (92 CC), de modo que los *ex-cónyuges* se ven arrojados a una realidad auténticamente limitante, como no puede ser de otro modo.

En este sentido la custodia compartida con estabilidad domiciliaria supone un punto especialmente sensible en el conflicto entre libertad individual de los adultos y bienestar de los niños, que opera en la dirección de reforzar el *favor filii* responsabilizando con igualdad a los padres/madres legales de sus propias decisiones y de sus ejercicios previos de libertad individual consagrando una noción geográfica de hogar familiar por encima de las libertades, (señaladamente domiciliarias), de los padres/madres legales. Quizá por ello es uno de los temas conflictivos en el anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio. La comisión de estudios del CGPJ, (ponente Margarita Robles), se ha manifestado en contra de esta imposición en ausencia de solicitud de los padres/madres aludiendo a que esa falta de acuerdo permite prever tensiones y controversias que irán en perjuicio de los niños, (otra vez las indeterminadas “situaciones insostenibles”). Pero, si el Juez juzga *ad cassum* que la custodia compartida es lo mejor para los niños, habrá producido entonces tal enjuiciamiento teniendo en cuenta todas las derivadas de la situación, también la frustración de los deseos egoístas de los padres/madres respecto del régimen de custodia que ellos mismos desean o las posibles “situaciones insostenibles”.¹⁹⁰¹

Esta posibilidad reitera la contradicción de la Ley 15/2005 de 18 de Julio respecto del resto del ordenamiento jurídico. Lo que para la pura formalidad del divorcio extintivo es superioridad de la libertad individual, se convierte, producido el efecto de rompimiento jurídico, en superioridad del interés de los hijos incluso para imponer una convivencia heroica compartiendo domicilio alternadamente, lo que, (aunque no sea simultaneidad), exige respeto mutuo, contacto y mayor convivencia que otras soluciones posibles incluso

¹⁹⁰¹ *vide El CGPJ rechaza la custodia compartida si no la piden los padres*, La Vanguardia, 17, de Septiembre de 2013, pg. 28.

demandadas por los propios cónyuges. Entonces, ¿por qué no emplear idéntica inteligencia antes a los efectos de establecer también un sesgo *favor filii* sobre la propia acción divorcista, (estanca, indiscutible), con un arbitrio judicial en el momento de la disolución del matrimonio?

ROCA TRÍAS señala que el art. 10 CE garantiza el interés legítimo del individuo “frente a un inexistente interés del grupo” y que “Decir que la familia debe ser protegida incluso contra los derechos fundamentales de sus miembros” es violar igual norma jurídica, refiriéndose a BESSONE y a la doctrina italiana como concluyentes de que no estaba justificado el sacrificio de la libertad de un cónyuge por la permanencia del vínculo matrimonial en casos de imposibilidad de convivencia. Pero no se trata de imposibilidad de convivencia sino de que la convivencia 1) sea *contra filii*, 2) de que tal carácter *contra filii* no puede decidirlo unilateralmente el cónyuge divorcista y 3) de que una norma jurídica abstracta no puede crear el derecho de proclamar aquí y ahora la existencia de convivencia *contra filii* y automático divorcio.

4).- ALGUNAS ESPECIALIDADES DEL NEGOCIO FAMILIAR.

4.1).- Especialidad de los vicios del consentimiento.- Se abona en la sede familiar cierta idea o inteligencia de que la sustancia negocial queda amortizada, sublimada o aniquilada una vez que ha surgido, (*ex negotii*), el hecho o situación familiar que pertenece desde entonces y para siempre al ámbito familiar, no negocial, y que ya no se nutre de savia negocial sino humanitaria, funcional y pública. Los guiones férreos públicos sobre las funciones familiares producen un vaciamiento de la capacidad normativa singular de los ciudadanos, (*Gestaltungsfreiheit*), y cierta constricción de libertad y autonomía individual en aquellos ámbitos en los que la función pública debe ser necesariamente cumplida. Ello supone una apropiación pública y se justifica, como dije, en la idea

intersubjetiva de los Derechos fundamentales como mandatos de optimización, en el carácter conservativo de la moral y en el carácter instrumental del contrato social para tales derechos.

No obstante, en todos los hechos, situaciones, vidas y especies familiares surgidas negocialmente encontraremos un problema en la doctrina contractual de unos vicios de la voluntad que, de operar como en la sede general patrimonial, permitirían retirar el hecho y la vida negocial que surgieron, lo que resulta contrario a las inteligencias y necesidades propias del Derecho de familia. Ante un negocio patrimonial la producción por voluntad viciada de un hecho que es puramente económico no produce más problema que detectar y manifestar la ausencia de una voluntad de calidad jurídica y, por ello, la irregularidad de un negocio jurídico retirando el mismo con todo lo que originó, (*restitutio in integrum*, de ser posible, o compensada, esto es, virtual, en otro caso). Pero la aniquilación de un hecho familiar, sentimental, vital y experiencial no es como trasladar una cosa o una suma de dinero de un patrimonio a otro.

Supongamos en el negocio adoptacional que uno de los adoptantes conjuntos protesta tres meses después de recibir al hijo haber consentido con error. O la misma protesta de un varón no genitor para FIV heteróloga IAD en TRHA sobre mujer usuaria no casada cuyo consentimiento fue en el supuesto pieza decisiva para decidir a la madre a abordar la concepción del niño, con el agravante de que no existe aquí paternidad biológica subyacente por la anonimización del donante.

En todos estos casos la retirada del negocio por vicio en alguna de las voluntades decisivas no es una pura cuestión negocial que afecte a unos otorgantes libres y capaces y a unos objetos, bienes e intereses disponibles. Está presente un niño que incluso pudo ser tercero para el negocio, (TRHA), nuevos intereses y bienes, (el niño ha construido parte de su personalidad y una nueva realidad con base en la convivencia con el adulto que quiere

retirarse), y una función pública que es indisponible y para la que, ahora que ha surgido, cualquier consideración de voluntariedad es extraña.

Por otra parte los hechos surgidos del negocio jurídico familiar no son retirables como meros objetos privados patrimoniales que se reenfundan en los respectivos patrimonios de origen sin ninguna otra consideración, pues son hechos personales no fungibles ni eliminables: la experiencia del niño y su afección para la construcción de su personalidad no puede ser retirada ni borrada sin más; su necesidad de dos adultos a su cargo y la aspiración de indemnidad del contrato social tampoco.

Por el contrario, en el negocio matrimonial, la nueva concepción del matrimonio civil y de la acción divorcista *ex* Leyes 13 y 15/2005, de 1 de Julio aproximan su sistema a un matrimonio repudio y eliminan prácticamente, (3 meses¹⁹⁰²), la relevancia de la impugnación matrimonial por vicios del consentimiento: llegará antes el divorcio que cualquier otra alegación judicial. No tiene valor ninguno una doctrina de vicios del consentimiento en una sede donde, como señala ESPEJO LERDO DE TEJADA, se “trivializa el consentimiento matrimonial, reducido en su eficacia y significado a un valor inferior al que representa en cualquier contrato...”.¹⁹⁰³

Así la doctrina de los vicios del consentimiento, (minuciosamente desarrollada en sede canónica por la importancia del consentimiento matrimonial, pero que respeta también la existencia de un hecho familiar por la doctrina del matrimonio putativo), carece de toda relevancia en el matrimonio positivamente regulado hoy en nuestro país, donde rige ya un *disenso* unilateral, (matrimonio repudio), que se ajusta como un guante a una concepción no vincular del matrimonio como matrimonio no familia.

¹⁹⁰² CAÑETE QUESADA, A., *op. cit.*, pg. 1519.

¹⁹⁰³ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*, pg. 1.482 - 1.483

En sede de adopción BALLESTEROS DE LOS RÍOS señala que “Se es hijo para siempre y se es padre para siempre”¹⁹⁰⁴, y CARRASCO PERERA considera que quienes consienten la adopción, (filiación *ex voluntate* y negocio jurídico familiar), no pueden retractarse eficazmente de aquellas manifestaciones de voluntad válidamente prestadas y en tiempo oportuno, ni pueden extinguir la adopción argumentando circunstancias o hechos sobrevenidos que la hagan claudicante¹⁹⁰⁵. En el mismo sentido GARRIDO CHAMORRO, POLAINO LORENTE y LASARTE ALVAREZ¹⁹⁰⁶, aunque no se refieren precisamente al vicio de voluntad sino a una adopción constituida con base en voluntad perfecta que se intenta revocar posteriormente.

No cabe duda que la voluntad válidamente emitida es irrevocable. El problema que planteo es si el origen negocial de un hecho familiar de filiación, (frente al sexual/biológico), permite aplicar una doctrina de vicios y nulidades negociales que hurten el suelo sobre el que se sustentaba un hecho, una vida y una función familiar o si, por el contrario, el hecho familiar posee, *per se* y por su valor personal, universalista y público, fuerza suficiente para sustentar por sí sólo deberes, funciones y oficios públicos a pesar de revelarse que la voluntad comprendida en el negocio creador no fue jurídicamente pura.

¹⁹⁰⁴BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (et alii), *Comentarios al Código civil*, 2ª edición, editorial Thomsom Aranzadi, Madrid - 2006, pg. 329.

¹⁹⁰⁵ CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (et alii), *Comentarios a las reformas del Código civil*, ed. Tecnos, Madrid - 1993, pg. 212.

¹⁹⁰⁶ GARRIDO CHAMORRO, P., *Las instituciones civiles de protección de los menores y la adopción*, en GARRIDO DE PALMA, V.M., (et alii), *Instituciones de Derecho privado*, 1ª edición, editorial Civitas, Madrid - 2002, pg. 879, POLAINO LORENTE, A., *Prolegómenos para una ética de adopción*, en POLAINO LORENTE, A., (et. alii), *Adopción: aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, editorial Ariel - 2001, pg. 250, LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil VI, Derecho de Familia*, 6ª edición, Editorial Marcial Pons, Madrid - 2007, pg. 387.

Lo que debería comprenderse, de admitirse esta última conclusión, es que emitir una voluntad o un consentimiento en esta sede familiar conlleva el mismo riesgo que los actos sexuales y su inevitable deriva generatriz: la única diligencia apreciable es de resultado. Sólo no teniendo un hijo, (sexual o voluntariamente), se podrá evitar el oficio público de padre legal. No se revisa si el hijo sexual fue querido, buscado o fraudulentamente producido, (Boris Becker), o coaccionado u obligado con la sola excepción de la violación, (y ello *ex extra* desde el establecimiento de un supuesto abortivo). Con ello se manifestará que la responsabilidad que pesa sobre nuestra voluntad en el ámbito familiar es mayor que la que existe en el ámbito patrimonial, de modo que errores, engaños e incluso intimidaciones pueden quedar de nuestra cuenta y riesgo si nuestra voluntad, (aun viciada), fue decisiva para que apareciera el dependiente a quien protege la función familiar. Ello supone exigir mayor heroísmo para resistir o denunciar el vicio, (incluso de intimidación), en la sede personal que en la patrimonial, no consintiendo que mi presencia física y la procedencia de una declaración emitida por mi *corpus* puedan ser utilizadas para crear consecuencias y derivadas personales y familiares que son más dramáticas e intensas que cualesquiera materiales.

Si luego el progenitor *ex voluntate* viciada es mal padre, se deducirán las consecuencias oportunas, (privación o suspensión de patria potestad que no elimina su responsabilidad pública *ex* 110, 111, 170 y 172 CC¹⁹⁰⁷, extinción final de filiación o derivadas penales), pero no debe permitirse que la probabilidad de ser un mal padre o padre desgano le consiga una limpia retirada del supuesto. Ocurre aquí como en los

¹⁹⁰⁷ DE PABLO CONTRERAS señala la compatibilidad de la tutela administrativa con la persistencia de la patria potestad, (DE PABLO CONTRERAS, P., “*Situaciones de desamparo*” y “*Situaciones de riesgo*” de *desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de Enero de Protección Jurídica del Menor*, en *Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi* / coord. por Miguel Angel Pérez Alvarez, 1997, pp. 49-62, en concreto pg. 55.

esponsales; antes de aherrojarse el hecho familiar debe facilitarse que huya despavorido quien no está firmemente dispuesto a arrostrar los oficios públicos, pero una vez surgido el hecho familiar la inteligencia debe ser la contraria: las importancias están del lado de las continuidades bajo principio del interés superior del hijo.

4.1.1).- Posibilidad de vicios del consentimiento.- Estas cuestiones ya las vivió típicamente el paradigma del negocio jurídico familiar que es el matrimonio y que se tradujeron, por una parte, en una desconfianza hacia el vicio del consentimiento matrimonial como automáticamente invalidante del negocio jurídico matrimonial, (tasación de causas, dureza, *dolus bonus*, negación del *rebus sic stantibus*), y, por otro lado en la causalización del consentimiento matrimonial¹⁹⁰⁸, (ha de quererse el matrimonio precisamente como instituto, sin excluir ninguna de sus notas esenciales), lo que señala un *favor negotii* que sólo ha de tener lugar hacia la conservación del hecho familiar matrimonial como precisamente y auténticamente matrimonial.

La diferencia entre el cambio de opinión, la retractación, la irresponsabilidad, el capricho y un verdadero vicio de la voluntad no es clara, o es menos clara en la sede familiar que en la patrimonial. Así, en cuanto al *dolus bonus*, *metus* reverencial e intimidación, es tal la ilusión y el deseo que mueve la psicología de las personas en tales ámbitos que nadie puede considerarse auténticamente libre de haber engañado o manipulado nunca a ningún ser querido. En cuanto a una inteligencia *rebus sic stantibus* en lo personal familiar, las perspectivas, los riesgos y los avatares que se abren cuando alguien conduce su plan de vida y felicidad hacia un hecho familiar son infinitas, inabarcables y absolutamente imprevisibles con el mayor dramatismo posible.

¹⁹⁰⁸ Matrimonialidad del consentimiento dice MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia,... op. cit.*, pg. 124).

No se puede, en este sentido, atender la protesta de quien consintió, decisivamente, la IAD de su pareja y no quiere ser ya padre legal por cuanto lo hizo con la esperanza de que sería más amado sin haber obtenido tal resultado; o quien quiere igualmente anular la adopción constituida por cuanto su cónyuge le amenazó con el divorcio o con la búsqueda de otro genitor, remitiendo todo ello, a lo sumo, hacia una responsabilidad extracontractual entre dos adultos. Con ello volveríamos a la doctrina sobre el ejercicio abusivo o injusto de los propios Derechos fundamentales y, en algunos casos extremos, a la doctrina de la exclusión de la filiación cuando la conducta de quien causara aquel vicio alcanzara relevancia penal, (art. 111 CC).

Piénsese en la condición, (en su caso incluso imposibilidad), que el artículo 180.2 establece para la extinción de la adopción, exigiendo que tal extinción no perjudique gravemente al menor, previsión que no se repite en nulidad de la adopción y nulidad por vicio de la voluntad de los adoptante porque tales nulidades se excitan desde la sede general del contrato, sin regulación *ad hoc* en capítulo familiar.

GARCÍA CANTERO en congruencia con la naturaleza negocial de la adopción, recoge la posibilidad de impugnación por vicios voluntarios si bien excluye el dolo¹⁹⁰⁹, invocación de vicios que también admitían PÉREZ ÁLVAREZ¹⁹¹⁰, VALLADARES RASCÓN¹⁹¹¹, FELIÚ REY¹⁹¹², y SERRANO GARCÍA, que excluye simulación y dolo¹⁹¹³.

¹⁹⁰⁹ GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción... op. cit.*, pg. 856 y ss.

¹⁹¹⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, M., *La nueva adopción...*, *op. cit.*, pg. 176.

¹⁹¹¹ VALLADARES RASCÓN, E., *Notas urgentes sobre la nueva Ley de adopción*, en *Revista del Poder Judicial*, nº 9, Marzo, Madrid - 1988, pg. 46 y ss.

¹⁹¹² FELIÚ REY, M., *Comentarios a la Ley de la adopción*, ed. Tecnos, Madrid - 1989, pg. 223.

¹⁹¹³ SERRANO GARCÍA, J., *Comentario del artículo 180*, en *Comentarios del Código Civil*, tomo I, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 597 - 598, en concreto pg. 598.

Pero, todavía cabe preguntarse cuál es el vicio a alegar en el negocio jurídico familiar adoptivo.

A mi juicio, el único error previsiblemente alegable sería error de Derecho, el cual es irrelevante *ex 6 CC* y sólo señalaría, otra vez, la necesidad de que los consentimientos en esta sede, (como en TRHA), sean verdaderamente informados por cuanto el error quedará a cuenta y riesgo del declarante, (siquiera puede exigir alguna responsabilidad a quien manifieste un deber legal de informarle, como podría suceder respecto de los centros médicos en las técnicas de reproducción asistida). Tal error de Derecho o la falta de un consentimiento informado no parece que hubieran de poder producirse en la sede judicial.

Intimidación y violencia no son fácilmente aplicables sin rastro o detección cuando los consentimientos, (a diferencia de los producidos en sede TRHA), han de producirse públicamente en proceso jurisdiccional y ante el Juez, superando previamente todo un proceso y expediente administrativo en presencia de funcionarios públicos. Estas presencias y el ser la adopción un proceso plural, progresivo y de larga duración temporal no abonan que puedan determinarse semejantes vicios. Una *vis* absoluta ha de ser exterior, de modo que tampoco el expediente público y la ceremonia ante funcionario o representante público permitirían la inadvertencia de aquélla.

En sede de TRHA sí que pueden producirse estos problemas ante la ausencia de expedientes, procesos o funcionarios públicos y dado que la información del consentimiento, la instrucción de los otorgantes y la realidad de los consentimientos sólo contemplan a un empleado de un centro médico. JARUFRE CONTRERAS consideraba necesario el otorgamiento notarial a propósito del artículo 6.3 LTRHA,¹⁹¹⁴ pues ello convocaría a un funcionario público especialmente formado para apreciar la libertad de los consentimientos, para informarlo, para instruir a las partes y para controlar la legalidad,

¹⁹¹⁴ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 278.

estando específicamente exigido para ello. No obstante, en el mismo intento estatal de no poner trabas al negocio reproductivo aun a costa de garantías, el artículo 235.13.1 del CCC admite documento extendido ante un centro autorizado.

En la violencia moral es difícilmente separable un auténtico vicio de voluntad frente a la gran masa de posibilidades en las que, en la sede personal y familiar, nos relacionamos con manipulaciones, chantajes emocionales y amenazas sentimentales para salirnos con la nuestra. Es posible concebir un supuesto donde se amenace un mal grave, racional y fundado referido a la persona o bienes del otorgante, su cónyuge, descendientes o ascendientes¹⁹¹⁵ que no constituya tampoco delito, pero creo que ello supone menos que los casos en los que exista una negación o amenaza de negación de ciertas conductas personales en caso de no otorgarse el negocio familiar: abandonar la relación si no nos casamos, dejar de quererte si no adoptamos o si no reconoces a determinado niño, no cuidar a tu madre o no querer ya que viva con nosotros, etc. Ello corresponde a la libertad propia de las conductas personales y al modo chantajista y egoísta con que se producen muchas veces las relaciones humanas, lo que en su caso, podrá determinar también derivadas de abuso o daño injusto.

Por otra parte, la propia realidad de la intimidación palidece cuando se tiene ocasión de estar a solas con el Secretario Judicial, (ratificación del divorcio de mutuo acuerdo con su convenio), o se cuenta con la presencia de funcionario público en el otorgamiento, (Juez, Notario), o de un régimen de recursos, (adopción, divorcio).

Por otra parte, piénsese en sede filiación *ex CC* que el predominio fáctico de la paternidad biológica determina la inocuidad de impugnar un reconocimiento y una inscripción de filiación no matrimonial producidas incluso mediante violencia: aquella

¹⁹¹⁵ Requisitos del vicio de intimidación que señala MORALES MORENO, A.M., *Comentario al artículo 1.268 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1.993, pp. 467-468, en concreto pg. 467.

violencia no impedirá que, incluso mediante reconvencción como señalaba SANCHO REBULLIDA, se determine la paternidad no matrimonial y la exactitud de lo reconocido e inscrito. El efecto será de la sentencia y no de la inscripción, (SANCHO REBULLIDA), pero ello vuelve a subrayar la irrelevancia de la cuestión negocial y viciosa.¹⁹¹⁶ Resulta de ello una idea de discriminación contra los padres biológicos, (que es a la vez mayor protección de los hijos biológicos frente a los adoptivos o los filiados *ex* 8.2 LTRHA), que se examinará posteriormente.

No puede haber error en la persona del reconocedor negocial o en consentimientos IAD para mujer usuaria por cuanto se conoce perfectamente que el hijo no surge genética o biológicamente del reconocedor o consentidor. Tampoco puede existir error *ad personam* en la adopción pues va de suyo en el diseño legal de la adopción que no existe elección de los adoptantes sobre un niño, ni de los adoptantes sobre unos adoptandos, no vale decir que no parecían tan revoltosos. Por su parte el error *in personam* o en las cualidades personales es prácticamente consustancial a la elección que comprende el matrimonio y al juego del *dolus bonus* en el mismo.

A mi juicio el terreno en sede familiar está abonado, más bien, para que ocurran errores de Derecho, (desconocer lo que significa la paternidad legal, desconocer que de este acto resultaba una paternidad legal, creer que el matrimonio no conlleva vínculo jurídico, etc.), o bien inexistencias causales, dado que, como señala GARCÍA CANTERO, el negocio jurídico familiar es causal, con “causa típica”, que el legislador eleva a causa.¹⁹¹⁷

4.1.2).- Causalización del consentimiento negocial familiar.- En el negocio jurídico familiar la intensidad con que entran en contacto Derechos humanos de los

¹⁹¹⁶ Citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 329.

¹⁹¹⁷ GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*, *op. cit.*, pg. 836.

otorgantes y funciones públicas esenciales determinará siempre que cualquier utilización atípica del tipo negocial excluyente de su contenido familiar, de sus funciones sociales y de sus oficios públicos sea siempre en fraude de Ley, fraude de institución o fraude de función pública.

Esta causalización del consentimiento negocial familiar lo separa del negocio personal y pone de manifiesto, otra vez, la diferencia entre ambos por la derivada funcional que toma el negocio familiar frente al personal. El negocio familiar contiene, indudablemente, un negocio personal en su base. Como negocio personal su causa concreta, su móvil, está en el libre desarrollo de la personalidad, (10 CE), y en la formación de un plan de vida o ejercicio de búsqueda de felicidad, pues los negocios familiares tienen potencia para precisamente transformar cualquier esquema vital propio. Pero esta causa concreta o móvil es inseparable y no dislocable de la causa objetivo-funcional pública, (a diferencia de la atipicidad personalista), dado que sólo se les da vida jurídica porque precisamente crean ciertos oficios públicos familiares: la causa concreta es inmediatamente absorbida y agotada por la idea funcional pública.

Por ello no considero aplicable aquí ninguna idea patrimonialista como la que señalaba SERRANO GARCÍA de ser la adopción negocio gratuito, de liberalidad, *intuitu personae* como todos los liberales.¹⁹¹⁸ La idea de gratuidad es extraña en el ámbito personal y familiar. La causa personal está en el artículo 10 CE y la causa familiar en la función pública de crianza y educación, surgiendo del negocio flujos de reciprocidad antropológica que son extraños a la conmutatividad, aleatoriedad o inconmutatividad patrimonial.

La inexistencia causal es irrelevante si del negocio familiar surge un hecho familiar y *un status familiae* funcional con cumplimiento del oficio público por parte de los

¹⁹¹⁸ SERRANO GARCÍA, I., *Comentario del artículo 180 del Código Civil...*, op. cit., pg. 598.

implicados, aunque hubieran otorgado aquel negocio con una intención y propósito psicológico atípico, no congruente con la causa objetiva y funcional del negocio familiar, (p.e. excluyendo unos oficios públicos que han terminado, sin embargo, por cumplir). En esta sede familiar importa el resultado del negocio, el hecho familiar y la función familiar, no el propio negocio familiar en cuanto tal, lo que impone una consideración sustancialista y resultadista que se expresa 1) en el principio del *favor negotii* comprendido aquí como sostenimiento del hecho familiar y de la función familiares, (resultado o consecuencia negocial), por encima de la regularidad o validez del propio negocio que queda ya cauterizado, sublimado, olvidado, (matrimonio de complacencia que deriva en verdadero matrimonio), o 2) en la inteligencia putativa familiar.

En el negocio personal los motivos y propósitos son tan importantes y decisivos que no admiten incongruencia con el resultado negocial, de modo que actúa siempre una reversibilidad que no deja espacio para ninguna impugnación negocial. En el negocio familiar pasa lo contrario, ningún motivo o propósito individual es relevante si se confronta con la función pública familiar. Es por ello que estos motivos y planes personales sólo importan antes de surgir el hecho familiar, (esponsales, adopción no decretada), y es sólo en estos momentos previos en que puede operar una reversibilidad propia del mundo de las relaciones personales individuales. Por el contrario, si ya surgió el hecho familiar la perspectiva es resultadista y no voluntarista y lo absolutamente decisivo, (en sentido extintivo o conservativo del negocio como vida y hecho negocial), es que la función pública familiar sea funcional y *favor filii* o no.

Cuando no existe función familiar, por el contrario, haber otorgado un negocio jurídico familiar supone un auténtico fraude de institución, como en el caso de la adopción de la concubina por el separado de su mujer, en el reconocimiento de hijo para efectos

fiscales o sucesorios o en los matrimonios de complacencia¹⁹¹⁹. En tales casos no existe hecho familiar ni tampoco, por ello, negocio jurídico familiar.

El problema surgirá cuando uno de los otorgantes del negocio familiar haya procedido de buena fe. No hay, entonces, *consilium fraudis* que abarque a todos los implicados en el negocio o en el resultado del negocio, (hecho familiar nacido *ex negotii*), de modo que habría de aplicarse un *favor negotii* para quien está de buena fe o una inteligencia putativa.

Podría ejemplificarse el caso del adoptante, del reconocedor o del consentidor que quieren entablar relación afectiva con la madre pero no quieren ser padres legales, y, sin embargo, casan y adoptan con tal reserva interna, o el matrimonio que es de complacencia para uno de los contrayentes y veraz para el otro, incluso produciéndose una concepción en los breves días de convivencia, etc. En tales casos la inexistencia negocial puede favorecer precisamente al otorgante *mala fides* si le libera de unos oficios públicos y estatutos a cambio, como mucho, de una responsabilidad extracontractual por abuso de derecho o mala fe, incluso pudiendo apreciar el otorgante *mala fides* ser más onerosos los oficios públicos familiares en que ingresa que los beneficios legales que pretendía conseguir mediante el negocio familiar otorgado, (por ejemplo si el cónyuge queda dependiente y a su cargo), lo que supone, (contra lo que ocurre en anulabilidad), que el riesgo positivo queda bajo su control.

PÉREZ VALLEJO señala que la Instrucción de 31 de Enero de 2006 equipara el supuesto de un solo otorgante *mala fides* a aquel otro que incorpora *consilium fraudis* de parte de los dos contrayentes, si bien a su juicio, no existe en este caso simulación sino reserva mental, aunque una reserva mental que produce también nulidad. En el mismo

¹⁹¹⁹ Matrimonio ficticio que tan sólo cumple las formalidades externas sin intención real de contraer, según define PÉREZ VALLEJO, (PÉREZ VALLEJO, A.M., *op. cit.*, pg. 872).

sentido VERDA Y BEAMONTE¹⁹²⁰. No obstante, en el supuesto de un solo contrayente defraudador queda todavía la doctrina del matrimonio putativo, (artículo 79 CC). Por su parte SERRANO GARCÍA señala cómo “la simulación en el campo del Derecho de familia es peligrosa porque puede resultar perjudicada la estabilidad y seguridad del estado civil.”¹⁹²¹

4.1.2.1.)- Sostenimiento del negocio de filiación *ex voluntate*. En todas las filiaciones *ex voluntate* considero que el paradigma ha de ser el que señala la extinción de la adopción *ex art. 180 CC*, en la que se condiciona la consecución de la misma, (aun debiendo producirse), al interés del menor. Así en sede de reconocimiento-voluntad GETE-ALONSO CALERA compara la diferencia entre la irrevocabilidad de la adopción y la revocabilidad que gana el reconocedor mediante su impugnación, criticando tal posibilidad¹⁹²²; y RIVERO señala que con ello se eludiría la doctrina sobre extinción y exclusión de la adopción.¹⁹²³ Por su parte GALLO VÉLEZ, (también en sede de reconocimiento), recoge y destaca en el voto particular de O’CALLAGHAN a la STS

¹⁹²⁰ PÉREZ VALLEJO, A.M, *op. cit.*, pg. 873, VERDA Y BEAMONTE, J.R., *La simulación del matrimonio civil en la Jurisprudencia de instancia y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Aranzadi Civil, 2.002, vol. I, pp. 2331 - 2354, en concreto pg. 2334.

¹⁹²¹ SERRANO GARCÍA, I., *Comentario del artículo 180 del Código Civil...*, *op. cit.*, pg. 598.

¹⁹²² GETE-ALONSO CALERA, M.C., *Reconocimiento de complacencia: impugnación de la filiación e impugnación del reconocimiento, (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña - sala de lo civil - de 16 de diciembre 1997*, en Tribunal, 1997, III, pp. 33 -50, en concreto pg. 49.

¹⁹²³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Los reconocimientos de complacencia, (con ocasión de unas sentencias recientes)*, en Anuario de Derecho Civil, volumen 58, número 3, (Julio-Septiembre de 2005), ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 2005, pp. 1049-1113 en concreto pp. 1056-1057.

318/2011 de 4 de Julio cómo este autor refiere que la filiación y la función pública sobre la misma que no pueden romperse “como un simple papel”.¹⁹²⁴

En este sentido, la reserva de un progenitor *ex voluntate* considero que no ha de extinguir la filiación nacida si ello resulta perjudicial para el hijo. Es posible que un adoptante unipersonal otorgue el negocio porque odia a los niños y precisamente quiere tener uno adscrito a su patria potestad para hacerle sufrir. Pero en tal supuesto no será precisamente él mismo quien pretenda impugnar el negocio adoptacional por falta de causa.

La cuestión en esta sede familiar ha de plantearse más desde la perspectiva del resultado funcional que desde el origen negocial. Un padre que quiso y quiere seguir siendo padre puede verse privado de la guarda o suspendido y privado de su patria potestad, (art. 170 y 172 CC). Y, viceversa, quien no quiso ser padre, (fallo anticonceptivo, noche loca), no se verá liberado de tal función pública en tanto la cumpla con el mínimo exigible, esto es, sin caer en las causas de privación o suspensión de guarda y patria potestad.¹⁹²⁵ Quien quiso o no quiso ser padre legal con o sin vicio puede entregar el hijo a la guarda administrativa, si bien ello exige *ex 172.2 CC* circunstancia grave que no han de juzgarse del lado del padre sino en relación a la situación e interés del niño.¹⁹²⁶ Desde esta perspectiva ocurre otra vez que no importa el vicio o disgusto del padre sino la calidad con que esté desempeñando su función.

La reserva o el vicio de uno de los adoptantes en adopción conjunta impedirán tales graves circunstancias del lado del menor por la labor que pueda desarrollar correctamente

¹⁹²⁴ GALLO VÉLEZ, A.S., *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho común español*, Tesis Doctoral dirigida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., año 2013, consultada en el Archivo Central de la Universidad de Zaragoza, pg. 321.

¹⁹²⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 409.

¹⁹²⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *ibidem*, pg. 413.

el otro co-adoptante. Pero en adopción única, o en conjunta con simulación de parte de los dos adoptantes, queda también un largo trecho hasta que concurra la circunstancia grave que el art. 172.2 CC exige para que pueda producirse la entrega voluntaria a la guarda administrativa o para que se produzcan causas de privación o suspensión que produjeran la revocación de la patria potestad como función personal.

Quien revela su reserva o quienes manifiestan el disimulo, así como quien protesta su vicio no hacen sino apelar a que se está violando y ofendiendo su libertad personal, pues fue ligada sin un verdadero ejercicio de su pura y subjetiva voluntad. Pero todo negocio jurídico supone siempre un compromiso entre psicología y declaración, por una parte y, por otro lado, las funciones familiares pueden descomponerse 1) en un aspecto personalista que compromete en el modo más intenso la libertad e intimidad personal, y 2) en un aspecto público y responsable que tendrá más bien significado económico, (velar y alimentar, 110 y 111 CC).¹⁹²⁷

El aspecto personal queda salvado si se produce cesión de guarda, suspensión o privación de patria potestad, pero ello no tiene lugar como honra a la voluntad psicológica subjetiva sino por el valor de la situación objetiva respecto del menor, (perspectiva resultadista). Como digo, reserva, simulación o vicio no son atendibles si la función se desempeña adecuadamente y tal desempeño adecuado también niega o desvirtúa estas causas. En el caso de que el supuesto derivara o manifestara poder concluir en supuesto

¹⁹²⁷ QUICIOS MOLINA critica la SAP Asturias 212/2000 de 7 de Abril que admitió la impugnación del reconocedor porque el menor sólo tenía un alimentante pero no un verdadero padre, uniendo sin dislocación función personal y responsabilidad pública para dejar totalmente libre al reconocedor mediante el triunfo de su impugnación. Pero, al estar indeterminada la filiación biológica, tal impugnación dejó al menor sin padre y sin alimentante y al contrato social con un coste social. (QUICIOS MOLINA, S., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 793 de 14 de Julio de 2004*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 67, enero - abril de 2005, pp. 449 - 472, en concreto pp. 443 y 465).

subsumible en los artículos 110, 111, 170 y 172 CC, y actuaran estos artículos, tampoco opera el defecto negocial sino la apreciación directa y resultadista de una situación peligrosa y potencialmente perjudicial para el menor, (ya se origine ello de haberse vuelto el padre ludópata o de estar totalmente decidido a hacer valer su reserva, simulación o vicio no haciendo caso en absoluto al hijo). Y ello no es tanto honra a la libertad individual del adulto como *favor filii*, esto es, apreciación de que este padre a disgusto, o que no quiere serlo, manifiesta una probabilidad o una actualidad perjudicial para el niño.

En este último caso, persistirá, sin embargo, la responsabilidad pública *ex* 110 y 111 CC por cuanto el carácter más bien económico de la misma no compromete la libertad individual personal del adulto ni puede determinar derivada perjudicial para el niño en sostener estas obligaciones de velar y alimentar, (razón por la cual persisten en tales artículos). Y queda todavía más camino por recorrer para que tenga lugar una extinción de esta responsabilidad pública por haberse señalado nuevos delegados públicos, (nueva filiación adoptiva).

MARTÍNEZ DE AGUIRRE realiza una “interpretación declarativa lata” de este precepto pero hasta sus últimas consecuencias y, aunque afirma para el mismo un carácter sancionatorio, también aprecia su valor tuitivo para el menor y cómo se contrae a una exclusión de las facultades de representación y administración de los bienes del hijo.¹⁹²⁸

QUICIOS MOLINA dice que en los reconocimientos de complacencia el interés está en mantener las necesidades vitales del hijo pero no en el principio de veracidad biológica: no hay nada malo en que un menor tenga un alimentante que, en su momento decidió asumir tal obligación, señalando que “muchas obligaciones se cumplen a disgusto y no por eso consideramos pernicioso la situación del acreedor”, lo que apunta también a la

¹⁹²⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *A propósito de una interpretación jurisprudencial del art. 111 del Código Civil*, en Anuario de Derecho Civil, volumen 41, 1988, Enero-Marzo, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1988, pp. 590 - 605.

misma dislocación forzosamente impuesta cuando el complaciente quiere librarse invocando su libertad personal, y a quitar al reconocedor el ejercicio de los derechos que corresponden a la función personalista que no desarrolla, privándole de la potestad y planteando la posibilidad de aplicar el 111.2 CC.¹⁹²⁹ Idem GARCÍA VICENTE con base en los artículos 111.2 CC y 114.1 CF, salvo que el hijo solicitara otra cosa y evitando la retroactividad negativa como en el 180.3 CC.¹⁹³⁰

Como digo, a mi juicio la cuestión familiar impone juzgar todas las situaciones, (vicio, reserva, simulación), desde la perspectiva resultadista y funcional, sin que pueda sustituirse la ponderación de la situación real del menor por consideraciones negociales que quedaron ya atrás en el origen del hecho y vida familiar surgidos y que se excitan desde unas sedes generales del negocio jurídico, (o del contrato como “Derecho negocial común”), que no pueden tener en cuenta la funcionalidad familiar, el *favor filii* o, tratándose de filiación, la inteligencia que subyace a la posesión de estado. Ello afectará a la libertad individual de los adultos pero lo efectuará *ad cassum* y con ponderación *favor filii*: un desempeño perjudicial libera esta libertad personal conductual no por honra a la misma en el adulto sino por la inidoneidad y perjuicio al menor, constriñéndose entonces su deber público a una responsabilidad económica.

En este sentido resultadista piénsese si ha de extinguirse el estado civil de mayor de edad conseguido por el menor emancipado a los 16 años cuando el padre protesta haber concedido tal emancipación intimidado por la madre, o cuando ambos padres manifiestan haber efectuado esta misma concesión por haber amenazado el hijo con suicidarse. Éste

¹⁹²⁹ QUICIOS MOLINA, S., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 793 de 14 de Julio de 2004, op. cit.*, 466.

¹⁹³⁰ GARCÍA VICENTE, J.R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 1131 de 26 de noviembre de 2001*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil número 59, abril - septiembre de 2002, pp. 581 -594, pg. 594.

vive de forma independiente, ha cumplido 17 años de edad y está rigiendo su persona y bienes con total coherencia y madurez.

4.2).- Incongruencias de la idea de anulabilidad familiar.- Todo lo anterior supone la incongruencia de la idea de anulabilidad en esta sede, que fue ya señalaba DE CASTRO Y BRAVO: “La naturaleza propia de los negocios del Derecho de familia ofrece resistencia para que se les aplique el sistema de la anulabilidad”.¹⁹³¹ Este sistema supone un desmontaje que no puede ser aplicado a la revocación de un hecho y de una vida familiar que son situaciones experienciales y vitales personales, especialmente cuando se comprende en ellas a un menor, para quienes tales experiencias son la propia formación o creación de su personalidad.

Por otra parte, la doctrina de anulabilidad que es propia de los vicios del consentimiento contractual patrimonial tampoco se ajusta bien a los hechos familiares que implican o incluyen filiación, porque la anulabilidad es neutral en el negocio jurídico, (esto es, puede ser contratante víctima con reserva de legitimación y riesgo positivo cualquiera de las partes negociales, vendedor o comprador), en tanto los negocios jurídicos familiares están sesgados por el *favor filii* y *favor minoris* constitucional *ex* 39 CE, incluso por encima del interés de quien sería en sede patrimonial contratante adulto inocente, (uno de los co-adoptantes que fue intimidado), de modo que cualquier riesgo positivo habría de reservarse sólo en favor de aquellos menores.

Cierta idea de reserva a favor del hijo resultaba del hecho de tener éste exclusivamente a su favor el artículo 133 CC sobre reclamación de filiación no matrimonial sin posesión de estado, siendo así que en las restantes previsiones sobre acciones de filiación hijos y progenitores resultan equiparados, (artículos 132 a 141 CC).

¹⁹³¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 502.

Pero la inteligencia y el balance del CC en este punto han quedado descoyuntados por la inconstitucionalidad que declaró el TC sobre el artículo 133.1 CC.

Tampoco se conviene bien la idea de caducidad en sede familiar con la imprescriptibilidad patrimonial. El plazo de caducidad de 4 años en sede patrimonial sólo se refiere a la acción restitutoria, (DELGADO Y PARRA), pero no a la declarativa de nulidad, que no prescribiría nunca¹⁹³². Sin embargo, las acciones de filiación presentan plazos de caducidad para la propia reclamación o impugnación, son enemigas de acciones puramente declarativas y señalan plazos incluso más reducidos, (1 año en el artículo 141 CC frente a los 4 años de la restitutoria *ex* 1.301 CC). Todo ello por la fijeza y estabilidad que necesitan los hechos y vidas familiares frente a cualquier noción de imprescriptibilidad que pueda perpetuar la crítica o retirada de los mismos, estabilidad que además se protege con posesión de estado. Ello lleva a CARRASCO PERERA a absorber la anulabilidad adoptiva en recurribilidad procesal para obtener preclusión de estas cuestiones y una auténtica cauterización de la sustancia negocial.¹⁹³³

4.3).- La inteligencia putativa.- En sede familiar ha existido desde siempre una construcción específica a favor del otorgante de buena fe, la inteligencia putativa que se manifiesta en el matrimonio putativo y que se derrama en los artículos 79, 95 y 98 del Código civil.

En sede de negocio jurídico familiar matrimonial el artículo 79 del Código civil señala que la nulidad no invalida los efectos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. De este modo la nulidad absoluta no produce el exigible y esperable movimiento de retirada de lo acaecido por ser insostenible jurídicamente y tener sólo un valor puramente fáctico, sino que aquellos hechos que deberían retirarse y

¹⁹³² DELGADO y PARRA, *De las nulidades, op. cit.*, Parte II, pp. 47 - 48.

¹⁹³³ CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pg. 238.

desaparecer son mantenidos por el ordenamiento jurídico. Ello es una potente demostración de la distinta naturaleza de la sustancia familiar respecto de la patrimonial.

El sostenimiento de estos hechos no surge de ningún resorte o buena fe negocial, (también la hay en otros negocios patrimoniales), sino desde otro lugar, desde la naturaleza familiar del hecho que resulta del negocio jurídico matrimonial, refiriéndose GETE-ALONSO Y CALERA a un *favor prolis*. Y añade esta autora: “Los efectos ya producidos no se invalidan porque la existencia de un matrimonio se reputa título suficiente, (título putativo), para otorgar fundamento jurídico a determinados efectos que se conectan al mismo.”¹⁹³⁴

Una idea paralela de continuidad del hecho familiar o de sus efectos se aprecia en la extinción de la adopción, bien bloqueándola bien permitiéndola pero manteniendo los efectos de la extinta sobre nacionalidad y vecindad civil, (art. 180 CC). Todo ello porque el hecho familiar es un hecho y una necesidad humana que, una vez surgidos incluso *ex voluntate*, no pueden reenfundarse o retrotraerse como una cosa material que es retirada del poder de X y devuelta a la posesión de H, pues están comprendidas personas en sí mismas consideradas y activadas inexorablemente necesidades, costes, deberes y funciones públicas que han de ser puestos en ponderación con la libertad individual que representa la pureza del consentimiento.

En este sentido puede apreciarse como la inteligencia putativa se ajusta siempre con la mayor exactitud a las necesidades, dependencias y oficios públicos activos, de modo que el matrimonio putativo tiene más intensidad para los hijos que para el cónyuge de buena fe. Ello porque no se contempla a este último como dependiente sino como adulto capaz que puede librarse limpiamente del recíproco, esto es, sin oficios públicos activos ni, por tanto, responsabilidades a futuro, (aunque podrá concurrir también, excepcionalmente, tal

¹⁹³⁴ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., *Comentario al artículo 80 del Código civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pg. 331 - 332).

dependencia en un cónyuge respecto del otro). La cuestión entre ellos está abonada, (adultos, libres, capaces), a costes de oportunidad pero no a funciones tuitivas. Así para el cónyuge o cónyuges de buena fe se mantienen los efectos producidos desde la celebración formal hasta la declaración de nulidad en lo favorable, pero tras esta declaración el cónyuge *bona fides* pierde la condición jurídica de cónyuge. Por el contrario, en relación a los hijos, “El matrimonio es siempre eficaz... no sólo no se invalidan los efectos ya producidos sino que éstos se mantienen permanentemente. La eficacia más directa supone la calificación de los mismos como hijos matrimoniales, art. 108 I CC), con todas sus consecuencias...y no sólo durante el período en que existió matrimonio aparente sino también en el futuro.”¹⁹³⁵

¹⁹³⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C, *Comentario al artículo 80...*, *op. cit.*, pg. 332.

CAPÍTULO IX.- NEGOCIOS FAMILIARES EN CONCRETO. ¹⁹³⁶

1).- ALGUNAS CUESTIONES SOBRE ADOPCIÓN.

¹⁹³⁶ Bibliografía fundamental para este capítulo: ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV, op. cit.*; CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral ...* Tomo V, vol. 2º, décima edición, *op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*; DIEZ PICAZO, L., *Familia y Derecho*, ed. Civitas Madrid - 1984; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*; DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil, vol. IV, tomo 1, Derecho de Familia, 10ª edición*, editorial Tecnos, Madrid - 2006; GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción, op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida, op. cit.*; GARCIA FERNANDEZ, D., *La adopción como una solución lícita al problema de los embriones sobrantes*, Revista USCS, Direito, ano IX, número 14, jan/jun. 2008, ed. Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Sao Caetano -2008; GARRIDO CHAMORRO, P., *Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción, op. cit.*; JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción...*, *op. cit.*; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*; MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida, op. cit.*; MORO ALMARAZ, M.J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, editorial Bosch, Barcelona - 1988; PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Contra la Ley...*, *op. cit.*; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia...*, *op. cit.*; PÉREZ ÁLVAREZ, M., *La adopción en el sistema vigente...*, *op. cit.*, pg. 169; RIVERO HERNÁNDEZ *El nuevo régimen de la familia, II, op. cit.*; SANCHO REBULLIDA, F., *Acogimiento y adopción...*, *op. cit.*; VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos inherentes en la reproducción asistida, op. cit.*, y *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida, op. cit.*; VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos inherentes en la reproducción asistida, op. cit.*, y *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida, op. cit.*

1.1).- La recurribilidad procesal.- La doctrina mayoritaria que considera a la adopción como negocio jurídico procesal no convoca la sede general de impugnación del negocio jurídico patrimonial, (1.261 y ss. CC), sino que se remite tan sólo a las normas de la nulidad de los actos procesales: así SANCHO REBULLIDA¹⁹³⁷ y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹⁹³⁸. No obstante, admiten una acción autónoma de nulidad, que podría alegarse vía declarativo ordinario, (y en la que se plantearían todas las causas materiales de nulidad posibles incluyendo vicios del consentimiento), VARGAS CABRERA¹⁹³⁹, MÉNDEZ PÉREZ¹⁹⁴⁰, GARRIDO CHAMORRO¹⁹⁴¹ y ALONSO CRESPO¹⁹⁴².

Excitar la sede general del negocio jurídico patrimonial no es oportuno, como dije, por la naturaleza de los hechos familiares y por el agotamiento de la sustancia negocial o abstracción que se produce una vez que el hecho familiar congruente con un origen *ex negotii* ha nacido de tal fuente. Pero, sobre todo, porque se convoca a un cuerpo extraño, (doctrina del contrato patrimonial), que no se construye sobre el principio de primacía del interés del menor que domina toda la regulación adoptiva y que sí existe, en cambio, en la extinción de la adopción al haber sido regulada específicamente en sede familiar, (artículo 180.2 CC). No hay justificación, a mi juicio, para admitir una invalidez de la adopción que no estuviera también presidida, modalizada y condicionada, por tal principio.

CARRASCO PERERA señala que la invocación de la sede general negocial presenta el defecto de hacer casi ilimitado el abanico de posibilidades de revocación de la

¹⁹³⁷ SANCHO REBULLIDA, F., *Acogimiento y adopción...*, op. cit., pg. 598.

¹⁹³⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia...*, op. cit., pg. 486.

¹⁹³⁹ VARGAS CABRERA, B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, editorial Comares, Granada - 1994, pg. 281.

¹⁹⁴⁰ MÉNDEZ PÉREZ, J., *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*, editorial Bosch, Barcelona - 2000, pg. 274.

¹⁹⁴¹ GARRIDO CHAMORRO, P., *Las instituciones civiles...*, op. cit., pg. 879 y 880.

¹⁹⁴² ALONSO CRESPO, E., *Adopción nacional e internacional...*, op. cit., pg. 37.

adopción, (lo que apunta, considero, a una apreciación por parte de este autor de una naturaleza particular aquí por su carácter personal y familiar que exige cierta dureza en la causa), y que la falta de plazo para interponer la nulidad resulta radicalmente opuesta a los valores de estabilidad que impregnan la institución, (otra vez la naturaleza especial, los valores, bienes e intereses intersubjetivos, las funciones principalísimas públicas y los Derechos humanos de todos exigiendo tasación, limitación o dureza en las causas y permanencia y estabilidad del hecho familiar).¹⁹⁴³

CARRASCO PERERA encuentra una solución para todo ello en la subsunción de la nulidad de la adopción en la recurribilidad procesal, pero trayendo a la sede procesal las causas materiales sustantivas civiles, e incluye en esta recurribilidad la infracción de normas materiales y sustantivas del Código civil, los vicios de las declaraciones de voluntad incluyendo incapacidad, las infracciones procesales con valor de anulabilidad, las infracciones administrativas con idéntico valor y supuestos de inexistencia, (adopción de un fallecido o no nacido, etc.). Ello no niega todo lo afirmado hasta ahora porque esta recurribilidad procesal que absorbe la doctrina de la invalidez del negocio adoptional se produce antes de que el hecho familiar surja, pues el recurso no permite producirse eficazmente a la resolución judicial permaneciendo *non nato* el hecho familiar. Y la consunción de los plazos de interposición o de los plazos de resolución y su resolución, (si es interpuesto), proporcionan la preclusión y fijeza que se necesita en la sede familiar.

JARUFRE CONTRERAS también abona esta absorción y coincide con este autor en que ello "... constituye la solución más ajustada desde el punto de vista de la política jurídica..."¹⁹⁴⁴ pero señala que "la aplicación exclusiva del régimen de nulidades procesales acarrearía consigo una serie de inconvenientes, y entre ellos que las normas

¹⁹⁴³ CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pg. 238.

¹⁹⁴⁴ CARRASCO PERERA, A., *ibidem*, pg. 239.

prohibitivas no constituirían presupuestos sustantivos de la adquisición de un estado civil, sino simples reglas de desarrollo de un procedimiento”.¹⁹⁴⁵

Con ello se ha protegido al hecho familiar que surge del negocio adoptional con una verdadera cauterización de la sustancia negocial que ya no podrá invocarse p.e. tres años después de la firmeza de la aprobación judicial para impugnar el negocio y destruir en consecuencia la filiación determinada. Tal es el paradigma que resulta del 180 CC si bien no con respecto al Derecho fundamental de libertad individual de los adultos sino al Derecho fundamental de fundar y seguir familia, y es lo que, a mi juicio, debe sostenerse para los vicios consensuales en los negocios jurídicos familiares que crean filiaciones *ex voluntate*, (condicionalidad *favor filii*, *favor negotii* y, en su caso, suspensión de la función personal manteniendo la responsable pública).

1.2).- Reversibilidad de consentimientos.- Las filiaciones *ex voluntate* adoptivas y en sede de TRHA admiten la posibilidad de revocación o retirada de voluntades por cuanto conllevan un *delay* o retraso entre el negocio jurídico familiar y el surgimiento del hecho familiar. En tal *interregno* el negocio familiar se comporta todavía como un negocio personal sujeto, por tanto, a la permanente actualidad de voluntad y reversibilidad propia de los mismos. Este diferimiento ocurre también en los consentimientos en sede LTRHA, al no coincidir la prestación del mismo con la aplicación de la técnica que determina aparición de hecho familiar, (art. 3.5 LTRHA), aparición que, a mi juicio, sucede con la inseminación *in vivo* o *in vitro*, aunque en esta última no exista anidación o transferencia, (apareció un dependiente, el embrión), esto es, con la concepción *intra* o *extra* ovárica¹⁹⁴⁶, lo que ya fue analizado anteriormente.

¹⁹⁴⁵ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 346.

¹⁹⁴⁶ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos inherentes en la reproducción asistida*, *op. cit.*, pg. 278 y *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.*, pg. 9531.

Esta dislocación de momentos sucede en la adopción por la razón garantista jurisdiccional que suspende la eficacia del negocio jurídico familiar, (y por ello el surgimiento del hecho familiar), hasta que se determine una segunda eugénesis, (garantista individual y funcional pública), deteniendo en un limbo prejurídico, (sede judicial), a las voluntades coincidentes, (que son, sin embargo, sistemáticamente negocio jurídico, primera eugénesis), suspendiendo la aparición del hecho familiar, (eficacia del negocio adoptcional, *conditio iuris*¹⁹⁴⁷), hasta que se produzca la resolución judicial.

No existe aquel retraso o desacoplamiento en el matrimonio civil, aunque puede evitarse el matrimonio pese a haberse enviado el *nuntius*, siempre que sea retirado antes de celebrar, lo que también admite DÍEZ PICAZO para la adopción¹⁹⁴⁸.

Desde la concepción de la adopción como negocio jurídico procesal se considera que sólo existe negocio con la aprobación, en tanto antes las declaraciones de voluntad son esencialmente revocables por cuanto no existe negocio y tienen el valor de meras peticiones jurisdiccionales de las que se puede desistir individualmente sin más consideración material o sustantiva, (porque para estos autores no la hay). Así, con matices, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹⁹⁴⁹, SERRANO GARCÍA¹⁹⁵⁰ y GARRIDO CHAMORRO¹⁹⁵¹.

¹⁹⁴⁷ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral ...* Tomo V, vol. 2º, décima edición, *op. cit.*, pg. 429 y en *El nuevo régimen de la adopción*, en *Anuario de Derecho Civil*, III, nº7/1971, pp. 835 y ss.

¹⁹⁴⁸ DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil, vol. IV, tomo I, Derecho de Familia, 10ª edición*, editorial Tecnos, Madrid - 2006, pg. 313.

¹⁹⁴⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia, op. cit.*, pg. 474.

¹⁹⁵⁰ SERRANO GARCÍA, J., *Comentario del art. 180 del Código Civil...*, *op. cit.*, pg. 590.

¹⁹⁵¹ GARRIDO CHAMORRO, P., *Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción, op. cit.*, pg. 856.

A mi juicio la razón de estas revocabilidades reside, como digo, en que el negocio familiar se comporta como negocio personal esencialmente reversible, carácter que posee aunque se hayan unido las voluntades negociales, esto es, sin precisar que éstas estén todavía separadas, no emitidas o consideradas como actos jurídicos unilaterales. Esta naturaleza personal negocial persiste hasta que surge el hecho familiar, (y con éste el oficio público, estado civil, necesidades universales y funciones públicas), con el cual se produce un agotamiento de la sustancia negocial que muta en familiar y se ve sometida a guiones férreos públicamente establecidos y a la necesidad de que la función familiar tenga lugar sí o sí.

CARRASCO PERERA señala que “la irrevocabilidad de las declaraciones solo es aplicable a partir del momento en que recae el auto firme aprobatorio de la adopción. Tendrá que tratarse, [la revocación] entiendo, de una auténtica modificación de la declaración de voluntad...”¹⁹⁵² La idea de este autor de que la revocación debe constituir una auténtica modificación de la declaración de voluntad parece apuntar a una sustancia voluntarista mayor que la simple petición/desistimiento inherente al *ticket* jurisdiccional general ciudadano como simple trámite o petición administrativa, (negando la idea procesalista de la adopción), y denota que lo que existe sometido a este proceso garantista es algo sustantivo y no meramente un acto procesal, (un negocio jurídico civil personal).

En el supuesto de la adopción el sistema garantista jurisdiccional permite que exista temporalmente suspendido un negocio personal que todavía no genera hecho familiar y que no consume la sustancia negocial personal sino después de la resolución judicial constitutiva. Ahora bien, está en la sustancia del negocio personal y en su especialísima juridicidad, (ya suficientemente expuesta con anterioridad), la exigencia de permanente actualidad de voluntad y, por ello, su esencial reversibilidad hasta que, tras la resolución

¹⁹⁵² CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios a las reformas...*, op. cit., pg. 214.

judicial, aparezca el hecho familiar. Desde tal momento el negocio personal nace como negocio familiar con todas sus prendas de firmeza, estabilidad y valor público de modo que GARCÍA CANTERO señala que “no será posible el desistimiento unilateral de cualquiera de las partes”¹⁹⁵³ tras la aprobación judicial, y que la muerte e incapacidad posterior a tal aprobación no afectarán a la adopción.

Se defendió, con referencia al régimen anterior adoptivo, (culminado con escritura pública), la retirada del adoptante antes de este último otorgamiento público con base en una idea de *culpa in contrahendo* o la analogía con la ruptura de esponsales que defendían LACRUZ BERDEJO y VALLINA DÍAZ¹⁹⁵⁴. Tal dislocación y posibilidad de revocación ya no es posible tras la resolución judicial al haber quedado constituido el hecho familiar *ipso facto e ipso iure*. La existencia del requisito final de la escrituración no se exigía *ad substantiam*¹⁹⁵⁵ y la doctrina había defendido su supresión, pero, no obstante, otorgaba una última posibilidad tuitiva por cuanto el desistimiento unilateral del adoptante que no comparece a otorgar manifiesta inidoneidad y riesgos para el niño, así como nuevas circunstancias tras la aprobación judicial podrían llevar a un Presidente de Diputación o Junta de Protección de Menores a negarse al otorgamiento.¹⁹⁵⁶

En el Derecho anterior de la adopción y en el actual, como señalaba antes y ahora GARCÍA CANTERO, la solución es la misma: la aprobación judicial señala la validez o perfección negocial y el hecho familiar ha surgido. No es posible ya ni siquiera un *mutuo*

¹⁹⁵³ GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*, *op. cit.*, pg. 838.

¹⁹⁵⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L., en *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Familia*, ed. Bosch, Barcelona - 1971, pg. 433, nota 11; DE LA VALLINA DÍAZ, *op. cit.*, pg. 455. No obstante, pese a tal paralelismo señala LÓPEZ JACOÍSTE cómo la sentencia de la A.P. Barcelona, Sección 16, de 10 de Febrero de 2003 indemnizó un daño moral en la adopción frustrada que el art. 43 CC excluye en los esponsales, (LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*, pg. 129).

¹⁹⁵⁵ GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción...*, *op. cit.*, pg. 838.

¹⁹⁵⁶ GARCÍA CANTERO, G., *ibidem.*, pg. 837.

disenso, (ARCE y FLÓREZ-VALDÉS¹⁹⁵⁷), y, en su caso, la cuestión habrá de discurrir por la entrega del menor o la privación de guarda y custodia o patria potestad impuesta contra los adoptantes.

1.3).- Extinción y nulidad de la adopción.- “Extinguida la adopción, los efectos que se derivan de ella operan *ex nunc*, sin eficacia retroactiva”, señalan CARRASCO PERERA y JARUFRE CONTRERAS¹⁹⁵⁸ Ello supondrá, en su caso, la reviviscencia de las filiaciones previas, con la reserva establecida en el art. 180.3 CC para nacionalidad, vecindad civil adquirida o efectos patrimoniales previos.

CARRASCO PERERA no acepta plenamente la idea de reviviscencia con mantenimiento del *interregno*, pues manifiesta que “la norma debiera leerse no como diciendo: la extinción de la adopción no produce eficacia retroactiva sobre la adquisición de la nacionalidad o vecindad civil, sino de esta otra: la extinción de la adopción no es una causa de pérdida de la nacionalidad o vecindad civil, como tampoco lo es la extinción de la patria potestad paterna o materna”.¹⁹⁵⁹

JARUFRE CONTRERAS separa extinción y nulidad¹⁹⁶⁰ señalando ser difícil precisar la naturaleza de la primera, pues “se configura como una especie de oposición de terceros que impugnan la eficacia de una resolución judicial en la que, debiendo, no han sido parte quienes, a raíz de esta intervención, soportan un gravamen”¹⁹⁶¹. Para CARRASCO PERERA la extinción no tiene naturaleza impugnatoria.¹⁹⁶²

¹⁹⁵⁷ ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, J., *La adopción de expósitos y abandonados*, Centro de Redacción y Publicaciones de la Obra de Protección de Menores, Madrid - 1968, pg. 82.

¹⁹⁵⁸ CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pg. 225, JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 342 - 343.

¹⁹⁵⁹ CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pg. 225.

¹⁹⁶⁰ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 336 - 347.

¹⁹⁶¹ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibídem*, pg. 337.

A mi juicio la causa de extinción del artículo 180 CC participa de la misma naturaleza mixta sustantiva y procesal que el art. 238.3 LOPJ, puesto que al tratarse directamente del derecho de petición o audiencia jurisdiccional, tal derecho adjetivo queda sustantivizado, pasa de su segundo grado al primer plano. El requisito procesal obviado es uno de aquellos supuestos procesales que son directa e inmediatamente indefensión, lo que supone una lesión directa al art. 24 CE sea cual sea el derecho sustantivo subyacente. Por ello el supuesto pertenece a la nulidad absoluta procesal, (lesión de Derechos fundamentales e indefensión, artículo 238.3 LOPJ). En este caso el subyacente así fusionado con la indefensión procesal es un Derecho fundamental de los adultos, (derecho a fundar y seguir familia, derecho a ser padre/madre legal, derecho al hijo adscrito *ex lege*)¹⁹⁶³.

Sin embargo, el *favor minoris* y el *favor negotii* derivado del mismo determinan: 1) que esta nulidad procesal imprescriptible quede reducida a mera recurribilidad procesal, (el equivalente procesal a la idea de anulabilidad civil), pues es rogada y en breves plazos, (dos años, art. 180 CC), si bien mediante una acción que no pertenece tampoco al régimen general de los recursos procesales, y 2) el ya conocido efecto *ex nunc* y no *ex tunc* que es impropio de la nulidad absoluta que concurre aquí.

La causa sustantiva que justifica esta acción y este supuesto ciertamente mutante respecto de la férrea doctrina de la nulidad absoluta por lesión de Derecho fundamental se

¹⁹⁶² CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pg. 102.

¹⁹⁶³ Sobre el carácter de derecho y de Derecho fundamental de los padres/madres previos téngase en cuenta que para PÉREZ ÁLVAREZ su asentimiento “no es un consentimiento rebajado sino un consentimiento-aprobación, cualificado por proceder de quien no es parte en la relación a constituir.” (PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 323).

manifiesta en el final del artículo 180.2 CC que, para la buena inteligencia del mismo, debería principiarse, pues toda su clave se revela cuando exige que “la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor”.

A mi juicio, debe criticarse el adverbio “gravemente”. Por una parte el sesgo constitucional pone en duda que pueda aceptarse perjudicar “leve”, “moderada”, o “medianamente” al menor frente a los cuatro adultos que rondan en torno de él. Por otro lado, encontramos otra vez un abuso o invasión del legislativo sobre el arbitrio judicial que es necesario en una articulación de Derechos fundamentales que afectan a cinco o más personas, a varios distintos Derechos fundamentales y a un sesgo constitucional que se intenta rebajar por el legislador.

Así el mecanismo de extinción de la adopción como mera anulabilidad procesal absorbida en recurribilidad procesal y condicionada a no perjudicar gravemente al menor es la solución legislativa *ad cassum* y con arbitrio judicial para cohonestar la lesión de los derechos humanos de los padres/madres legales previos con los derechos fundamentales del menor y de los padres/madres adoptivos. No niega aquellas afectaciones e indefensiones pero las declara claudicantes frente al *favor minoris*, de modo que avisa a los padres/madres legales previos de que corren con la carga de una diligencia especial so pena de haber de padecer efectivamente aquella lesión. No es éste el único lugar en que el *favor filii* o *favor minoris* vencen a un Derecho fundamental del adulto a fundar familia o a la crianza: la posesión de estado produce también vencimiento sobre el derecho a fundar familia del padre biológico.

La prevalencia del *favor minoris* que rige el supuesto de extinción adoptiva, a mi juicio, debe ser llevada también a la sede general de la impugnación de la adopción si se estima que puede excitarse su anulabilidad por vicio negocial fuera del proceso, con la imprescriptibilidad propia de la acción en sede general contractual y sin consideración

ninguna de *favor minoris* ni de posesión de estado por no ejercitarse aquí una acción de filiación sino contractual, (lo que, como dije no es correcto a mi juicio).

Esta falta de una regulación específica de la anulabilidad por vicio consensual no puede determinar injustificadamente que el superior interés del menor venza a la extinción adoptiva, (que es una nulidad absoluta por lesión de Derecho fundamental de los padres/madres previos), y claudique, por el contrario, frente a una mera anulabilidad excitada desde la teoría general del negocio jurídico patrimonial, (cuya negación afectaría al Derecho fundamental de libertad del otorgante viciado). En la extinción adoptiva dos personas son “injustamente” forzadas a dejar de ser padres/madres legales por la percusión del interés superior del menor; en la impugnación por vicio bloqueada análogamente una persona puede ser forzada a ser padre/madre legal sin poder estimarse que verdadera y puramente lo quiso. En ambos casos existe un menor necesitado y un sesgo constitucional *favor filii*, pero en la extinción tenemos un exceso de candidatos a responsabilizarse del menor en tanto en la anulabilidad por vicio consensual la situación previa del menor puede abocar a una reinstitucionalización. Sustancialmente no creo que puedan exigir los adultos concernidos en la anulabilidad por vicio de consentimiento ser mejor tratados que los padres que fueron obviados en el proceso. En su caso, el supuesto se reconducirá del modo resultadista y funcional propio de la sede familiar que señalé anteriormente, pudiendo producirse la cesación de la patria potestad como función personal aunque no como responsabilidad pública.

2).- RECONOCIMIENTOS DE HIJO.-

2.1).- Situación doctrinal.- La doctrina no es pacífica en cuanto a la naturaleza del reconocimiento de hijos. Lo consideran negocio jurídico unilateral de Derecho de

familia, GARCÍA CANTERO¹⁹⁶⁴, PARRA LUCÁN¹⁹⁶⁵ y PASCUAL FRANQUESA con matices.¹⁹⁶⁶

Entienden que posee naturaleza de acto jurídico DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS¹⁹⁶⁷, RIVERO HERNÁNDEZ, F.¹⁹⁶⁸, y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS.¹⁹⁶⁹ Por su parte QUICIOS MOLINA, para explicar por qué el reconocimiento no es un negocio jurídico, señala que los efectos se producen *ex lege* de manera que predominan los efectos legales sobre la voluntad del reconocedor¹⁹⁷⁰ y DÍEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS consideran que no se exige una voluntad encaminada a producir unos determinados efectos.¹⁹⁷¹

Como ya dije antes, lo decisivo no es que los efectos estén normados legalmente sino que se desencadenen legalmente o *ex voluntate*, (*Abschlussfreiheit*), y ello no puede ser resuelto de forma unitaria en esta sede jurídica. Es verdad que no hay filiación *ex voluntate* en la sede del CC, dominada por el principio de veracidad biológico con la sola

¹⁹⁶⁴ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares... op. cit.*, pg. 169 y pg. 170

¹⁹⁶⁵ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia, op. cit.*, pg. 121.

¹⁹⁶⁶ PASCUAL FRANQUESA, E., *La impugnación de la filiación matrimonial, vol. II*, CGPJ, ed. Fundación Wellington, Madrid 2008, pg. 43.

¹⁹⁶⁷ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, 10ª ed.*, Madrid, 2006, pg. 245.

¹⁹⁶⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El nuevo régimen de la familia, t. II*, ed. Civitas, Madrid, 1982, pg. 63.

¹⁹⁶⁹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por ALBALADEJO GARCÍA, M., Y DÍAZ-ALABART, S., Tomo IV, volumen 3º, ed. EDERSA, Madrid 1996, pp. 174 y 175.

¹⁹⁷⁰ QUICIOS MOLINA, S., *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, J Mª Bosch, editor, S.L., Barcelona - 1997, pg. 31

¹⁹⁷¹ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil, IV...*, *op. cit.*, pg. 245).

templanza del *factum favor filii* de la posesión de estado, (que no es tampoco especie negocial). Pero no es menos cierto que el sistema expresamente establecido y querido por el CC tolera que constituyan este título de filiación biológica personas que saben no ser padres genéticos, lo que no puede explicarse entonces sin dar alguna relevancia a la voluntad y no a los hechos. GARRIDO DE PALMA mantiene una posición ecléctica que encuentra en el reconocimiento de hijo tanto confesión de hecho como admisión de paternidad.¹⁹⁷²

A mi juicio esta dualidad manifiesta dos categorías heterogéneas en el reconocimiento de hijo que se separan desde el panorama psicológico del reconocedor diferenciando un reconocimiento ciencia como acto jurídico en sentido estricto, (confesión), y un reconocimiento voluntad como admisión de paternidad querida por quien no toca, (asunción voluntaria). En el primer caso la paternidad resulta de los hechos confesados, de modo que no hay admisión del oficio legal de padre sino admisión del hecho genético que es el supuesto de hecho de la norma jurídica que creará luego imperativamente aquel *officium* legal sobre la persona señalada por tal hecho.

Quienes defienden la caracterización del reconocimiento como acto jurídico consideran que contiene una admisión, pero una admisión de un hecho y no de un efecto¹⁹⁷³, lo que convoca la categoría de los actos jurídicos reales. Esto es, el reconocimiento manifiesta o afirma un hecho donde no hay voluntad, de ahí que sea irrevocable, (pues los hechos no se revocan)¹⁹⁷⁴, y también retroactivo, (pues un hecho se

¹⁹⁷² GARRIDO DE PALMA, V.M., *El reconocimiento de hijos*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXV, Estudios sobre el nuevo Derecho de familia y sucesiones, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de Febrero, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1982, pp. 17-21, 34 - 38 y 41.

¹⁹⁷³ GALLO VÉLEZ, A.S., *op. cit.*, pg. 71.

¹⁹⁷⁴ GALLO VÉLEZ, A.S., *op. cit.*, pg. 73.

produce cuando se produjo y no cuando se quiere que tenga efecto). Con ello va de suyo que no cabe impugnación de vicio, (por cuyo motivo RIVERO HERNÁNDEZ excluye los reconocimientos de complacencia del art. 141 CC¹⁹⁷⁵), y GALLO VÉLEZ manifiesta que “no pueden ser una declaración de voluntad”¹⁹⁷⁶ de modo que no cabe doctrina de vicios de la declaración de voluntad. Con toda congruencia ello les lleva a afirmar que los reconocimientos de complacencia no están admitidos en el sistema del CC, (que sólo comprende el reconocimiento ciencia), y ello bien por adolecer la complacencia de nulidad

¹⁹⁷⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 141...*, *op. cit.*, pg. 520. Dice RIVERO HERNÁNDEZ que “el reconocimiento es una declaración de ciencia y una decisión de la voluntad del reconocedor”, pero esta voluntad que yuxtapone a la manifestación de ciencia no es sino aquella ejecución/inejecución propia del acto jurídico en sentido estricto que ni siquiera es valorada como acto jurídico semejante a los negocios jurídicos. Aclara RIVERO HERNÁNDEZ que “El alcance de la voluntad del reconocedor no va más allá de querer establecer formalmente la relación de filiación”, (pg. 461), esto es, produce un acto registral civil no sustantivo sino debido, (aunque no sea obligatorio), en cuanto en el panorama psicológico de este reconocedor es debido e imperativo el oficio legal paterno. A ello se opondría una voluntad no meramente formal sino sustantiva, aquélla que quiere crear desde la sola *Abschlussfreiheit* del reconocedor una relación de filiación que legalmente no debería existir pero que es tolerada en tanto lo permita el régimen rogado de las acciones de filiación. Este valor de la voluntad formal y registral no es un valor negocial ni de un acto jurídico semejante a los negocios de modo que, a mi juicio, no es congruente RIVERO HERNÁNDEZ cuando defiende aplicar el 141 a los reconocimientos ciencia cuando el reconocedor “comprobada por él la defectuosa formación de su decisión, pretende dejarla sin efecto”, (pg. 520). Aquí no hay decisión ni defectuosa formación de una decisión, (negocio jurídico y acto jurídico semejante a los negocios jurídicos), sino mera ejecución/inejecución, (acto jurídico en sentido estricto), ello compone inexactitud y exige rectificación de la confesión y del Registro Civil, pero no impugnación negocial o anulabilidad desde el vicio de una declaración de voluntad.

¹⁹⁷⁶ GALLO VÉLEZ, A.S., *op. cit.*, pg. 150 y pg. 158.

absoluta, (RIVERO HERNÁNDEZ¹⁹⁷⁷), bien por constituir un acto jurídico en fraude de ley, (GALLO VÉLEZ¹⁹⁷⁸).

No obstante, a mi juicio no puede juzgarse una acción humana por la exactitud de su resultado allí donde precisamente una omnisciencia es inalcanzable, ni concederse sin más que percibir el otorgante tal inexactitud es ya fraude de ley cuando la propia ley no ha querido cerrar la quiebra potencial y probable de veracidad que supone no exigir aquí la prueba de ADN. Un enjuiciamiento a la heterogeneidad que se cobija bajo los reconocimientos de hijos sólo puede realizarse examinando el panorama psicológico del reconocedor en el momento de su ejecución.

2.2).- Filiación ex voluntate como objeto negocial.- Hablamos de filiación *ex voluntate* señalando ciertos negocios jurídicos familiares de los que surge un relación paterno y/o materno filial, (adopción, LTRHA, reconocimiento de hijo). Ello tiene el inconveniente de semejar que es la propia función pública familiar la que es objeto del negocio jurídico civil personal, con lo cual estaríamos disponiendo de algo que es vertical e intangible para los privados. Ello también determinaría la nulidad de cualquier negocio jurídico de reconocimiento, por cuanto se produce en sede de procreación biológica y sexual dominada por el *factum* del ADN *ex* 39.2 CE y negadora, por tanto, de cualquier posibilidad de existir objeto negocial, (*extracomercium*, art. 1270 CC). En este sentido señalan nulidad GARCÍA CANTERO¹⁹⁷⁹, SANCHO REBULLIDA¹⁹⁸⁰, RIVERO HERNÁNDEZ¹⁹⁸¹ Y ALBALADEJO¹⁹⁸².

¹⁹⁷⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., (*et alii*), *El nuevo régimen de la familia*, II, ed. Civitas, Madrid – 1982, pg. 69.

¹⁹⁷⁸ GALLO VÉLEZ, A.S., *op. cit.* pp. 483 y ss.

¹⁹⁷⁹ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares, ... op. cit.*, pg. 203.

No obstante, considero que en estos negocios ha de separarse siempre la parte funcional pública familiar y la parte personal. La perspectiva funcional supone una relación directa e individual con el contrato social, de modo que la emisión de consentimiento negocial lleva aparejada una declaración frente a los poderes públicos de aceptar la delegación funcional que está inmediatamente yuxtapuesta al negocio otorgado, de ingresar voluntariamente en la organización difusa del contrato social. Ello no es objeto del negocio, pues no es algo negociado ni intersubjetivo horizontal entre los otorgantes, sino individual hacia el Estado y vertical desde éste hacia cada otorgante, (heterónimo, no se negocia con el contrato social la función paterna o materna).

Ni siquiera esta asunción de delegación toma valor intersubjetivo horizontal cuando existan dos co-delegados, (adopción conjunta), sino que cada uno de ellos promete y asume separada y unipersonalmente con el poder público. Ello no corresponde a la idea de solidaridad de las obligaciones civiles sino a que cada uno de ellos está unipersonalmente sujeto a un deber público funcional total, cada uno al suyo propio. Cosa distinta es que 1) exista una relación horizontal entre ellos para desarrollar *in concreto* unos oficios públicos coincidentes sobre un mismo dependiente, 2) que sea la mejor función pública aquella que contempla la existencia de dos co-delegados sobre cada menor y que éstos tengan, cada uno de ellos, la totalidad de la función, (incluso en caso de vida separada con las modernas opciones por la custodia compartida); 3) que puedan otorgar negocios personales para implementar y coordinar el ejercicio concreto de sus funciones, 4) que surjan daños

¹⁹⁸⁰ SANCHO REBULLIDA, F., en LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F., *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, volumen 2, op. cit.*, pg. 663 y ss.

¹⁹⁸¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., (*et alii*), *El nuevo régimen de la familia*, II, ed. Civitas, Madrid – 1982, pg. 69.

¹⁹⁸² ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, 12ª edición*, ed. Edisofer S.L., Madrid – 2013, pg. 241.

injustos y costes de oportunidad horizontalmente entre los co-delegados y 5) que todo ello refleje sobre la persona física en la que recae la función, (hijos).

Ello significa que la filiación *ex voluntate* es una filiación *ex lege*, exactamente igual que la biológica o, dicho de otro modo, que ya sea el criterio de determinación, (o supuesto de hecho normativo para detectar a un responsable o delegado), una realidad biológica, un negocio jurídico adopcional o un negocio jurídico en sede TRHA, de la norma jurídica pública y vertical surge *ex lege* una misma cosa ya sea que contemple en su supuesto de hecho el ADN o un negocio jurídico: una filiación jurídica, legal, una paternidad o maternidad legal que han de ser idénticas, (so pena de crear discriminaciones y clases privilegiadas o desfavorecidas de hijos, como señalan GARCÍA CANTERO¹⁹⁸³, JARUFRE CONTRERAS¹⁹⁸⁴ y GÓMEZ SÁNCHEZ¹⁹⁸⁵).

Lo que las personas ponen aquí autónoma y negocialmente es tan sólo un plan de vida personal escogido y decidido libremente *ex 10 CE*. Este plan, (*Abschlussfreiheit*), consiste en criar, educar y socializar a un niño, sea que incluya también, (o no), la propia creación o concepción del hijo, pues cualquier plan que sólo consistiera en concebirlo resultaría inaceptable para el contrato social al desatender la simultánea función familiar que surge de inmediato. Sólo en los casos expresamente renunciados y claudicados por el contrato social es posible separar concepción y familia, (anonimización del donante genético *ex 5.2LTRA*, anonimización de los genitores del embrión *ex 11.4 LTRHA*¹⁹⁸⁶), si bien en tal caso las funciones quedan aniquiladas o suspendidas por razón del negocio de

¹⁹⁸³ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares, ... op. cit.*, pg. 233.

¹⁹⁸⁴ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 219.

¹⁹⁸⁵ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción...*, *op. cit.*, pg. 84.

¹⁹⁸⁶ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos inherentes en la reproducción asistida, op. cit.*, pg. 278 y *La figura legal del anonimato del donante. op. cit.*, pg. 9531.

un centro médico que no las activará sin tener un cliente que será, a la vez, el nuevo delegado público en la función paterna o materna.

Al escoger y proponer jurídica y negocialmente tal plan personal las personas privadas hacen surgir 1) la ocasión para que el contrato social obtenga ciertos dones e intereses propios que puede ofrecer tal plan y que presumiblemente se obtendrán porque los proponentes lo quieren, 2) la necesidad de una función que los asegure, puesto que, aun querido inicialmente tal plan, aquellos dones no se producirán sin una labor duradera y progresiva de cultivo y desarrollo que exige una sujeción jurídica sin la cual la ocasión prosocial se convierte, por el contrario, en problema social, (piénsese en los *gamines* en Sudamérica), y 3) la utilización de tal negocio jurídico como parte del supuesto de hecho de la norma jurídica funcional y pública que aherroja unos delegados responsables de aquellas funciones, en concreto imponiendo a aquellos otorgantes negociales el oficio público de padres o madres legales.

Ello significa, a mi juicio, que hemos de separar la cuestión de la filiación, por un lado, y la doctrina del negocio jurídico, por otra parte, sin que podamos afirmar automáticamente que el reconocimiento de hijo no puede ser negocio jurídico por falta de objeto, (no hay filiación *ex voluntate ex negotii* pues domina la biología), o que es directamente fraudulento e ineficaz: Existe una zona de posibilidad para que ambos planos ofrezcan cierta tolerancia o posibilidad de juego dislocado pues el negocio personal de base es “hacer de padre” o “hacer de madre” y sólo en ocasiones el ordenamiento jurídico convierte a las personas que convocan tal plan en verdaderos padres o madres legales. En algunos supuestos quedan en simples acogedores, (artículo 172 CC), o en otros casos en meros guardadores de hecho, (artículos 303, 304 y 306 CC).

Piénsese, en este sentido, que ni siquiera en una filiación biológica surgida directamente de la ley y sin negocio jurídico existe realmente la paternidad legal como objeto previo, sino tan sólo como resultado *ex post*. Durante años se han anudado

filiaciones mediante pruebas biológicas consideradas certeras y confiables. Sin embargo, en Noruega la revisión de las mismas con la nueva tecnología de ADN ha dejado su acierto en un 33,33% y el legislador ha reaccionado considerando inexistentes relaciones paterno filiales creadas *ex lege* y sobre prueba biológica con varias décadas de duración, que fueron funcionales y produjeron entregas y costes de oportunidad que ahora, (cuando quizá el padre necesita una vía de regreso), se aniquilan¹⁹⁸⁷. La adoración del *eidolon* científico determina aquí una falta de objeto que convierte a todo lo sucedido en nada cuando, a mi juicio, habría de haberse negado esta “revisión desde el nuevo estado de la ciencia” o debió haberse aceptado la existencia de una paternidad *ex voluntate* o de un padre “acreditado” como tal por haber cumplido satisfactoriamente con sus responsabilidades públicas.¹⁹⁸⁸

Una filiación *ex voluntate* colisionaría con el artículo 39.2 CE, pero es posible pensar que el sentido de este artículo 39.2 CE no era la literal investigación de “paternidad” sino la creación de un “derecho constitucional a ser hijo legal de los dos genitores”, lo que imposibilitaría tanto una verdadera filiación *ex voluntate* como la familia monomarental *ex LTRHA*; sólo permitiría la adopción unipersonal por cuanto ésta contempla orfandad, disfuncionalidades en la función parental y una necesidad de un menor ya existente. De ahí que GARCÍA CANTERO señale que la LTRHA, (la de 1988 igual en este punto a la actual), fue una “fábrica de seres marginados”, pues permite el nacimiento de menores sin padre “originando una flagrante discriminación en razón al nacimiento que choca

¹⁹⁸⁷ LØDRUP, P., *Challenges to an Established Paternity - Radical Changes in Norwegian Law*, en *International Sourvey of Family Law*, ed. Family Law of Jordan Publishing, Bristol - 2003, pp. 353 -362, en concreto pg. 359.

¹⁹⁸⁸ MONTÉS PENADÉS reconoce el principio de preeminencia de la verdad biológica sobre la formal o registral pero señala que ello no autoriza “una interpretación en clave genética de las palabras que preceptos como el señalado artículo 127 del CC utilizan.”, (MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.*, pg. 967).

frontalmente con el art. 14 de la CE”¹⁹⁸⁹, y que PANTALEÓN añade, además, que ello convierte en más notorio todavía que la LTRHA, (1988), no hubiera sido Ley Orgánica.¹⁹⁹⁰

Pero si existe el derecho constitucional a la biparentalidad no cabe duda que, 1) sea lo que sea aquello que surge de un reconocimiento de hijo sin veracidad biológica (sea alguna vez o nunca impugnado), contribuye al menos transitoriamente a satisfacerlo¹⁹⁹¹ así como que 2) una filiación *ex voluntate*, (aunque elimine a la biológica, pues en otro caso no sería filiación sino otra cosa, (acogimiento, padrinzago)), es constitucional y protectora del menor siempre que A) la determinación genética sea imposible y no sólo indeterminado, lo que es, en sí mismo imposible y sólo ocurre artificialmente porque se anonimiza *ex lege*, (se impide investigar), con arreglo a los artículos 5.5, 8.1, 8.2 y 11.4 LTRHA, o B) ello resulte *favor minoris* cuando la paternidad/maternidad biológica no cumple la función pública y perjudica los derechos del menor, (adopción).

Este no es un problema negocial sino un problema de diseño legislativo para la detección, obtención y aseguramiento de los delegados públicos en la función paterna y

¹⁹⁸⁹ GARCÍA CANTERO, G., *La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida, en Derecho, Procreación y Ética, Cuadernos de Bioética número 3/1999*, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, Madrid - 1999, pg. 479; (PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Contra la Ley...*, *op. cit.*, pg. 19).

¹⁹⁹⁰ PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Contra la Ley...*, *op. cit.*, pg. 19.

¹⁹⁹¹ MONTÉS PENADÉS aprecia para la monomarentalidad que no existe “un derecho absoluto de la mujer a ser madre” y que “aquí se trata de lanzar un niño al mundo sin que se integre en una familia completa, esto es, se prevé de antemano un niño que no tendrá padre”, por lo que considera que “habría de procederse más cautelosamente” si bien estima también difícil que la prohibición fuera realmente efectiva y que no desembocara más bien en prohijamiento, acogimientos de complacencia o *quasi* adopciones como las que han intentado desde siempre las mujeres solas cuando no existían las TRHA, y que coadyuvarían y aliviarían en cierta medida la situación de los hijos que cuenta sólo con madre, (MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida, op. cit.*, pp. 962 - 964).

materna legal. En el plano negocial la cuestión es que una o dos personas manifiesten un proyecto individual o cooperativo para criar, educar y socializar a uno o varios niños, sea que comprendan o no también su concepción y, como digo, la conjunción del plano negocial y del plano funcional público no es totalmente coincidente.

La heteronomía pública es visible en la procreación biológica aunque existe un negocio personal por el que A y B se han casado católica y civilmente con toda la voluntad e intención de tener varios hijos que efectivamente conciben y convierten en ciudadanos valiosos. Y esta heteronomía es la misma, aunque resulte oscurecida, cuando M adopta unipersonalmente al niño Z, cuando A y B, casados, adoptan conjuntamente a Z, cuando B consiente la FIV heteróloga sobre A, o cuando R, vecino de M, consiente FIV heteróloga sobre la misma. En la procreación sexual hay negocio, plan personal y autonomía, (salvo violación, fallo anticonceptivo o noche loca), y en la adopción y en la LTRHA hay heteronomía en el señalamiento público que es la filiación como oficio legal¹⁹⁹², esto es, en todas las sede hay juego de autonomía/heteronomía y en ello está la especialidad con que se produce el Derecho público indirecto en la sede familiar. Esta dislocación es clave en el negocio anómalo de reconocimiento-voluntad frente al acto jurídico de reconocimiento-ciencia. La cuestión es distinta, sin embargo, en la LTRHA, pues, como señala PARRA LUCÁN, cuando se trata de técnicas de reproducción asistida es la pura voluntad, el consentimiento, el título de atribución de la filiación¹⁹⁹³, si bien también cabría diferenciar en este ámbito entre la reproducción asistida, (el hijo está relacionado genéticamente con

¹⁹⁹² DÍEZ PICAZO, citado por MONTÉS PENADÉS señala: “la regla B es padre/madre de A en realidad significa que B tiene que cumplir respecto de A el conjunto de deberes - con el correlativo conjunto de derechos - o el conjunto de funciones o el conjunto de papeles que la sociedad o el ordenamiento jurídico esperan y definen con esa denominación”, (MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, op. cit., pg. 968).

¹⁹⁹³ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 421.

padre y madre legales), y la reproducción artificial, (el hijo no está relacionado genéticamente con el padre legal, con el padre y madre legales o no existe padre legal).¹⁹⁹⁴

2.3).- Valor negocial en los reconocimientos.- El dominio de la ciencia y biología en la filiación por reproducción sexual, (sólo cuestionado por su enemigo, la posesión de estado), supone que no hay proposición autónoma de plan personal ninguno en la previsión legal sino la mera declaración o manifestación *ex* ADN de una asignación heterónoma de oficios, funciones y responsabilidades públicas. No obstante, para el padre ocurre que el ADN no habla por sí mismo, de modo que es un criterio que debe ser investigado y revelado, lo que, al no exigir prueba de ADN en toda inscripción de nacimiento, intenta construir también la Ley con presunciones y reconocimientos que suponen pero no afirman ni niegan verdaderamente aquella realidad biológica. Por su parte, para la madre antes estaba garantizada la certeza genética por la unidad biológica entre concepción y alumbramiento, lo que ahora ya puede ser inexacto con las técnicas TRHA, (donación de óvulo, transferencia de embrión), de modo que en relación con ella el criterio se mantiene en el alumbramiento, (salvo donde se admita otra cosa en sede de maternidad subrogada).

Aunque la determinación normativa siga el hecho ciego del ADN, la mayor parte de tal reproducción sexual es de intento, buscada o no finalmente rechazada, esto es, voluntaria materialmente aunque no jurídicamente en la idea legislativa eficaz para la adscripción funcional. En este punto la urgencia del contrato social para señalar un criterio de filiación, (ADN), que le identifique automática y absolutamente a dos responsables y delegados necesarios en descargo de la justicia social, (quien hace el niño paga, LOYSEL), ha oscurecido la realidad vital que determina que masivamente se tienen hijos como proyecto personal de desarrollo de mi propia personalidad, (voluntaria y negocialmente).

¹⁹⁹⁴ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 259.

Congruentemente con esta idea legal el reconocimiento sólo puede ser un acto jurídico no concluyente que facilita, en su caso, la inscripción registral, pero que puede ser obligado a desembocar finalmente en reclamación, impugnación y prueba de paternidad, de modo que sólo tiene valor jurídico como hecho interpelado desde la genética, (se presupone que reconoce quien sabe que es genitor), pero no por una emisión de voluntad que hubiera de crearla desde un negocio jurídico unilateral de filiación *ex voluntate*. Esto es, reconozco a Z porque es mi hijo genético, desde la certeza de tal hecho y porque estoy interpelado *ex lege* a ser padre legal de un modo inevitable, o sea, no escogible, no rechazable, heterónomo, y lo hago así por pura simpleza y comodidad de un trámite de inscripción que requiere un título. Con tal esquema no habría aquí sustancia negocial y tendríamos tan sólo un acto jurídico en sentido estricto.

Del mismo modo, caso de reconocer sin ser padre genético, el acto jurídico de reconocimiento está interpelado a decaer desde el hecho genético y la ley, de modo que nada puede conseguir el otorgante negocial con su negocio, siquiera transitoriamente la situación, (y su plan personal de vida para hacerse cargo de un menor que no le toca), puedan existir y durar incluso hasta arribar a una posesión de estado que protegerá esta “no filiación biológica” consiguiendo que el reconocedor no genitor no sea destronado de su oficio de padre legal salvo por el propio hijo en su caso; pero este triunfo no es efecto *ex negotii* sino *ex factum*, (posesión), y *ex lege*, (ponderación *favor minoris* de tal posesión), desde el juego de las acciones de filiación.

Es así que la doctrina piensa más el reconocimiento como declaración de ciencia¹⁹⁹⁵, (sobre el hecho genético), que de voluntad, (querer ser padre legal cuando no me toca), y por ello como un instrumento para obtener fácilmente la inscripción en lo que

¹⁹⁹⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 323.

sería, entonces, acto y procedimiento registral civil. Se determina así inmediatamente la enemiga hacia el llamado reconocimiento de complacencia que, aunque podría tener sustancia negocial, (quiero ser padre legal de quien no me toca), desde estas posiciones sólo puede ser nulo¹⁹⁹⁶ o fraudulento¹⁹⁹⁷ pues, si se apartan los velos y las tolerancias, la única energía jurídica que puede correr por las venas del reconocedor es la de su sangre común con el reconocido y nunca su voluntad ni su plan personal de vida de hacerse cargo del mismo.

Apoyo para esta visión es el hecho innegable de que una verdadera filiación *ex voluntate* discordante de la biológica es tanto afirmación o determinación como eliminación o negación de una filiación anterior, lo que convoca a Derechos fundamentales de personas que no están presentes en el negocio unilateral de reconocimiento y que, por ello, no habrían de ser afectados so pena de defraudar sus Derechos fundamentales. En este sentido el propio hijo y la progenitora conocida cuentan con un expediente para controlar en cierta medida la percusión de tal reconocimiento sobre sus vidas *ex art.* 123 y 124 CC, pero el progenitor no conocido carece de aquella posibilidad, de modo que si fuera eliminado *ex voluntate* unilateral del reconocedor se conculcarían sus derechos por un privado sin apoyo legal para ello y sin el proceso garantista que existe en la adopción. Por ello el reconocimiento no posee efecto extintivo ni preclusivo dado que no existe filiación *ex voluntate* con base en el mismo y la percusión de posesión de estado no es especie negocial sino un principio legal corrector de la veracidad biológica en ponderación del *favor minoris*.

2.4).- Filiación y padrino.- Existe otra posibilidad para la noción de filiación *ex voluntate* que tendría menor entidad que la filiación biológica y adoptiva, apuntando más que a una responsabilidad y oficio público de padre legal a una figura coadyuvante, de

¹⁹⁹⁶ RIVERO HERNÁNDEZ *El nuevo régimen de la familia*, II, *op. cit.*, pg. 69.

¹⁹⁹⁷ GALLO VÉLEZ, A.S., *op. cit.*, pp. 261 y ss.

apoyo o acompañadora, un padrinazgo que puede ser temporal o bajo condición de la aparición del verdadero padre. Este padrinazgo o *quasi*-paternidad es beneficioso para el niño y para la justicia social, aun cuando no fuera verdadera filiación o aunque sea filiación claudicante, pues supondrá un apoyo y una suma de esfuerzo, pero 1) habría de resultar claramente cuándo contempla la norma jurídica paternidad o padrinazgo para que estos negocios familiares puedan ser otorgados sin un error de Derecho que sería luego irrelevante, 2) habrá de balancear el contrato social A) el interés del hijo en contar con un apoyo temporal con B) el daño para la construcción de su personalidad que pudiera suponer el final de tal padrinazgo, (protocolos de salida), y 3) por ello, habría de decidir el contrato social el supuesto clave que desdeciría el interés social aquí radicante, aquel caso en que el propio “padrino” revoque su ayuda y apoyo cuando quiera y como quiera; esto es, no se le exige ser padre legal y no se pretende “asustarle” y privar al menor de una ayuda temporal, pero sí se le pedirá se retire en la forma menos perjudicial posible de una situación que, aun con menor valor jurídico, él mismo creó y que comprende ciertas expectativas y necesidades de parte del niño para su desmontaje.

Este apoyo o protección a la madre o al niño puede contemplar de parte del reconocedor incluso menos que una paternidad temporal o un padrinazgo, quizá una pura cuestión honorífica o social que DE LA CÁMARA ÁLVAREZ ha calificado de “quijotismo sentimental”.¹⁹⁹⁸

En este sentido el reconocimiento de complacencia ha podido contemplarse como una institución que puede beneficiar al niño y que, por ello, incluso debería recibir cierta tolerancia en cuanto a su irrevocabilidad para facilitar su producción, por cuanto puede ser mejor contar o haber contado por cierto plazo con un padre temporal que con nada, (padre

¹⁹⁹⁸ DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones Forales*, Tomo III, volumen 1º, artículos 108 a 141 del Código Civil, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., ed. EDERSA, Madrid - 1993, pp. 854, 860, 861 y 901.

legal revocable, *officium* abandonable que habría de significarse y diferenciarse con otro *nomen*).

Este *favor minoris* es el que encuentra también JARUFRE CONTRERAS como fundamento del artículo 8.2 LTRHA y de su facilitación de un varón consentidor sin exigir que sea pareja ni de exhibir ningún vínculo estable con la mujer usuaria.¹⁹⁹⁹ Ello permite también considerar en tal sede más un padrinazgo o un coadyuvante que un verdadero padre legal, sin que la LTRHA haya sido clara en cuanto a qué está contemplando con esta figura.²⁰⁰⁰

En este sentido MONTÉS PENADÉS, en sede de TRHA, considera que podría haberse creado en estas instancias y para la mujer sola un “acogimiento de complacencia”, “prohijamiento” o “*quasi* adopción” o, en el caso de mujer casada, “una mera tolerancia “ en el consentimiento de su marido a la FIV heteróloga IAD, todo ello distinto de “la aceptación voluntaria del hijo como propio”, lo que, entonces, habría de tener consecuencias menores que las que implica la paternidad legal. Señala en este sentido: “¿Podría pensarse en un “consentimiento” concebido como una suerte de licencia o autorización para la mujer, pero sin aceptar para sí el marido las consecuencias de la filiación?”²⁰⁰¹. Paralelamente, un varón consentidor de FIV heteróloga IAD en mujer no casada, (incluso de la que no es tampoco pareja), podría también haberse configurado en el papel jurídico de un mero padrinazgo o padre *ad tempus*.

En cuanto a la conveniencia de estos padrinazgos, padrastrías o *pseudo status*²⁰⁰², PARRA LUCÁN señala, a propósito de las funciones que corresponden a la pareja, (casada

¹⁹⁹⁹ JARUFRE CONTRERAS, D.W. *op. cit.*, pg. 280 - 281.

²⁰⁰⁰ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción ...*, *op. cit.*, pg. 99 -100

²⁰⁰¹ MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.*, pg. 973.

²⁰⁰² DÍAZ ALABART, S., *El pseudo status familiae...* *op. cit.*, pg. 856.

o no), del padre o madre de un niño que convive con ellos, la posibilidad de articularlas jurídicamente. Cita la autoridad familiar del padrastro o madrastra, que puede incluso corresponder en exclusiva por fallecimiento del progenitor, o la atribución de la guarda en el mismo caso que se establece en Catalunya aun viviendo el otro progenitor, refiriendo que ello puede proporcionar alternativas razonables al carácter ficticio de la filiación adoptiva del hijo del cónyuge cuando cesa la relación afectiva o a la gran facilidad de impugnación que concede la jurisprudencia para los reconocimientos de complacencia²⁰⁰³. GALLO VÉLEZ también propone “reglamentar una relación intermedia” para “reconocer una posición jurídica al padrastro” sin tener que forzar los institutos de la adopción y del reconocimiento de hijo.²⁰⁰⁴

De acuerdo con todo ello el reconocimiento-voluntad puede considerarse portador de este valor de padrinazgo o prohijamiento, (incluso convertible en paternidad legal inatacable para el padre biológico por el efecto de la posesión de estado), y, como dije, si tiene tal valor para el menor, ha de subrayarse este interés frente a la impugnación que planteara el propio reconocedor tanto por inveracidad biológica como por vicio de su voluntad.

2.5).- Relevancia de la voluntad en los reconocimientos.- RIVERO

HERNÁNDEZ señala que pueden producirse reconocimientos que no son de complacencia en torno al 138 y 141 CC con base en los consentimientos expresos o tácitos que desde el 117 CC impiden al marido destruir la presunción de paternidad matrimonial, así como un reconocimiento implícito en el consentimiento del marido dado conjuntamente con su mujer para poder inscribir como matrimonial el hijo nacido después de los 300 días siguientes a la separación, (artículo 118 CC.), o cuando se determina una filiación

²⁰⁰³ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 110 - 111.

²⁰⁰⁴ GALLO VÉLEZ, A.S., *op. cit.*, pg. 502.

originariamente no matrimonial y luego matrimonial, (artículo 119). En el mismo sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ.²⁰⁰⁵

La diferencia entre estos reconocimientos que señala RIVERO HERNÁNDEZ y el llamado reconocimiento de complacencia se sitúa en la conciencia de la falta de veracidad biológica²⁰⁰⁶, pero las igualdades “reconocimiento = acto jurídico en sentido estricto = declaración de ciencia” y “reconocimiento de complacencia = negocio jurídico ineficaz” sólo son posibles si se posee omnisciencia sobrehumana en el momento negocial.²⁰⁰⁷ Existe un extremo que es un mero punto, (nunca yací contigo y sé que éste no es mi hijo)²⁰⁰⁸, pero, a partir de este único supuesto, existe toda una zona de grises donde no es posible discriminar error o dolo, pues la paternidad no es cognoscible en absoluto por el reconecedor, (recuérdese la experiencia noruega), y estamos en terreno de enjuiciamiento y razonabilidad, (número de actos coitales y su proximidad a la fecha probable de concepción), pero no de certeza y ciencia²⁰⁰⁹. De este modo, si el reconocimiento es una

²⁰⁰⁵ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 141 del Código civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pg. 520, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 328.

²⁰⁰⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., op. cit., pg. 520.

²⁰⁰⁷ Lo que es *vexata quaestio* como señala MONTÉS PENADÉS, (MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, op. cit., pg. 970).

²⁰⁰⁸ Me ocupo en este apartado del reconocimiento de paternidad no matrimonial. En la totalidad de la sede del reconocimiento la certeza existe también para la madre que alumbró si reconoce su propia maternidad, frente a lo cual, en positivo, el varón sólo cuenta con una “certidumbre limitada” basada en el hecho de haber mantenido relaciones sexuales con la madre, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 323).

²⁰⁰⁹ RIVERO traza la línea de la complacencia separando certeza negativa contra razonabilidad positiva, (RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 141...*, op. cit., pg. 520)

declaración de ciencia ello supone convertirlo en un acto sobrehumano: por supuesto para el reconocedor, pero incluso para la propia ciencia humana visto que las pruebas biológicas que declararon tales certezas durante más de dos décadas han sido ahora desacreditadas en el 66,66% de los casos. Sólo existe ciencia y objetividad con una prueba de ADN en la mano, (bajo reserva de nuevos timonazos científicos en el futuro).

Por ello lo decisivo, a mi juicio, será atender subjetivamente al panorama del reconocedor, que puede ser:

1) creer razonablemente en el hecho biológico y estar, entonces, manifestando lo que para él es subjetivamente un mero hecho que acepta que podría imponerse por sí solo, (prueba de paternidad, acción de reclamación), aunque con omnisciencia pudiéramos apreciar que está declarando un hecho erróneo. En este caso no hay sustancia negocial sino el cumplimiento de un deber público, (declaro y seré padre legal porque me toca y, en otro caso, no lo haría). No se conoce que no existe tal deber público porque las circunstancias y razonabilidades no aconsejan una prueba de ADN que sería la única reveladora de existir o no el deber legal pero, si se conociera no existir deber, el reconocedor no habría efectuado el reconocimiento. Del mismo modo ocurre cuando yo consigo convencer a X de que tiene la obligación de pagar mi IRPF por razón de haber sido mi principal cliente durante el ejercicio o cuando yo pago el IBI de una propiedad que luego resulta no haber sido nunca mía y me arrebatan por reivindicatoria.

2) dudar razonablemente de que el hijo sea suyo o saberlo conscientemente y, aun así, efectuar el reconocimiento por querer ser su padre social toque o no toque y, en su caso, por querer ser su padre legal todo el tiempo que sea posible y si pudiera ser para siempre. Ello otorga relevancia a que se quiere ser tomar el oficio público aunque no correspondiera, (dolo eventual), o aunque se conozca ciertamente que no toca, esto es, con una decisión sustantiva y personal y no como mera formalidad correspondiente a un deber público inexcusable, no siendo significativo para el reconocedor, (si existía duda), que

luego una prueba de ADN demuestre ser él mismo el genitor, pues su voluntad ya aceptó y quiso tal eventualidad.

En este último sentido GARCÍA CANTERO considera que la contradicción que pueda encontrarse aquí con la libre investigación de paternidad y el principio de veracidad biológica ha de estimarse en algún modo querida por un legislador que ha suprimido la denominación de “reconocimiento forzoso”, señalando que su carácter voluntario y no debido “parece acentuarse de algún modo en la nueva normativa”.²⁰¹⁰

Esta contemplación subjetiva no se cohonesto con la objetiva que resulta cuando tenemos una prueba de ADN *ex post*: las veracidades o falsedades pueden estar dislocadas respecto de lo que ocurrió *ex ante* y psicológicamente cuando no se poseían. Así el reconocedor que es mero declarador de ciencia podrá contemplar cómo su estricto acto jurídico no debió ser ejecutado por él mismo, de la misma forma que, (tras el juicio reivindicatorio), W comprende que no debió inscribir a su nombre en el Registro de la Propiedad la finca que luego la sentencia judicial declara ajena. Por el contrario, el reconocedor que quiso acoger bajo su paternidad voluntaria y no debida a quien no creía hijo suyo puede contemplar que finalmente no hizo sino aquello que era obligado legalmente. Pero estas ciencias *ex post* no modifican sus panoramas subjetivos ni la relevancia de sus voluntades cuando ejecutan un reconocimiento como acto jurídico

²⁰¹⁰ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares ...*, op. cit., pg. 170. En el mismo sentido BARBER CÁÑAMO señala que la reforma de la filiación pondera la protección del hijo y del menor de acuerdo con la CE, *favor filii y favor minoris*, y ha de atemperar el principio de veracidad, (BARBER CÁÑAMO, R., *La legitimación del progenitor para reclamar su paternidad*, en Aranzadi Civil, número 2, 2006, pp. 2149- 2192, en concreto 2175); por otra parte, entiende que los controles legales al reconocimiento han valorado motivos de conveniencia y oportunidad, (BARBER CÁÑAMO, R., *Nuevos retos ante el Derecho español de filiación*, en Revista de Derecho Privado, julio-agosto 2009, pp. 3-47, en concreto pg. 36.

estricto, (reconocimiento-ciencia), o como negocio jurídico personal, (reconocimiento-voluntad).

Evidentemente, si se obtiene esta certeza científica *ex ante* contemplaremos en caso de veracidad que todo puede reducirse a un sistema abreviado y no contradictorio para obtener la inscripción de hijo no matrimonial *ex* 49 y ss. LRC sin tener que obtener un título judicial, una pura ejecución material y formal que sólo sirve para permitir acceder directamente al RC evitando tener que iniciar expedientes más costosos y contradictorios para conseguir un título, (pruebas de paternidad y acción de reclamación). Ello apunta a una noción de acto jurídico en sentido estricto y de acto registral civil de la que queda expulsado quien no sea el genitor. Pero ello solo puede juzgarse así *ex post* y con prueba de ADN sobre la mesa, de modo que habría de exigirse *ex lege* que todo reconocimiento de hijo fuera acompañado necesariamente de esta prueba genética, cosa que no ha hecho el CC que, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “no exige acreditar formalmente este extremo, lo que posibilita los reconocimientos de complacencia”²⁰¹¹.

Pero desde el punto de vista subjetivo la ausencia de aquella prueba abre una puerta para la relevancia de la voluntad y para la apreciación de una sustancia negocial, siquiera ésta sólo se refiera a la paternidad como plan personal, íntimo y de desarrollo sentimental y emocional propio, pero sin alcanzar eficaz ni aseguradamente a la paternidad como paternidad jurídica y legal, como función u oficio público, pues el contrato social no quiere a este reconecedor como delegado suyo sino al padre biológico.

Esta paternidad como hecho personal y como plan personal, (pero no como especie jurídica pública y familiar eficazmente asegurada), puede luego resultar que se mantiene durante toda la vida del reconecedor y del hijo si no llega a impugnarse nunca, en cuyo

²⁰¹¹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 323.

caso el contrato social obtiene el cumplimiento del oficio público por quien verdaderamente no era obligado pero quiso hacerlo, y ello es indudablemente conveniente para el hijo y para la justicia social. O, por el contrario, aquel plan personal de paternidad personal que tiene el que no es verdadera y públicamente señalado para ello puede quedar reducido a un *interregno* de padrinazgo o paternidad anómala, de mero hecho u oficio claudicante y finalmente decaído. Pero, en todos los casos, (duración total o situación que decayó), habrá existido por uno u otro tiempo un hecho personal, (no jurídico familiar), nacido de una declaración del reconocedor que, a mi juicio, puede valorarse como negocio jurídico personal unilateral. Que ello no sea nada jurídico familiarmente, (mera guarda de hecho o que en su caso derive hacia formas de autoridad familiar y deberes en la convivencia en pareja con hijos ajenos), no impide su valor y eficacia como negocio, hecho y vida negocial personal.

La claudicación de la función de hecho o meramente personal que presta el reconocedor que emite voluntad antes que ciencia y su sustitución por el delegado público original y único que es el padre biológico no afectan a este negocio personal unilateral otorgado, sino tan sólo a la posibilidad de que su eficacia como plan de vida personal escogido pueda ser máxima, segura y consagrada totalmente en la vida del reconocedor y del reconocido o, por el contrario, mínima, (impugnación de filiación rapidísima). Ello no niega la existencia sistemática de negocio jurídico personal ni le prohíbe tal objeto sino que señala cómo, simultáneamente, el ordenamiento jurídico le ha concedido 1) una posibilidad de existir jurídicamente un tiempo bajo la máscara de paternidad legal con base en la inexigencia de determinación científica de la misma para el título de reconocimiento y su inscripción, (tolerancia, negocio anómalo), y 2) la amenaza de cesar si aquella investigación biológica activa las normas verticales y públicas sobre determinación de filiación, las cuales son imperativas pero rogadas mediante acciones de reclamación e impugnación que permiten este juego y esta tolerancia; en tal caso quedará manifiesto que

no se ejercía verdadera función familiar paterna sino guarda de hecho, deberes y potestades derivados de una convivencia en pareja con hijos menores o, en cualquier caso, un plan meramente personal.

La regulación sobre determinación y acciones de filiación establece normas generales e imperativas en beneficio de todos, las cuales consideran que la mayor suma para toda la sociedad se encuentra en afirmar la filiación sobre los genitores de modo absoluto, salva la posesión de estado. Pero no exigiendo la prueba de ADN en el art. 49 LRC para la inscripción del reconocimiento y no convirtiendo en automáticas u oficialistas a las acciones de filiación, el CC consigue también un juego excepcional para situaciones particulares, una aplicación de tolerancia con base en la voluntad de una persona y la conveniencia del menor, lo que se adecúa al impulso voluntarista señalado por GARCÍA CANTERO en la última regulación de esta materia.²⁰¹².

Esta sustancia negocial no cauterizada por el CC ni por la LRC puede componer así un verdadero negocio anómalo que no es nulo ni fraudulento sino válido, como señala DE CASTRO Y BRAVO para tal categoría²⁰¹³, y que no supone tampoco, a mi juicio, un fraude a la institución de la adopción por cuanto: 1) es *favor minoris*, 2) satisface el derecho constitucional a tener padre y madre, (39.2 CE), 3) utiliza una vía que no han querido cerrar el CC ni la LRC, (y que cerrarían exigiendo prueba de ADN como exige MARTÍNEZ DE AGUIRRE para el ejercicio de la acción de nulidad de la complacencia)²⁰¹⁴, 4) posee menos riesgo para el niño que la adopción ordinaria, en todo caso el mínimo riesgo que incorpora la adopción del hijo del cónyuge, 5) no presenta ningún riesgo para el padre biológico y su familia por cuanto carece de la eficacia extintiva

²⁰¹² GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares ...*, op. cit., pg. 170.

²⁰¹³ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 330-331.

²⁰¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibídem*, pp. 328 - 329.

de la adopción, 6) resulta difícil admitir un fraude de ley o de institución cuando puede apreciarse cierta intencionalidad tolerante de parte del legislador y 7) la menor intensidad y seguridad del reconocimiento frente a la adopción puede convenir a situaciones en las que el reconocedor quiere apoyar al niño, o al niño y a la madre pero sin formar unidad convivencial ni afectiva con la genitora y sin querer una situación definitiva; por el contrario quien quiera ser además pareja de la madre y fundar familia que la comprenda entiendo que desea una estabilidad y fijeza que le determinarán a evitar la impugnabilidad de los reconocimientos y a tomar la irrevocabilidad y ruptura de lazos previo que sólo proporciona la adopción: en otro caso, si espera tal fijeza del mero reconocimiento, su consentimiento no habría sido bien instruido.

2.6).- Panoramas fraudulentos.- GALLO VÉLEZ considera que el reconocimiento de complacencia ha de obedecer a 1) móviles aparentemente nobles fundados en el sentimiento y 2) a móviles egoístas fundados en la ilicitud²⁰¹⁵. No obstante, a mi juicio ello procede de haber constreñido esta autora precisamente la figura a estos supuestos, de modo que ello no es una descripción de una especie o naturaleza sino una definición o delimitación de la misma. A mi juicio la especie relevante es el reconocimiento-voluntad y dentro del mismo pueden existir 1) panoramas orientados al beneficio del menor: así de verdadera paternidad legal, de paternidad temporal, de padrinazgo, de mero apoyo incluso solamente a efectos de honra o quijotismo sentimental; 2) panoramas que sólo contemplan a la madre pero redundan también en beneficio del menor; 3) panoramas que sólo contemplan a la madre y sólo benefician a ésta pero no al menor, sin perjudicarle tampoco; y 4) panoramas verdaderamente fraudulentos, o como señala GALLO VÉLEZ, egoístas y fundados en ilicitud. Los panoramas 1, 2 y 3 pueden entrar perfectamente en la zona de tolerancia o anomalía sin invalidez que ha dejado

²⁰¹⁵ GALLO VÉLEZ, A.S., *ibidem*, pg. 159 y pg. 163.

abierta el sistema del Código civil sobre filiación. Los móviles y panoramas del número 4 compondrán un negocio fraudulento pero ello no ha de causar mayor oprobio a la figura general del reconocimiento-voluntad que el que pueda arrojar sobre el contrato de compraventa la existencia de compraventas simuladas en perjuicio de acreedor. El fraude es una figura transversal que afecta al reconocimiento-voluntad del mismo modo que a cualquier otro negocio jurídico, ya sea que se reconozca para defraudar la ley fiscal, la obligación legal de alimentos o cualquier otra norma imperativa.²⁰¹⁶

GALLO VÉLEZ²⁰¹⁷ y GETE-ALONSO CALERA²⁰¹⁸ consideran que el reconocimiento-voluntad es un fraude a la institución adoptiva vía adopción del hijo del cónyuge. Pero, a mi juicio, como antes dije, no cabe tacha de fraude cuando existe un diseño legal que ha querido dejar esa zona de tolerancia y válida anomalía; una buena instrucción del otorgante habría de determinarle a acudir al reconocimiento-voluntad cuando su panorama psicológico fuera el de padre temporal o padrino sin querer formar verdadera familia con la madre y a otorgar negocio adoptional cuando quisiera ser padre legal definitivo y formar familia con la madre, cerrando con el efecto extintivo propio de la adopción el riesgo de que el padre biológico rompiera luego su paternidad y su unidad familiar jurídica impugnando la filiación reconocida, (sin prescripción de acuerdo con el 133 CC tras la revisión del TC).

Los reconocimientos tardíos tienen mayor riesgo de ser de complacencia, en fraude de ley o daño del menor²⁰¹⁹ y, en cualquier caso, la mayoría de edad desactivó las funciones familiares interesantes para el contrato social; pero ello no los convierte tampoco

²⁰¹⁶ GALLO VÉLEZ, A.S., *ibidem*, pg. 163.

²⁰¹⁷ GALLO VÉLEZ, A.S., *ibidem*, pg. 164.

²⁰¹⁸ GETE-ALONSO CALERA, M.C., *Reconocimiento de complacencia...*, *op. cit.*, pg. 46.

²⁰¹⁹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Curso de Derecho de familia, Tomo II*, ed. Civitas, Madrid - 1988, pg. 123.

en automáticamente nulos, ilícitos o fraudulentos: todavía frente al hijo mayor de edad existe posibilidad de un reconocimiento-voluntad que quepa en la zona de tolerancia y válida anomalía del CC.

2.7).- El artículo 141 como acción de filiación.- RIVERO HERNÁNDEZ

considera nulo los reconocimientos de complacencia, “en los que, por definición, el reconocedor sabe perfectamente que no es progenitor, y reconoce, por decisión consciente, (de la irreal filiación), y con otros móviles”²⁰²⁰, y considera que sólo puede ser válido el acto del reconocedor no complaciente, (que cree con cierta razonabilidad que el hijo ha sido concebido sexualmente por él mismo).²⁰²¹ Congruentemente señala cómo el juego de los artículos 138 y 141 del Código civil para la impugnación por parte del reconocedor no es aplicable al reconocimiento de favor o complacencia.

No obstante, debe notarse que la dicotomía que señala RIVERO HERNÁNDEZ no es tal pues no hay dos términos 1) “saber perfectamente”, (reconocimiento-voluntad que será negocio jurídico nulo y 2) “poder creer con cierta razonabilidad” que se es padre, (reconocimiento-ciencia, (acto jurídico estricto)). Entre 1) y 2) caben, A) reconocedores que subjetivamente no “saben perfectamente” pero dudan razonablemente de ser padres, esto es, más escorados a una ciencia de falta de veracidad biológica que a la de su existencia y que, aun así reconocen sin importarles la ajenidad del hijo pero con un dolo más eventual que plenamente consciente; y B) dentro de la cierta razonabilidad positiva se diferenciarán todavía subjetivamente los reconocedores que no otorgarían si la razonabilidad se convirtiera en certeza de no ser ellos los genitores y aquéllos que, por el contrario, aun efectuando un enjuiciamiento más o menos positivo de probabilidad, tienen presente la posibilidad de no ser los verdaderos genitores sin que ello les importe, (dolo eventual más eventual que el anterior señalado).

²⁰²⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 141, op. cit.*, pg. 520.

²⁰²¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ibidem*, pg. 520.

RIVERO HERNÁNDEZ efectúa la distinción en términos de razonabilidad pero, a mi juicio, debería efectuarse más bien por panorama subjetivo. En tal perspectiva interna el dolo eventual, aceptar y asumir la eventual ajenidad, considero que nos lleva al protagonismo de la voluntad sobre la ciencia y a una unidad de naturaleza negocial, (personal, sin crear eficazmente en ningún caso *per se* una paternidad *ex voluntate*, como dije), con el reconocimiento de complacencia. Creo que es otra vez la idea prejuiciosa sobre los reconocimientos “puros” de complacencia la que lleva a aislarlos como *monstrum*.

Desde la inteligencia de RIVERO HERNÁNDEZ la palabra “impugnación” no debería confundir: su idea de reconocimiento como declaración de ciencia no conduce a un negocio jurídico ni a un acto jurídico semejante a los negocios jurídicos, (que contienen declaración de voluntad que puede ser viciosa por error o por otros motivos), sino a un acto jurídico en sentido estricto para el que toda doctrina de impugnación por vicio en la declaración de voluntad es extraña.

No deberían ser, por tanto, en esta concepción, los artículos 138 y 141 CC una impugnación de negocio jurídico unilateral por error en la declaración de voluntad, pues no hay error de la voluntad sino filiación errónea, y, del mismo modo, ningún vicio de intimidación o *vis* absoluta sobre el reconocedor es relevante tampoco para una determinación de filiación que ocurre *ex factum* y no *ex voluntate*. No puede aplicarse la doctrina de los vicios de la declaración de voluntad donde se afirma que existe un acto jurídico en sentido estricto como manifestación de ciencia o, a lo sumo, enjuiciamiento, (como dije en otros lugares juicio y enjuiciamiento no son voluntad ni querer).

En este sentido puede citarse que SANCHO REBULLIDA señala que “es compatible que prospere la impugnación por demostrarse que hubo vicio del consentimiento y que, sin embargo, incluso mediante reconvencción, se demuestre la paternidad biológica; lo que sucede entonces es que la filiación no queda determinada por

el reconocimiento, sino por sentencia.”²⁰²² Pero, a mi juicio, tal reconvencción no procede sin cierta unidad de naturaleza en el asunto, (de otro modo entiendo que sería incongruente), y contestar a una demanda negocial con una acción de filiación sólo puede ser congruente si la primera participa de igual carácter, naturaleza que no puede ser otra que la propia de las acciones de filiación como acciones de estado, (puesto que la acción de filiación, (a diferencia de la negocial), no admite posibilidad de responder subyacentemente a otra naturaleza).

Ello señala cómo domina aquí la ciencia y el hecho y cómo el reconocimiento es un acto jurídico en sentido estricto en esta zona de tipicidad o normalidad del código que señala RIVERO HERNÁNDEZ²⁰²³, aunque, a mi juicio, no debería ligarse tal tipicidad a razonabilidad sino al panorama psicológico del reconocedor. En esta zona típica del Código este panorama es meramente manifestador de hecho y ciencia, enjuiciador y cumplidor de deber público.

La tipicidad del código adolece de una posible inexactitud entre lo objetivo, (realidad genética), y lo subjetivo, (panorama psicológico), porque 1) el CC deja en elipsis a la pieza clave que cerraría unívocamente el sistema, (prueba de ADN), y 2) no hay omnisciencia y resulta muy pobre el poder de la razonabilidad humana. Esta inexactitud permite tanto que el reconocedor manifieste una ciencia inexacta sin percatarse de ello, (error en la declaración de unos hechos, fallo en el enjuiciamiento, filiación errónea), como que este reconocedor manifieste intencionalmente una filiación errónea o probablemente

²⁰²² Citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 329.

²⁰²³ Sin que altere la calificación de acto jurídico en sentido estricto esta voluntariedad meramente formalista que señalaba también este autor, como dije anteriormente, (RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario del artículo 141...*, op. cit., pg. 520).

errónea queriendo que se consigne como legal. El primer caso corresponde a la tipicidad del código aun cuando contenga una inexactitud. El segundo supuesto entra en la zona atípica o tolerada por el mismo que acoge a un negocio anómalo pero no directamente fraudulento en cuanto sea *favor minoris*.

En cualquier caso, ante un reconocimiento como declaración de ciencia y acto jurídico estricto, ninguna relevancia de vicio de voluntad existe porque ésta no es relevante. La realidad de un hecho no puede ser intimidada o forzada pues los hechos, hechos son²⁰²⁴ y, en el mismo sentido, la consecuencia *ex lege* de un supuesto de hecho normativo tampoco padece por la presencia de violencia e intimidación. Quien sea padre genético no dejará de serlo por haber sido forzado a reconocer y viceversa. No puede alegar intimidación quien fue coaccionado para cumplir un deber público y, aun probándola, ello no servirá para que pueda deshacer su cumplimiento públicamente obligado y volver a la casilla de salida para decidir si lo cumple o no lo cumple sin tal coacción. Para hacer valer la intimidación en el reconocimiento y que no sea acto debido debemos desvelar la veracidad o inveracidad biológica, sea por prueba de ADN o por hechos concluyentes y, en tal caso, efectuada la prueba huelga la cuestión viciosa: todo está unido y abocado a la cuestión genética.

No existe forma de saber si el reconocedor ha cumplido o no un deber público de aceptación de oficio paterno, de su declaración y de su inscripción sin conocer la cuestión biológica, sea directamente, (prueba de ADN), sea por hechos concluyentes que la excluyen o por cualquier otro medio de prueba suficiente, de modo que todo vuelve y toda

²⁰²⁴ Señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ que el carácter peculiar de declaración de ciencia determina la irrevocabilidad del reconocimiento por cuanto “los hechos son irrevocables a diferencia de las declaraciones de voluntad, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 323).

ha de resolverse sobre los propios hechos y, por tanto, mediante acciones de filiación. Piénsese quizá como paralelo a este supuesto aquel otro del reconocimiento de dominio que causa inscripción cuando resulta luego probado que el reconocedor no era *verus dominus*.

No obstante, RIVERO HERNÁNDEZ, (y la doctrina),²⁰²⁵ distinguen entre la impugnación de la filiación y la impugnación del título y lo explica este autor en razón de que “la voluntad del reconocedor debe hallarse limpiamente formada y libremente emitida”.²⁰²⁶ Ello es contradictorio con la naturaleza propia del reconocimiento como declaración de ciencia donde no existe voluntad sino certeza o, a lo sumo, enjuiciamiento: enjuiciar no es querer, (la *Abschlussfreiheit* no exige ser juiciosa sino libérrimamente deseada).

Contradice también este principio el propio RIVERO HERNÁNDEZ cuando señala 1) que “no cabe aplicar por analogía todas las normas” de anulación de negocio jurídico referidas al negocio patrimonial, (a mi juicio ninguna); 2) cuando califica a la acción del 141 CC nacida de impugnación del reconocimiento de hijo matrimonial *ex* 138 CC como “acción declarativa negativa”²⁰²⁷; y 3) cuando niega la posibilidad de confirmación que es general en la doctrina de la anulabilidad contractual y que, además, efectúe tal negación porque “no cuenta sólo la voluntad de su autor” y porque “tanto su contenido como la

²⁰²⁵ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares, op. cit.*, pp. 203 y ss., MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pp. 327-328; ALBALADEJO *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, op. cit.*, pg. 263.

²⁰²⁶ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios al artículo 141, en Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 519 - 522, en concreto pg. 519.

²⁰²⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios al artículo 138... op. cit.*, pg. 513.

relación (de filiación) que constituye son indisponibles”²⁰²⁸, ideas que son extrañas a la teoría de la declaración de voluntad y de sus vicios y propias del Derecho de familia y del carácter de las acciones de filiación como acciones de estado.

La doctrina distingue entre la impugnación de la filiación y la impugnación del título, ocupándose el artículo 141 CC tan sólo de esta última cuestión aunque, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, “la filiación reconocida quedará afectada en caso de triunfar la impugnación”²⁰²⁹. Así RIVERO HERNÁNDEZ²⁰³⁰, ALBALADEJO²⁰³¹ y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS²⁰³².

Pero, a mi juicio, no resulta comprensible cómo puede demostrarse haber sido nadie inducido a error si no se prueba en el procedimiento que el error existe. Es posible que no haya que llegar a la prueba de ADN por existir otros hechos concluyentes, (o por falta absoluta de contradicción), pero una cosa es que esta prueba concreta sea innecesaria *ad cassum* y otra que no sea preciso acreditar *sub iudice* la incerteza de la relación genética. En este sentido, el ejemplo que cita ALBALADEJO, (error esencial por no haber tenido relación sexual con la madre sino con su gemela), no obvia la realidad o irrealidad de la generación biológica sino que precisamente la trae a juicio aunque por medio distinto de la

²⁰²⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ibidem*, pg. 522.

²⁰²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 328.

²⁰³⁰ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios al artículo 141...*, *op. cit.*, pg. 521.

²⁰³¹ ALBALADEJO señala que tratándose de error no se exige probar no ser padre, (ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, op. cit.*, pg. 263).

²⁰³² PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS que manifiesta que el Derecho no exige tanto, (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, T. II*, ed. Tecnos, Madrid – 1984, pp. 828 – 1023, en concreto pg. 1019).

prueba de ADN²⁰³³. Para otros vicios recuérdese cómo éstos son inocuos si se cumplió precisamente un deber legal, lo que no sabremos sin revelar la biología. Y todavía considérese que la reconversión de acción de reclamación señalada por SANCHO REBULLIDA²⁰³⁴, (aunque no sea trámite necesario en el procedimiento de la acción *ex* 141 CC), manifiesta con su sola posibilidad cierta congruencia o unidad de naturaleza.

En sede TRHA MONTÉS PENADÉS apreciaba también esta conmixción o absorción de la cuestión negocial en aquella otra de la filiación y su prueba como hecho al referir como retos o contradicciones a solucionar por la LTRHA del año 1988 que “Puede sostenerse la impugnación del reconocimiento y de su análogo o equiparado consentimiento por vicios de la voluntad, (arts. 138 y 141 CC), con la consecuencia de que, en tales casos, se levantaría la barrera puesta a la investigación de la verdad biológica”²⁰³⁵.

La acción *ex* 141 CC no añade mayor legitimación, (el progenitor es el reconocedor, de modo que coinciden los legitimados *ex* 136, 138, 140 y 141 CC), ni establece mejor plazo, (1 año como en el 136 CC), o incluso resulta menor su plazo de caducidad en la filiación no matrimonial, (imprescriptible sin posesión de estado y cuatro años existiendo, de acuerdo con el 140 CC). El sólo interés de esta acción se encontraría entonces cuando la causa viciosa cesara con posterioridad al año desde el reconocimiento del hijo matrimonial o con posterioridad a los cuatro años desde la inscripción y existencia de posesión de estado de hijo no matrimonial.

²⁰³³ ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia, op. cit.*, pg. 263.

²⁰³⁴ Citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 329.

²⁰³⁵ MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida, op. cit.*, pg. 973.

El CC establece esta acción como la justa contramedida que corresponde al instrumento brevísimo, excepcional y algo peligroso que es el reconocimiento como título de filiación sin exigir prueba de ADN, un contrabalance que quiere ser igualmente expeditivo y ajustado a los riesgos específicos de este expediente que son, indudablemente, riesgos negociales y al mismo carácter económico: se consiguió un título de filiación sin tener que efectuar el dispendio de una prueba genética y, simétricamente, se quiere establecer la misma contramedida ahorrando tal gasto. Pero, como digo, en el ámbito de tipicidad del código ello no se ajusta al carácter de acto jurídico estricto del reconocimiento ciencia y en sede de reconocimiento voluntad resulta difícil establecer un supuesto que pueda resolverse en sede exclusivamente negocial sin convocar la veracidad o inveracidad biológica subyacente.

Es en este sentido que aprecio una conmixción de naturalezas en la acción establecida por el artículo 141 CC. En esta conmixción resulta censurable que puedan obviarse los principios familiares so pretexto de la faz negocial del supuesto impugnatorio del título. El *favor minoris* no resulta perjudicado por la acción del 141 CC por razón de mostrar más debilidad frente a la posesión de estado que la acción de filiación general del 140 CC, (4 años), pero resulta contrario a este sesgo y a la fijeza y estabilidad familiar que pudiera excitarse sin piedad la impugnación negocial *ex* 141 CC cuando existieron 10 años de posesión de estado por razón de no haber cesado la causa intimidatoria hasta el año nueve.

2.7.1).- Imposibilidad de negar acción de impugnación.- No es posible negar la acción de impugnación de filiación por inveracidad biológica a quien otorgó un reconocimiento-ciencia. No hay diferencia sustancial ni en naturaleza entre este reconocimiento, la actuación *ex lege* de la presunción de paternidad matrimonial o las determinaciones por prueba biológica luego reveladas inexactas en un 66,66% en Noruega. Con relación a los reconocimientos de complacencia dice FERNÁNDEZ CAMPOS que

permitir su impugnación por inveracidad es un fraude de ley puesto que, escudándose en el régimen de la impugnación de filiación no matrimonial, convierte en revocable a un acto irrevocable.²⁰³⁶ Pero ello no es aplicable al reconocimiento ciencia en el que no hay revocación o irrevocabilidad sino que se convocan siempre la veracidad de los hechos: puede existir error, inexactitud o falta de determinación, pero nunca se apeló en ellos otra cosa que la verdadera realidad biológica. El reconocimiento-ciencia inexacto no se revoca y su impugnación quiere decir rectificar su inexactitud fáctica y su ciencia errónea. Ello no significa discriminación para el hijo reconocido, pues está en la misma exacta situación que cualquier otro hijo biológico: arrastrando el problema de que la paternidad genética no tiene un sello o marchamo inexorable y aparente.

En este sentido BARBER CÁÑAMO refiere cómo el TC en STC 138/2005 de 26 de Mayo concedió legitimación para impugnar filiación matrimonial *ex* artículo 136 CC a quien efectuaba un reconocimiento ciencia, esto es, “porque el marido no consintió en forma consciente una paternidad ajena”, concluyendo que negarle tal posibilidad impugnatoria suponía quebrantarle el derecho a la tutela judicial efectiva.²⁰³⁷ No existiría tal quebranto cuando el reconocedor hubiera querido precisamente ser padre de quien no tocaba o aunque no tocara, (dolo eventual), lo cual será examinado a continuación.

2.8).- Impugnación negocial de reconocimiento-voluntad.- Cuando un reconocimiento hubiera incorporado el panorama psicológico de querer ser padre legal de quien no me toca, (sea con total consciencia o por dolo eventual sobre la falta de veracidad biológica y aprovechando el resquicio que deja el sistema de filiación para ello), sí que

²⁰³⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo número 751 de 29 de noviembre de 2010*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 87, septiembre-diciembre de 2011, pp. 1701-1714.

²⁰³⁷ BARBER CÁÑAMO, R., *Hacia la pacificación de la acción de impugnación de la filiación marital*, en Aranzadi Civil número 3, 2005, pp. 2253 - 2282, en concreto pp.- 2280 - 2281

existe relevancia de la voluntad sobre la ciencia, valor negocial de la voluntad, querer y no sólo decir o manifestar con mayor o menor enjuiciamiento, de modo que habría cabida, en principio, para una aplicación de la doctrina de vicios negociales.

RIVERO HERNÁNDEZ excluye del régimen de los artículos 138 -141 CC a los reconocimientos de complacencia por considerarlos nulos²⁰³⁸ y GALLO VÉLEZ los considera ineficaces como fraudulentos²⁰³⁹. Aprecian sustancia negocial vital o sistemática pero sólo para inmediatamente señalar que estamos ante un negocio prohibido, contrario al orden público o en fraude de ley imperativa y de institución garantista, lo que supera a cualquier otra consideración viciosa. Señalé antes, sin embargo, cómo a mi juicio estos negocios pueden considerarse válidos como negocios anómalos.

Este tipo de reconocimientos-voluntad, al no haber construido el CC una filiación *ex voluntate* para el caso de la reproducción sexual, acumularían la posibilidad de 1) manifestar la inveracidad biológica para demostrar la falta de energía y eficacia jurídica del negocio, y 2) de alegar vicio consensual de acuerdo con su sustancia negocial desde el 141 o desde la sede general *ex* 1261 y ss. CC.

Aquí se excluiría el error por cuanto, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, el complaciente emite su voluntad consciente de la falta de veracidad²⁰⁴⁰, y ello ya sea directa y absolutamente o con dolo eventual. Por otra parte, en muchos casos una negación que hiciera *ex post* quien reconoció con tal consciencia, pero queriendo ahora negarlo y activar abusivamente este vicio excusando la paternidad por tal motivo, no tendrá

²⁰³⁸ RIVERO HERNÁNDEZ *El nuevo régimen de la familia*, II, op. cit., pg. 69.

²⁰³⁹ GALLO VÉLEZ, A.S.. *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho común español*, op. cit., pp. 261 y ss.

²⁰⁴⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 328.

éxito por cuanto, (al menos en los casos de certeza absoluta), los hechos podrán ser concluyentes por sí solos para demostrar la imposibilidad de la generación.

No puede producirse tampoco dolo o engaño porque precisamente el panorama psicológico del reconocedor es querer hacerse cargo de quien no le toca, esto es, no importa la ciencia sino la voluntad de esta persona de hacerse cargo de un niño ajeno, lo que convierte en irrelevante que sea el hijo verdaderamente suyo. Si fue engañado sobre este punto ello sólo significa que el hijo es, en verdad suyo, lo que no hace sino confirmar irrevocablemente su reconocimiento. Otro tipo de engaños, (temporalidad, reversibilidad), entrarían más bien en el error de Derecho y un engaño como promesas o dones ligados al otorgamiento del reconocimiento, (casamiento prometido, p.e.), no constituye vicio de error esencial, como señala GARCÍA CANTERO.²⁰⁴¹ Por su parte un vicio de *vis* absoluta o intimidación es difícilmente producible por cuanto el reconocimiento es un acto formal que *ex art.* 120.1 CC ha de producirse ante funcionario público que, en el caso del Notario está específicamente encomendado *ex lege* para cerciorarse de la realidad y libertad de los consentimientos.

Por otra parte, compárense las posibilidades de error o intimidación con el *dolus bonus* y las manipulaciones emocionales propias del ámbito familiar, con todo el magma de codicia afectiva que late en ellas. GARCÍA CANTERO señala así como no valubles en cuanto viciosos los errores sobre la fortuna, salud o nobleza de la madre, o sobre la posibilidad de casar con ella.²⁰⁴² Añade que intimidaciones como amenazar con el ejercicio de acciones de filiación o de acciones penales por delito sexual no tienen razón de ser, si bien matiza en el segundo caso que podría ser relevante “si resulta evidente que no

²⁰⁴¹ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares, op. cit.*, pg. 204.

²⁰⁴² GARCÍA CANTERO, G., *ibidem*, pg. 204.

hay delito y únicamente se trata de aprovechar la coacción psicológica sobre una persona ignorante o poco enterada de la ley”.²⁰⁴³

Todo ello señala cómo no es fácil que se produzcan en este punto verdaderos supuestos de vicios negociales con todos los requisitos del Derecho contractual y que muchos de los que pudieran encontrarse lindarían más bien con la debilidad o incapacidad de la persona otorgante, (que es otro problema), o con una negligencia absoluta en el modo de producirse alguien en las relaciones personales. Esta negligencia o indolencia queda a cuenta propia en los Derechos patrimoniales que carecen de rescisión por lesión y no ha de ser tampoco inocua en una sede familiar sesgada *favor filii* y *favor minoris ex 39.2 CE*, sino, precisamente por ello, objeto de mayor exigencia: el daño y la puesta en riesgo de bienes personales y familiares ha de apreciarse con mayor rigor que el daño y puesta en riesgo de bienes e intereses meramente materiales. De esta forma los adultos son advertidos de la carga de este prejuicio positivo hacia los hechos y situaciones familiares, afectando a su posibilidad de librarse limpiamente de ciertas responsabilidades con un menor invocando la pureza de su libertad frente a ciertos actos o emisiones que procedieron de su *corpus* o sucedieron con su presencia física.

No obstante, aun suponiendo que el reconocedor encontrara *ad cassum* un vicio invocable y que atacara su reconocimiento por impugnación de filiación y acumuladamente por anulabilidad negocial, los principios específicos del Derecho de familia *favor minoris* que se manifiestan en la exclusión de la extinción de adopción cuando es perjudicial para el menor, (art 180.2 CC), y en la doctrina de la posesión de estado, habrían de operar sobre ambas series de impugnación. En este punto la excitación de la sede general contractual lleva consigo una imprescriptibilidad declarativa que es contraria a los fundamentos del Derecho de familia, (fijeza, estabilidad de los hechos familiares), y participa de una

²⁰⁴³ GARCÍA CANTERO, G., *ibidem*, pg. 204.

naturaleza declarativa en la acción que es contraria también a las inteligencias propias de las acciones de filiación.²⁰⁴⁴

Así, a mi juicio, existe un principio general en Derecho de familia *favor minoris ex* 39.2 CE que impide al reconecedor 1) excitar la veracidad biológica si perjudica al menor, reforzando las consideraciones de buena fe, actos propios y abuso de derecho que señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (buena fe y actos propios para no producir “una suerte de reconocimiento revocable”, si bien advierte que no son argumentos decisivos)²⁰⁴⁵, y BARBER CÁÑAMO²⁰⁴⁶, FERNÁNDEZ CAMPOS²⁰⁴⁷, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ²⁰⁴⁸ JARUFRE CONTRERAS²⁰⁴⁹ y MALAURIE y FULCHERON y VIGNEAU²⁰⁵⁰ en sede TRHA; y 2) denunciar el supuesto vicio de su negocio jurídico

²⁰⁴⁴ La declaratividad es una excepción en el régimen dicotómico reclamación/impugnación que es propio de la protección del menor asegurándole siempre un padre y una madre legal eficaces y ejercientes, pero cierto valor meramente declarativo posee el reconocimiento cuando no es consentido por el hijo o tiene también la acción declarativa negativa que veía RIVERO HERNÁNDEZ en la combinación del 138 y 141 CC, (RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios al artículo 138... op. cit.*, pg. 513), y PARRA LUCÁN señala cómo una acción meramente declarativa está admitida en tal caso en Derecho catalán, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.* pg. 111).

²⁰⁴⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 328.

²⁰⁴⁶ BARBER CÁÑAMO, R., *Código civil comentado, vol. 1*, editorial Civitas, Cizur Menor, 2011.

²⁰⁴⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *Comentario a la STS número 751 de 29 de noviembre de 2010*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 87, septiembre-diciembre 2011, pp. 1701-1714 en concreto pg. 1710 y 1712.

²⁰⁴⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *ibidem*, pg. 347.

²⁰⁴⁹ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 282.

²⁰⁵⁰ MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. *La Famille*, 3ª edición, Ed. Defrenois, París-2006, pg. 416, VIGNEAU, D., *Les imperfections de lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation*, en DEKEUWER-

unilateral también en perjuicio del menor, por cuanto hecho y vida familiar y negocio jurídico personal que sirvió de base o generación para los mismos quedan separados una vez otorgado éste, produciéndose una cauterización de todas las doctrinas negociales como tales, las cuales sólo pueden ser ya tomadas con la perspectiva resultadista familiar efectuando ponderación de la libertad individual que honra la pureza consensual con el *favor filii* y la necesidad de que sean atendidas ciertas responsabilidades públicas.²⁰⁵¹

Ello supone afirmar un principio de responsabilidad que, como dije antes, coloca sobre cualquier adulto que ocupa una posición emitente o provocadora de un hecho familiar el riesgo de los vicios de su propia declaración en cuanto pueda derivar de su retirada futura un perjuicio para un menor afectado y contemplado en ella; la única garantía aquí para el adulto reconocedor es que ello será resultado de una ponderación coyuntural, *ad cassum* y con arbitrio judicial. GARCÍA VICENTE²⁰⁵² señala que el reconocedor que huye no podrá repetir los alimentos pagados y que podrá padecer una indemnización a su costa y a favor del reconocido por daño moral, pero, a mi juicio, se ha de ir más lejos y no admitirle tal retirada si se produce en perjuicio del menor. En su caso podrá tener lugar la separación de la función personal y de la responsabilidad pública inexorable *ex* 110, 111, 170 y 172 CC, como ya expuse anteriormente.

DEFOSSERZ, F., (*et alii*), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée. Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé*. Université de Lille II, Lille - 1996, pg. 98.

²⁰⁵¹ Señala PARRA LUCÁN las especialidades que la sede familiar impone respecto de condiciones de otorgamiento, capacidad, licitud, posibilidad de revisión en situación de necesidad o cambio de circunstancias, consecuencias frente al incumplimiento, que no permite resolver, etc., (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 116).

²⁰⁵² Citado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 328.

Encontramos en este punto cierta idea de que 1) la filiación y su función pública no se pueden romper “como un simple papel””, (O’CALLAGHAN recogido por GALLO VÉLEZ²⁰⁵³), o de que 2) un adulto ha de ser sujetado a sus actos propios, siendo lo contrario abusivo o *mala fides*. Pero 1) aquí no tenemos propiamente función, puesto que en el reconocimiento-voluntad sabemos que al reconocedor no le toca desarrollar la función familiar y ésta apunta y habría de encontrarse en otra parte, sobre otra persona. Y 2) por otro lado, en la sede personal y sobre la persona humana misma no habría de existir, (como dije), una doctrina de actos propios sino reversibilidad y permanente actualidad de voluntad.

En este sentido, a mi juicio, no opera propiamente en esta negación de acciones una función pública familiar sino la protección del interés del menor y el sesgo *favor minoris*, (distinto del *favor filii*), que resulta del 39.2 CE. El *favor minoris* tiene potencia para crear una relación vertical entre el otorgante de un reconocimiento-voluntad y el contrato social por razón de la función directa de éste último para proteger a los menores, una función pública y social pero no una función verdaderamente familiar, pues ésta sólo surge de “verdadera” filiación con arreglo a la dupla del CC veracidad biológica/posesión de estado, (si concurrió posesión de estado y caducidad de acción de impugnación el título no es ya el reconocimiento: sin reconocimiento podría haber habido igual posesión de estado).²⁰⁵⁴

²⁰⁵³ GALLO VÉLEZ, A.S., *op. cit.*, pg. 321.

²⁰⁵⁴ A mi juicio la naturaleza del matrimonio, los breves plazos para la impugnación de filiación matrimonial y el hecho de conocer el marido el nacimiento suponen, (aunque el artículo 136 CC no lo diga), que el hijo matrimonial conocido que contempla este artículo lleva de suyo posesión de estado. En tal caso, efectuar el cómputo como quiere la STC 138/2005 de 26 de Mayo es *contra minoris*, *contra filii* y *contra* 39.2 CE, por cuanto convierte un hecho objetivo, (posesión de estado, existir matrimonio, menor y conocimiento de la existencia de este menor), en una concesión voluntaria, en un negocio jurídico unilateral del padre que, (para otorgarlo y ser así plenamente voluntario y negarle luego acción sin afectar al 24 CE), debe producirse con consciencia de la inveracidad. Es cierto que se afecta el 24 CE y el derecho a no ser forzado a ser padre legal

Esta verticalidad explicará y justificará que exista una constricción directa sobre la propia persona de este adulto en su ámbito personalísimo y afectando a su persona en sí misma considerada.

Pero, además, la intervención vertical del contrato social se excita sólo aquí y no en el reconocimiento-ciencia inexacto, (cuya impugnación no se niega al reconocedor a pesar de que en ambos casos no existe función familiar “verdadera”), por razón de la sustancia negocial que posee el reconocimiento-voluntad, siquiera sea sustancia negocial personal y no familiar. Un negocio jurídico unilateral no es un mero acto concluyente o inequívoco, (acto propio), es una elección y un plan personal para el cual rige la regla *ubi libertas ibi onus*.

De este modo la función del contrato social de protección del menor, (que no se identifica exactamente con la filiación, el *favor filii* y las funciones familiares), se conecta verticalmente con la libertad negocial del otorgante del reconocimiento-voluntad y determina para éste la sujeción a unos deberes personales o meramente económicos y

de este adulto si se establecen hechos y cómputos sin que él conozca la existencia posible de inveracidad, pero no lo es menos que existe un *favor minoris ex* 39.2 CE y, por el contrario, ningún sesgo constitucional a favor del adulto. Ello desprotege al menor a mi juicio. BARBER CÁÑAMO alude a la doctrina de cognoscibilidad y no de exacto conocimiento efectivo que resulta de esta STC y entiende que de ella deriva una noción de consentimiento tácito: si no obstante las sospechas hay pasividad del marido”... cabe entender, presente un reconocimiento tácito o más técnicamente una declaración de voluntad que, por la doctrina de los actos propios, impide un ejercicio ulterior de la acción.” (BARBER CÁÑAMO, R., *Nuevos retos...*, *op. cit.*, pg. 16 y 17). Pero a mi juicio debería negarse la mayor y no acudir a presumir consentimientos y aceptaciones tácitas: no debe darse sentido negocial a este hecho o posesión de estado a efectos de computar caducidad; es *factum* y se tomará como *factum* en beneficio de un menor y no sólo por función pública: que tal hecho exista, (aunque fuera involuntariamente por no tener prueba de ADN), ya produce en su retirada unos perjuicios enormes a un menor que ha construido su personalidad, historia vital y vida con base en ellos.

responsables, (110, 111, 170, 172 CC), aunque en ningún momento haya existido filiación *ex voluntate* ni “verdadera” paternidad legal de su parte.

Aquí la única duda es si esta irrevocabilidad determinará un temor hacia estos reconocimientos de modo que no se ocupe nunca la zona de tolerancia que había dejado expedita el ordenamiento jurídico entre adopción y filiación biológica en interés del menor, como advierte MONTÉS PENADÉS que puede ocurrir en sede TRHA sobre el facilitadísimo consentimiento de varón no marido a mujer usuaria²⁰⁵⁵.

La solución en este punto sería que se regulara expresamente la posibilidad de reconocimiento *ex voluntate* sin veracidad biológica aclarando definitivamente si constituye un padrinazgo o paternidad *ad tempus* con ciertos protocolos de retirada no perjudicial del reconocedor respecto del hecho familiar, agradeciéndole los servicios prestados, o si, por el contrario, ha de considerarse existente una verdadera paternidad *ex voluntate*, (que hoy no es tal), irrevocable y extintiva de la biológica lo que, entonces, no exigirá menos garantías que las que incorpora la adopción, no sólo en interés del menor sino de los padres y familias de origen y de la sociedad en general.

2.9).- Unilateralidad del negocio de reconocimiento.- El reconocimiento como negocio jurídico familiar plantea todavía el problema de ser un negocio jurídico unilateral, como señalan GARCÍA CANTERO²⁰⁵⁶ y MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ²⁰⁵⁷. La

²⁰⁵⁵ MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, op. cit., pp. 963 - 964.

²⁰⁵⁶ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, ... op. cit., pg. 168.

²⁰⁵⁷ Esencialmente unilateral hasta el punto que el reconocimiento simultáneo de padre y madre es una yuxtaposición de dos reconocimientos unilaterales, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 323), y podría ocurrir que fuera cierto el de

espina se halla en que, sin embargo, afecta a otra persona que está directísimamente interesada en el mismo como es el hijo reconocido, sin que, a pesar de ello, construya el CC un negocio bilateral con garantías para el mismo, convirtiéndole en mero objeto. Esta bilateralidad no era posible en negocios que contemplan la propia concepción por cuanto el hijo no está concebido al tiempo de otorgar, (a reserva de que se quiera instrumentar la representación legal de su interés); pero en el reconocimiento el hijo existe y, p.e., en aquél del hijo mayor de edad nada impide construir una convención multilateral.

Bloquea tal conclusión el hecho de que el convenio bilateral exigiría unanimidad y, en tal caso, el derecho del reconocedor a ser padre legal quedaría absolutamente sometido a una voluntad ajena. En este punto la unilateralidad supone que el ordenamiento plantea esta encrucijada más como colisión de derechos individuales que como supuesto familiar sesgado *favor filii* y con una función pública pendiente. Cuando contemplamos la cuestión entre adultos apreciamos que luchan aquí los honores individuales del hijo mayor de edad que no quiere ser reconocido ni tener ningún ligamen con el padre genético y del propio padre genético. En esta lucha de honores, ciertamente, el contrato social opta por honrar a quien puso el *spes homini*, pues permite que tenga lugar el reconocimiento unilateralmente, lo que es más bien loor al ADN que a la propia persona que lo aportó y es, a mi juicio, una conclusión y un honor exagerado a quien no hizo nada más que un acto coital. Las circunstancias de la vida son, desde luego, variadísimas, pero no parece que la firmeza del hijo mayor de edad en rechazar el reconocimiento del padre biológico señalen entrega, esfuerzo y responsabilidad de parte de este último. En tal caso, la honra al ADN no ha de tener lugar por negocio jurídico unilateral sino por el expediente propio para los hechos que son las acciones de reclamación de filiación, (con la crítica de RIVERO HERNÁNDEZ que se dirá a continuación).

la madre permaneciendo su filiación y, sin embargo, incierto el del varón y destruida la filiación del niño respecto de él.

No obstante, como la situación es objetivamente bilateral e intersubjetiva, la legislación positiva matiza esta unilateralidad negocial al separar por un lado el reconocimiento como declaración o *factum* y por otra parte la eficacia jurídica del mismo, construyendo así una garantía para quienes no habrían de ser terceros sino parte en aquel negocio unilateral. Así el reconocimiento existe y es irrevocable²⁰⁵⁸, pero no produce efectos sin el consentimiento expreso o tácito del reconocido, (artículo 123 CC), o consentimiento del representante legal o aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente determinado, (artículo 124 CC).²⁰⁵⁹ Ello convierte a este resultado final en una suerte de instituto meramente declarativo de filiación que no se ajusta a la dicotomía impugnación/reclamación.²⁰⁶⁰

RIVERO HERNÁNDEZ considera que esta cohonestación y articulación *ex lege* y general no es oportuna y señala las importantes consecuencias de la filiación más allá de sus titulares, el egoísmo que puede aplicar el representante legal para controlar en exclusiva al hijo, el albur en las consideraciones meramente subjetivas que pueda aplicar el hijo mayor de edad, y la inadecuación de un veto voluntarista en un sistema de veracidad biológica como el del Código Civil. Defiende por ello que el sistema global de filiación debe permitir, de aplicarse tal veto, la reclamación de la filiación no matrimonial aun sin posesión de estado.²⁰⁶¹ Esta última conclusión de RIVERO HERNÁNDEZ, que era *contra*

²⁰⁵⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 123 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 470 - 471.

²⁰⁵⁹ Con la excepción del reconocimiento en el plazo de inscripción, (que GARCÍA CANTERO considera acertada para estimular su tempestividad), y del reconocimiento testamentario, (que GARCÍA CANTERO considera injustificado), (GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares, op. cit.*, pg. 188 y pg. 192).s

²⁰⁶⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 111.

²⁰⁶¹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 123...*, *op. cit.*, pg. 471.

legem en el año 1993, hoy resulta confirmada al haber declarado el TC, (contra TS), la inconstitucionalidad del párrafo primero del artículo 133 CC que restringía la legitimación para tal acción al hijo.

En cualquier caso, los artículos 123 y 124 CC representan un supuesto en el que el ordenamiento jurídico ha querido tener en cuenta la voluntad del hijo o ha aceptado representar su interés en un negocio jurídico unilateral de un adulto que le afecta pero en el que no se le admite como parte, permitiéndole neutralizar sus efectos y constreñirlo a lo meramente declarativo, circunstancia que no quiere contemplar en otros negocios unilaterales como aborto o divorcio y a diferencia de la adopción en la que el menor es parte negocial, directamente o por representación legal.

2.10).- Negocio anómalo y hecho anómalo.- El reconocimiento voluntad puede ser un negocio anómalo por la voluntad legislativa de dejar esta puerta abierta²⁰⁶², (tolerancia), pero este margen se refiere o construye respecto de un hecho no anómalo sino congruente con la materia del reconocimiento, pues revelar en el propio reconocimiento la incongruencia fáctica estaría manifestando a voz en grito la existencia del verdadero padre biológico en otro lugar. Así, como señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, la filiación reconocida ha de ser 1) biológicamente posible, lo que no ocurre en las parejas homosexuales cuando ya está reconocida previamente la paternidad o maternidad del recíproco afectivo y además 2) histórica o anecdóticamente posible, (constan hechos que manifiestan ser imposible que el reconocedor sea padre biológico). En tales casos el

²⁰⁶² Como señala BERROCAL LANZAROT: “El propio sistema jurídico de filiación posibilita los reconocimientos de complacencia, (BERROCAL LANZAROT, A., *Reconocimiento de la filiación por complacencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 2010*, RCDI, año 87, número 728, noviembre - diciembre 2011, pp. 3415-3450, en concreto pg. 3429).

funcionario encargado del Registro Civil podrá rechazar la inscripción.²⁰⁶³ Esta distinción entre hecho anómalo y negocio anómalo resulta clave para la crítica de las pretendidas filiaciones *ex voluntate* en la LTRHA.

3).- CONSENTIMIENTOS Y NEGOCIOS JURÍDICOS EN LA LTRHA.-

El valor de los consentimientos en la LTRHA no es unívoco, lo que dificulta construir una filiación *ex voluntate* con base en la misma. JARUFRE CONTRERAS señala la existencia en esta sede de consentimientos relativos únicamente a la aplicación de TRHA frente a otros determinantes de la filiación del nacido²⁰⁶⁴, lo que también hace notar MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, advirtiendo que “los consentimientos...difieren notablemente en su valor y alcance... no todos tienen la misma naturaleza ni el mismo fundamento”²⁰⁶⁵.

Añade JARUFRE CONTRERAS que “sabemos que determinados consentimientos presentan un carácter “*polifuncional*” o “*polivalente*”, pues de ellos deriva no sólo la autorización para la realización de los actos médicos conducentes a la fecundación sino, además, la aceptación de la paternidad y la asunción de la prohibición de impugnarla con posterioridad.”²⁰⁶⁶

²⁰⁶³ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, op. cit., pg. 323.

²⁰⁶⁴ JARUFRE CONTRERAS, D.W., op. cit., pg. 244.

²⁰⁶⁵ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de Familia*, op. cit., pg. 341.

²⁰⁶⁶ JARUFRE CONTRERAS, D.W., op. cit., pg. 244

Todo ello convierte en verdaderamente esencial que exista un consentimiento informado y una auténtica conciencia de estar o no estar asumiéndose un oficio público de padre legal en esta sede lo que, con tan diversas naturalezas y polivalencias y con la asistencia de personal sanitario antes que jurídico²⁰⁶⁷, no puede resultar sino oscurecido en perjuicio de la clara conciencia de la seriedad e irrevocabilidad que, a mi juicio, exige la dignidad del *officium publicum* de padre legal y la certeza subjetiva en el consentidor de estar asumiendo tal oficio público. Toda esta confusión no podrá sino producir el espectáculo de protestas de errores de Derecho, (irrelevantes *ex 6 CC*), y de falta de conciencia en cuanto a los deberes que se estaban asumiendo.

3.1).- Filiación biológica y “no biológica” derivada de TRHA.- JARUFRE CONTRERAS distingue entre 1) las filiaciones derivadas de TRHA “cuyo origen es “*no biológico*” y 2) las filiaciones TRHA cuyo origen es biológico, en las que sólo se ha recurrido a la asistencia médica como ayuda frente a una patología que impedía la fecundación normal de los óvulos de la mujer con los gametos masculinos de su marido, pareja o de un varón sin relación afectiva.²⁰⁶⁸ Resulta muy acertada y trascendental esta distinción por cuanto no pueden asimilarse, (como hace ideológicamente la LTRHA y se explicará luego), ambas especies heterogéneas comprendidas en la misma.

Basta para afirmarlo considerar que constitucionalmente la filiación derivada de TRHA “de origen biológico” no aniquila el derecho de investigación de la veracidad

²⁰⁶⁷ Varios autores señalan la conveniencia del documento notarial en este punto: JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 251, PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid - 2002., pg. 83; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La filiación inducida y las clasificaciones legales*, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Vasco*. Departamento de Derecho Privado, Universidad del País Vasco, Ponencias y Comunicaciones, Vitoria - 1987, ed. Trivium, Madrid - 1988, pp. 117 - 140, en concreto pg. 121.

²⁰⁶⁸ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 255.

biológica ni el derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos. Normalmente ello resulta aherrojado en un proceso que, declaradamente, manifiesta haberse empleado ADN de la madre y del padre legal en la TRHA, pero queda el supuesto de error médico, (“cambiazó” del material genético masculino en la práctica de la técnica).

En tales casos los consentimientos previstos para la FIV heterólogas IAD en el 8.1 y 8.2 LTRHA no corresponden a una situación donde el panorama psicológico comprendiera tan sólo estar generando un hijo genético propio, (reproducción asistida pero no artificial), siendo así que, además, no son precisos tales expedientes especiales por cuanto la filiación quedaría determinada biológicamente con arreglo al Código civil. El error médico rompe esta limpia dicotomía entre reproducción asistida y reproducción artificial y no puede ser solucionado remitiéndolo sin más al 8.1 y 8.2 LTRHA en beneficio de la impunidad de los centros médicos. El consentimiento en una TRHA de origen biológico no tiene enjundia suficiente sino para valer como permiso para el empleo del material genético propio; las derivadas jurídicas de filiación resultan directamente del hecho genético y no de voluntad ni de presunción legal, (el expediente médico, (salvo error), no manifiesta un hecho presunto sino cierto).

A mi juicio procedería impugnación para el hijo y el padre legal así como reclamación e investigación de paternidad en favor del hijo contra el genitor varón si el semen utilizado no correspondía a donante sino a otro varón que lo tuviera depositado y conservado, (pero no donado), en el centro de reproducción humana: la anonimización funciona para donantes pero no para clientes.

Con tales consideraciones esta reproducción asistida no elimina tampoco el derecho *ex* 39.2 CE de todo menor a tener padre y madre, (GARCÍA CANTERO²⁰⁶⁹).

²⁰⁶⁹ GARCÍA CANTERO, G., *La filiación en el caso...*, *op. cit.*, pg. 479.

Por el contrario la filiación ex TRHA de origen “no biológico” resulta contradicha por el art. 39.2 CE porque se basa precisamente en la anonimización del hecho biológico, (para el donante *ex* 5.5 LTRHA, para uno o ambos genitores en los supuestos del 11.4 LTRHA) y, por ello, se encuentra en absoluta contradicción con el sistema del CC²⁰⁷⁰ para el que constituye un *tertium genus*²⁰⁷¹ que, sin embargo, la LTRHA no quiere reconocer como tal, intentando pretextar que existe unidad respecto de la filiación derivada de TRHA de origen biológico. No incurre en esta contradicción constitucional la filiación *ex voluntate* que es la adopción, (unipersonal o conjunta), porque ésta se constituye por la necesidad de un menor ya concebido y existente y para el que no hay delegados y función familiar hábil lo que modifica los balances y soluciones en el *favor filii* y *favor minoris*. De este modo, va de suyo en la adopción que ha de extinguir y extingue la filiación previa, (sea ésta biológica u otra adoptiva previa y porque no existe o es perjudicial), de modo que es un *secundum genus* como prevé el art. 108 CC.

En este punto parece que todos intuimos qué es lo que quiere conseguir la LTHRA con los consentimientos para filiación *ex* TRHA no biológica en los artículos 6.3, 6.4 y 7.3 LTRHA: construir un negocio jurídico de filiación *ex voluntate* que supone un *tertium genus* respecto de la filiación biológica. Así refiere JARUFRE CONTRERAS “que el consentimiento del marido es aquí elemento esencial, y en la doctrina existe acuerdo al

²⁰⁷⁰ “la coherencia interna del Derecho de filiación ha quedado profundamente afectada” señala MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, (MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en PÉREZ MONGE, M., *op. cit.*, pg. 19).

²⁰⁷¹ PÉREZ MONGE señala que se intenta crear una apariencia de procreación natural en la filiación derivada de TRHA de origen biológico, (PÉREZ MONGE, M., *op. cit.*, pg. 84); y JARUFRE CONTRERAS considera que ello quizá porque es casi una procreación natural, una procreación a la que realmente podríamos llamar asistida, mas no artificial. Pero en la filiación derivada de TRHA de origen no biológico la situación es precisamente la inversa, (JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 259).

respecto”.²⁰⁷² No obstante, siendo éste el intento de la LTRHA, resulta inaudita la mala técnica empleada, como ya lo fue la ofrecida por la misma ley del año 1988²⁰⁷³.

En este punto, a mi juicio, ello sólo se explica por el voluntarismo de querer imponer que filiación natural, filiación *ex* TRHA de origen biológico, (asistida), y filiación *ex* TRHA de origen no biológico, (artificial, ficticia), participan de la misma naturaleza, de modo que no haya sino un único sistema con ciertas especialidades, (7.1 LTHRA), y que todos los episodios TRHA sean meros incidentes técnicos en el mismo fenómeno de reproducción sexual.

Este voluntarismo tiene, a mi juicio, un origen ideológico que no es otro que privatizar la adopción. Si se reconoce, (y no es posible otra cosa), el *tertium genus* que supone la filiación *ex* TRHA de origen no biológico y se modifica consecuentemente el art. 108 CC, resultará palmario que no cabe aplicar a la filiación *ex* TRHA de origen no biológico la imposibilidad de control que es propia de la reproducción sexual humana²⁰⁷⁴ y que, por el contrario, este *tertium* se aproxima más a la naturaleza de la adopción que a la de la filiación biológica²⁰⁷⁵.

²⁰⁷² JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 269; también MONTÉS PENADÉS, V., *El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana en II Congreso Mundial Vasco, Ponencias y Comunicaciones*, Vitoria - 1987, editorial Trivium, Madrid - 1988, pp. 171 - 200, en concreto pg. 197.

²⁰⁷³ “muy mala desde el punto de vista de la técnica jurídica” decía PANTALEÓN PRIETO para la Ley del año 1988, (PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Contra la Ley...*, pg. 19).

²⁰⁷⁴ Controles que exigen JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 219 y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción...*, *op. cit.*, pg. 84.

²⁰⁷⁵ JARUFRE CONTRERAS refiere que “La filiación legal y la paternidad biológica no son fáciles de compatibilizar, sobre todo cuando intervienen terceros en la fecundación y ROMEO CASABONA señala cómo “los civilistas solían recomendar acudir a la institución de la adopción, cuando ello fuera posible, para cubrir los supuestos de laguna legal; partiendo de esta institución se fue aludiendo a una paternidad de voluntad o

Reconocer un *tertium* es manifestar la irrenunciable presencia garantista iusfundamental y garantista funcional del contrato social y, en tal caso, el negocio de los centros de reproducción humana se vería drásticamente afectado cuando han de contar con un control administrativo y judicial sobre los gametos y embriones que utilizan como materia prima y respecto de los consentimientos que se manifiesten a sus servicios, control que podría determinar que el servicio no fuera prestado ni cobrado, (inidoneidad de la usuaria, del consentidor o de ambos), o que no lo fuera con la misma rapidez y facilidad. El mismo legislador que en sede de adopción manifestó decididamente querer acabar con el “negocio privado” sobre los niños, (en sentido crematístico y no como categoría jurídica, como señalaba GARCÍA CANTERO²⁰⁷⁶), claudica aquí ante otro tipo de “negocios” y otro tipo de “negociantes”. Y esta claudicación deja el rastro de una muy imperfecta técnica jurídica como se dirá posteriormente.

Es con esta ideología privatizadora que la LTRHA no ha querido construir y no construye un claro negocio jurídico familiar de filiación *ex voluntate* como *tertium genus* en la filiación *ex TRHA* “*no biológica*”, sino los muy extraños y curiosísimos negocios de 1) “consentimiento para que opere una presunción que no puede operar”, y 2) “reconocimiento absolutamente imposible como reconocimiento”, (artículos 6.3, 6.4, 7.3 y 8.2 LTRHA. Con ello convierte una situación multilateral, (que en sede de reconocimiento tiene pleitesías inevitables en los bloqueos de eficacia *ex* 123 y 124 CC), en absolutamente unilateral, lo que producirá también, como diré luego, resultados imposibles o confusos.

social, equiparable a la biológica”, (ROMEO CASABONA, C., *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid - 1994, pp. 209 - 210).

²⁰⁷⁶ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral*, Tomo V, vol. 2º, décima edición, editorial Reus, Madrid - 1995, pg. 429 y en *El nuevo régimen de la adopción, op. cit.*, pp. 835 y ss.

En lo sucesivo se examinarán siempre supuestos de filiación *ex TRHA* “no biológica”, (FIV heteróloga IAD), aceptando, como dije, que una unidad de naturaleza con la biológica natural sólo es posible en la filiación *ex TRHA* biológica, FIV homóloga, por lo que no se examinarán si bien con dos reservas, 1) la del error en el procedimiento ya señalada y 2) la de que todavía en la sede de FIV homóloga es posible un control garantista iusfundamental y funcional que es imposible, (por el compromiso inaceptable de libertades e intimidades sexuales y corporales), en la biológica pura, lo que otorga una ocasión y oportunidad garantista al contrato social de la que éste dimite en un modo que no puede considerarse sino inaceptable: el negocio, (o la prestación si se ofrece públicamente), no afecta sólo a un adulto o a dos adultos sino también al futuro niño que inmediatamente se concebirá asistidamente y al interés general en una funcionalidad que, de no existir, se convertirá en coste social.

3.2).- Sustancia negocial en caso de usuaria casada.- En la procreación biológica la operatividad de las presunciones matrimoniales puede encerrar una no revelada sustancia negocial cuando el marido “permite” que surtan su efecto a pesar de saber o creer razonablemente que el hijo no es suyo, lo que equipararía materialmente este supuesto a los de reconocimientos-voluntad, aunque se consiga la filiación por otro expediente. La inexistencia de un marchamo o sello aparente de relación genética padre hijo permite que estos negocios jurídicos vivan ocultos bajo la eficacia de la presunción matrimonial. En el ámbito de la LTRHA tal sustancia negocial no permanece oculta por cuanto en la FIV heteróloga IAD consta manifiesto que el marido no es genitor del hijo, de modo que estamos ante un “consentimiento para que opere una presunción que no debería operar”.

La presunción no puede operar en sede TRHA porque se basa en una habitualidad estadística que demuestra que los hijos matrimoniales son en gran medida hijos genéticos del matrimonio, (apuesta *iuris tantum*). Si se activa la presunción cuando reconocidamente el hijo matrimonial no es hijo genético del matrimonio, no se está invocando entonces una

presunción sino una ficción legal que es, así, una norma imperativa y no presuntiva, presunción *iuris et de iure* pero no *iuris tantum*²⁰⁷⁷. En tal caso tiene que existir alguna norma jurídica que señale el cambio de naturaleza de la presunción legal y el problema es que no existe tal norma. Es la diferencia entre el art. 116 CC en sede biológica “Se presumen hijos del marido” y el art. 235-8-1 CCC en sede de “fecundación asistida de mujer casada”: “son hijos matrimoniales del cónyuge que ha dado el consentimiento”.

La TRHA no eleva la presunción del 116 CC a *iuris et de iure* pues ello arruinaría el sistema de toda la filiación natural del CC. No crea tampoco un *tertium* como filiación artificial *ex negotii, ex voluntate*. Se limita a establecer una negación de acción de impugnación para la mujer usuaria y el marido consentidor y a dejar que opere en lo demás, (7.1 LTRHA), el régimen general del CC²⁰⁷⁸. Aparte de exigir cierta indulgencia del intérprete para no hacer presa en la supuesta eficacia de una presunción que no puede presumir nada en el supuesto²⁰⁷⁹, este sistema opera en contra de la propia filiación

²⁰⁷⁷ GARCÍA CANTERO señala que se “constituye aquí una ficción o presunción *iuris et de iure* impuesta por la Ley”, (GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 1, Las relaciones conyugales, ...* pg. 227).

²⁰⁷⁸ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 269.

²⁰⁷⁹ GARCÍA CANTERO concede aquí que puede interpretarse la existencia de esta presunción *iuris et de iure*. (GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 1, Las relaciones conyugales, ...* pg. 227 y JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 269 y MONTÉS PENADÉS, V., *El consentimiento en las nuevas técnicas de reproducción humana, op. cit.*, pg. 197), aceptan que aquí existe un papel decisivo del consentimiento pero, como digo, el voluntarismo y la ideología de la LTRHA para forzar aquí una imposible unidad de naturaleza con la filiación natural y la derivada de TRHA biológica demandan cierta benevolencia en el intérprete para atender más a lo que quiere esta ley que a lo que realmente llega a decir expresamente. Esta generosidad se revela si se subraya, como hace JARUFRE CONTRERAS, (JARUFRE CONTRERAS, *op. cit.*, pg. 269), que la paternidad del marido no se produce realmente desde su consentimiento sino que éste tan sólo produce que “más bien, se mantiene”, esto es, lo único que crea la LTRHA es la negación de acción del 8.1.

artificial que quiere establecer, pues con esta negación de acción deja en pie la impugnación de parte del hijo por inveracidad biológica²⁰⁸⁰ lo que es congruente en la filiación biológica pero es antitético en una filiación *ex voluntate*. Si la filiación es *ex voluntate* lo único que cabe excitar son falta de voluntad²⁰⁸¹ y, en tal caso, la cuestión no habría de plantearse como impugnación y prueba de inveracidad biológica sino 1) como necesidad de ratificación de quien no ha sido parte negocial sino mero objeto, (el hijo), 2) como necesidad de evitar tal posibilidad incorporando el interés del *concepturus* mediante representación y garantía del mismo en el negocio de filiación *ex voluntate*, (el mismo control, garantía y representación que existe en la adopción de adoptando de 12 años o menos eliminando cualquier necesidad de ratificación posterior del mismo por haberlo integrado representativamente en el negocio adopcional), o 3) como necesidad de convertir a tal negocio materialmente multilateral en jurídicamente unilateral permitiendo al hijo bloquear su plena eficacia, (como sucede con el reconocimiento *ex art. 123 y 124 CC*).

Por otra parte, la impugnación del hijo por la patente y manifiesta inveracidad biológica dejará a éste en situación monomarental a diferencia de la biológica en que queda tan sólo en mera indeterminación provisional del padre genético,²⁰⁸² lo que, estando activadas funciones familiares, (ejercicio por representante *ex 129 CC*), supone una renuncia a un derecho propio, (a padre y madre *ex 39.2 CE*), que no se les debe recibir, tanto por el aspecto iusfundamental como porque la situación resultante puede no ser funcional y producir costes sociales. Otra cosa sería existir causa de suspensión o

²⁰⁸⁰ JARUFRE CONTRERAS considera posible tal impugnación *ex 137 CC*, (JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibidem*, pp. 273 - 274).

²⁰⁸¹ Por eso señala JARUFRE CONTRERAS que este vínculo, junto con los de filiación adoptiva, son los más firmes de relación paterno filial, (JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibidem*, pg. 274). Si existió voluntad han de ser precisamente indestructibles.

²⁰⁸² JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibidem*., pg. 274.

privación de patria potestad en el esquema resultadista que es propio de la sede familiar, (art. 170, 172 CC).

3.2.1).- Matrimonio de mujeres.- El art. 7.3 LTRHA recoge el supuesto de aplicación de TRHA a mujer casada con otra mujer. Más allá de que una aporte el óvulo y la otra lo geste, ocurrirá que madre legal será sólo la que alumbr²⁰⁸³, de modo que este artículo intenta proveer a la determinación de la filiación respecto de la otra mujer. En este punto señala JARUFRE CONTRERAS “la inoperancia de la presunción de paternidad por razones obvias”, pero el hecho anómalo es igualmente patente cuando dos mujeres pretenden haber concebido que cuando lo pretende el varón que manifiestamente consta en el expediente técnico que no aportó los gametos. Señalan así JARUFRE CONTRERAS y NANCLARES VALLE que el consentimiento del art. 7.3 LTRHA es una “auténtico modo de determinación de la filiación matrimonial, y por tanto de creación de un estado civil”.²⁰⁸⁴

A diferencia del consentimiento que establece para las personas casadas el art. 6.3 LTRHA, éste otro del 7.3 tiene lugar antes del nacimiento del menor, pero no necesariamente antes de la aplicación de la técnica existente, de modo que puede tener lugar existiendo un ser dependiente y no sólo un *concepturus*, aunque, como dije antes, en sede TRHA el *concepturus* es asegurado *nasciturus*. Por otra parte, este consentimiento debe manifestarse ante el encargado del Registro Civil y no ante empleados del centro de reproducción humana lo que supone una garantía donde no existía ninguna.

²⁰⁸³ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibidem.*, pg. 290. Aunque contemos con mujer genitora y mujer alumbradora sólo puede existir una madre legal, de ahí que JARUFRE CONTRERAS aborde el problema de la determinación de la “segunda maternidad”.

²⁰⁸⁴ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibidem.*, pg. 290; NANCLARES VALLE, J., *Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza*, Aranzadi Civil, número 1/2008, ed. Aranzadi, pp. 2243 – 2270, pg. 2254 y pg. 2257.

JARUFRE CONTRERAS señala que aquí el supuesto se produce totalmente a espaldas de la esposa de la mujer declarante, por cuanto consiste en una declaración unilateral de ésta a sola presencia del encargado del Registro Civil, sin que éste haya de efectuar trámite ninguno respecto de aquélla. Este supuesto, (tal como está regulado negro sobre blanco), debe incardinarse a mi juicio, en el 6.3 y 8.1 LTRHA²⁰⁸⁵, en su negación de acción y en la energía, (imposible pero convocada), de una presunción matrimonial inoperante por no haber sido convertida en *iuris et de iure*. En la sede general del 6.3 la bilateralidad del supuesto se atiende material, (aunque no jurídicamente), dado el control que tiene la mujer de la aplicación de la TRHA y de la invitación a participar que ella misma habrá de excitar sobre el varón consentidor. Pero en este supuesto especial creado por el 7.3 LTRHA se convierte el caso en un negocio jurídico absolutamente unilateral de la mujer casada no gestante y que puede ser perfectamente desconocido por ella. Por ello concluye JARUFRE CONTRERAS que la mujer gestante podrá impugnar esta declaración y esta inscripción de filiación a favor de su cónyuge mujer desde el 137.2 CC.²⁰⁸⁶

En este supuesto se refuerza el paralelismo con la adopción²⁰⁸⁷ del hijo del cónyuge y por ello resulta especialmente flagrante la ausencia de los controles garantistas que allí se establecen.

3.2.2).- Justificación del consentimiento marital.- GÓMEZ SÁNCHEZ niega que pueda entenderse el consentimiento marital como una suerte de autorización, (bloqueo), para la mujer usuaria²⁰⁸⁸. A mi juicio no tiene tal sentido sino que su razón de ser se encuentra en el Derecho fundamental del varón casado 1) de no ser forzado a

²⁰⁸⁵ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 295; NANCLARES VALLE, J., *op. cit.*, pg. 2254 y pg. 2258.

²⁰⁸⁶ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 296.

²⁰⁸⁷ NANCLARES VALLE, J., *op. cit.*, pg. 2254 y pg. 2258.

²⁰⁸⁸ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción humana...*, *op. cit.*, pg. 99 - 100.

procrear o 2) en el Derecho fundamental del varón casado de no ser forzado a ser padre legal, (crianza), de quien no es hijo genético suyo, por cuanto en este último caso la sede artificial va a llevar aparejada una imposibilidad de impugnación que no existe en la procreación biológica natural, (8.1 LTRHA). Y esta es la clave, distribuir esta preclusión de impugnabilidad sin ofender aquellos derechos. Es en este sentido que MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ explica la exigencia del consentimiento del varón que es marido de la usuaria²⁰⁸⁹, no porque estemos ante una filiación *ex voluntate* o una licencia marital.

Para el supuesto de violación tan sólo del *momentum*, (FIV homóloga), el marido forzado a ser padre genético cuando todavía no quería, (puesto que puede revocar la disponibilidad de su *spes homini* hasta la aplicación de la técnica (creación de embrión humano *in vivo* o *in vitro*), se encuentra en el mismo lugar y con la misma lesión de Derecho fundamental que quien es engañado p.e. cuando su mujer no pone los medios anticonceptivos pactados en sus relaciones sexuales, lo que supone un ejercicio abusivo de su libertad por parte de ésta. No obstante, es propio del supuesto artificial que exista una posibilidad de control garantista de las libertades reproductivas de los concernidos que no es posible implementar en el supuesto natural sin constricciones inaceptables de las libertades e intimidades personales, por lo cual se exige la prestación de este consentimiento. Este consentimiento no es distinto del que hubiera de prestar cualquier otra persona que tuviera su material genético conservado y reservado para su uso propio, esto es, no como donante y, por tanto se justifica sobre el derecho no ser forzado a procrear, (*momentum*). Es de notar cómo la ocasión y oportunidad de control que ofrece la TRHA frente a su imposibilidad en la procreación biológica sólo es aprovechada por la Ley

²⁰⁸⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida*, en *El Juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid - Octubre- 2004, pp. 247 -302, en concreto pg. 266 - 267.

en beneficio del derecho a no ser forzado a procrear del adulto, nunca en interés de los hijos.

3.2.2.1).- Justificación en TRHA de origen “no biológico”.- En la filiación derivada de TRHA de “origen no biológico”, (equivalente o muy similar al adulterio, señala JARUFRE CONTRERAS²⁰⁹⁰), el marido ha perdido el control sexual del supuesto de hecho de la presunción, control que sí que dominaba en la natural, dado que en sede artificial no se requiere su participación coital. El control marital del supuesto artificial, (en honra de su Derecho fundamental de no ser forzado a la crianza de un hijo no genético), sólo es posible si este marido comparece, conoce y consiente, (o se niega a ello). Puede ocurrir, ciertamente, que se conciba un hijo adulterino biológicamente, pero el marido tiene mayor oportunidad en lo biológico para conocer razonablemente qué ha ocurrido y qué no ha ocurrido frente al caso aquél en que su cónyuge pone secretamente medios anticonceptivos en sus relaciones sexuales y se aplica, también secretamente, una técnica IAD con la anonimización correspondiente de donante por no desear la herencia genética de su marido.

No obstante, no está bien garantizado este derecho del varón casado por cuanto aunque la LTRHA considera que la ponderación de derechos obliga a solicitar su consentimiento, no pone ningún medio ni instrumento a favor de tal exigencia²⁰⁹¹ no obligando a los centros de reproducción humana a investigar el estado civil diligentemente o a responder frente al marido en otro caso, (gastos de impugnación de la filiación, cuando menos²⁰⁹²). JARUFRE CONTRERAS subraya que debió evitarse la inocuidad del bloqueo pretendido, bien impidiendo la aplicación de la técnica y el nacimiento del menor, bien

²⁰⁹⁰ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 278.

²⁰⁹¹ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibídem*, pg. 249.

²⁰⁹² Pues el consentimiento se exige para evitarle la carga de tal impugnación, (NANCLARES VALLE, J., *op. cit.*, en concreto pp. 2247 - 2248.

exigiendo al centro médico la comprobación previa del estado civil de la mujer usuaria y, en su caso, consentimiento marital constante en escritura pública.²⁰⁹³

Esto es, al no prescindir de una presunción incongruente, lo que se hace es aniquilar el hecho al que se aplicaría la misma, (la generación), “prohibiéndola” sin consentimiento del marido pero, a la vez y como paradoja final, sin establecer ningún medio para la eficacia de tal interdicción; de ser ésta eficaz habría de tener lugar separación legal o de hecho fehaciente previa a la utilización de la técnica²⁰⁹⁴. Si, a pesar de todo, la generación prohibida ineficazmente tiene lugar, se levanta la preclusión de inimpugnabilidad, (art. 8.1 LTRHA). Así PÉREZ MONGE señala que el único efecto de esta ausencia de consentimiento será haber quedado reservada la acción de impugnación para el marido no consentidor que no es padre genético²⁰⁹⁵.

3.3).- Sustancia negocial en caso de usuaria no casada.- La LTRHA facilita extraordinariamente la prestación de consentimiento por algún varón, por cuanto no exige ninguna relación de afectividad o convivencia con la mujer usuaria, a diferencia de lo que ocurre en Francia, señala JARUFRE CONTRERAS²⁰⁹⁶. En este sentido PARRA LUCÁN refiere que “Es discutible... si en este sistema de desconexión entre biología y filiación jurídica no es incoherente la atribución de la paternidad al varón que consiente... a pesar de no compartir con la madre ningún proyecto parental”.²⁰⁹⁷

²⁰⁹³ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 278.

²⁰⁹⁴ “Si no se contara con él, simplemente no habrían podido llevarse a cabo las TRHA en mujer casada y, evidentemente, no estaríamos planteando el supuesto”, (JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 278).

²⁰⁹⁵ PÉREZ MONGE, M., *op. cit.*, pp. 156 y ss.

²⁰⁹⁶ JARUFRE CONTRERAS cita en Francia la L - 2141 - 2, párrafo III: “... *ou en mesure d'apporter la preuve d'une vie en commune d'au mois deux ans...*”, (JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 253).

²⁰⁹⁷ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 421.

En el caso de filiación derivada de TRHA de origen biológico, (el varón consentidor aporta también el material genético para FIV homóloga), estaremos ante un hijo buscado de intento entre la mujer usuaria y el varón consentidor, (negocio personal), en el que el oficio público surge y se produce *ex lege* desde la realidad y veracidad genética, como sucedía para el supuesto matrimonial, aunque no exista aquí ninguna presunción, (sí existe en el art. 235-10 CCC). En este caso el elemental requerimiento de consentimiento para utilizar el material genético reservado y conservado por una persona para sí habrían de garantizar el derecho de este varón de no ser forzado a procrear, en tanto que, otorgado su consentimiento, aquella utilización permite usar su material genético y de este uso, (hecho), resulta filiación genética con arreglo al CC y estaremos en el mismo supuesto de cualquier otra filiación extramatrimonial, si bien el expediente técnico, (salvo error en el proceso), llevaría de suyo la veracidad biológica.

Por su parte, en la filiación derivada de TRHA de “origen no biológico”, no opera presunción de matrimonialidad, (salvo en Catalunya), y no existe veracidad biológica, de modo que habría de manifestarse con total claridad que aquí se compone un verdadero negocio jurídico y que se crea a todos los efectos una filiación *ex voluntate* en la FIV heteróloga IAD de mujer no casada. Sin embargo no es así y la LTRHA sigue recurriendo a encajar forzosamente las piezas artificiales en la sede general natural del CC, (7.1 LTRHA), en este caso mediante el instrumento un reconocimiento de hijo, (como escrito indubitado a efectos del 49 LRC, art. 8.2 LTRHA). Este reconocimiento no sólo es de complacencia sino de complacencia manifiesta, esto es, no constituye un negocio anómalo sino un hecho anómalo. Ello no podría determinar ningún valor determinativo de filiación y, por el contrario, en la sede natural del CC debería llevar a rechazar la inscripción de parte del encargado del RC al incorporar tal escrito el hecho anómalo y manifiesto de no

existir relación genética con el reconocedor.²⁰⁹⁸ Podría, no obstante, darse la carambola de que el consentidor de FIV heteróloga en mujer usuaria no casada hubiera sido donante en época anterior y se hubiera utilizado precisamente material genético suyo en el supuesto concreto, (artículo 6.5 LTRHA), lo que, sin embargo, tampoco podría investigarse *ex* 5.5 y 8 LTRHA; no eliminaría, por ello, la sustancia negocial y podría producir el curioso espectáculo de filiación *ex voluntate* donde la hay biológica.

No obstante, en este supuesto la LTRHA no sólo no establece claramente un negocio jurídico de creación de filiación *ex voluntate* sino que, además, tampoco reproduce la negación de acción del 8.1 LTRHA sino que se limita a considerar al varón consentidor como mero autor de un escrito indubitado a efectos del 49 LRC, (8.2 LTRHA). Pero afirmar meramente el carácter “indubitado” de este escrito no tiene suficiente claridad y fuerza para negar, negro sobre blanco, que cabría una manifestación de veracidad biológica y una destrucción de la filiación *ex TRHA* que la Ley quiere precisamente evitar. No se comprende qué diferencia vio el legislador en la FIV heteróloga IAD en mujer casada o no casada cuando, en ambos casos, la anudación de filiación sólo puede suceder negocialmente y *ex voluntate* y no por una presunción que resulta manifiestamente destruida, (en el primer caso), ni por un reconocimiento que manifiesta un hecho anómalo, (en el segundo). En cualquier caso ello obliga a la doctrina, (JARUFRE CONTRERAS²⁰⁹⁹, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ²¹⁰⁰ y MALAURIE y

²⁰⁹⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS señala que si del propio título resulta su anomalía éste no valdrá *ab initio*, (PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigida por ALBALADEJO GARCÍA, M., Y DÍAZ-ALABART, S., Tomo IV, volumen 3º, ed. EDERSA, Madrid 1996, pp. 187 - 188).

²⁰⁹⁹ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 282.

²¹⁰⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 347.

FULCHERON y VIGNEAU²¹⁰¹), a construir generosamente en favor de las intenciones de la ley una noción de irrevocabilidad de este escrito o de negación de acción de impugnación con base en la buena fe, en los actos propios y en el interés del menor.

JARUFRE CONTRERAS señala la insatisfactoriedad de crear un “reconocimiento de “no paternidad””²¹⁰² y cómo su regulación se deduce de la interpretación del artículo 8.2 LTRHA, “relacionado únicamente con aquellas TRHA en las que interviene un tercer dador, (es decir, aquéllas de las que surge un vínculo no biológico de filiación)²¹⁰³, de modo que critica que la LTRHA no haya atribuido expresamente a esta manifestación de voluntad el carácter de “nuevo título de determinación legal de paternidad no matrimonial”, como sí hace el art. 235-13-1 CCC²¹⁰⁴ y como considera PÉREZ MONGE²¹⁰⁵. GARCÍA CANTERO también señala la insatisfactoriedad de un expediente que, negro sobre blanco, sólo puede calificarse de reconocimiento de complacencia y, no sólo ello, sino de auténtica *fictio iuris contra natura rerum*²¹⁰⁶. Ello es paradójico porque esta ficción legal invoca la fuerza de un reconocimiento que, a su vez, legalmente sólo posee tal poder en cuanto no sea manifiesta la inveracidad biológica, (hecho anómalo y no sólo negocio anómalo).

3.4).- Revocación e impugnación de consentimientos y de filiación.- Revocar supone retirar mi consentimiento y hacer decaer el negocio jurídico familiar, lo que supone un cambio de opinión. Ello es propio del negocio personal, (reversibilidad, permanente actualidad, aunque pueda generar abuso o daño injusto), pero no cabe en el negocio

²¹⁰¹ MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. *op. cit.*, pg. 416, VIGNEAU, D., *Les imperfections de lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation*, *op. cit.*, pg. 98.

²¹⁰² JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 280.

²¹⁰³ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibidem*, pg. 253.

²¹⁰⁴ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibidem*, pg. 281.

²¹⁰⁵ PÉREZ MONGE, M., *op. cit.*, pg. 132 y pg. 180.

²¹⁰⁶ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares*, *op. cit.*, pg. 235.

jurídico familiar, (incluido como dije el divorcio si sucede con función familiar, (dependencia), activada). En cuanto percute una realidad, un hecho y una función familiar, el consentimiento negocial o su retirada como especies personales individualistas ya no son absolutos ni determinantes. En este sentido la revocación en sede TRHA sólo existe con seguridad, a mi juicio, antes de la aplicación de la técnica, entendiendo que tanto la inseminación *in vivo* como la sola creación del embrión humano *in vitro* y extrauterina ya no permiten una noción pura de revocación.

Por su parte impugnar el consentimiento remite a anulabilidad contractual y es distinto de impugnar la veracidad de la filiación como hecho²¹⁰⁷, si bien la cuestión negocial y la filiación no pueden evitar unirse, (no es posible saber si hay error o engaño sin examinar el ADN, y no hay fuerza o intimidación alegables cuando resultan en que alguien cumpla un deber público propio, para lo cual es precisa la misma prueba). En este sentido MONTÉS PENADÉS señala que “Puede sostenerse la impugnación del reconocimiento y de su análogo o equiparado consentimiento por vicios de la voluntad, (arts. 138 y 141 CC), con la consecuencia de que, en tales casos, se levantaría la barrera puesta a la investigación de la verdad biológica”.²¹⁰⁸ De este modo la impugnación por vicio del consentimiento en sede TRHA: 1) puede enfrentar la prueba y valor del vicio con la prohibición de investigación biológica y 2) será inocua en todos los casos de filiación derivada de THRA de origen biológico, si bien ello porque en tales supuestos no hay ni se

²¹⁰⁷ MONTÉS PENADÉS señala cómo se debería seguir en la impugnación de estos consentimientos “el parámetro del art. 141 respecto de impugnación del reconocimiento, pero no estamos aquí hablando de lo mismo”, (MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, op. cit., pg. 967).

²¹⁰⁸ MONTÉS PENADÉS, V., *ibidem*, pg. 973.

necesita filiación *ex voluntate*, (se trata de una procreación asistida más que artificial como señalaba JARUFRE CONTRERAS)²¹⁰⁹.

En los supuestos de filiación derivada de TRHA de “origen no biológico” la impugnación por vicio consensual puede derivar en el desmontaje de una filiación establecida y, con ello, de una experiencia vital del niño que habrá contribuido, (con mayor o menor tiempo según el plazo que fuera preciso para llegar a contar con una posesión de estado protectora de la misma), a formar constructivamente la personalidad del mismo y que queda lesionada; además, se determinará también un niño sin padre legal al existir anonimización en cuanto al aportante del material genético masculino.

En esta sede artificial no es posible para el padre legal la impugnación por inveracidad biológica de la paternidad legal establecida, (negación de acción del artículo 8.1 LTRHA, excitación de abuso de derecho o acto propio en el 8.2 LTRHA), pero, por el contrario, desde fuera del Derecho de la filiación podría producirse la destrucción de la filiación *ex voluntate* si se admite la impugnación del negocio jurídico de la que surgió protestando anulabilidad por vicio del consentimiento. En este sentido MONTÉS PENADÉS considera inválido y anulable al consentimiento viciado y considera que ello determinará la pérdida de la consideración de escrito indubitado del documento que lo incorpore a efectos del 49 LRC.²¹¹⁰

Cualquier impugnación del consentimiento que afectara a la filiación *ex voluntate* con el varón consentidor toma mayor dramatismo en sede TRHA que en sede biológica, (reconocimiento-voluntad), por cuanto la anonimización que está en la base del supuesto abocará entonces la situación a una familia monomarental. El juego de los artículos 5.5 y 8 LTRHA suponen que consideran constitucional y funcional a esta estructura familiar

²¹⁰⁹ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 259.

²¹¹⁰ MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.*, pg. 967.

monomarental, (en contra GARCÍA CANTERO y PANTALEÓN PRIETO²¹¹¹), pero debe subrayarse que en sede TRHA esta uniparentalidad no es azarosa o inevitable, (viudedad, desconocimiento de un genitor), sino construida de intento cuando hay ocasión y oportunidad de evitarla.²¹¹²

Esta evitación está, considero, en la base de las facilidades que la LTRHA ofrece para que pueda aparecer máximamente un varón consentidor para la mujer usuaria no casada, lo que comparte una inteligencia benéfica y favorecedora que se apreciaba también en los reconocimientos de complacencia, (facilitar una ayuda a la madre sola siquiera luego resulte tan sólo temporal), aunque sea contradictorio que el legislador simultáneamente aprecie esta necesidad de tolerancia y facilidad para incorporar un segundo adulto al proyecto y no implemente, sin embargo, controles y garantías en beneficio del menor y de su derecho a tener un padre y una madre.

Es en esta línea que MONTÉS PENADÉS refiere aquí la posibilidad de un “acogimiento de complacencia”²¹¹³, favorecimiento que también subraya JARUFRE CONTRERAS²¹¹⁴. En estos casos señala también MONTÉS PENADÉS cómo “la gravedad de las consecuencias habría de disuadir a los meramente complacientes.”²¹¹⁵, lo que entonces aconsejaría cierta tolerancia con la posibilidad de que sus compromisos pudieran llegar a ser sólo temporales y no definitivos y absolutos como la paternidad legal. La situación de la mujer sola ante la TRHA se aproxima así a la de la madre que cría sola a

²¹¹¹ GARCÍA CANTERO, G., *La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.* pg. 479; (PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Contra la Ley...*, *op. cit.*, pg. 19).

²¹¹² MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.*, pg. 963.

²¹¹³ MONTÉS PENADÉS, V., *ibidem*, pg. 963.

²¹¹⁴ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 253.

²¹¹⁵ MONTÉS PENADÉS, V., *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.*, pp. 963-964.

su hijo y que contempla la posibilidad de que otro adulto no genitor efectúe reconocimiento de hijo como reconocimiento-voluntad.

En el mismo sentido se aprecia aquí también la tensión entre la necesidad de permitir legislativamente estos apoyos, (zona de tolerancia o anomalía válida), sin que lleguen a ser perjudiciales en su retirada posterior para el menor y que habrían de solucionarse discriminando en distintos negocios los diferentes panoramas y voluntades, creando figuras *ad hoc* y bien establecidas que separaran filiación *ex voluntate* y asunción del oficio de padre legal, informando correctamente el consentimiento del varón y no rebajando la dignidad del *officium publicum* paterno dando entrada a personas que protestarán luego haberlo querido *ad tempus* y rebajado. Ello puede ocurrir incluso dentro de la relación matrimonial: el varón que no desea reproducirse ni ser padre legal sí que está dispuesto a permitir todo ello a su mujer, (FIV heteróloga IAD), y a ejercer un padrinazgo o padrastría supeditada al tiempo en que dure su convivencia afectiva, pero no a ser padre legal y a arrostrar entonces el oficio público incluso tras un futuro divorcio.

Pero en el reconocimiento-voluntad, (como en la adopción unipersonal si bien ésta prevé al niño como parte negocial directa o representada), el niño ya nació y la necesidad es actual, en tanto en la sede TRHA se provoca la concepción y el alumbramiento de intento, sin necesidad, (o por una necesidad de la usuaria adulta), lo que no apoya entonces con sesgo *favor minoris*, (evitar institucionalizaciones), la petición o el deseo de los adultos. Por otra parte, en ese momento el papel del varón consentidor puede haber sido incluso decisivo para que la mujer se decida a la práctica de la TRHA. De este modo, aunque el consentidor apoye o ayude, debe ser juzgado con mayor dureza que el reconocedor en cuanto a cualquier posibilidad de impugnación *ex negotii* porque, a diferencia del reconocedor, el consentidor no es inocente sino cooperador necesario en la creación del nuevo ser.

MONTÉS PENADÉS considera cómo podría haberse creado en estas instancias y para la mujer sola un “acogimiento de complacencia”, “prohijamiento” o “*quasi* adopción”, o en el caso de mujer casada “una mera tolerancia“ de parte del marido, todo ello distinto de “la aceptación voluntaria del hijo como propio, lo que, entonces, habría de tener consecuencias menores que las que implica la paternidad legal. Señala en este sentido: “¿Podría pensarse en un “consentimiento” concebido como una suerte de licencia o autorización para la mujer, pero sin aceptar para sí el marido las consecuencias de la filiación?”²¹¹⁶ Y, entonces, paralelamente, cabría también un varón consentidor de mujer no casada, de la que incluso no es tampoco pareja, que está dispuesto, con relevancia jurídica, a proporcionar el apoyo y ayuda propias de un padrinazgo o paternidad *ad tempus* pero no a ser padre legal.

No es ésta, sin embargo, la idea de la LTRHA, a pesar de las dudas que pueda dejar el modo tan insatisfactorio con que se ha producido técnicamente en este punto.

En línea con la negación de acción de impugnación por falsedad biológica que GALLO VÉLEZ sostiene para el reconocedor de complacencia JARUFRE CONTRERAS señala la imposibilidad de prosperar la impugnación de esta filiación por constituir ello abuso de derecho e ir contra los actos propios²¹¹⁷, y en el mismo sentido MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ²¹¹⁸ y MALAURIE y FULCHERON y VIGNEAU²¹¹⁹ en la doctrina francesa, con lo cual están solucionando la deficiencia técnica que señalé en el 8.2 LTRHA

²¹¹⁶ MONTÉS PENADÉS, V., *ibidem*, pg. 973.

²¹¹⁷ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 282.

²¹¹⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A, *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*, pg. 347.

²¹¹⁹ MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. *op. cit.*, pg. 416, VIGNEAU, D., *Les imperfections de lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation*, *op. cit.*, pg. 98.

de no haber constituido claramente como el art. 8.1 LTRHA una negación de la acción. Se refieren estos autores a ser inaceptable e inmoral no imponer una responsabilidad a quien habiendo consentido, se niega luego a inscribir al menor como suyo y a no prosperar la acción de impugnación que pudiera entablar si consintió, reconoció y se practicó inscripción. Añade JARUFRE CONTRERAS: “nos parece poco coherente otorgar un sistema de impugnación basado, como sabemos, en la búsqueda de veracidad biológica cuando, precisamente lo que se está autorizando a través de las TRHA con aportación de donante es un vínculo paterno-filial no biológico”.²¹²⁰

3.4.1).- Impugnación por vicio.- Si este concepto de filiación *ex voluntate* existe, (en lo cual ha sido más claro el CCC que la LTRHA), entonces es filiación, filiación jurídica exactamente igual que la biológica, (como resulta del artículo 108 CC para la filiación *ex voluntate* adoptiva, como señalan SANCHO REBULLIDA, PÉREZ ÁLVAREZ, GARRIDO CHAMORRO y JARUFRE CONTRERAS²¹²¹), esto es, asunción de un *officium publicum* por justicia social, necesidades y funciones principalísimas del contrato social y por maximización de los Derechos humanos de todos los implicados con un sesgo *favor filii*, (artículo 39 CE). Como manifiesta MONTÉS PENADÉS “la filiación es una relación fundamentalmente jurídica y los términos paternidad, filiación, padre, hijo, expresan sobre todo categorías jurídicas...”²¹²²

La inimpugnabilidad directa o indirecta desde los artículos 8.1 y 8.2 LTRHA y la interpretación doctrinal supone, entonces, que, aun imperfectamente, se ha construido una

²¹²⁰ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 283.

²¹²¹ SANCHO REBULLIDA, F., *Acogimiento y adopción... op. cit.*, pg. 107, PÉREZ ÁLVAREZ, M., *La adopción en el sistema vigente...*, *op. cit.*, pg. 169, GARRIDO CHAMORRO, P., *Las instituciones civiles de protección...*, *op. cit.*, pg. 864, JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 347.

²¹²² MONTÉS PENADÉS, V. *Las categoría negociales en las técnicas de reproducción asistida, op. cit.*, pg. 968.

paternidad legal y jurídica a partir de la manifestación, (como supuesto de hecho), de querer desarrollar un plan de vida para la crianza, educación y socialización de ese nuevo ser, velando por él y prestándole alimentos ya por siempre, (consentimiento como negocio jurídico unilateral personal de filiación *ex voluntate*). Este negocio personal, (como en todos los negocios familiares), lleva verticalmente aparejada una derivada funcional, pública y vertical que lo convierte en familiar y desde la cual se produce agotamiento, cauterización y sublimación de aquella sustancia negocial, no solo a efectos de revocación sino para toda doctrina contractual y no familiar que afectara a la fijeza, estabilidad y sesgo *favor minoris* propias del Derecho familia.

Filiación e impugnación negocial presentan una tensión entre el origen negocial *ex voluntate* y la filiación legal como oficio públicamente necesario, fijo, estable y no retirable sino por cumplimiento de su objeto o mal función, (artículos 170 y 172 CC).

En un sentido de fijeza y restrictivo de impugnación habla MONTÉS PENADÉS de: 1) “limitar las posibilidades de impugnación, a cuyo efecto será acaso necesario dar un giro en la concepción de las acciones de filiación como acciones de estado y, por ello, fuera del ánimo de la autonomía de la voluntad...”; 2) “no parece deseable... [someter] a una mera tolerancia la posición del marido de la madre que lo es por IAD, quien podrá perseguir la verdad y desconocer al hijo aun cuando haya consentido”; 3) “habría que limitar la posibilidad de impugnación... De otra suerte tendríamos una paternidad provisional, (lo que no parece conveniente), sometida a una mutación de ánimo del reconocedor”; 4) “limitar los pronunciamientos contrarios cuando ha mediado... la IAD o la FIV... [que] el hijo que nazca pueda gozar de una filiación consolidada... que no pueda ser atacada - salvo, si acaso, por él mismo - en contra de la posesión de estado”, 5) “la

carencia o reducción de la legitimación activa... para el marido y sus herederos y la madre y sus herederos cuando hayan consentido”.²¹²³

Sin embargo, también señala MONTÉS PENADÉS: 1) “se ha de requerir un auténtico consentimiento, libre, consciente y voluntario”; 2) “habría que limitar la posibilidad de impugnación a los supuestos de deficiente formación de la voluntad”; 3) “la necesidad de limitar la libre investigación... a través de un nuevo valor del consentimiento”; 4) “puede sostenerse la impugnación... por vicios de la voluntad... con la consecuencia de que, en tales casos, se levantaría la barrera puesta a la investigación de la verdad biológica.”²¹²⁴

Es cierto que no se retracta, revoca ni cambia de opinión quien no tuvo una opinión verdaderamente libre y propia de inicio, sino que tan sólo revela cuál fue siempre su verdadera y única voluntad, pero también señalé anteriormente cómo 1) la posibilidad de concurrir tales vicios es muy complicada en estos negocios familiares por su sustancia humana y por la presencia de controles, garantías e intervenciones de funcionarios públicos, 2) existe una percusión vertical sobre el derecho de libertad y autonomía de voluntad del adulto por razón de las función públicas familiares y el sesgo *favor filii* y *favor minoris*, lo cual podrá determinar finalmente más una responsabilidad económica que una constricción de conducta personal, (perspectiva resultadista familiar), 3) existe un esquema o modelo general de ponderación *ad cassum* para estas tensiones entre Derechos fundamentales de adultos, de menores y funciones familiares a propósito de extinción de adopción, (180 CC), y 4) se exigirá mayor responsabilidad y mayor heroísmo en la resistencia al error e intimidación cuando están en juego bienes e intereses personales y familiares que cuando están en juego derechos patrimoniales. No obstante, algunos de estos argumentos desaparecen en sede TRHA por cuanto las garantías que aportaban los

²¹²³ MONTÉS PENADÉS, V., *ibidem*, pp. 971 - 973.

²¹²⁴ MONTÉS PENADÉS, V., *ibidem*., pp. 971 - 973

procesos jurisdiccionales y las presencias de funcionarios públicos en adopción y reconocimiento no existen en la LTRHA, que lo entrega todo al centro técnico y a su personal.

3.4.2).- Igualdad en la condición de hijo.- Con aplicación a todos los casos de vicios de la voluntad negocial en la adopción, reconocimiento voluntad o negocios unilaterales de *filiación ex voluntate* en sede TRHA, considero que debe ser apreciada una exigencia constitucional de no discriminación, aquella de no poder tener distinta condición ni distinta protección los menores por razón de haberse determinado su filiación biológicamente, por negocio adopcional o por negocio unilateral *ex* LTRHA, esto es, la identidad entre filiación natural, filiación asistida, filiación adoptiva y filiación artificial, (el hijo reconocido no constituye, a mi juicio, una “clase de hijo”).²¹²⁵

En este supuesto la igualdad se invocaría en orden a impedir que un origen voluntario produzca menor fijeza y protección que uno biológico. Puede defenderse que la doctrina negocial de anulabilidad no corresponde a la igualdad ante la ley sino a la igualdad en la ley, (que admite diferencias objetivas y razonables²¹²⁶ por la propia naturaleza de los supuestos de hecho determinativos de la filiación).

Pero, a mi juicio, no es atendible tal objeción 1) por la nuclearidad que toma la consecuencia para Derechos fundamentales, funciones públicas y sesgo *favor filii* y *favor minoris* y, 2) porque, como he reiterado, autonomía y heteronomía existen tanto en la filiación biológica como en la filiación *ex voluntate* adopcional o artificial sin diferencia en naturaleza: es la percusión extraordinaria e intensísima en la biológica de ciertos Derechos

²¹²⁵ No obstante, GETE-ALONSO CALERA considera que los hijos reconocidos resultan de peor condición por razón de la impugnanibilidad del negocio de reconocimiento, (GETE-ALONSO CALERA, M.C., *Reconocimiento de complacencia...*, *op. cit.*, pg. 49).

²¹²⁶ GARCÍA VICENTE, J., *Los principios del Derecho de las acciones de filiación*, en Aranzadi Civil, número 1/2004, ed. Aranzadi, pp. 2151 - 2166, en concreto pg. 2162.

fundamentales del adulto lo que imposibilita aplicarle los mismos controles y garantías que se convocan en adopción y que deberían ser comunes a todas las demás filiaciones.

La discriminación tiende a verse más en términos de los padres/madres, en cuyo caso se soluciona afirmando que, no existiendo sesgo sino *favor filii* y *favor minoris*, no hay por qué atender a la protestas de unos adultos que se consideran más favorecidos o desfavorecidos que otros. Así engañar a un varón para utilizar su semen deriva en paternidad biológica inimpugnable ocurra sexual, (no utilizar el anticonceptivo pactado), o asistidamente, (falsificar su firma para obtener y aplicarse su material genético en el centro reproductivo). Por el contrario, engañar en reproducción artificial para obtener consentimiento de varón no genitor a técnica IAD permitiría eliminar limpiamente luego el oficio legal paterno. Los padres biológicos o asistidos pueden sentirse discriminados.

DE LORA DELTORO invocaba una discriminación en la condición de padre legal señalando que los genitores varones habrían de poder esquivar el *officium* en la reproducción sexual cuando la madre niega el aborto que ellos mismos reclaman, de modo paralelo al derecho a no ser forzado a procrear que considera existente en relación con los embriones criocongelados mediante la revocación del consentimiento para su destino a reproducción, que este autor considera que cabe unilateralmente al varón²¹²⁷.

Existe como digo, una discusión sobre discriminación entre unos y otros padres, pero ha de advertirse que, paralelamente, ello es una discriminación entre unas y otras clases de hijos.

En la procreación biológica X intimida al varón H para tener relaciones sexuales hasta concebir, en sede asistida W intimida a R para obtener su semen y su consentimiento para utilizarlo para fecundarse o para producir un embrión y transferírselo, permaneciendo la intimidación hasta que W está efectivamente embarazada, en esta sede artificial Q

²¹²⁷ DE LORA DELTORO, P., *¿Ser o no ser? ..., op. cit.*, pg. 106.

intimida a K para que consienta la FIV heteróloga IAD que va a realizarse y en sede adoptiva, supongamos que T consigue determinar un supuesto de verdadera intimidación sobre X para que adopte a su hija Z.

Igualar todos estos casos como inimpugnables *ex negotii* coloca una carga propia en la sede reproductiva voluntaria que debe ser advertida, pero también cabe señalar, como dije, que la trascendencia de lo que allí se ventila exige una resistencia más heroica a interpretar papeles que verdaderamente no se quieren, a tener mayor diligencia y compromiso en no permitir que mi mera presencia física como *corpus* emisor o referente, aun sin verdadera *psique*, voluntad y *Abschlussfreiheit*, pueda producir el surgimiento de un nuevo ser dependiente y necesitado a quien abandono luego colocándolo a cargo del contrato social en todo o en parte, (existe o no existe otro padre/madre legal), o que pueda crearse una dependencia y una construcción de personalidad e historia personal del menor por razón de esta misma presencia o referencia física de una persona, decisiva para que tal construcción e historia hubieran tenido lugar, pero que pretende cortarse limpiamente luego.

Aquí el molde general habría de ser el principio de irrevocabilidad de la procreación biológica y de inexcusabilidad absoluta, (no hay caso fortuito ni fuerza mayor liberadores), que equivale a la inimpugnabilidad por ningún vicio de voluntad en la filiación *ex voluntate*. De este modo “quien hace el niño paga” quiere decir que quien origina, (como *corpus* y presencia aunque no como voluntad), una paternidad legal, paga y no se excusa, ya sea que haya concurrido caso fortuito, fuerza mayor, dolo, engaño, error, violencia o intimidación sobre él mismo en la relación de un acto sexual o en la emisión de ciertas palabras y frases en una forma jurídica determinada. Ello con la sola excepción del aborto por violación por la percusión en tal caso de otros derechos en juego, (salud psíquica de la mujer).

De otro modo se estaría convirtiendo a los hijos adoptivos o *ex voluntate* en sede TRHA en hijos de peor condición y menos protegidos, lo que rechazaba en general RIVERO HERNÁNDEZ y en otros lugares JARUFRE CONTRERAS y GÓMEZ SÁNCHEZ.²¹²⁸ La adopción puede superar este problema por la subsunción de la cuestión viciosa en recurribilidad procesal en breves plazos y sin permitir nacer el hecho familiar hasta su resolución, pero ello no es posible para los supuestos *ex LTRHA*.

Téngase en cuenta que GARCÍA CANTERO, con base en la idea de discriminación por clase de hijo: 1) a propósito de la anonimización del donante de semen y la posibilidad de reclamar filiación por parte del hijo genético rechazó que “se haga de peor condición y peor trato al hijo nacido mediante alguna de las técnicas de reproducción asistida”²¹²⁹ y 2) a propósito de la monomarentalidad de intento señaló la misma idea de unidad legal y constitucional de la condición de hijo refiriendo que el hijo de mujer usuaria sola es de peor condición que el hijo nacido de relaciones incestuosas, concluyendo que “Hay que cuestionarse nuevamente la constitucionalidad de la Ley”.²¹³⁰

3.4.3).- Incapacidad.- Queda, todavía, una cuestión, el valor de un consentimiento a FIV heteróloga de mujer casada otorgado por incapaz, pues la voluntad del incapaz no se diferencia de la del intimidado, violentado o engañado por la falta de calidad en el supuesto concreto, sino porque tal defecto es intrínseco y permanente en él por ciertas condiciones físicas o psíquicas estables, en tanto es sólo extrínseca y puntual para el capaz que se percutido por un vicio de su voluntad.

²¹²⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La investigación de la mera relación biológica*, pg. 195; JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 217 y pg. 219; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción...*, *op. cit.*, pg. 84.

²¹²⁹ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares, ... op. cit.*, pg. 233.

²¹³⁰ GARCÍA CANTERO, G., *ibídem*, pg. 235.

Pero: 1) el incapaz está protegido precisamente por ser la suya una causa general, esto es, porque le hemos retirado su autorrepresentatividad jurídica de modo estable y genérico; por el contrario no sería posible proteger a los capaces privándoles de su autorrepresentatividad jurídica para que no caigan nunca en una paternidad legal mediante una voluntad defectuosa, pues tal protección tendría el precio de inhabilitarles en todo lo demás; 2) no hay señal, advertencia o signo que el incapaz pueda apreciar eficazmente o asumir, en tanto para el capaz aquellas advertencias le identifican y anuncian el riesgo de mayor heroísmo, resistencia y diligencia en el negocio jurídico familiar que precisamente se pone a su costa; 3) en el daño injusto es posible poner a cargo del incapaz la responsabilidad civil pese a su inimputabilidad porque recae objetivamente sobre su patrimonio y consiste en una detracción patrimonial dineraria; por el contrario en sede familiar el incapaz representa un delegado disfuncional o inhábil para ejercer la función pública paterna *ab initio*; no podemos evitar que un incapaz conciba y esté así *ex factum* señalado como delegado público paterno, pero cosa distinta es admitirle a un negocio jurídico de filiación *ex voluntate* cuando ya sabemos que no puede desarrollar aquella función; se puede separar lo personal y lo responsable y económico, (110, 111, 170, 172 CC), pero ello se admite de modo resultadista, esto es, *ex post*, no *ab initio* cuando ello es controlable y evitable; 4) percute además sobre el posible *favor minoris* otro sesgo también constitucional, *favor incapacitatem*, concurriendo dos dependientes que estarían igualmente precisados de protección, el uno para su cuidado y crianza y el otro para no perjudicarse por sus propios actos.

En la procreación biológica la consideración del menor o incapaz revela la dislocación entre la condición de padre genético y la función pública familiar, (patria potestad), en la misma forma que sucede cuando la privación de esta última no determina simultánea extinción de la responsabilidad pública, (artículos 108, 110, 111, 170 y 172 CC). Un menor o incapaz es padre genético de su hijo biológico y, por ello, desde los

puros hechos y *ex lege* es padre legal. El padecimiento de la función pública que se concreta en la patria potestad puede solucionarse mediante el apoyo familiar, (así para el padre menor edad, si bien más frecuentemente se da el caso de menores solteras que siguen viviendo con su hijo con los ya abuelos, estando a su vez ellas mismas sujetas a patria potestad²¹³¹), apoyo que puede tener en igual forma el incapaz. Pero, en caso de resultar la situación disfuncional, habrá de tener lugar un supuesto de privación de patria potestad, (art. 170.1CC), que no impide, (en beneficio de hijo y padres), la recuperación de la misma si se rehabilitara la capacidad del genitor, (art. 170.2 CC).

Señala PARRA LUCÁN como, de manera puntual, puede dislocarse la titularidad y el ejercicio de la función paterna o materna, señalando la STS de 29 de Marzo de 2001 que mantuvo formalmente tal titularidad atribuyendo la guarda a otras personas (abuelos, tíos del menor), así como el Derecho catalán admite una acción meramente declarativa de la filiación en los supuestos en que no existe asentimiento del hijo al reconocimiento²¹³².

Como digo, esta disociación entre titularidad, (determinación de la filiación ex ADN en el menor o incapaz), y ejercicio de la función pública paterna o materna tiene sentido sólo para la filiación biológica, en tanto no tiene ningún sentido admitir un negocio jurídico de filiación *ex voluntate* si ya de principio el otorgante no es capaz de desarrollar la función que habría de surgir, (aquí tenemos ocasión y oportunidad). Es por ello que, en sede de reconocimiento de hijo, el artículo 121 CC exige aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal sobre cualquier reconocimiento que pretendiera otorgar un incapaz, lo que supone, (como en otros negocios familiares), que se garantiza el interés del incapaz, del menor y del contrato social en la forma más elevada y exigente posible.

²¹³¹ GARCÍA CANTERO, G., en CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil, Español, Común y Foral, Tomo V, Derecho de Familia, vol. 2, Relaciones paterno-filiales y tutelares, ... op. cit.*, pp. 299 - 300.

²¹³² PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 111.

RIVERO HERNÁNDEZ considera que esta aprobación judicial no es un juicio de oportunidad o conveniencia sino de verosimilitud.²¹³³ Pero, a mi juicio, quizá ello resulta un tanto forzado desde su idea del reconocimiento típico del Código civil como reconocimiento-ciencia y la nulidad absoluta del complaciente. De este modo, estaría convirtiendo RIVERO HERNÁNDEZ esta aprobación judicial en un juicio a la paternidad biológica y en una acción de reclamación, no en un negocio jurídico siquiera sujeto a un requisito garantista de validez, (*conditio iuris* garantista). En mi opinión la aprobación judicial debe considerar el interés del contrato social en una función familiar hábil; si el incapaz no puede prestarla no se le debe considerar capaz para otorgar este negocio jurídico y deberá remitirse a interponer de principio acción de reclamación.

3.5).- Unilateralidad del negocio jurídico del consentidor.- En la sede LTHRA y en el consentimiento que examinamos, (FIV heteróloga IAD), considero que no se puede sostener la idea de un negocio jurídico unilateral semejante a la propia del reconocimiento de hijo, donde incluso el reconocimiento simultáneo de padre y madre no eran un negocio bilateral sino uno más uno. Es claro que aunque la maternidad se determine por el hecho natural del alumbramiento, el consentimiento del varón se produce a requerimiento y con la plena conformidad, (consentimiento), de la mujer usuaria, sin que pueda ser posible sin o contra la voluntad de la misma. De este modo, aunque el efecto del consentimiento sólo alcance a una negación de impugnación de paternidad, (8.1 expresamente, 8.2 con ayuda de doctrina de actos propios), habría de considerarse que aquí existe un negocio jurídico familiar bilateral.

Esta materialidad bilateral se revelaría cuando la madre alegara *a posteriori* que el varón la intimidó para obligarle a recibir tal consentimiento en orden a conseguir ser padre legal de su hijo y tener así un vínculo necesario con ella. Al encontrarnos en un tiempo en

²¹³³ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 121 del Código civil*, en *Comentario del Código civil*, ed. Ministerio de Justicia, op. cit., pg. 469.

el que el hijo no existe la cuestión es distinta de lo que sucede biológicamente. En el reconocimiento sólo existe bloqueo del hijo para mantener meramente declarativo al reconocimiento, (123 y 124 CC). En la filiación natural la madre no puede tener derecho propio sobre la relación paterna genética, de modo que sólo le cabe, en su caso, actuar representando al hijo, sea contra reconocimiento, (124 CC), o impugnando, (137.2 CC).

Pero en la sede TRHA el consentimiento se produce a la técnica, esto es, *ex ante*, de modo que la madre ha de tener libertad para elegir 1) si quiere o no un colaborador para la crianza, (padre legal no genético) y 2) quién haya de ser tal cooperador. Ello señala la multilateralidad material de este supuesto integrando a varón consentidor, mujer usuaria y *concepturus*.

No obstante, todavía en este caso, a mi juicio, si se apreciara bilateralidad material y se quisiera dar relevancia a la intimidación recibido por la mujer usuaria, considero que no habría de negarse la paternidad legal si el consentidor está siendo un buen padre. La cuestión habría de ir por el sentido resultadista y funcional propio del Derecho de familia, de modo que, aun sin ADN y con aquel vicio, el interés del menor en tener padre y madre y la corrección de aquél como delegado funcional del contrato social se imponen al derecho de libertad de la mujer usuaria. Quedará en pie todo lo que ésta quiera intentar directa y exclusivamente contra el varón consentidor por daño moral. Ello aunque en el origen negocial pudiera existir vicio del consentimiento, (intimidación a la mujer usuaria), y, además intención de no ser padre sino de conquistar o fastidiar a la madre, (vicio de anulabilidad + inexistencia por falta de causa). Todo ello, a mi juicio, se supera si existe luego una función familiar paterna adecuada.

Como señalé antes, el *concepturus* en sede TRHA es un asegurado *concepturus*, de modo que la sustancia negocial es aquí plurilateral o multilateral y debería instrumentarse la representación del interés del mismo aplicando algún control garantista que, sin embargo, es flagrantemente inexistente, (como critican JARUFRE CONTRERAS y

GÓMEZ SÁNCHEZ).²¹³⁴ Tal control sería tuitivo sólo del menor, por cuanto la anonimización *ex lege* del donante, (art. 5.5 LTRHA), ha absorbido y neutralizado en el contrato social cualquier tipo de protesta que pudiera efectuarse sobre derechos del donante de semen o familia de origen, salvo que se revisara el absolutismo con que actualmente se predica la misma.

Respecto del hijo, la coartada de no poder implementarse garantías en la filiación biológica sin grave ofensa de dignidad, libertad e intimidad no sirve para la reproducción asistida ni para la artificial, de modo que es una mera burla escudarse en tal paralelismo. Es perfectamente posible exigir un juicio de idoneidad a la mujer usuaria sin que se resienta en absoluto su libertad e intimidad, personal, corporal y sexual ni su derecho de fundar familia, el cual, caso de ser negado, lo sería sólo *ad cassum* por articulación con los intereses del *concepturus* sin arrebatarle la inherencia del mismo ni su nuevo ejercicio o intento de ejercicio, efectuando, como siempre es obligado, en cada momento la ponderación coyuntural con los demás derechos en colisión. MORO ALMARAZ señala en este sentido que no se trata de “negar derechos a nadie ni de coartar la libertad, sino de dar la justa relevancia a garantizar una familia normal”²¹³⁵.

Los peligros para el *concepturus* en este punto consisten en la inidoneidad de la madre, en no contar con padre o en contar con un padre revocable que podrá desaparecer impugnando el negocio. La inidoneidad de la madre se sitúa en torno a la posibilidad de concebir hijos fetiche o hijos solución directamente sometidos a satisfacer las ansias de felicidad de una persona que acude escogidamente a la monomarentalidad *ex LTRHA* por ejemplo para asegurarse el dominio del hijo y solucionar una vida que no le satisface, con riesgo de castración. Este peligro se reduce si se exige que la mujer usuaria sólo acuda a

²¹³⁴ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 219; GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción...*, *op. cit.*, pg. 84.

²¹³⁵ MORO ALMARAZ, M.J., *op. cit.*, pg. 182.

TRHA subsidiariamente por causa médica, pues ello no es ya una elección de vida que excluye de intento recurrir a la colaboración de un coprogenitor, sino un azar y una necesidad, (aunque luego la madre con causa médica resulte efectivamente castradora).

La disponibilidad de padre habría de asegurarse permitiendo la investigación de paternidad cuando existiera monomarentalidad o estableciendo en otro caso una auténtica paternidad *ex voluntate* que imitara a la biológica previa también en la inexcusabilidad e inatacabilidad del oficio público surgido si ello perjudica al menor.

3.6).- Adopción de embriones.- La ausencia de garantías y controles y su insoportabilidad en la comparación con la adopción resultan palmarias en la llamada donación o adopción embriones. El artículo 11 LTHRA utiliza el término donación de embriones, quizá para desenfocar la falta de garantías en un supuesto que es sustancialmente idéntico a la adopción, o para promocionar, (con técnica de PNL), una reificación del concepto; GARCÍA FERNÁNDEZ señala como preferible el término adopción de embriones. El término donación, la cosificación y la elusión de la sustancia garantista que comporta la adopción pueden llevar incluso a la creación de embriones *ex profeso* con el único fin de ser donados, lo que considera rechazable GARCÍA FERNÁNDEZ.²¹³⁶ En este sentido GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ señala, (en general para todo material humano de origen biológico), que la palabra “donación” no supone nunca un acto a título gratuito que atribuya ninguna propiedad y que existe aquí un extrapatrimonialidad absoluta.²¹³⁷

²¹³⁶ GARCIA FERNANDEZ, D., *La adopción como una solución lícita al problema de los embriones sobrantes*, Revista USCS, Direito, ano IX, número 14, jan/jun. 2008, ed. Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Sao Caetano -2008, pg. 148.

²¹³⁷ GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora*, en Anuario de Derecho Civil, , Tomo LXVII, Fascículo 1, Enero-Marzo 2014, ed. Ministerio de Justicia, Madrid – 2014pp. 11 - 79, en concreto pg. 79.

A mi juicio se compone aquí una dimisión del legislador respecto de sus funciones y obligaciones constitucionales *favor filii* y *favor minoris*, (39 CE), lo que habría de tener alguna relevancia de inconstitucionalidad. RIVERO HERNÁNDEZ y JARUFRE CONTRERAS²¹³⁸ invocan el artículo 14 CE y el principio de igualdad para que no pueda determinarse en sede TRHA, como señala RIVERO HERNÁNDEZ, la “llegada de un menor al mundo... que, como tal, en virtud del principio de igualdad, no puede ser de “peor calidad” (en todo sentido) que los demás.”²¹³⁹

Lo cierto es que resulta inexplicable e injustificable que no exista en esta sede TRHA ningún tipo de control administrativo ni judicial, ni condiciones de idoneidad de la mujer usuaria, (psicofísicas, madurez, personales, sociales, económicas, etc.)²¹⁴⁰, consideraciones que llevan en general para toda la sede a JARUFRE CONTRERAS a señalar ser una arbitrariedad del legislador “la ausencia de control administrativo y judicial, y un control legal insuficiente en la aplicación de TRHA” y que “Es preciso ejercer un control exhaustivo de acceso a ellas, similar al que se ejerce en materia de adopción.”²¹⁴¹ En el mismo sentido GÓMEZ SÁNCHEZ.²¹⁴² Ello es especialmente cierto en el supuesto objeto de este apartado que no podría ser más paralelo y análogo al adoptivo.

Aquí habría de componerse un negocio jurídico personal y familiar bilateral entre adoptantes y embrión, (representando legalmente su interés negocial al modo del adoptando de 12 años o menos), y que debería producirse en una forma garantista, (intervención y control público), que, sin embargo, no abarcaría a los genitores o familia de

²¹³⁸ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 217; RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La investigación de la mera relación biológica...*, *op. cit.*, pg. 195.

²¹³⁹ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *ibidem*, pg. 195.

²¹⁴⁰ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *op. cit.*, pg. 219.

²¹⁴¹ JARUFRE CONTRERAS, D.W., *ibidem*, pp. 526 - 527.

²¹⁴² GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a la reproducción...*, *op. cit.*, pg. 84.

origen, (su exclusión y sus garantías, en su caso, pertenecen a otro negocio de renuncia previo entre genitores y embrión con una derivada pública, (¿quién se hace cargo del embrión?), que se desatiende cosificando al embrión y adjudicándose, en definitiva, al centro médico).

Como ya señalé antes, considero con VIDAL MARTÍNEZ que los vínculos biológicos que aquí existen son inherentes, de modo que se impone como obligado corolario la misma inherencia del vínculo materno y paterno filial²¹⁴³, lo que se traduce en una función familiar que aquí consiste en la responsabilidad pública a que se contraen los artículos 110 y 111 CC cuando no existe función personal. Tal función habría de ser seguida públicamente al modo del seguimiento de la tutela sin claudicar función y finalmente “propiedad” o destino del embrión a favor del centro reproductivo. Y quedando pendiente todavía el derecho del embrión de ser llevado a la vida, respecto del cual habría de plantearse cómo ponderarlo con la libertad reproductiva de los adultos genitores que planifican por su propio interés y deseo la criocongelación o el anidamiento.

La LTRHA convierte a este negocio familiar necesitado de *conditio iuris* garantista en una mera relación clientelar y en un contrato de servicios por precio entre adoptantes y centro médico. La gratuidad de lo que llama la LTRHA donación de embrión *ex* 11.6 y la elevación de cualquier precio a falta grave, (art. 26.2.6ª, ni siquiera muy grave, por tanto), es ingenua ante la posibilidad de repercutir gastos y dado que se les está entregando la “*materia prima*” para su negocio; quizás ello no signifique sino que no podrá utilizarse en la factura mercantil expresamente el concepto “precio del embrión humano”. Una medida simplemente higiénica habría sido prohibir que el mismo centro que recibe la custodia pudiera también ofrecerlo en adopción a sus propios clientes.

²¹⁴³ VIDAL MARTÍNEZ, J., *Derechos inherentes en la reproducción asistida*, *op. cit.*, pg. 278 y *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*, en *Revista General de Derecho*, número 600, Valencia - 1994, pp. 9523 – 9533, en concreto pg. 9531.

CAPÍTULO X).- INTERNORMATIVIDAD CONYUGAL.-²¹⁴⁴

1).- CONTRADICCIÓN GESTALTUNGSFREIHEIT - DERECHO DE FAMILIA.-

Es una técnica específica del Derecho de Familia asegurar los bienes e intereses iusfundamentales individuales y los bienes, intereses y funciones públicas allí comprometidos no sólo privando a los ciudadanos de la *Gestaltungsfreiheit*, (de modo que sólo quede para el art. 10 CE el puro surgimiento o no del negocio familiar, *Abschlussfreiheit*), sino también sujetando el otorgamiento del propio negocio a formas

²¹⁴⁴ ASÚA GONZÁLEZ, C.I., *op. cit.*, CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil español, común y foral ...* Tomo V, vol. 2º, décima edición, *op. cit.*; DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*; DIEZ PICAZO, L., *Familia y Derecho*, ed. Civitas Madrid - 1984; DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*; DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil, vol. IV, tomo 1, Derecho de Familia*, 10ª edición, editorial Tecnos, Madrid - 2006; ESPEJO LERDO DE TEJADA, M., *Matrimonio legal...*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *La crisis de la sexualidad...*, *op. cit.*; GARCÍA CANTERO, G., *Qué queda del vigente...*, *op. cit.*, *Sobre el llamado "matrimonio homosexual"*, *op. cit.*; LALANA DEL CASTILLO, C., *La pensión por desequilibrio económico en caso de separación o divorcio*, *op. cit.*; LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual...*, *op. cit.*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevas formas de familia: la respuesta legal*, *op. cit.*, y *A cada uno su familia, a cada familia su derecho*, *op. cit.*; MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil, IV, Derecho de Familia...*, *op. cit.*; *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *op. cit.*; MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *Eficacia de los acuerdos en el seno...*, *op. cit.*, PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*; RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, *op. cit.*; ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, *op. cit.* y *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, *op. cit.*; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Reflexiones sobre el Derecho...*, *op. cit.*

estatales, (ceremonia autorizada, proceso jurisdiccional), que aseguren que no puedan existir ni siquiera como vía de hecho. No obstante, doctrina y jurisprudencia plantean todavía la posibilidad específica de un ámbito para la *Gestaltungsfreiheit* en sede familiar, lo que arroja gran confusión y contradicciones.

Estas contradicciones son señaladas por ROCA TRÍAS, que abre la cuestión precisamente en forma polémica: “El ejercicio del derecho a la autorregulación de los intereses privados está de acuerdo con el clásico principio de “libertad civil”, ahora ya consolidado en el art. 11-6 del Código Civil de Catalunya, (CCC). Sin embargo... todas las normas que regulan la familia... tienen una notable característica de imperatividad que hace difícil esta huida hacia la privatización del control de su cumplimiento”.²¹⁴⁵ No obstante, concluye ROCA TRÍAS sobre pactos interconyugales que “no es necesaria la homologación judicial para su validez puesto que precisamente la discusión sobre su validez se plantea por defecto de homologación”, lo que es, a mi juicio, tautológico además de contradictorio con la posición inicial.²¹⁴⁶ Y, aunque esta autora manifiesta la continuidad histórica del principio de libertad civil catalán²¹⁴⁷, refiere también cómo la doctrina no deja de oponer, simultáneamente, la heteronomía sustancial en sede familiar.²¹⁴⁸

Esta imperatividad honra a la vez los Derechos fundamentales específica e intensamente comprometidos en la sede familiar y el valor y necesidad funcional pública

²¹⁴⁵ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit., pg. 2108.

²¹⁴⁶ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg. 2128.

²¹⁴⁷ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pp. 2110 - 2112.

²¹⁴⁸ GARRIDO MELERO, M., *Derecho de familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones estables de Pareja de Catalunya y su correlación con el Código Civil*, ed. Marcial Pons, Madrid - 1999, pg. 48; LÓPEZ BURNIOL, J.J., *Comentari del art. 15*, en EGEA FERNÁNDEZ /FERRER RIBA, (directors), *Comentaris al Codi de Família a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'ajuda mutua*, (art. 15), ed. Tecnos, Madrid, pp. 152 - 161, en concreto pg. 156.

que encierra este instituto. DÍEZ PICAZO refiere así el aspecto organizativo, (constitución, estructura), y la faceta coonestadora de derechos y deberes, (composición de intereses), que radica en la realidad familiar y que se traduce en una realidad normativa, siquiera esta imperatividad, dice este autor, se desdibuje por la reticencia que muestran muchas veces los familiares para ejercer sus derechos *ex lege* ante tribunales²¹⁴⁹, así como por los normales pactos y transacciones entre los miembros de las familias²¹⁵⁰.

En el mismo sentido CABRILLO señala cómo el matrimonio se halla tan fuertemente regulado que restringe el ámbito de la libertad de las partes y cómo ello ocurre por razones de eficiencia y por razones de equidad²¹⁵¹ y EEKELAR aprecia en la familia las siguientes funciones públicas: 1) preventiva, (protección a sus miembros), 2) función de ajuste, (asistencia a sus miembros en la ruptura), y 3) función de apoyo, (para obtener el éxito de la unidad familiar).²¹⁵²

La misma contradicción se aprecia en relación a pactos sobre el ejercicio de la patria potestad. Así PARRA LUCÁN comienza señalando que los principios constitucionales de igualdad ante la Ley, (14, 39.2 CE), libre investigación de paternidad, (39.2 CE), el deber de asistencia de los padres y el principio de protección integral del menor, (39.3 CE), restringen el ámbito de la autonomía de la voluntad cuando se trata de la protección del menor, porque todos los acuerdos serán revisables desde el punto de vista de su protección. Pero, inmediatamente refiere que “no llega a excluirse la voluntad... y la evolución... apunta precisamente a un aumento de la posibilidad de pactos, de acuerdos entre los progenitores, tal y como resulta de la legislación sobre custodia compartida”.

²¹⁴⁹ DIEZ PICAZO, L., *Familia y Derecho*, ed. Civitas Madrid - 1984, pg. 33.

²¹⁵⁰ DIEZ PICAZO, L., *ibidem*, pg. 36.

²¹⁵¹ CABRILLO, F., *Matrimonio, familia y economía*, ed. Minerva Ediciones, Madrid - 1996, pg. 86.

²¹⁵² EEKELAR, J., *Family Law and Social Policy*, 2ª ed., ed. Weinfield and Nicholson, London - 1984, pp. 24 - 26.

Incluso esta autora refiere que “No se ve la razón por la que la crisis que afecta a la relación de los padres deba judicializar todo el Derecho de menores cuando los padres son capaces de alcanzar un acuerdo, ni tampoco para desconfiar de que el adoptado no será beneficioso para sus hijos”.²¹⁵³ No obstante, la custodia compartida aludida antes por PARRA LUCÁN resulta una de las excepciones más poderosas a cualquier tipo de acuerdo entre cónyuges o coprogenitores, dado que cabe en Derecho aragonés, (y está proyectado en el común), su establecimiento por el Juez aun cuando no haya sido solicitada.²¹⁵⁴

1.1).- Contradicción legal.- No puede juzgarse sino contradictorio que el artículo 90 CC señale que el juez “debe” denegar la aprobación cuando sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, (aun sin existir hijos), y que, consecuentemente el art. 777.6 LEC obligue al juzgador a pronunciarse sobre el convenio regulador a tal efecto, en tanto, por el contrario, doctrina y jurisprudencia admitan la validez y eficacia de convenios y pactos no homologados judicialmente y extendidos privadamente entre las partes. Rematando la contradicción, ROCA TRÍAS señala que, si bien los art. 76, 77 y 78 del Codi de Família, (hoy 233-3 CCC), no preveían tal control expresando sin más que el Juez “debe” aprobar el convenio, considera esta autora que sigue rigiendo el art. 777.6 LEC que obligará al Juez a pronunciarse expresamente sobre el convenio, esto es, a efectuar algún tipo de control interconyugal e imponerse sobre las partes si estima que concurre perjuicio.²¹⁵⁵

Aquí hay una contradicción permanente: se afirma la autonomía y el convenio para sacarlos *from* “*the shadow of the law*” con una reprivatización de la familia²¹⁵⁶ o

²¹⁵³ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 158.

²¹⁵⁴ PARRA LUCÁN, M.A.,..., *ibídem*, pg. 107.

²¹⁵⁵ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis, op. cit.*, pg. 2115.

²¹⁵⁶ DEWAR, J., *Family Law and its discontents*, International Journal of Law, Policy and Family, número 14, 2000, ed. Oxford University Press, pp. 59 - 85, en concreto pg. 75.

notarialización de la vida familiar²¹⁵⁷, pero en cuanto se ha afirmado esto se señala inmediatamente que ello sólo dentro de los límites de la ley, del equilibrio entre los pactos privados, la protección de los intereses y las funciones que aquí concurren, balance que siempre resulta difícil de apreciar y conseguir y sobre el que se pretende, además, una desjudicialización.²¹⁵⁸

Examínese en este sentido cómo ROCA TRÍAS 1) señala cómo aun cuando se ha considerado el convenio regulador como una de las manifestaciones de la autonomía privada que deriva del principio de igualdad y del pluralismo social²¹⁵⁹; 2) añade que “siempre me ha parecido que esto era más especulativo que cierto”²¹⁶⁰; 3) refiere que el conjunto de los artículos 777 LEC, 90 CC y 78 CF instrumentan en Derecho común y catalán el mismo control para cónyuges e hijos 4) y por todo ello convoca los principios de igualdad y no perjuicio interconyugal como limitantes de la libertad de pacto y justificantes de la intervención del Juez concluyendo: “y más si se tiene en cuenta que la situación personal y familiar que provoca la conclusión del convenio no es la mejor de las posibles”.²¹⁶¹ Comenzamos así por la libertad civil y terminamos en el control judicial y a veces encontramos la operativa inversa sin que sepamos muy bien cuál haya de ser aquí la clave si es que existe alguna.

²¹⁵⁷ GARRIDO MELERO, M., *op. cit.*, pg. 48.

²¹⁵⁸ PARKMAN, A.M., *Good intentions Gone Awry: None-Fault Divorce and the American Family*, Rowman&Littlefield Publishers Inc., Boston - 2000, pg. 196.

²¹⁵⁹ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, *op. cit.*, pg. 2119.

²¹⁶⁰ ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pg. 2119.

²¹⁶¹ ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pg. 2120.

Lo cierto es que es deseable para buena parte de la doctrina, (PARRA LUCÁN²¹⁶², RAMS ALBESA²¹⁶³, VALPUESTA FERNÁNDEZ²¹⁶⁴), un incremento de la autonomía de la voluntad, e incluso para la jurisprudencia.

Respecto de esta última PARRA LUCÁN refiere cómo se manifiesta rebelde o *contra legem* y manifiesta: “En el sistema del Código Civil se permite al Juez denegar la aprobación de los acuerdos dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Los tribunales, sin embargo, no hacen uso de esta segunda posibilidad y frecuentemente se argumenta en el sentido de que, a pesar del tenor literal de la norma, el juez sólo debe verificar que el acuerdo no perjudica el interés de los hijos menores.”²¹⁶⁵ Advierte PARRA LUCÁN que este argumento no se utiliza para decir que un juez, pese a apreciar tal grave perjuicio, debiera aprobar el convenio, sino para defender la validez de acuerdos no sometidos a aprobación judicial cuando no afectan a menores²¹⁶⁶. Ello introduce otro de los problemas y fuentes de contradicción en esta materia, la utilización de argumentaciones a contrario y sobre silencios que tanto pueden interpretarse en un sentido como en otro. Que no existan menores o intereses de menores no ofrece ninguna fuerza lógica ni es silogismo para afirmar que el pacto no sea gravemente perjudicial para una de las partes conyugales.

²¹⁶² PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op.cit.*, pg. 115.

²¹⁶³ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, ed. Dykinson, S.L., Madrid - 2009, pp. 74 y ss.

²¹⁶⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pg. 84.

²¹⁶⁵ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 201.

²¹⁶⁶ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pg. 201.

Pero, en todo caso, estas preferencias por el pacto han de estimarse, a mi juicio, *desiderátum* o *de lege ferenda* debiendo notarse que estas intenciones y pretensiones no dejan de introducir confusión y tensión en la materia.

2).- DELIMITACIÓN DE MATERIAS.-

Conviene recordar cómo bajo una denominación muy amplia y poco útil de negocio familiar pueden comprenderse lo que no son sino negocios patrimoniales entre cónyuges o parientes, (sociedad entre los esposos A y B para regentar un restaurante, W encarga un cuadro a su hijo R, artista de 15 años de edad, etc.) Aproximándonos más hacia el núcleo de funcionalidad familiar un pacto capitular sobre REM o una liquidación de bienes comunes puede tener tal derivada componiendo un negocio patrimonial mixto según DÍEZ PICAZO²¹⁶⁷, y si tales negocios no son puntuales sino generales u omnicomprendivos seguramente podrán determinar que se activen no sólo consideraciones funcionales sino también iusfundamentales, (equidad, igualdad sustancial, dignidad personal), pese a su objeto patrimonial.

Por otra parte, en lo personal existe un principio de dignidad e igualdad sustancial que tiene también derivadas patrimoniales, (compensación del desequilibrio económico *ex matrimonii* por ser indigno que uno corra con los riesgos de las elecciones personales *ex* 10 CE de otra persona), y derivadas puramente personales, así como todo un magma de cuestiones interconyugales y atinentes a los hijos, comunes o no, y a otros miembros familiares de la convivencia.

Muchas de las sentencias que se recogerán luego se refieren sólo a un ámbito económico y patrimonial donde no rigen normas imperativas ni existe comprometido

²¹⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 91.

interés de los hijos ni grave perjuicio de los cónyuges, con lo que están señalando a un negocio que, estrictamente, no habría de merecer calificación de negocio familiar por la sola condición de esposos de sus otorgantes. En este sentido, ROCA TRÍAS²¹⁶⁸ cita diversas SSTs que se refieren siempre a que el convenio tenga lugar sobre materias disponibles, sin que pudiera alcanzar validez ninguna sobre las indisponibles, (27 de Enero de 1998, 21 de Diciembre de 1998, 15 de Febrero de 2002), lo que supone que de inicio la jurisdicción ha realizado un enjuiciamiento que considera ausentes cuestiones iusfundamentales y funcionales públicas en el asunto pues, de existir éstas, en ningún modo existiría materia disponible. Y, a mi juicio, si existe materia disponible no estamos en una sede verdaderamente familiar sino patrimonial o personal, (en este último ámbito con los límites a la renuncia y disposición de Derechos fundamentales que se señalaron anteriormente).

2.1).- Verticalidad y horizontal delimitadoras.- ROCA TRÍAS distingue entre relaciones verticales, (progenitores con hijos), reguladas por normas absolutamente imperativas²¹⁶⁹ y relaciones horizontales entre cónyuges, adultos libres y capaces, en las que, sin embargo, señala que “el principio de libertad civil sólo tiene una aplicación limitada, porque la forma de constitución del grupo familiar, sea matrimonial o no matrimonial, está totalmente tasada y debe seguir las reglas establecidas legalmente y las consecuencias de la constitución no pueden tampoco eliminarse. Se admite el pacto, eso sí, pero de forma muy limitada a la determinación del régimen económico matrimonial; ni tan sólo les es permitido a los cónyuges excluir la existencia de régimen.”²¹⁷⁰ ANGUITA VILLANUEVA critica esta distinción por ser excesivamente generalista²¹⁷¹.

²¹⁶⁸ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit., pp. 2125 - 2128

²¹⁶⁹ ROCA TRÍAS, E., *ibídem.*, pg. 2113.

²¹⁷⁰ ROCA TRÍAS, E., *ibídem.*, pg. 2114.

Pero, a mi juicio, ocurre que esta distinción no es exacta. No hay relaciones verticales y horizontales entre personas, éstas son siempre de individuo a individuo y como tales iguales, no empoderadas y horizontales. Si la relación personal del padre/madre con los hijos se aprecia como vertical es sólo porque sobre ella se yuxtapone y sobrepone en esquema triangular, (hacia el vértice superior del contrato social), dos lados o relaciones: 1) una relación vertical del padre/madre con el contrato social que le nombra delegado difuso suyo para el cumplimiento de una función familiar y que le dota en tal calidad de un poder que no es suyo ni privado sino público y delegado; y 2) una relación vertical del hijo con el contrato social que crea sobre éste una sumisión a ciertas normas públicas y a determinadas personas empoderadas públicamente, todo lo cual se constituye en su propia protección, privándole de su autorrepresentatividad jurídica e insertándole en una función tuitiva constrictiva incluso de su libertad. Verticalidad, imperatividad y naturaleza pública van unidas porque poder y sumisión sólo se explican como naturalezas públicas y sólo se legitiman por su carácter funcional tuitivo ajustado a la situación del menor, a su progresivo desarrollo y a las necesidades del contrato social.

Del mismo modo en las relaciones de persona a persona interconyugales, pese a ser horizontales, pueden percutir normas prescriptivas universales y jurídicas verticales a través de la doctrina de los Derechos fundamentales. Esta verticalidad es también triangular y no supone nada distinto de lo que ocurre entre cualesquiera personas que no sean cónyuges ni convivientes afectivos. No obstante, la funcionalidad convivencial y la misma realidad humana de la convivencia afectiva colocan en riesgo ciertos Derechos fundamentales de las personas cuando son cónyuges entre sí de un modo mucho más intenso y concreto que en cualquier otro papel en la vida, lo que afecta a igualdad

²¹⁷¹ ANGUITA VILLANUEVA, L.M., en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la voluntad...*, op. cit., pg. 315.

sustancial, equidad y dignidad personal cuando menos. Ello además de un modo conocido para el poder público por cuanto la ceremonia es un acto estatal presidido por funcionario.

Se convocarán así perturbaciones y percusiones verticales desde el valor público y universal de los Derechos fundamentales y, dada su tipicidad, frecuencia y conocimiento, el contrato social establece una privación general de la *Gestaltungsfreiheit* en el negocio personal matrimonial y una permanente excitación de la posibilidad vertical, (crítica o control judicial sobre la internormatividad conyugal).

Pero percusiones verticales imperativas sobre el matrimonio no nacen tan sólo de la doctrina iusfundamental, sino que también 1) las funciones familiares que pueden activarse interconyugalmente en ausencia de hijos, (dependencias interconyugales), 2) las que se pueden considerar activadas sin dependencia, (solidaridad y apoyo mutuo en descargo social), y 3) las preventivamente activadas en orden a la prole, determinan asimismo privación de *Gestaltungsfreiheit* y permanente excitación de percusión vertical ahora por razón funcional y no de dignidad humanitaria.

En lo demás, donde no concurre riesgo específico de dignidad humana ni necesidad funcional, los cónyuges no encontrarán más verticalidad que cualesquiera otros privados en sus mismas relaciones horizontales. De ahí que señale ROCA TRÍAS que la libertad civil en el ámbito familiar afectará básicamente a los mayores de edad en sus relaciones patrimoniales.²¹⁷²

Pero con ello no ha separado relaciones horizontales y verticales sino el conocido ámbito patrimonial que está prevaciado de cuestión iusfundamental y donde la idea funcional impone 1) que exista juego y el máximo juego posible para la productividad y circulación de riqueza y fines individuales egoístas y 2) que rijan para ello el principio de

²¹⁷² ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit., pg. 2116.

Ello también resulta de la STS de 31 de Marzo de 2011, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 272).

consentimiento formal y conmutatividad por satisfactoriedad subjetiva acreedora, (cada uno define y defiende su derecho como quiere puesto que existen objetos privados, titularidades individuales y derechos subjetivos perfectos).

3).- NEGOCIOS PATRIMONIAL, PERSONAL Y FAMILIAR COMO

DISTINCIÓN.-

ROCA TRÍAS distingue con base en la STS de 22 de Abril de 1997 tres tipos de negocios conyugales: 1) el convenio, en principio y abstracto, como negocio jurídico de Derecho de familia; 2) el convenio regulador aprobado judicialmente e integrado en la resolución judicial con toda la eficacia procesal que ello conlleva, y 3) el convenio que no ha llegado a ser aprobado judicialmente y que tiene toda la eficacia correspondiente a un negocio jurídico, tanto más si contiene una parte ajena al contenido mínimo que prevé el art. 90 CC.²¹⁷³

No obstante, aquí lo único que hay es una apreciación de la inexistencia de ejecutividad procesal que tiene el negocio jurídico *per se*, (cualquier negocio), pues un negocio ejecutivo por sí mismo supondría poder privado y sumisión de persona a persona, así como un carácter de mera mandataria para la jurisdicción, violando el derecho de tutela jurisdiccional *ex* 24 CE; así ningún negocio es ejecutivo por sí mismo sino por razón del título que lo contenga o declare, (art. 517 LEC), lo que supone una sentencia judicial, (satisfacción del 24 CE), y los títulos ejecutivos organizados y calculados para que puedan tomar tal efecto sin ofender al 24 CE y en ponderación de ciertos bienes e intereses del contrato social, (circulación del crédito, promoción de la mediación, etc.) Del negocio, (o mejor de la sustancia negocial, como luego se dirá), depende la naturaleza de la ejecución

²¹⁷³ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit., pg. 2116.

pero no la ejecutividad, que debe referirse al propio título ejecutivo como tal, (y no negocio). Ninguna otra sustancialidad resulta de la afirmación anterior de ROCA TRÍAS la cual es sólo descriptiva de efectos o fenómenos, (distintas eficacias).

3.1).- Naturalezas, estados y eficacias de un convenio entre cónyuges.- Por sustancia o materia puede existir entre cónyuges un contrato patrimonial, un contrato patrimonial que es funcionalmente relevante para la protección de Derechos fundamentales específicamente excitados en sede conyugal y para las funciones familiares, (negocios patrimoniales mixtos²¹⁷⁴), un convenio personal sin relevancia funcional familiar, un convenio personal con relevancia funcional familiar, (p.e. concreción de las funciones públicas entre codelegados o entre éstos y sus dependientes), o con relevancia para los Derechos fundamentales especialmente excitados en sede familiar, (dignidad interconyugal o afectación a la vida de los menores de aquella concreción).

Resulta de todo lo defendido hasta aquí en la presente tesis que negocios jurídicos familiares son sólo los negocios jurídicos percutidos por 1) funcionalidad pública y 2) protección específica y más dramática de concretos Derechos fundamentales típica y más intensamente concernidos en la sede familiar. Contratos patrimoniales son todos aquellos prevaciados de cuestiones iusfundamentales, (alejamiento de la persona en sí misma

²¹⁷⁴ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción. Teoría del Contrato*, 6ª edición, *op. cit.*, pg. 91. PARRA LUCÁN considera que el régimen económico matrimonial primario no forma parte hoy del orden público matrimonial, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 163). No obstante, a mi juicio existe un aspecto funcional y familiar en los capítulos matrimoniales, de modo que si no requieren aprobación judicial es porque la autonomía opera eligiendo tipos legales precalibrados que no puede desvirtuar, esto es, sin que pueda construirse, en mi opinión, un régimen completamente atípico o excluir todo régimen. “Se admite el pacto, eso sí, pero de forma muy limitada a la determinación del régimen económico matrimonial; ni tan sólo les es permitido a los cónyuges excluir la existencia de régimen.” (ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, *op. cit.*, pg. 2114).

considerada), y de funciones y primacías de apropiación pública, ello en orden a construir el juego automático de objetos, (prestaciones), y sujetos no personales, (patrimonio personal), que antes señalé. Y negocios personales son todos los demás.

El negocio patrimonial percutido por función pública familiar debe estimarse que es ya él mismo, (como negocio base), más personal que patrimonial pues aun cuando se refiera a objetos materiales, (régimen matrimonial y su disolución p.e.), la función es interpersonal en una sede crítica, lo que sujeta a este negocio patrimonial a las intensidades iusfundamentales propias del negocio personal, (igualdad sustantiva y dignidad humana en las relaciones económicas entre los cónyuges). Es sólo la percusión de otros bienes e intereses constitucionales, (seguridad jurídica, seguridad del tráfico, buena fe), lo que no permite la reversibilidad propia de aquellos negocios personales sin destruir las apariencias o las posibles afecciones de terceros dislocando la eficacia interna y externa del mismo.

Esta percusión funcional que deriva en personal manifiesta que no es posible un prevaciado que eluda aquí a las personas en sí mismas consideradas, y nos sitúa constante y típicamente fuera de la zona de automatismo lógico mecánico del Derecho patrimonial privado, en el que ello sólo ocurre de modo puntual, preestablecido y contrajuego, (inembargabilidad, deudores hipotecarios). En el negocio patrimonial mixto, por el contrario, ello ocurre genética y esencialmente y es a favor de la función misma, del juego público que intenta el contrato social con estos negocios, pues esas percusiones verticales definen a este propio juego en cuanto familiar. No se prevacía una zona de tales cuestiones, (como en la sede patrimonial), sino que se expulsa de esta sede funcional a la capacidad normativa singular de la autonomía de la voluntad, (*Gestaltungsfreiheit*).

La noción de convenio no debe, por tanto, considerarse como una naturaleza negocial en sí misma sino más bien como un vehículo o un continente de posibles negocios jurídicos que pueden tener una misma naturaleza o participar de las tres señaladas. Un convenio que reúne un conjunto de pactos resultará las más de las veces que yuxtapone

negocios patrimoniales, personales y propiamente familiares, sin que el vehículo o continente que es el convenio califique a los negocios que contiene ni viceversa.

Por validez encontraremos 1) convenios nulos en cuanto afecten y lesionen los Derechos fundamentales especialmente comprometidos y las funciones públicas activadas en la sede familiar y 2) convenios válidos, de modo que la cuestión de validez sustancial depende decisivamente de que el negocio tenga naturaleza patrimonial, (prevaciada de ambas cuestiones), personal, (sin problemas funcionales), o familiar, (con todas las heridas abiertas).

Por eficacia encontraremos 1) contratos patrimoniales que, de intento, prevén su ejecución específica y es posible siempre en forma satisfactoria o plenamente equivalente, 2) negocios personales inejecutables específicamente y 3) negocios jurídicos familiares ejecutables específicamente por su propia naturaleza, (la función debe cumplirse sí o sí), constriñendo conductas personales y que pueden alcanzar incluso una protección penal, (artículos 223 - 233 CP).

3.1.1.- La ejecutividad superior del negocio familiar.- El negocio jurídico patrimonial sólo tiene ejecución específica forzosa, (sin colaboración voluntaria del ejecutado), en cuanto consista en una pura detracción patrimonial, lo que ocurrirá siempre que 1) la prestación a ejecutar consista en un dar, (701 y ss. LEC, como señalé antes), 2) cuando cualquier otra prestación de hacer pueda ser cumplida a costa del deudor, al que se impondrá el coste como detracción, (art. 706 LEC), o 3) cuando el hacer pueda ser suplido por el Juez, (708 LEC). En los demás casos existirá una traducción de las prestaciones a dinero, (equivalencia plena), por cuanto, aunque la ejecución civil *ex conventione* no permite constreñir ni forzar conductas personales, (art. 709 LEC), los objetos patrimoniales, (sean cosas o prestaciones), sólo son tenidos en cuenta en el juego como valores materiales. A lo máximo que se llega aquí es a imponer multas coercitivas,

(artículos 709 - 711 LEC), que son otra detracción patrimonial aunque sólo para animar al ejecutado a que cumpla lo declarado judicialmente.

En el negocio personal ya expuse como la única regla posible es la inejecutividad específica y cómo para estos negocios la juridicidad consecuencial por abuso, coste de oportunidad o daño injusto no permite una equivalencia ni una traducción verdaderamente ajustada: el *pretium doloris* es lo único que cabe, como dije, pero es sólo un paliativo.²¹⁷⁵

Por su parte el negocio familiar posee verdadera ejecutividad específica y da lugar genética e inexorablemente a posibles constricciones personal y a la coacción de conductas personales que no son sólo detracciones patrimoniales, o los mínimos forzamientos para arrebatar una suma dineraria o una cosa patrimonial que tolera la ejecución del negocio patrimonial, sino que pueden llegar incluso a la aplicación de medidas penales, (artículos 223 -233 CP).

Estas distinciones no son cuestión de título ejecutivo, (puede ser tal título una sentencia para una detracción patrimonial o una constricción personal o una escritura sólo para cantidad o cosa valuable en dinero y superior a 300 Euros, art. 520 LEC), sino de naturaleza del negocio a ejecutar, (de su sustancia), esto es, debe separarse el título ejecutivo de la naturaleza de la ejecución jurisdiccional. Una sentencia es, así, título ejecutivo para cualquier naturaleza de la ejecución, sea una ejecución satisfactoria o transformadora, específica o equivalente, conducente a una detracción dineraria o patrimonial o a una constricción personal directa. Tales naturalezas no resultan del valor ejecutivo de la sentencia como título, (que no cambia en ningún caso), sino del valor sustancial del derecho, de la obligación y del deber comprendidos en el objeto del proceso declarativo.

²¹⁷⁵ LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *ibidem*, pg. 128 y pp. 84 - 87.

Una sentencia declarativa es siempre título ejecutivo, (art. 517 LEC), pero, por el contrario, un negocio jurídico nunca es ejecutivo por sí mismo sino por razón del título que lo contenga o declare, (escritura pública o póliza en los términos del 520 LEC, sentencia, etc.). La ejecutividad del negocio jurídico depende de que éste se vea revestido de título ejecutivo, pero la naturaleza de la ejecución que resultará del título depende la sustancia negocial del mismo, pudiendo ser satisfactoria o equivalente de acuerdo con el diseño de la prestación y la colaboración final del ejecutado. No obstante, ello tiene una excepción en el negocio jurídico familiar porque en el mismo se ha producido una yuxtaposición de una verticalidad pública que absorbe y sublima al negocio personal subyacente de modo que, a la vez que lo eleva a jurídico familiar, muta y cauteriza su naturaleza convencional y horizontal. De este modo el negocio jurídico familiar emana una naturaleza ejecutiva *in natura* y absoluta incluso constriñendo conductas personales para adecuarlas al plan público familiar y lleva aherrojado en su mismo surgimiento el título de su ejecución, (acta matrimonial, resolución judicial aprobando la adopción, resolución judicial aprobando pactos o convenios conyugales). Sólo en la sede de la LTRHA se ha producido una dimisión del legislador respecto de este esquema garantista para los Derechos fundamentales y las funciones públicas.

En este punto PARRA LUCÁN señala que “El principio de la autonomía de la voluntad permite crear reglas de conducta”, y ello es cierto, pero tal principio, como señala DE CASTRO Y BRAVO²¹⁷⁶, no permite imponerlas, sino que el modo en que haya de ocurrir tal imposición es un diseño de jurisdicción ejecutiva que pertenece a la comunidad por sus propios intereses y motivos y que, cuando existe una naturaleza *ex conventione*, tiene las imposibilidades referidas.²¹⁷⁷

²¹⁷⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 12 - 13.

²¹⁷⁷ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 117.

Refiere también PARRA LUCÁN, a propósito de aprobación judicial de convenios conyugales: “lo relevante es el consentimiento, la aprobación del juez no hace perder al acuerdo su carácter negocial, aunque, sin duda le atribuye una mayor eficacia, pues al contar con un título judicial se puede lograr la ejecución de lo acordado. Lo acordado es válido y vincula a las partes”²¹⁷⁸. Pero con ello se refiere tan sólo a un título ejecutivo con base en un negocio y, por tanto a una ejecución *ex conventione* que tiene una naturaleza como ejecución jurisdiccional que no alcanza a constreñir conductas individuales. Que el título ejecutivo que es una resolución judicial sancionadora de un convenio regulador, un plan de parentalidad o un pacto de relaciones familiares tenga siempre ejecución específica *in natura* y constriñendo conductas personales, (incluso con medidas penales), señala una mutación en la naturaleza de la ejecución jurisdiccional que debe corresponder a una misma metamorfosis en la naturaleza de la sustancia objeto de la misma.

El fundamento de esta *super* ejecutividad del negocio familiar sólo puede encontrarse en la percusión pública y funcional que concurre elevando al negocio personal recaído sobre una materia fácticamente familiar a una condición vertical como negocio jurídico familiar, esto es, en aquello en lo que el negocio jurídico familiar no es ya negocio sino hecho, especie, vida y función familiar, tomando naturaleza absoluta por los deberes públicos nacidos de su surgimiento, un *plus* que convierte a un negocio patrimonial o personal en familiar y que cauteriza la sustancia negocial y voluntaria haciendo nacer un hecho familiar que se regirá por normas no negociales sino públicas e imperativas. La madre que actúa a su favor la prisión por impago de pensión convenida y aprobada no ejecuta *ex conventione*, el padre que consigue forzar el alejamiento de la madre en su turno convenido de custodia o que le sean retirados los hijos a la misma cuando no cumplió con su devolución pactada no actúa un convenio *ad hoc* ni exhibe fuerza convencional.

²¹⁷⁸ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pp. 125 - 126.

Es aquí la propia función familiar pública la que se impone por sí misma en todos esos supuestos, (aunque su diseño en el ejercicio concreto haya resultado, como hecho, de un pacto o convenio aprobado judicialmente), y es tal función la que, como especie pública y vertical, actúa sumisiones y apropiaciones directas de conductas personales que se fuerzan inmediatamente sobre las personas en sí mismas consideradas, tanto sobre los co-delegados públicos para constreñirlos al plan funcional familiar como, en su caso, sobre los propios hijos o sobre terceras personas que la perturben, (carácter absoluto).

Lo que hizo la voluntad, (*Abschlussfreiheit*), al crear la filiación adoptiva o *ex TRHA ex voluntate* es tan sólo proporcionar a la norma jurídica de determinación de los co-delegados el supuesto de hecho para activar las funciones familiares y oficios públicos consecuentes. Y, por su parte, lo que hace la voluntad cuando los co-delegados establecen pactos para implementar y concretar el ejercicio y desarrollo día a día del guión férreo e imperativo de la función pública familiar es: 1) constituir negocios jurídicos personales entre ellos, (*Gestaltungsfreiheit* sólo como negocios personales y sin valor normativo específico por su reversibilidad), de modo que, de acuerdo con tal naturaleza personal, sólo son eficaces mientras voluntariamente se respetan y jurídicamente sólo alcanzan *per se*, (como tales negocios personales), una juridicidad consecuencial, (daño injusto, abuso o mala fe en su consecución o en su incumplimiento, reversión o revocación); y 2) proporcionar al contrato social la propuesta de un plan familiar concreto *ad cassum* o de una solución familiar particular para determinada encrucijada coyuntural en el ejercicio de la íntegra y constante función familiar, proposición que sólo se eleva de propuesta a plan familiar públicamente aceptado, (incorporado como función familiar con ejecución específica de conductas personales incluso penal), mediante la aprobación judicial.

3.1.2).- Imposibilidad de super ejecutividad *ex conventione*.- Este efecto de constricción personal conductual específica e incluso penal no puede obtenerse de ningún modo por un principio negocial de consentimiento formal, ni siquiera aunque estén

presentes dos adultos libres y capaces sin situación de necesidad ni vicio del consentimiento.

Y esto debe ser subrayado porque la falta de apreciación del origen público de la fuerza ejecutiva del negocio jurídico familiar crea una suerte de fascinación hacia la energía convencional que, a mi juicio, lleva a ROCA TRÍAS a contradecirse pues en una misma página²¹⁷⁹: 1) primero advierte que “animar a los cónyuges a este tipo de negociación, aduciendo una pretendida protección de la autonomía de la voluntad, puede provocar desigualdades, con el consiguiente perjuicio de las partes”²¹⁸⁰, (contra autonomía, por tanto); 2) añade que “No puede deducirse de lo anterior que esté aquí propugnando que no puede existir autonomía en las relaciones familiares. Esa sería una conclusión perversa; la mayoría de las veces la protección necesaria que comporta la intervención judicial no impide el ejercicio de la autonomía, sino sólo pretende evitar la arbitrariedad”²¹⁸¹, (a favor de autonomía); 3) a continuación restringe su ámbito: “lo que se ha venido en llamar libertad civil en el ámbito familiar afectará básicamente a los mayores de edad y en sus relaciones patrimoniales”²¹⁸²; 4) inmediatamente recuerda la posición contra autonomía: “La cuestión de la autonomía de la voluntad radica en el peligro que comporta la desigual participación de los cónyuges o de los convivientes en el desarrollo de la vida en común”²¹⁸³; 5) y finalmente anuda el argumento del consentimiento formal y fuerza convencional que, en sí, es ilimitado e ilimitable, señalando que el “papel de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares... que implican la presencia de personas sin capacidad suficiente, como son los menores, está prácticamente excluida, ya que las

²¹⁷⁹ ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas, op. cit.*, pg. 67.

²¹⁸⁰ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg. 67.

²¹⁸¹ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg. 67.

²¹⁸² ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg. 67.

²¹⁸³ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg. 67.

funciones tuitivas son absolutamente necesarias...”²¹⁸⁴, por lo que, a contrario, cuando no existen menores e interconyugalmente, se anuda el triunfo del consentimiento formal: “hay que partir siempre de la base de que las partes de los pactos matrimoniales son mayores de edad y tienen la misma capacidad de negociación”²¹⁸⁵.

RAMS ALBESA considera sin duda que el negocio familiar tiene fuerza convencional *per se*, pero ello entiendo que es porque este autor posee una noción de “matrimonio no familia”, sin oficios públicos interconyugales y donde sólo existe, por tanto, un negocio meramente personal que no puede ser elevado nunca a familiar porque no es familiar. Eliminada la derivada funcional, en el aspecto personal no aprecia tampoco sustancia suficiente como para aplicar al negocio personal más restricciones, imposiciones o controles que a cualquier otro negocio personal o patrimonial que puede percutir igualmente sobre Derechos fundamentales, (aunque sí demanda más instrucción de los otorgantes señalándoles sus posibilidades de conformar su contenido²¹⁸⁶). Por ello se abona al principio de consentimiento formal del negocio patrimonial al “entender que los acuerdos son válidos en cuanto sean conformes con la voluntad expresada de las partes y para ello no es preciso que resulten concordantes con la visión personal del juez...”²¹⁸⁷. De ahí también sus propuestas de solucionar el divorcio extrajudicialmente con una mera notificación de los acuerdos al Ministerio Fiscal si existieran menores²¹⁸⁸ o de señalar que el matrimonio no es una institución para la transferencia patrimonial entre cónyuges.²¹⁸⁹

²¹⁸⁴ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg. 67.

²¹⁸⁵ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg. 67.

²¹⁸⁶ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, *op. cit.*, pg. 76.

²¹⁸⁷ RAMS ALBESA, J.J., *ibidem*, pg. 80.

²¹⁸⁸ RAMS ALBESA, J.J., *ibidem*, pg. 115.

²¹⁸⁹ RAMS ALBESA, J.J., *ibidem*, pg. 115.

Ahora bien, con esta concepción no habría este autor de dar a estos negocios personales o patrimoniales no familiares ninguna otra naturaleza para su ejecución que no sea la propia *ex conventione*, (sin constricción personal ninguna).

PARRA LUCÁN parte, sin embargo, de una distinción previa entre materia disponible y materia imperativa: “en ausencia de norma imperativa, todo lo que no sea contrario a los principios y valores constitucionales es materia disponible y si es materia disponible puede ser objeto de pacto por los interesados”.²¹⁹⁰ De este modo, aquello disponible se regiría por el principio del consentimiento formal.

No obstante, en sede familiar el prevaciado iusfundamental que existe en lo patrimonial no se produce como en aquel ámbito para dejar una zona libre para juego automático, lógico mecánico y formalista consensual, sino que la zona señalada como centro y lugar de existencia y contacto de Derechos fundamentales es precisamente el ámbito mismo del Derecho de familia, donde éste es preciso y donde se organizan las funciones públicas familiares. En el negocio patrimonial este prevaciado señala una zona de dispositividad para la *Gestaltungsfreiheit* que es lo que estrictamente llamaríamos Derecho privado en su acepción tradicional; en el negocio familiar ese prevaciado no es tal sino que constituye la propia definición del Derecho de familia y del juego familiar, lo que es reserva y protección y produce la exclusión de la *Gestaltungsfreiheit*, una idea inversa.

En cualquier caso, si nos hallamos en zona dispositiva y sede de consentimiento formal, el diseño de la ejecución *ex conventione* tiene establecida la intangibilidad de las conductas personales como ponderación de Derechos fundamentales, bienes e intereses constitucionales efectuada *ad hoc* por el contrato social, (DE CASTRO Y BRAVO²¹⁹¹), y es preciso que lo convencional se convierta en absoluto y no *singularis* para que alcance ejecutividad directa en todo caso, *per se*, (interés público directo, inmediato como plan y

²¹⁹⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 159.

²¹⁹¹ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, op. cit., pp. 12 - 13.

función pública frente al interés indirecto o en general que recae en este o aquel contrato no por sí mismos sino por la necesidad abstracta de que los contratos, en general, sean cumplidos). En este sentido el derecho real puede nacer del negocio traslativo pero cuando surge como tal ya no es negocio, crédito, deuda ni obligación sino otra cosa, (señorío privado), otra cosa que bebe desde la soberanía pública su poder y su especificidad ejecutiva sobre conductas *erga omnes* y no desde el contrato traslativo; también sucede ello 1) con los derechos absolutos que son los Derechos fundamentales desde su prescriptividad universal con deberes omnidireccionales públicos y privados y 2) con todos los derechos, deberes y funciones públicas.

De esta forma, para que el contenido de un convenio funcional, (sea un completo convenio regulador o un pacto puntual con relevancia funcional), pueda manifestar un interés familiar y no un mero interés personal mutando de negocio personal sobre materia familiar, (como era el reconocimiento-voluntad), a negocio familiar, es precisa la sanción del contrato social a través del Juez, (aprobación).

3.1.3).- Heteronomía y autonomía en Derecho de familia.- El juego de la dispositividad y de la dicotomía autonomía/heteronomía tiene lugar en una forma distinta en la sede familiar. En este ámbito existen también, (como en Derecho patrimonial), necesidades, bienes e intereses públicos que requieren inteligencias de Derecho público indirecto que convoquen la creatividad y libertad humana. Ello tiene lugar no sólo mediante la *Abschlussfreiheit*, (que crea determinados hechos familiares *ex negotii*), sino también al convocar el contrato social a esta autonomía para la producción de reglas y comportamientos en lugares donde la heteronomía le resultará estéril e improductiva, circunstancia que se produce en la implementación concreta y detallada del ejercicio *ad cassum* de la función familiar generalmente diseñada en particular para cada familia y para cada persona concernida en las posiciones de padre, madre o hijos. Ello supone una *Gestaltungsfreiheit* pero con un sentido diferente de la que reina en el Derecho patrimonial.

No es posible que la función familiar general y abstracta ordenada *ex lege* sea desarrollada *in concreto* por dos co-delegados necesarios, (con más mano común que solidaridad entre ellos), sin que pacten y negocien *ad cassum*. Tampoco es posible que estos co-delegados la ejerzan permanentemente mediante imposiciones a los dependientes de ellos, (familia democrática²¹⁹²), pues un ejercicio absoluto de poder haría estallar la convivencia familiar y destruiría la propia función pública. Así, se aprecia una sustancia negocial necesaria y, con ella, la necesidad de pactar autónomamente normas de comportamiento.

Señala ROCA TRÍAS que el coste de la autonomía familiar puede ser elevado²¹⁹³, pero, ciertamente, el coste de asumir el contrato social el señalamiento de un plan concreto, diario y detallado para cada familia y para hijo de familia y de detectar cuándo es preciso tal plan, cuándo su modificación o cuándo su adaptación a nuevas circunstancias, sí que sería verdaderamente insostenible. Es por ello que el contrato social convoca aquí nuevamente a la libertad civil, (cuando ya la *Abschlussfreiheit* hizo nacer un hecho familiar), para que las funciones familiares con sus guiones férreos pero generales sean adaptadas en su ejercicio concreto por la creatividad y autonomía de las personas mediante negocios.

Estos negocios serán sólo personales porque esta convocatoria no significa haberles cedido la titularidad de la función ni de la definición de la misma, de modo que no tienen valor como negocio familiar en cuanto su plan o solución no sea sancionado por el propio contrato social como no desviado del guión general, esto es, inocuo iusfundamentalmente y funcional públicamente. Ello no supone una verdadera *Gestaltungsfreiheit* en sede familiar porque carece de eficacia normativa *singularis* familiar: si se juzga un valor normativo o autonormativo esta intervención voluntaria de los codelegados sólo puede valorarse 1)

²¹⁹² ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, op. cit., pg. 70

²¹⁹³ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit. pg. 2114.

como negocio personal con su especial juridicidad consecencial por daño injusto pero sin ejecutividad específica y 2) como negocio familiar sólo constituye una mera propuesta, aunque funcione de hecho: si surgiera contradicción entre los co-delegados o entre éstos y los dependientes otorgantes del pacto se vería que no existe valor específico normativo *ex conventione* y que ninguna coerción de conducta personal surgirá sin que el Juez decida si la implementación concreta propuesta en tal caso particular corresponde o no al guión general público de la función.

Esta cooperación de la autonomía de los comprendidos en la función pública familiar proponiendo concreciones y desarrollos puntuales de los esquemas generales imperativos es ahorrativa para el contrato social y supone que, en tanto no exista controversia, el contrato social no se excitará para comprobar si el plan personalizado es un plan públicamente aceptable.

Por el contrario si existe desacuerdo entre los codelegados, si se suscita cuestión por alguno de los dependientes o si existe una crisis familiar, (que es una situación especial de riesgo al alterarse estructuralmente la funcionalidad familiar que había venido funcionando hasta entonces²¹⁹⁴), el contrato social comprende que ha de actuar él mismo imponiendo la intervención jurisdiccional para 1) decidir ante el desacuerdo puntual entre codelegados y dependiente cuál es la solución que señala la función general familiar en ese punto; 2) decidir cuál es el plan familiar inocuo iusfundamentalmente y funcionalmente público para la crisis general y definitiva de esa familia; y 3) ante la crisis general aprovechar todavía el contrato social la autonomía de los concernidos por la función familiar y excitar, considerar y consagrar, en su caso, la propuesta que le hagan los implicados para adoptar e implementar en concreto tal función a la nueva situación. De este modo, con esta última inteligencia el contrato social está presente en este momento

²¹⁹⁴ En contra PARRA LUCÁN no considera sustancialmente distinta la situación pre y *post* crisis, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 158).

trascendente pero sigue utilizando a su favor la libertad y creatividad de los cónyuges permitiendo que le hagan, (mediante un negocio personal entre ellos), una propuesta que él mismo aprobará si contiene un plan inocuo y funcional, (elevándolo a negocio familiar).

Un convenio sobre separación o divorcio no judicializado será siendo un plan personal²¹⁹⁵, una propuesta no elevada al contrato social para su conversión en plan efectivamente familiar con valor público. Como negocio extrajudicial meramente personal no tendrá ejecutividad específica *in natura* ni merecerá protección penal al constituir un proyecto horizontal entre iguales personas sin percusión de verticalidad ni absolutividad ninguna. Así el art. 224 CP se refiere al “régimen de custodia establecido por autoridad judicial o administrativa”, el art. 225 bis 2º CP a la “retención incumpliendo gravemente el deber establecido por resolución judicial o administrativa”, y el art. 227 CP, (prestación en favor de cónyuge o hijos), exige para una consecuencia penal del impago que la prestación se establezca por convenio judicialmente aprobado o resolución judicial²¹⁹⁶.

Un pacto no judicializado contempla un empate entre el derecho del padre a la crianza y el mismo derecho de la madre a ella, entre el derecho del padre a ejercer su co-delegación pública y el mismo derecho de la madre, empate que no puede resolverse desde la horizontalidad del convenio cuando cae en controversia, (exclusión en esta sede de la libertad de perder mi libertad). Representa una propuesta que no se ha dirigido todavía a quien puede convertirla en especie pública familiar y que, por ello, no participa de la

²¹⁹⁵ El mismo valor sólo personal tendrán los pactos atípicos que refiere ROCA TRÍAS como convenios entre cónyuges que no tienen ni tendrán nunca la categoría de convenios reguladores, los que no se presentan a homologación ni se homologan, un proyecto de convenio, un convenio para regir la separación de hecho o que permanece oculto para no explicitar sus estados económicos y patrimoniales, etc. (ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit., pg. 2121).

²¹⁹⁶ BRAGE CENDÓN, S., *El delito de impago de pensiones, (art. 244 CP)*, en Revista Xurídica Galega, número 36, ed. Asociación Revista Xurídica Galega, Pontevedra - 2002, pp. 13 - 26, en concreto pg. 16.

naturaleza ni efectos de estas especies quedándose en el mero negocio personal que es. Tal es, a mi juicio, el papel y sentido de la dispositividad y *Gestaltungsfreiheit* en este ámbito concreto del Derecho de familia.

3.1.4).- Opciones legislativas.- Respecto de un convenio interconyugal el contrato social podría haber optado por: 1) considerar que no hay función familiar, como señala RAMS ALBESA²¹⁹⁷ o señalar y separar el ámbito dispositivo donde no se afecta tal función, (PARRA LUCÁN²¹⁹⁸), afirmando entonces con tales extensiones un principio de consentimiento formal entre cónyuges adultos, libres y capaces que aniquila toda idea de aprobación judicial.

2) Considerar que existe función familiar pero que todo negocio entre co-delegados o entre éstos y sus dependientes es automáticamente el mejor plan público familiar posible por haberse hallado unánimemente, de modo que tendrá ejecución *in natura* y protección penal en su caso *ex conventione*; con tal inteligencia el juez “debe” (art. 233-3 CCC) aprobar el convenio regulador y el juez “debe” estar y pasar por todo pacto o convenio extrajudicial pues lo que consigue ser aprobado unánimemente se considera *ipso facto* el mejor plan público familiar; así la aprobación es un puro requisito formal que sólo sirve, como señala PARRA LUCÁN²¹⁹⁹, para obtener un título ejecutivo. Este título podría obtenerse de otras formas, (sin Juez de familia), puesto que la naturaleza de la ejecución como familiar, (específica, sobre la persona misma), sería inherente al propio convenio en cuanto fue unánimemente convenido. Señala, (en cuanto a alternativas para lograr título

²¹⁹⁷ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, ed. Dykinson, S.L., Madrid - 2009, pg. 76.

²¹⁹⁸ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 159.

²¹⁹⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pg. 246.

ejecutivo), PARRA LUCÁN algunas de las que se intentaron a propósito de pactos en las uniones no matrimoniales, (demanda e inmediata transacción, acto de conciliación).²²⁰⁰

Sin embargo, ello no es, a mi juicio, posible. Se consagra aquí como público y familiar cualquier plan unánimemente acordado. En tal caso, si se pretende una ejecución ostentado el título ejecutivo que sea, ello es porque ya no existe tal acuerdo coincidente y se prevé la necesidad de imponer aquel acuerdo. Pero, en tal caso, ya no sabemos si el plan acordado es el mejor plan posible porque la fuerza o la convicción que teníamos sólo nacía de la unanimidad de los codelegados para concretar la función general familiar a sus propias circunstancias. No hay forma de saber quién tiene razón ahora y si detecta mejor el interés familiar el que pretende estar y pasar por el convenio o el que quiere modificarlo.

Es el problema del consentimiento formal, que sólo contiene el ejercicio de mi libertad de perder mi libertad y nada más y que remite al problema de decisionismo y de la imposibilidad de construir nada sustantivo sobre la pura libertad individual. Ésta es la razón por la que sólo funciona en sede patrimonial, porque allí los objetos y sujetos están prevaciados consecuidamente de cuestiones iusfundamentales y público funcionales, de modo que sujetar a alguien a su previa y comprometida voluntad jurídico patrimonial declarada frente a otro no le compromete como persona y no excita otros valores del completo paquete de la dignidad humana que no sea la sola libertad ni compromete a funciones públicas: puede funcionar como puro juego técnico y automático.

Ello no es posible fuera de la sede patrimonial y nos lleva en la familiar a esta paradoja: el convenio interconyugal considerado funcional por consentimiento formal sólo puede considerarse eficaz en tanto sea voluntariamente cumplido; en caso de desacuerdo o controversia ninguno de los cónyuges firmantes está en mejor posición para señalar cuál sea el interés familiar, la funcionalidad o disfuncionalidad pública o la ausencia de lesión

²²⁰⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pg. 356.

fundamental o perjuicio para el recíproco co-delegado y para los dependientes que sean en su caso concernidos. Es precisa la intervención de un tercero superior a los dos otorgantes, (vertical), y de un tercero que no puede limitarse a dar *pláacet* al convenio por el solo hecho de haberse producido un día, sino que habrá de decidir sustancialmente reconsiderándolo todo. Ello devuelve las naturalezas a las propias del negocio personal en espera de que la jurisdicción sancione, (o no), al plan convenido como plan familiar, dotándole de valor público, (vertical y absoluto). De este modo cualquier controversia posterior no tiene lugar entre actores empatados sino entre dos personas igualmente sometidas verticalmente a aquel plan familiar y quien esté en desacuerdo habrá de acudir al Juez para modificarlo.

3) Otra posibilidad es que el contrato social tenga un equipo de sociólogos, asistentes sociales, educadores, etc., de modo que esté en permanente contacto con cada familia existente y señale siempre y absolutamente, cotidiana y constantemente, un plan familiar concreto para cada familia y para cada hijo. Como dije, ello sería más caro que introducir un principio de autonomía, (como propuesta y cooperación y no como verdadera *Gestaltungsfreiheit*), en el ejercicio y detalle concreto de las funciones familiares.

4) Finalmente, y es lo que ocurre a mi juicio entre nosotros, el contrato social convoca a los codelegados para que autónoma y creativamente le ofrezcan un plan personalizado para sus situaciones y coyunturas y, en cuanto tal plan sea inocuo iusfundamentalmente y funcionalmente público, exime al Juez de considerar si es óptimo o si existen otros mejores a su consideración, de modo que lo sancionará elevándolo a público y familiar en favor del pluralismo y diversidad. No sólo ello sino que intentará firmemente que las partes le ofrezcan tal propuesta sin suplantarlas, de modo que a todo rechazo judicial no sigue una imposición de éste sino otra propuesta reformada de los codelegados, (art. 777.4 LEC); sólo si no existe propuesta o si no son capaces de llegar a formular ninguna aprobable tendrá el Juez competencia para señalar él mismo un contenido que considere óptimo. Ello con la sola excepción de la custodia compartida, que en

Aragón puede establecerse por el Juez aunque no se haya solicitado por ninguno de los padres/madres²²⁰¹, y que intenta extender al Derecho común el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación o divorcio, (aprobado por el Gobierno en Julio de 2013.)²²⁰²

La *Gestaltungsfreiheit* que resulta aquí procede de una cooperación en la función pública que no tiene valor normativo *singularis* como en Derecho patrimonial sino que se limita a perfilar tal función en su ejercicio concreto efectuando una mera propuesta a la autoridad judicial, siendo ésta la que proporciona energía vertical y pública para convertir ese plan en plan familiar ejecutable específica y absolutamente *in natura* y con protección penal.

PARRA LUCÁN refiere la STS de 25 de Junio de 1987 en la que el TS “dando por supuesto que es necesaria la aprobación judicial añade que, una vez declarado válido el pacto, ya existe la aprobación judicial que requiere el art. 103 CC. El acuerdo, entonces, según esta sentencia, no sería eficaz por sí mismo, sino como acuerdo respaldado por la fuerza que le añadiría la sentencia, como si fuera una medida no alcanzada convencionalmente sino fijada por el juez, pero cuyo contenido sería el fijado por las partes”.²²⁰³ Entiendo que puede verse aquí como se trata de que el juez compruebe que el plan autónomo de las partes puede ser un plan público familiar, esto es, de excitar la autonomía pero una autonomía convertida a mera propuesta, máximamente contenida y condicionada en su eficacia como familiar, (como sucedía en otros negocios familiares), para que no pueda existir nunca un plan jurídico familiar sin el control judicial.

²²⁰¹ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem.*, pg. 390.

²²⁰² *vide El CGPJ rechaza la custodia compartida si no la piden los padres*, La Vanguardia, 17, de Septiembre de 2013, pg. 28.

²²⁰³ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 245.

Ello corresponde también a la confianza del contrato social en el amor familiar, considerando que en esta sede la vía de hecho que supone la vida de pactos funcionales y de convenios extrajudiciales, (con valor de meros negocios personales en tanto sean voluntariamente cumplidos sin controversia), no es fuente de anomalías y fraudes como en Derecho patrimonial sino una propia necesidad en esta sede. Esta confianza en el amor familiar es una apuesta y un presupuesto en las opciones que luego juridifica el contrato social, pero no es ella misma una creación jurídica sino un *factum, prius* o, como digo, apuesta. Jurídicamente existe sólo una función general y abstracta delegada sobre ciertos privados y la necesidad de aprobación judicial para que un negocio personal y un plan personal sobre materia familiar sean verdaderamente y jurídicamente familiares.

Queda entre medio lo que haya de ser el ejercicio fáctico, concreto y cotidiano de esta función en cuanto no haya desacuerdo entre los co-delegados o controversia con los dependientes, incluso formulando todos ellos un estatuto o plan para regir esa concreción de la función general con valor de negocio personal. El legislador sólo se interesa expresamente por estos planes y estatutos cuando existe vida separada, (art. 77 CDF, art. 236-11 CCC), estableciendo necesidades o posibilidades de aprobación judicial. En la zona intermedia y con vida conjunta el contrato social apuesta por solucionar las apariencias para terceros, (71 CDFA, 236-9 y 11 CCC), y confiar intrafamiliarmente en el amor, siendo cierto que la mayor parte de las relaciones familiares se resuelven en tal sede fáctica y personal, (recuérdese la reticencia a ejercer sus derechos ante los Tribunales que detectaba DÍEZ PICAZO en la sede familiar).²²⁰⁴

3.1.5).- Voluntas subiecta materia.- Se refiere esta expresión a la exigencia de que los convenios contengan todo el contenido mínimo que señala el art. 90 CC y equivalentes autonómicos. El contrato social quiere recibir, si es posible, una propuesta personalizada y

²²⁰⁴ DIEZ PICAZO, L., *Familia y Derecho*, ed. Civitas Madrid - 1984, pg. 33.

tal propuesta no será funcional sino tiene un armazón y una estructura determinada. Eso es lo que fija el contenido mínimo del convenio regulador, el esquema arquitectónico mínimo necesario para que un negocio personal que contiene un plan personal para una familia pueda ser inicialmente funcional. Por eso se convoca la voluntad de los co-delegados no en vacío sino para rellenar una serie de campos o puntos, (sea cual sea su contenido y significado), puesto que si no existen todos ellos puede apreciarse de principio y por esta sola razón que no habrá funcionalidad integral. Existiendo esta posibilidad inicial de funcionalidad integral por arquitectura será preciso, además, comprobar la inocuidad iusfundamental y la funcionalidad sustancial y efectiva del plan personal para que el contrato social considere si puede elevarlo a plan público familiar.

Como señala ROCA TRÍAS esta *voluntad subiecta materia*²²⁰⁵ supone que “los cónyuges pueden regular como crean más conveniente el contenido necesario establecido... pero no pueden dejar de pactar sobre aquello que está previsto, si se dan las circunstancias que requieren el pacto”²²⁰⁶. Ello supone una dispositividad *ad hoc* muy distinta de la que rige en Derecho patrimonial y que obedece a la idea expuesta de excitar la cooperación necesaria de los co-delegados en la concreción de la función pública general de modo que efectúen negocios personales que, aunque son meras propuestas que el Juez no está obligado a aceptar si las considera inhábiles para las funciones comprometidas, el contrato social quiere recibir en la medida de lo posible en descargo propio y por la confianza, (que es presupuesto y apuesta pero no regla jurídica), en el amor familiar y en la aptitud negocial de las personas humanas. De este modo la función del Juez no es imponer el plan que él mismo encuentre óptimo para la familia sino que deberá aprobar el

²²⁰⁵ LÓPEZ LÓPEZ, A., *Comentario al artículo 90*, en LACRUZ BERDEJO, J.L., (coordinador), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, 2ª edición, ed. Civitas, Madrid - 1994, pp. 969 -990, en concreto pg. 971.

²²⁰⁶ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, *op. cit.*, pg. 2120.

propuesto, (como propuesta y no como convenio), en cuanto sea uno de los varios posibles como inocuos iusfundamentalmente y mínimamente funcionales.

3.1.6.- Dualidad personal/familiar en la jurisprudencia.- ROCA TRÍAS cita la STS de 26 de Enero de 1993, que señala que “la aprobación judicial del convenio regulador no despoja a éste del carácter de negocio jurídico que tiene, como manifestación del modo de autorregulación de sus intereses queridos por las partes”.²²⁰⁷ En efecto, la aprobación judicial no despoja al convenio regulador de su carácter de negocio jurídico personal sino que lo eleva a negocio jurídico familiar al sancionar el plan personal allí contenido como plan público familiar inocuo iusfundamentalmente y públicamente funcional.

Ello comporta ejecución específica *in natura* y protección penal por el valor vertical, absoluto e imperativo que ha tomado, absorbiendo y sublimando el convenio personal *singularis* inicial o de base. Es sólo la intervención garantista del Juez, (garantista para dignidad humana y para funcionalidad pública), la que convierte ese plan personal *ex* 10 CE en un plan funcional público, en un negocio jurídico familiar, (que como personal no podía afectar sino a sus otorgantes y sin especificidad ejecutiva), que no será ya *res inter alios acta* para los hijos que no lo firmaron: la verticalidad pública del mismo le otorga eficacia absoluta como especie familiar.

Esta sublimación aparece en la siguiente cita de ROCA TRÍAS sobre STS de 7 de Abril de 1994: “el hecho de que el juez tenga en cuenta para decidir el acuerdo entre las partes es solución razonable que asume el órgano judicial como propia... y no se diga que hubo transacción puesto que no tiene los caracteres de la transacción la decisión sobre la materia que afecta a los hijos, que debe ser resuelta siempre pensando en el bien de los menores y con intervención del MF”.²²⁰⁸ Esa “asunción como propia” señala el valor especial de la dispositividad en sede de función familiar.

²²⁰⁷ ROCA TRÍAS, E., *ibidem.*, pg. 2120.

²²⁰⁸ ROCA TRÍAS, E., *ibidem.*, pp. 2122 - 2123.

ROCA TRÍAS señala también la STS de 22 de Abril de 1997²²⁰⁹ que declaró que puede existir un convenio conyugal que no sea el convenio regulador del art. 90 CC, y que será “válido y eficaz como tal acuerdo, como negocio jurídico bilateral aceptado, firmado y reconocido por ambas partes”... “no hay obstáculo a su validez como negocio jurídico en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez”; y dice ROCA TRÍAS que “el hecho de que no hubiera sido homologado por el Juez sólo le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal como negocio jurídico”²²¹⁰.

Pero, añado yo, no pierde la eficacia procesal propia del negocio personal, (y su inejecutabilidad específica), pero en ningún caso gana la del negocio familiar, (específica e incluso con protección penal). Todavía ROCA TRÍAS concluye que “En consecuencia las partes deben cumplir el negocio jurídico según el principio de la autonomía de la voluntad que proclama el 1255 CC”²²¹¹. Es cierto que deben hacerlo pero no lo es menos que esta deuda de cumplimiento *ex* 1255 CC no vincula a la jurisdicción más allá del diseño que el contrato social ha efectuado en los artículos 701 a 712 LEC, (como es su potestad y señala DE CASTRO Y BRAVO²²¹²), diseño que no comprende ejecución específica que fuerce personalmente conductas y haceres *ex conventione*.

Refiere ROCA TRÍAS que el TS declaró también en la anterior sentencia “que se trataba de un negocio jurídico de familia”²²¹³ y que el TS insiste en calificar a estos negocios como negocios jurídicos de derecho de familia, (STS de 15 de Febrero de 2002), pero, como reitero, concurre allí más exactamente un negocio personal sobre materia

²²⁰⁹ ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pg. 2124.

²²¹⁰ ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pg. 2124.

²²¹¹ ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pg. 2125.

²²¹² DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pp. 12 - 13.

²²¹³ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis, op. cit.*, pg. 2124.

fáctica familiar, pero que no es verdadero negocio jurídico familiar, pues, para ser considerado como tal y tener su valor y naturaleza ejecutiva debe superar una segunda eugénesis específicamente establecida en forma de control judicial.

Esta segunda eugénesis existe también en la adopción o en el matrimonio y no se ha querido establecer en la TRHA. Pero en estos negocios familiares no se produce la disociación entre lo personal y lo familiar que ocurre en los negocios entre delegados y dependientes porque se ha asegurado máximamente, como dije, que no pueda existir allí nunca negocio personal que no sea a la vez familiar. No hay en tales negocios una vida negocial personal como vía de hecho tolerada con tal carácter en la realidad familiar, sino que es imposible que la adopción no exista sino como adopción o el matrimonio como matrimonio. Ello no ocurre en la emancipación porque es un negocio extintivo tras el cual no queda realidad familiar y sucede en adopción y matrimonio por ser éstos negocios personales creadores de un hecho y una realidad familiar que el contrato social ha emparejado aherrojadamente.

Pero la internormatividad conyugal y paterno/materna no es un negocio personal creador de un hecho familiar sino que constituye negocios personales que se aplican sobre hechos familiares ya creados y existentes. Por ello aquí cabe esta disociación entre 1) el negocio personal y la vida negocial derivada del mismo sobre aquella realidad familiar preexistente y 2) el valor público familiar que este negocio pueda recibir desde la jurisdicción para convertirse en un verdadero negocio jurídico familiar que atraiga y proponga un plan público familiar con todo el valor jurídico propio del Derecho de familia. Es por esta razón que existe una zona intermedia donde un pacto o convenio puede tener valor personal pero no jurídico familiar, aunque funcione de hecho, (hasta la controversia, desacuerdo o crisis), como familiar o afectando a la realidad familiar por la apuesta del contrato social a favor del amor humano.

4).- LA TIPICIDAD DEL NEGOCIO FAMILIAR.-

Señala ROCA TRÍAS que “hasta ahora una de las características que se predicaban de los negocios jurídicos de derecho de familia era la tipicidad” y señala cómo el TS admite la existencia de negocios familiares atípicos²²¹⁴. Pero aquí hay que separar otra vez los planos personal y familiar. En el negocio personal base del negocio familiar la atipicidad es absoluta y no podría existir otra cosa en esta sede. En el plano funcional familiar los intereses y bienes públicos en juego y los Derechos fundamentales comprometidos no admiten ninguna atipicidad: las funciones deben ser realizadas en la forma señalada por el contrato social como contenido funcional mínimo y los Derechos fundamentales deben ser respetados en la forma que señala la moral social de mínimos o de encuentro. Ninguna atipicidad que lesione estos valores puede ser admitida pues supondrá disparidad.

Cosa distinta es, como reitero, que el ejercicio concreto de la función en una situación particular admita distintas formas plurales de obtener el resultado funcional y los bienes e intereses públicos en juego, lo que constituye una noción de pluralismo y diversidad. Es inevitable la implementación *ad cassum* del guión férreo público para su ejercicio concreto y ello no puede realizarse sino mediante convenio y cooperación cuando existen dos co-delegados, (padre y madre), y requiere igualmente convenio cuando los dependientes protegidos van desarrollando su personalidad. Ello tanto porque incorporan entonces también progresivamente su libre desarrollo personal, (10 CE), a la función familiar de respeto de sus Derechos fundamentales, como porque no es posible ejercer la autoridad o potestad familiar de un modo absoluta y continuamente imperativo y castigador.

²²¹⁴ ROCA TRÍAS, E., *ibidem*, pg. 2122.

Toda propuesta, unilateral o convenida, de plan familiar es un negocio personal unilateral o bilateral que puede ser tan atípico como se quiera pero que, para su elevación a plan público familiar será constreñido al filtro judicial de las tipicidades que la inocuidad para los Derechos fundamentales y la aptitud para las funcionalidades públicas exigen. Este filtro no conduce a un resultado único sino que convoca a la libertad y creatividad humana en el convenio regulador bajo la noción de *voluntas subiecta materia* y no exigiendo al negocio personal de proposición de un plan familiar al Juez que sea el óptimo o preferible a juicio de éste sino, tan sólo, uno de los posibles inocuos y funcionales.

4.1).- El pacto de delegación o distribución como negocio típico.- ROCA TRÍAS señalaba como negocio jurídico familiar típico el art. 129 CF sobre pacto para la delegación del ejercicio de la potestad al otro progenitor cuando se produzca una situación de vida separada²²¹⁵. Hoy contamos con el pacto de distribución de funciones *ex* 236-9 CCC, (mediante poderes cuyo subyacente es un negocio personal sobre el modo de ejercicio de esta potestad), y el mismo pacto de delegación en caso de vida separada en el art. 236-11 CCC.

La tipicidad que alega ROCA TRÍAS no significa que el negocio jurídico personal de base, (la sustancialidad de la función familiar que resulte), esté ya presancionada *ex lege* y de forma genérica, cualquiera que sea, como inocua para Derechos fundamentales y funcional con total generalidad: la sanción legal sólo puede referirse a la técnica formal de distribución o apoderamiento no al contenido sustancial de la misma. En cuanto a éste no existe un valor jurídico familiar presancionado y cualquier pacto extrajudicial sigue teniendo valor meramente personal. De acuerdo con esta naturaleza el CCC declara esencialmente revocables estos poderes y distribuciones lo que no es sólo revocación del poder sino mutación, (también con valor meramente personal), del plan fáctico familiar establecido mediante negocio personal.

²²¹⁵ ROCA TRÍAS E., *ibídem*, pg. 2129.

El requisito de escritura pública es garantía de terceros en cuanto que el ejercicio de la guarda y custodia es cuestión que crea apariencias y responsabilidades. La exigencia de notificación notarial para la revocación tanto atiende a estos terceros como constituye también un protocolo para la ruptura indemne del pacto y para calificar la antijuridicidad de cualquier otro comportamiento que no la observe.

El artículo 236-11 prevé la posibilidad de que estos pactos sean llevados al Juez para su aprobación en cuyo caso 1) habrán tomado naturaleza jurídica pública familiar y 2) tomando naturaleza familiar no será congruente la esencial revocabilidad proclamada para los mismos cuando eran meramente personales, (revocación con notificación notarial), por lo que el 236-11-3 CCC declara que no existe tal posibilidad cuando fueron aprobados judicialmente. Ello no se establece para los poderes *ex* 236-9 CC con lo que el CCC se abona a la idea de que sin crisis y actuando de consuno sólo le cabe excitarse frente al desacuerdo puntual entre co-delegados o entre éstos y los dependientes o cuando se llega ya a una situación de privación de patria potestad; el resto del tiempo el contrato social confía, por el amor humano, en que la función *de facto* practicada sea inocua y funcional.²²¹⁶

En lo demás el sistema es idéntico en el 236-9 y 236-11 CCC. Debe diferenciarse la eficacia jurídico familiar de estos pactos y la eficacia respecto de terceros. Esta última no es un plan público ni un plan público familiar sino una cuestión de trascendencia y apariencia para relaciones externas a la familia y a la función familiar que se desarrolla entre delegados o co-delegados y dependientes, por lo que para la misma lo decisivo es la

²²¹⁶ En este sentido PARRA LUCÁN: “Cuando no hay crisis de pareja...se consideran válidos los acuerdos de los padres para distribuir entre ellos funciones de guarda; si no existe conflicto tales acuerdos no precisan de autorización judicial. No se ve la razón por la que la crisis que afecta a la relación de los padres deba judicializar todo el Derecho de menores cuando los padres son capaces de alcanzar un acuerdo, ni tampoco para desconfiar de que el adoptado no será beneficioso para sus hijos”, (PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 158).

noción de publicidad. Ésta se alcanza con escritura pública y no requiere aprobación judicial; no obstante si se obtiene tal aprobación judicial en el caso de vida separada se entiende igualmente satisfecha la exigencia publicitaria, (236-11-3 CCC).

En Aragón el art. 71 CDFA considera eficaces frente a terceros los pactos escriturados públicamente entre co-delegados sobre el modo de ejercer la autoridad familiar si viven juntos. No obstante el art. 71.2 CDFA introduce un problema: el tercero de buena fe. La escritura o el proceso jurisdiccional son públicos pero no tienen valor publicitario, no son clandestinos u ocultos pero no colocan en mala fe conocimiento a aquéllos a quienes no haya sido exhibida la escritura o la resolución judicial, y ello ocurre igualmente para el Derecho catalán aunque no se refiera a este tercero de buena fe. Por su parte el art. 77.4 CDFA no distingue en el supuesto de vida separada de los co-delegados entre eficacia para terceros y eficacia jurídico familiar y exige de plano la aprobación judicial oído el Ministerio Fiscal, lo que subraya y critica PARRA LUCÁN.²²¹⁷

Este esquema puede servir de modelo para cualesquiera negocios personales atípicos que sobre materia y vida fáctica familiar, (como mero hecho u objeto), concluyan delegados, co-delegados y dependientes entre sí.

5).- REQUISITOS DE VALIDEZ DEL NEGOCIO FAMILIAR.-

EGEA FERNÁNDEZ señala como condiciones de validez, (desde la doctrina de los Derechos fundamentales y de las funciones públicas), la libre elección, información y racionalidad, el abuso de situación de poder, la protección de hijos y del cónyuge débil, los intereses del Estado en preservar la función señalizadora del contrato matrimonial y la

²²¹⁷ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 389.

nulidad de renuncia a derechos no nacidos.²²¹⁸ ROCA TRÍAS añade no afectar al estado civil ni al interés de los hijos²²¹⁹.

Por su parte CARRASCO PERERA habla más bien de límites a la autonomía de la voluntad convencional matrimonial y señala tres: 1) daño a los hijos, 2) discriminación entre los cónyuges, 3) grave perjuicio para uno de los cónyuges. Señala este autor que “Es difícil en qué medida la segunda y la tercera condición son distintas”²²²⁰, por lo que ANGUITA VILLANUEVA las reduce al perjuicio de hijos o del recíproco.²²²¹

A mi juicio resulta difícil intentar preestablecer unos requisitos de validez al modo en que se predicen en el Derecho patrimonial, que es lo que intenta la doctrina. Allí existía un prevaciamiento típico, pues estábamos definiendo núcleos esenciales de Derechos fundamentales, primacías de apropiabilidad pública y objetos privados, lo que, con mayor o menor dificultad, es un reto asumible. El problema en sede familiar es que domina la idea funcional y, además, de una funcionalidad adaptada al caso concreto de esta familia para este o estos cónyuges, hijo o hijos, y con valor superior de pluralismo, de modo que el casuismo judicial, (en su caso sujeto a la propuesta de los concernidos), es inevitable.

Por ello finalmente ROCA TRÍAS dice que es finalmente el ámbito económico donde mejor se proyecta la autonomía pero, todavía aquí, reconoce que “algunos aspectos patrimoniales tampoco pueden ser objeto de determinados pactos, por tratarse de normas de orden público”²²²². Así cita la responsabilidad por deudas domésticas, presunción de

²²¹⁸ EGEA FERNÁNDEZ, J., *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, en *Estudios en Homenaje al prof. DIEZ PICAZO, Tomo III*, ed. Thomson Civitas, Madrid - 2003 4551 - 4574 en concreto pg. 4559.

²²¹⁹ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit., pg. 2129.

²²²⁰ CARRASCO PERERA, A., *Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos*, editorial Dillex, 2006, pg. 52.

²²²¹ ANGUITA VILLANUEVA, L.M., en *Autonomía de la voluntad...*, op. cit., pg. 316.

²²²² ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit., pg. 2130.

donaciones en los casos de quiebra o concurso del cónyuge donante, prohibición de pactar sobre la disposición de la vivienda familiar o la necesidad del consentimiento del cónyuge no titular²²²³. No obstante, recordando las contradicciones que existen en esta materia, VALPUESTA FERNÁNDEZ señala en relación con la protección de la vivienda familiar la conveniencia de “aligerar la protección de la vivienda familiar”²²²⁴ en tanto PARRA LUCÁN señala que “cada vez se defiende con más fuerza la idea de que el precepto [1320 CC] es dispositivo” y recuerda que no existe tal protección en Baleares, sancionado esto último por STSJ de Baleares de 3 de Septiembre de 1998.²²²⁵

Han de añadirse a los requisitos sustantivos, (iusfundamentales y funcionales familiares), otro adicional de funcionalidad ejecutiva procesal. Que el contrato social sancione un plan personal como plan familiar público supone que la jurisdicción asume que, en su caso, tendrá que ejecutarlo específicamente *in natura*. Recordamos aquí como señalaba DE CASTRO que “si se solicita la intervención resolutive del Estado, con el despliegue de todas sus fuerzas, (jueces, funcionarios de la administración, agentes ejecutivos, policía), dicha intervención habrá de tener su propia justificación y ésta habrá de ser valorada desde el punto de vista de la comunidad, (criterio del bien común).”²²²⁶

Por ello, la jurisdicción habrá de asegurarse que aquello que acoge como plan público familiar sea luego algo posible de ejecutar por ella misma, so pena de caer en una antitética y decepcionante imposibilidad de ejecutar algo que es esencial poder ejecutar, (puesto que el plan público familiar debe ser y encarnarse sí o sí), y que se aprobó judicialmente precisamente para poder conseguir tal efecto en su caso como especie familiar. En este sentido, en la práctica fiscales y jueces consideran como un requisito más

²²²³ ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pg. 2131.

²²²⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *op. cit.*, pg. 84.

²²²⁵ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 171.

²²²⁶ DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico, op. cit.*, pg. 12 -13.

para el convenio regulador, para el plan de parentalidad o para el de relaciones familiares la propia aptitud y funcionalidad del proyecto contenido en el negocio personal interconyugal para poder ser ejecutado en el futuro, rechazando y pidiendo nueva propuesta sobre aquellos extremos que lo convierten en aseguradamente inejecutable.

Tal ocurriría con un sistema de guarda y custodia que señalara el cambio de acuerdo con el humor o conveniencia de los niños, o con el cansancio de cada progenitor, que lo señale en plazos mínimos o máximos pero no taxativos, o una alternancia día por día que, *per se*, sólo podría generar innumerables desacuerdos e imposibles ejecuciones por la misma brevedad; *ídem* si las prestaciones económicas prevén hacerse cargo el padre de los actividades *extra* escolares lúdicas y deportivas pero no de las culturales, (¿qué será el ballet o el ajedrez?), o de los gastos lúdicos, (¿comprenden vacaciones?), o una prestación que puede mantenerse, reducirse a la mitad o doblarse “según la marcha del negocio del pagador”, máxime cuando estas circunstancias no sólo han de ejecutarse específicamente sino que también pueden determinar delito, (sea la prestación periódica, conjunta o única, como dice el art. 244 CP).

5.1).- Vicios del consentimiento y convenio regulador.- Un problema común a todos los negocios jurídicos familiares, (excepto al nuevo matrimonio civil “no familia” *ex* Leyes 13 y 15/2005), es el de la inadecuación de la doctrina negocial de los vicios del consentimiento para los hechos y vidas familiares que surgen de tales negocios. En este punto que nos ocupa ahora, si se propuso un plan al Juez para que éste estime su habilidad y valor como plan público familiar, (y si la ha apreciado y declarado), no parece que debiera atenderse luego a uno de los co-delegados que señala haber co-formulado tal propuesta con vicio.

Por una parte 1) porque el valor de este plan no procede de la voluntad o de ser querido, dado que la autonomía de los codelegados se excita como cooperación a la detección de un plan concreto para esa familia efectuando una propuesta que el contrato

social pueda aceptar para elevarla a plan público familiar como inocuo iusfundamentalmente y funcional, y que ha aceptado y elevado en tal sentido. Por otro lado 2) porque tal plan es considerado por el contrato social, al menos, como uno de los hábiles y funcionales para esa familia, más allá del vicio de uno los proponentes y este vicio no lo convierte en dañino, inhábil o no funcional. Y 3) porque, como en el caso de la adopción, la intervención garantista convierte en muy difícil la producción de tales vicios y, por su propio prestigio, la intervención jurisdiccional debería incluir la apreciación de la realidad y libertad de los consentimientos y la subsunción de estas cuestiones en los plazos y posibilidades de recurribilidad procesal internos al proceso de aprobación judicial, (como defiende CARRASCO PERERA en el negocio adopcional).²²²⁷

En este sentido el trámite de ratificación es sólo *face to face* ante el Secretario Judicial, (art. 777.3 LEC), pero esta ley exige expresamente que tenga lugar por separado y personalmente la ratificación de cada uno de los proponentes, (lo que apunta a asegurarse el Secretario de la realidad y libertad de la voluntad y evitar vicios e influencias indeseables). En adición a ello, el art. 777.4 LEC otorga al Juez un plazo de 10 días en el que podrá acordar y practicar cualquier prueba que considere necesaria para apreciar la procedencia de aprobar el convenio regulador, y resultaría inaudito que, con tales posibilidades y con tal libertad y poder creativo judicial no se preocupara el Juzgador de dilucidar las dudas que pudiera tener al respecto. Finalmente, el art. 777.6 LEC obliga a pronunciarse al Juez y, como digo, no puede comprenderse que se pronuncie sobre la aptitud de un negocio personal de proposición de un plan familiar sin examinar si verdaderamente existen las bases para la validez y eficacia del mismo como tal negocio personal. El negocio anulable es inválido *ab initio* y la reserva de la legitimación a favor del contratante adulto víctima está superada en los procesos del Libro IV por un juzgador

²²²⁷ CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R., *Comentarios a las reformas...*, *op. cit.*, pg. 238.

no sujeto a *petitum* ni disponibilidad procesal. Existiendo hijos el vicio es relevante para la seriedad, estabilidad, fijeza y posibilidades de que el plan propuesto sea verdaderamente llevado a cabo por los proponentes, pues quien propone con vicio podrá luego intentar desdecirse o no cumplirá de buen grado, de modo que no es cuestión tampoco ajena a la función familiar y, no existiendo hijos, el vicio puede manifestar lesiones de los Derechos fundamentales específicos de los cónyuges en cuanto cónyuges lo que es también competencia propia del Juez en este proceso de aprobación judicial.

Aquí el problema es, entonces, si un proceso *ex* Libro IV LEC comprende cosa juzgada sobre los vicios negociales del negocio personal de proposición del convenio o si sólo precluye la cuestión de la inocuidad iusfundamental específica matrimonial y paterno/materna y la habilidad funcional del plan propuesto. En este sentido será clave la cuestión de incongruencia e incompetencia. Para ello ha de considerarse, a mi juicio, que estas nociones no funcionan de forma simétrica entre la jurisdicción contenciosa *ex* Libro II LEC y los procesos especiales del Libro IV.

Si una materia es puramente patrimonial o se aprecia tan sólo dispositiva estamos en una sede patrimonial o personal que no debe ir al Juzgado de familia sino al civil, en su caso bajo capítulo de protección de Derechos fundamentales. Con tal consideración, (que es la que sostiene RAMS ALBESA), efectivamente “los juzgados de familia están de sobra”²²²⁸. En la sede jurisdiccional no familiar el Juez no es competente para manifestar la validez familiar pública que pudiera resultar del negocio controvertido, pues su competencia se produce precisamente porque no hay cuestión familiar, esto es, vertical e imperativa por ciertos Derechos humanos específicos y por funcionalidad. Esto es irremediable por cuanto los procesos familiares tienen especialidades garantistas que afecta

²²²⁸ RAMS ALBESA, J.J. en RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *op. cit.*, pp. 80 - 81 y 115.

al *petitum*, impulso de parte, intervención de Ministerio Fiscal, etc. Pero ninguna falta hacen tales consideraciones cuando precisamente la cuestión no es familiar.

Si la cuestión se plantea bajo el Juez de Familia, por el contrario, a mi juicio ocurre lo contrario, que no puede el juzgador pronunciarse sobre la validez del plan público familiar sin comprender que existe realidad y libertad en la propuesta y que ésta no es claudicante por vicio, por los motivos interconyugales y afectantes a la seriedad de la función sobre los hijos que antes señalé. El Juez de Familia no interviene y funda su competencia en la ausencia de normas imperativas de nulidad o anulabilidad negocial, sino que las da por supuestas, lo que, manifestándose violadas en el caso concreto, no puede ser obviado por él mismo por cuanto interesa al objeto de su competencia propia familiar. Por otra parte, a ninguno de los principios procesales del L.IV LEC repugna la inclusión de la justicialidad de este vicio en esta sede si se excita o es apreciado por el Juez, ni cabe alegar la reserva de legitimación *ex* 1302 CC, y el Juez tiene posibilidad, *momentum* y medios para ello, (art. 777.4 LEC). Puede que un vicio de voluntad se cuele por el procedimiento, pero la ocasión que proporciona el episodio judicial para revelar el vicio manifiestan serias dudas sobre su realidad si se deja pasar sin excitarlo, del mismo modo que en la ceremonia matrimonial se comprende el tradicional “hable ahora o calle para siempre”.

Y, en cualquier caso, en estos negocios familiares interconyugales, el valor o trascendencia del vicio se ve rebajado, como sucedía en el matrimonio civil al ser convertido en repudio, (opera antes el divorcio que la impugnación del consentimiento). En el caso del convenio lo oportuno es solicitar la modificación antes que impugnar el consentimiento prestado. La modificación unilateral solicitada coloca al Juez en el papel de juzgador *ex novo*, (sin atender a la *voluntas subiecta materia* que le suministran los actores cuando actúan de consuno), y, en este expediente de modificación del convenio *sub iudice*, el juzgador decidirá considerando lo mejor para el interés familiar, no lo querido o verdaderamente querido por el proponente.

5.1.1).- Congruencia del proceso familiar.- PARRA LUCÁN refiere la STC 4/2001 de 15 de Enero la cual señaló cómo en los procesos familiares la congruencia procesal no funciona al modo del “Derecho privado”, por cuanto a la función contenciosa se añade otra garantista “en garantía de cualquiera de los cónyuges, (art. 90 párrafo 2, Código Civil), de los hijos o del interés familiar más necesitado de protección, (artículo 103 CC, reglas primera y tercera),”²²²⁹ lo que permite al Juez de Familia excitar cuestiones no convocadas por las partes y resolver apartándose de lo pedido o recurrido por ellas cuando la cuestión es contenciosa, (a diferencia también de su papel en el caso de mutuo acuerdo, como señala MARTÍNEZ VELENCOSO²²³⁰).

La sentencia citada contempla divorcio contencioso, de modo que no regía la especial cooperación de la voluntad proponente de los codelegados difusos, (padre y madre que se divorcian), estando, por tanto, excitada la competencia del Juez para encontrar el mejor plan familiar público posible y no tan sólo para aceptar de entre los varios planes inocuos y funcionales posibles el que las partes unánimemente le someten y juzga que tiene tales virtudes. Pero aun en divorcio de mutuo acuerdo no puede considerarse que forma parte de la propuesta el vicio propio que se padece, la propuesta tiene valor objetivo, vale por lo que propone, no porque sea querida y, en su caso, el cónyuge viciado habrá sufrido una lesión en su derecho a formular tal propuesta que podrá determinar daño moral contra quien lo provocó.

Por otra parte, aunque en el mutuo acuerdo el Juez trabaje sobre la propuesta de los cónyuges y en el divorcio contencioso cree *ex novo* él mismo su decisión sin tener que sujetarse a *petitum*, en ambos casos la naturaleza, (aunque no el expediente y forma de trabajo del juzgador), es la misma, proclamar un plan familiar público funcional que vale por ser funcional familiarmente e inocuo iusfundamentalmente y no por ser querido por las

²²²⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit. pg. 198 - 199.

²²³⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., op. cit., pg. 1550.

partes procesales. En el mutuo acuerdo el Juez ha de ir redirigiendo a las partes hacia tal plan provocando, en su caso, rechazos puntuales y correcciones de partes o cláusulas del mismo y rechazando de plano un convenio que no contenga el contenido mínimo que señala una arquitectura funcional, (*voluntas subiecta materia*). Debe efectuarlo además con la autocontención de saber que sólo le corresponde comprobar que las partes puedan llegar a proponerle uno entre muchos posibles planes funcionales e inoocuos pero que no puede él mismo imponer el que más le gustaría a él o el que encuentra óptimo frente a un valor medio o mínimo, (pero suficiente), del plan propuesto. Pero este expediente y esta contención no modifican que lo que aquí se consagra no es *ex voluntate* sino por el valor funcional y iusfundamental apreciado por el Juzgador. Y, con tal perspectiva, el valor del vicio del consentimiento no es relevante.

5.1.2).- Competencia del Juez de Familia sobre estos vicios.- Señala PARRA LUCÁN que la aprobación judicial no impide impugnar por vicios del consentimiento o rescisión por lesión²²³¹ y cita la STS de 26 de Enero de 1993 que dice que el juzgador “se limita a homologarlo después de que se comprueba que no es gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos, (ap. E del art. 90 del Código Civil), pero de ninguna manera examina la corrección contable y valorativa de las operaciones liquidatorias ni mucho menos la ausencia de vicios de la voluntad en el consentimiento prestado a las mismas por los cónyuges. Estas realidades se potencian todavía más en el caso de autos... porque... la sentencia aprobatoria del convenio ... dice... que se hace porque no contiene cláusula contraria al orden público”. Esto es lo que ha examinado el juzgador exclusivamente”.²²³²

Ello quiere decir, para esta sentencia, que resulta *sensu contrario* que el Juez no ha considerado en absoluto si existió vicio consensual o no y nada puede precluir. No

²²³¹ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia, op. cit.*, pg. 200.

²²³² PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pp. 200 - 201.

obstante este argumento no deja de ser peligroso e implicaría que sólo existe cosa juzgada sobre los motivos expresamente invocados negro sobre blanco por cada resolución judicial y no desde la decisión material de ésta, sus presupuestos y consecuencias, lo que obligaría a un imposible detalle y previsión minucioso en los fallos judiciales de todos los presupuestos y alcances de su resolución. Si la cosa juzgada que produce lo decidido afecta a posiciones que no pudieron exponerse en el proceso, (lo que requiere finalización de éste y sus recursos), y ello tiene lugar de modo no imputable a la parte, existirá indefensión y podrá concurrir nulidad procesal. En otro caso puede existir un defecto de motivación de la sentencia que no alcanza tal consideración de nulidad *ex* 24 CE. Y, aun en sede familiar, si el Juez no alcanza a apreciar el vicio, la alegación del mismo debe estimarse carga propia procesal de quien lo padece: si no lo efectúa se advierte la debilidad o inexistencia sustancial del mismo, su cesación y sanación y la imposibilidad de alegar indefensión o reserva de posición. Ciertamente una causa intimidante puede existir antes, durante y tras el proceso. Pero, a mi juicio, que la parte procesal pueda pasar por todo el protocolo judicial sin denunciarla ni manifestarla cuestiona la realidad de la misma salvo para supuestos tan forzados que habrían de entrar en la sede penal y en la doctrina de las consecuencias del delito penal.

Por otra parte, señala PARRA LUCÁN que “en la medida en que se admita, como hace la DGRN de manera reiterada, la eficacia del convenio como título para la modificación y transmisión de titularidades... debe admitirse que el control a que se refiere el art. 90 CC puede resultar insuficiente y es preciso que el juez revise de manera cuidadosa el contenido y la eficacia de que se pretende dotar a los acuerdos en el convenio desde el punto de vista de la legalidad”.²²³³ Entonces ¿cómo no considerar comprendida en la actuación judicial la apreciación de la realidad y libertad de los consentimientos?

²²³³ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pg. 202.

5.1.3).- Incompetencia del Juez civil sobre la materia familiar.- PARRA

LUCÁN señala en este punto la STS de 25 de Junio de 1987.²²³⁴ Esta sentencia procede de un juicio declarativo de mayor cuantía, por tanto en sede de jurisdicción contenciosa no garantista del Libro II LEC. En este sentido, el Juez civil sólo debería poder manifestarse sobre los acuerdos privados matrimoniales como puros negocios personales, pero no como negocios jurídicos familiares. Sin embargo, esta STS dispone que la declaración de validez de estos acuerdos que efectúa el Juez civil, (no el Juez familiar), vale como aprobación judicial a los efectos del artículo 777 LEC.

Es por ello que PARRA LUCÁN señala que “esta interpretación no es correcta, pues la aprobación judicial dota al acuerdo de una eficacia, (ejecutiva fundamentalmente, conforme al art. 90 CC), de la que carece el acuerdo privado”. Ello significa, a mi juicio, que la mutación del negocio personal en negocio jurídico familiar no puede efectuarse en la jurisdicción contenciosa ante Juez civil y con arreglo al Libro II LEC.

Lo que produce la metamorfosis ante el Juez familiar no es una mera fuerza ejecutiva sino una transformación de la naturaleza de la ejecución. La sentencia del Juez civil es título ejecutivo del mismo modo que la sentencia del Juez familiar. Pero sólo la naturaleza negocial jurídica familiar, (y no el título ejecutivo que sigue a las naturalezas), explica y justifica que la sentencia en el juicio familiar produzca sí o sí incluso una constricción personal directa para la que la sentencia civil *ex* Libro II LEC, (por la naturaleza de los derechos y sustancias que comprende el negocio personal y el negocio patrimonial), es inhábil más allá de imponer multas coercitivas, (salvo que se refiera a otros derechos absolutos y verticales como los familiares, esto es, reales o fundamentales).

PARRA LUCÁN cita la SAP de Vizcaya de 26 de Septiembre de 2008, que considera válida y eficaz la reclamación de alimentos y pensiones alimenticias con base en

²²³⁴ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pp. 245 - 247.

un convenio no aprobado judicialmente y desde los artículos 1255 y 1261 CC. Pero téngase en cuenta que: 1) la constricción del supuesto a una materia alimenticia que nace *ex lege* y es profundamente imperativa, señalando entre sus motivaciones fundamentales la sentencia que “la actora... únicamente reclama los alimentos y prestaciones alimenticias” lo que cuestiona que el valor surja *ex conventione*; 2) que la aniquilación de presencia del Ministerio Fiscal que la sentencia acepta puede estimarse coyuntural pero no generalizable, por cuanto en el caso cobrar alimentos no puede considerarse riesgoso para los hijos, máxime cuando la actora acepta y no discute su cuantía; 3) que entre sus argumentos decisivos cita la sentencia la circunstancia de estar “yendo el demandado contra sus propios actos de forma inadmisibles”, lo que es doctrina *ex lege* desde el art. 7 CC y la mala fe y no es tampoco efecto convencional *ex* 1255 CC.

La posición de la STS de 25 de Junio de 1987 supondría que toda validez negocial declarada por Juez civil conlleva la tácita validez jurídico familiar y la de la AP de Vizcaya implica que el negocio personal sobre hecho familiar no precisa aprobación judicial en ningún caso para ser válido y eficaz. En tal caso, se cometerá el delito del 244 CP por impago de prestaciones en convenios declarados negocialmente válidos por Juez civil sin aprobación de Juez familiar o sin ninguna aprobación, (si existe pacto en escritura y el valor de la prestación es superior a 300 Euros, art. 520 LEC). No es esta la idea del 244 CP que exige convenio aprobado judicialmente, (mutuo acuerdo), o resolución judicial, (supuesto contencioso pero en sede de Juzgado de familia).

PARRA LUCÁN cita también la SAP de Málaga de 22 de Noviembre de 2009 que, con toda exactitud a mi juicio, rechaza acudir a la justicia rogada y al principio dispositivo formal del Libro II LEC y ser necesario acudir siempre a la homologación o aprobación de

acuerdo con el Libro IV LEC. En el mismo sentido la SAP de Cádiz de 25 de junio de 2007 que señala la necesaria intervención del Ministerio Fiscal.²²³⁵

5.1.4.- Valor ratificante o enervante de posiciones procesales previas.- La STS de 22 de Abril de 1997 consideró válido y obligatorio un contrato de separación conyugal suscrito por las partes que éstas no aportaron nunca como convenio regulador y a pesar de que se fijaron medidas definitivas por el Juez en divorcio contencioso “a falta de acuerdo de los cónyuges y sin que se haga referencia en la sentencia a la “partición de bienes”, (así denominada en el contrato privado suscrito con anterioridad).²²³⁶ No obstante, la esposa invocó luego aquel contrato ocultado por ambos actores durante el proceso contencioso de divorcio y el TS consideró que era negocio jurídico vinculante entre las partes. No deja de sorprender, a mi juicio, que no se aplique ninguna doctrina de actos propios ni se dé ningún valor novatorio al hecho de no haber querido excitar como posición procesal propia el convenio antes suscrito. En cualquier caso el TS deja claro que el asunto es “de naturaleza patrimonial”, lo que no apunta a funcionalidad ni interés público.

No obstante, téngase en cuenta que el TC, (STC 223/2004 de 29 de Noviembre), consideró cierto valor novatorio o ratificante al hecho de ser dejada firme una sentencia por voluntad de ambos cónyuges, diciendo que equivale a ratificar esa posición: “esa sentencia fue dejada firme por voluntad de ambos cónyuges - lo que equivale a ratificar esa posición, cualquiera que fuera su corrección jurídica”. En este caso existía una ejecución de capítulos matrimoniales que establecían una pensión compensatoria que fue dejada sin efecto por Auto que entendió que la ruptura del matrimonio destruía toda eficacia de aquellos capítulos. El TC consideró sin embargo valor ratificante a la aceptación por ambos cónyuges de una sentencia de divorcio que se abstuvo de pronunciarse sobre aquellas pretensiones económicas dejando, por tanto, válido entre ellos el pacto capitular.

²²³⁵ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pp. 251 - 253.

²²³⁶ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pp. 262 - 263.

Considera el alto tribunal que la falta de pronunciamiento del juez del divorcio se produce 1) porque la pensión compensatoria tiene naturaleza distinta y no es el proceso matrimonial lugar adecuado para una modificación de capítulos, 2) porque la disconformidad del marido y su petición contenciosa de una reducción de lo pactado sólo suponen que no hay un convenio de mutuo acuerdo que pueda sustituir a aquellas capitulaciones desde la aprobación judicial pero no que se impugnen, 3) que de ello deriva que, al no recurrir el silencio de la sentencia divorcista en este punto, ambas partes procesales aceptan la procedencia de lo convenido capitularmente y 4) que al no pronunciarse el Juez está otorgando “nueva virtualidad y completa autonomía, en relación con el proceso matrimonial, al convenio comprendido en los capítulos matrimoniales.”²²³⁷

Claro que, a mi juicio, el mismo efecto se consigue y con el mismo esfuerzo puede afirmarse que el Juez aprueba aquel pacto capitular y lo asume como propio con un silencio que es una remisión, dado que el pacto no permaneció oculto sino que se llevó al proceso: la mujer solicitó el importe la pensión capitulada como petición principal.

Por su parte la STS de 31 de Marzo de 2011 contempló cómo el Tribunal de instancia consideró que existía una renuncia tácita en el hecho de que la esposa no hubiera atraído ni invocado en el proceso matrimonial el pago de una renta mensual que su marido prometió en pacto anterior. Ello fue corregido por el TS que entendió que tal pacto no era convenio regulador y por ello no había de ser atraído al proceso matrimonial, (*subiecta materia*), ni cabía por tanto apreciar ningún valor enervante o ratificante cruzado entre las posiciones procesales adoptadas en tal proceso y ese negocio previo.²²³⁸

Digámoslo claro, aquí la labor consiste en dilucidar si 1) se están efectuando donaciones, (incluso de pensiones o rentas periódicas), bajo condición de ocurrir la separación o divorcio pero sin que sean la prevista en el art. 97 CC, como pudo ser este

²²³⁷ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pg. 268.

²²³⁸ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pg. 274.

caso, 2) si se están ventilando otros pagos y compensaciones onerosas entre los cónyuges cuya causa éstos no quieren revelar, (como sucede, según señala GARCÍA CANTERO, en STS de 20 de Abril de 2012)²²³⁹, o 3) si se está actuando verdaderamente sobre el contenido mínimo señalado por el artículo 90 CC para el convenio regulador. En este último caso no es preciso, a mi juicio, que el pacto previo sea un completo convenio regulador con todo su contenido necesario sino que puede ser puntual sobre un solo aspecto, (en su caso sobre la pensión compensatoria), pero se encuentra entonces sujeto a la atracción del contenido mínimo *ex* 90 CC, (*voluntas subiecta materia*), y existirán influencias cruzadas entre las posiciones previas civiles y las posiciones procesales. Si existe mutuo acuerdo el convenio regulador novará los pactos puntuales o los completos convenios anteriores. Si se produce el divorcio en forma contenciosa la posición procesal separada de cada uno de los actores puede tener valor ratificante o enervante para el pacto o negocio previo, aunque todo ello decae ante la libertad que tiene en tal caso el Juez para decidir él mismo *ex novo* la fijación de la pensión compensatoria.

6).- LA INNECESARIEDAD DE APROBACIÓN DEL CONVENIO

INTERCONYUGAL.-

El artículo 233-3 CCC no prevé control judicial sobre un convenio que sea puramente interconyugal, sin existencia de menores. PARRA LUCÁN señalaba también que la jurisprudencia no había hecho uso de otro control que el establecido sobre menores, si bien matizaba que ello era una forma de argumentar la validez convenios interconyugales extrajudiciales sin dudar que ningún Juez rechazaría uno gravemente

²²³⁹ GARCÍA CANTERO, G., , en Anuario de Derecho Civil, Tomo LXVI, Fascículo IV, Octubre – Diciembre, 2013, ed. Ministerio de Justicia, Madrid – 2014, pp. 1928 -1931.

perjudicial que tuviera a su vista, ciencia y paciencia.²²⁴⁰ Por otra parte, también en relación con Catalunya considera PARRA LUCÁN que la dicción literal del CCC no niega que “el juez siempre podría valorar en casos excepcionales que alguno de los pactos vulnera de manera directa los Derechos fundamentales de alguno de los cónyuges, (en particular su dignidad, art. 10 de la Constitución), principal valor constitucional que merece protección en las relaciones personales sometidas a aprobación judicial”.²²⁴¹ Y, en general, recuerda que existen límites a la autonomía de la voluntad en materia de titularidad y gestión de los bienes por razón del respeto del principio de igualdad.²²⁴²

ROCA TRÍAS consideraba, por su parte, que los artículos 76, 77 y 78, (hoy 233-3 CCC), no excluyen la aplicación del 777.6 LEC y, por ello, la posibilidad de que el Juez se pronuncie sobre el carácter gravemente perjudicial del convenio para alguno de los cónyuges, no aprobándolo pese a la dicción literal de la norma. Decía ROCA TRÍAS: “Y aunque esta prevención no aparezca en el art. 76 CF, creo que el juez puede utilizar el sistema del art. 777.6 LEC que le obliga a pronunciarse sobre el convenio siempre que considere que se produce este perjuicio”.²²⁴³

6.1).- Incongruencia y conflicto de competencia en el 233-3 CCC.- No obstante, la falta de aprobación que proclama el 233-3 CC para el convenio cuando no existan menores encierra, a mi juicio, una incongruencia y una incompetencia. Este artículo señala que el Juez “debe” aprobar el convenio interconyugal que no afecta a menores. Ello supone, en primer lugar, una incongruencia, porque si no es precisa tal aprobación judicial no se comprende para qué se convoca al Juez a una aprobación meramente formal.

²²⁴⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 201.

²²⁴¹ PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pg. 201.

²²⁴² PARRA LUCÁN, M.A., *ibídem*, pg 165.

²²⁴³ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, op. cit., pg. 2115.

PARRA LUCÁN señala que con la sede procesal se obtiene un título ejecutivo²²⁴⁴ pero, puesto que aquí no hay cuestión familiar sino materia patrimonial o personal “disponible”, esa aprobación no es sino la declaración de un derecho al que el Juez nada aporta en naturaleza y que tanto puede ser declarado, (para ganar ejecutividad), por el Juez familiar como, con mayor razón al no existir sustancia familiar, (materia disponible), por el Juez civil. En ambos casos se produce un título ejecutivo pero no una mutación de la naturaleza de la ejecución, que sigue siendo la propia de una ejecución *ex conventione*. Que el juez “deba” aprobar el convenio quiere decir que no puede oponerle causa familiar, (iusfundamental específica o funcional), para negarle ejecutividad pero, o bien el legislador catalán ha querido convertir en automáticamente público, familiar y protegido penalmente a cualquier convenio interconyugal o, en otro caso, esa imposición sobre el Juez sólo significa que el convenio sólo puede recaer en zonas prevaciadas de cuestiones familiares y iusfundamentales para las que, entonces, tanto da que el título ejecutivo se obtenga en sede civil *ex* Libro II LEC o en sede de Juzgado de familia *ex* Libro IV LEC, pues no hay cuestiones garantistas activas.

Por otra parte, se sacarían de su sede propia civil los únicos motivos oponibles a este negocio no familiar, (nulidad o anulabilidad general *ex* 1261 y ss.), y ello para introducirle en la sede del Juzgado de familia donde ninguna alegación por causa familiar cabe cuando se dice que el Juez “debe” aprobar. No se comprende por qué ha de acudir un negocio a obtener ejecutividad por sentencia del Juez de familia cuando existen, (con esta concepción), más motivos para que la obtenga del Juez civil. Entonces la inocuidad y obligatoriedad de la aprobación judicial para el juzgador habrían de haber sido más bien una mera aclaración de que estos negocios interconyugales sin menores, como todos los no familiares, tienen abierta la jurisdicción civil general.

²²⁴⁴ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, *op. cit.*, pg. 246.

Por otra parte, existe a mi juicio una incompetencia del legislador catalán por cuanto está creando una ejecución *ex conventione* específica e *in natura* contra el sistema general de la LEC, así como afectando al tipo de los delitos de los artículos 223 y ss. CP al establecer la mera ficción de un control público que no existe sino formal e inhábilmente en ese simulacro de aprobación judicial que debe otorgar, (sí o sí, sea lo que sea lo que se coloca ante su nariz), el juzgador. Ello en contra del artículo 149.1.6° CE.

Se ha mutado la naturaleza de la ejecución *ex conventione* convirtiendo a lo pactado en absoluta y específicamente ejecutable *in natura* por darles valor familiar al recibir la aprobación del Juez de familia y, puesto que el juzgador nada puede decir, todo ello se basa en el artículo 1255 CC, en el principio del consentimiento formal y en el valor de la autonomía de la voluntad. De este modo no hay motivo para reservar esta eficacia absoluta *in natura* cuando los convenios recaen sobre una materia fáctica familiar y no, en cambio, cuando los mismos pactos recaen sobre materia disponible pero que no es fácticamente familiar sino personal o patrimonial. De este modo la unidad de la categoría del negocio jurídico en todos los casos habría de determinar la identidad también de la naturaleza ejecutiva *ex conventione* del negocio patrimonial, del negocio personal y de este especialísimo negocio familiar sobre materias disponibles. Habría de permitirse, por tanto, constreñir personalmente al deudor de prestación patrimonial de hacer para que la efectúe y no hay razón para reservar la prisión por deudas, (art. 244 CP), sólo a un débito por prestación interconyugal cuando esta deuda no tiene otra fuerza ni energía que el de haber sido libremente pactado entre adultos como cualquier otro convenio, contrato, crédito o deuda. Aquí se está utilizando la apariencia de una decisión judicial que no existe para crear una ejecución *ex conventione* y una tutela penal sobre convenios que son inadmisibles. Se crea un título ejecutivo familiar sin haber mutado la naturaleza jurídica sustantiva subyacente, pues tal mutación requiere que un plan horizontal y privado sea

elevado a públicamente interesante, funcional e inocuo iusfundamentalmente de un modo controlado y comprobado por el contrato social.

6.2).- Pactos sobre pensión compensatoria.- A mi juicio los protocolos de salida de una institución también son constitutivos de la misma, de modo que no es irrelevante para su funcionalidad la contemplación que se dé a su término y desmontaje, ni puede despacharse esta cuestión con el argumento de que disolver el matrimonio es algo ajeno al funcionamiento de un matrimonio que precisamente se está extinguiendo. La funcionalidad de una situación no se manifiesta sólo en su constitución sino también en su extinción y protocolos de salida, pues la construcción y el diseño de la institución contemplan e integran necesariamente ese episodio vital que es su propia extinción. Es por eso que un negocio personal no sólo genera daño injusto por el comportamiento de las partes en su consecución o seguimiento sino también por la forma en que lo extingan o incumplan, (puede incumplirse dañando o sin dañar). Y así, el pacto *ex ante* de renuncia a la pensión compensatoria no es posible, a mi juicio, y todo convenio regulador, (que ha contemplar sí o sí este capítulo, *voluntas subiecta materia ex 90 F CC*), ha de ser controlado judicialmente.

Existe aquí una igualdad sustancialmente demandada, como antes referí. Ello tanto desde la doctrina de la dignidad personal como valor y derecho constitucional en sí mismo considerado como por ser la ruptura el momento para que se manifiesten, en su caso, costes de oportunidad injustamente infligidos bajo un principio esencial en todos los ejercicios cooperativos de Derechos fundamentales: el de que nadie ha de soportar y asumir en exclusiva los riesgos personales ajenos. Dicho de otro modo, una aventura personal cooperativa ha de distribuir sus riesgos equitativamente sobre todos los que se convocaron a desarrollarla, de modo que salgan igualmente indemnes o dañados de la misma como exigencia del artículo 10 CE, puesto que de otro modo uno recibiría riesgos desproporcionados que desincentivarían o perjudicarían sus acciones de libre desarrollo

personal, en tanto el otro vería incrementada su libertad personal con una inyección de irresponsabilidad.

En el aspecto personal y del daño moral se considera que es *General Life Risk* que cada uno padezca de acuerdo con su sensibilidad. De esta forma, sin protocolo injusto en la constitución, seguimiento o finalización matrimonial no hay redistribución de riesgos que pueda considerarse como daño injusto ni, por tanto, un reequilibrio equivalente mediante indemnización dineraria si yo soy más sensible y sufridor que tú. Pero en el aspecto objetivo patrimonial considero que sí que se instrumenta este principio de solidaridad o mano común en los riesgos de la aventura matrimonial. Tal sería, a mi juicio, el sentido y fundamento de la pensión compensatoria del artículo 97 CC.

En este sentido PARRA LUCÁN refiere la STS de 19 de Enero de 2010 que señala que “La pensión compensatoria pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges”.²²⁴⁵ La objetividad de este daño económico sólo puede obedecer a que esconde una distribución de riesgos y esta distribución de riesgos es absolutamente mancomunada como corresponde a la aventura cooperativa: no importa la culpabilidad del recíproco, la empresa matrimonial es una aventura personal arriesgadísima y omnicomprendiva que, en lo patrimonial está decidido el legislador a que sea un riesgo absolutamente compartido en méritos del artículo 10 CE.

Resulta así, a mi juicio, un elemento funcional del propio matrimonio garantizar su indemnidad patrimonial para que ningún cónyuge haya de correr con un riesgo que habría de ser mancomunado y cooperado, de modo que soportarlo un solo otorgante o padecerlo en mayor medida que el recíproco sería contrario a la igualdad sustancial y a la dignidad personal así como antifuncional al advertir y desaconsejar el matrimonio como riesgoso.

²²⁴⁵ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pg. 217.

No es por ello exacto decir con ROCA TRÍAS y el TS, (STS 2 de Diciembre de 1987), que esta es cuestión privada y disponible “al no afectar al sostenimiento o alimentación de la familia, ni a la educación o alimentación de hijos comunes, ni a las cargas del matrimonio”²²⁴⁶. La verdad es que si esto fuera así no se comprende el descomunal error que ha sido sostener la existencia de esta pensión por un solo momento, ni mucho menos su constancia legislativa cuando sólo debería existir una magnánima donación o beneficencia de un cónyuge a otro, encomendando toda su reciprocidad a su conciencia a través de otro libérrimo negocio lucrativo.

Aquí no se está renunciando a una expectativa, (como recoge ROCA)²²⁴⁷, sino que se destruye una inherencia a la persona, (correr sólo con mis riesgos personales), y funcional familiar, (el protocolo de salida influye sobre el prestigio y la vida de la institución), de modo que sólo vale la renuncia *ex post* y es un contenido necesario del convenio regulador, (90 F CC), que el Juez debe controlar.

Cosa distinta son pactos de modalización o cálculo. ROCA TRÍAS recoge todavía en contra el argumento que señala la RDGRN de 10 de Noviembre de 1995 que dice “si no puede obligarse al cónyuge a recibir la pensión compensatoria judicialmente acordada contra su voluntad, no se ve razón para excluir esta materia de la autonomía de la voluntad”²²⁴⁸. Pero el silogismo inverso no está bien aplicado porque no hay univocidad en el primer término. La falta de obligatoriedad no procede de que no haya prescripción

²²⁴⁶ ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, *op. cit.*, pg. 2136.

En el mismo sentido GARCÍA RUBIO GARCÍA RUBIO, M.P., *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil*, en Anuario de Derecho Civil, Vol. 56, nº4, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid - 2003, pp. 1653 - 1674, en concreto pp. 1653 y ss.; ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENARRIAGA, L., *op. cit.*, pp. 22 y 27-30.

²²⁴⁷ ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pg. 2137.

²²⁴⁸ ROCA TRÍAS, E., *ibídem*, pg. 2136.

universal moral o funcional sino de que no ofende a la prescripción universal moral o funcional la renuncia concreta y *ex post*, como señalé a propósito de renuncia de Derechos fundamentales y ocurre p.e. en los retractos legales: la clave es la diferencia entre 1) inherencia o derecho y 2) ejercicio concreto de la facultad que deriva de la inherencia y del derecho.

PARRA LUCÁN manifiesta cómo la jurisprudencia menor rechaza la renuncia anticipada a la pensión compensatoria por ser renuncia a derechos futuros todavía no nacidos.²²⁴⁹

7).- MODIFICACIONES POSTERIORES DEL CONVENIO REGULADOR.-

Señala PARRA LUCÁN que “La aprobación judicial, por lo demás, no impide la validez y eficacia de acuerdos entre los cónyuges con posterioridad a la aprobación de un convenio regulador para complementar e incluso para modificar lo acordado, sin que sea necesaria la aprobación judicial. En la práctica se admite que los convenios no formalizados como convenio regulador y adoptados por los cónyuges con posterioridad a la aprobación del convenio tienen la misma fuerza vinculante que aquél.”²²⁵⁰

No obstante, a mi juicio estas modificaciones no pueden ser sustanciales, so pena de volver al punto de partida, esto es, otra vez a un negocio personal sobre materia de hecho familiar, pero no a un negocio jurídico familiar con sus importantes potencias jurídicas y ejecutivas. Cambiar una custodia compartida con rotación trimestral a otro sistema con rotación mensual o anual, doblar convenientemente la pensión o renunciarla uno de los cónyuges no parece que puedan considerarse contenidos con valor público familiar sin que

²²⁴⁹ PARRA LUCÁN, M.A., *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, op. cit., pg. 276.

²²⁵⁰ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem.*, pg. 241.

tenga lugar nuevamente el control judicial. Piénsese en la posibilidad de excitar consecuencias penales con base en un nuevo régimen extrajudicial.

PARRA LUCÁN cita la STS de 23 de Diciembre de 1998 pero ésta sólo se refería a aspectos patrimoniales no contemplados en el convenio y manifestando que sean compatibles con el convenio aprobado judicialmente.²²⁵¹

²²⁵¹ PARRA LUCÁN, M.A., *ibidem*, pg. 241.

CONCLUSIONES

PRIMERA

La dignidad de la persona humana tiene un valor universal y metajurídico que convierte en incongruente toda calificación privada o privatística sobre ella o sus emanaciones, (Derechos fundamentales, derechos de la personalidad, etc.). Esta universalidad posee eficacia directa desde una constitución que, no reconociéndola, sería ilegítima. Que se encarne en una persona y que exista un ámbito de soledad estanco en la *privacy* no debe confundir en este punto. Su valor se califica muchas veces como público, pero desde su condición universal es superior al plano social y comunitario, a la reunión de varias personas, de la mayoría o a la unanimidad de todas. La democracia no es una dispensadora axiológica de fundamentalidad humana sino ella misma un resultado de las especiales aptitudes de la dignidad del hombre.

SEGUNDA

La condición moral de la dignidad humana convierte al contrato social en un instrumento servil hacia la misma que sólo se legitima en cuanto respeta, protege y promueve sus emanaciones. Esta dignidad ha de existir encarnada, lo que separa el concepto abstracto de dignidad del género humano en sí y la dignidad de un individuo; al existir éstos yuxtapuestos por millones, la dignidad como género muta, *in concreto*, hacia un concepto relacional, afectando siempre cada uno a la dignidad de los demás. Pero no existiría alma humana sin contacto intersubjetivo de las personas en un espacio común de relación y conversación. Así convivencia y contacto son tanto riesgo, (colisión,

empoderamiento), como necesidad para la dignidad humana. Por ello se precisa siempre un enfoque balanceado que convierte a la regla moral en un mandato de optimización sobre todos los concernidos en cada caso. Así la labor instrumental del contrato social en favor de esta dignidad puede comprender apropiaciones públicas sobre concretos ejercicios de la personalidad de algún ciudadano cuando ello sea preciso para maximizar los disfrutes de los Derechos fundamentales de todos, (idea conservativa). En tales casos la perturbación comunitaria no se funda en la superioridad de la sociedad sobre el individuo, sino en los propios individuos, en su misma dignidad y en sus Derechos fundamentales, cuya revelación como intersubjetivos conlleva esta idea optimizadora en consideración de todos los excitados *ad cassum*.

TERCERA

La optimización de las dignidades humanas y de las funciones públicas que contactan en la realidad ha de tener lugar mediante una aplicación de ponderación y proporcionalidad *ad cassum* que considere los intereses concernidos y la intensidad con que se comprometen. Estas encrucijadas son multipersonales y multiafectantes, de modo que cualquier solución que contemple sólo los bienes e intereses de uno de los afectados le empodera con un derecho subjetivo individual. Ello supone una normalización ideológica que convierte una situación plural, (o sea, negocial que exige el consentimiento o representación de interés de todos), en unipersonal por la fuerza de la ley, (aborto, divorcio repudio). Cuando el legislador ofrece balances sobre estas situaciones no debe olvidar que una norma jurídica abstracta y general no proporciona la sensibilidad casuística que estas colisiones demandan naturalmente y, en consecuencia, habría de reservar el necesario arbitrio judicial *ad cassum*.

CUARTA

No sólo el deber público comprende poder. El derecho subjetivo, la obligación y el negocio jurídico encierran también un poder público que es una creación social y política. La creencia de que quien tiene un derecho subjetivo tiene algo y de que quien está obligado se halla sujeto a algo son *tótem* o leyenda que proporcionan masivas dosis de cumplimiento voluntario de los negocios jurídicos sin las cuales éstos serían insostenibles para el contrato social. Cuando falla esta magia se revela la naturaleza del poder público y político encerrado, aquélla que proporciona la jurisdicción. Al activar los privados el negocio jurídico no surge una obligación social o amistosa sino jurídica, esto es, coercible por la relación vertical de sumisión jurisdiccional, (poder público), que se activó *in concreto* y a futuro simultáneamente al otorgamiento negocial. La jurisdicción intermedia y administra triangularmente este poder público sobre el plan pactado de igual a igual, de modo que en ningún caso exista ruptura de la horizontalidad de los privados empoderando a ninguno de ellos. Es así que la libertad se pierde con un ejercicio de libertad, (voluntad como fuente de obligación jurídica).

QUINTA

El contrato social permite participar a los privados en la creación de poder por cuanto existen fines esenciales del mismo, (por ello imprescindibles para maximizar los Derechos fundamentales de todos), que no podrán ser obtenidos heterónomamente, sino que requieren que se ofrezca un espacio de creatividad y libertad humana. Paz social por la satisfacción de la individualidad, productividad y circulación de riqueza, alumbramiento de nuevos ciudadanos, educación, crianza y socialización, e innumerables bienes e intereses

públicos más requieren de esta técnica de Derecho dispositivo o Derecho público indirecto que consiste en excitar y esperar una decisión privada cuando 1) el contrato social necesita un agente y 2) sólo ser querida aquella decisión por éste le convertirá en eficaz y oportuno en su desempeño.

SEXTA

El contrato social no sólo dispone de poder y fuerza, (heteronomía), sino que cuenta con una energía civilizadora innata en el alma humana, su aptitud negocial. Es inteligencia de Derecho público indirecto reconocer tal virtud provechosa para lo público allí donde se necesita, (interés público indirecto), y donde debe además predicarse, (es cualidad fundamental de la dignidad humana). Tales lugares ofrecen sustancia negocial, esto es, la necesidad y oportunidad de poner a favor de la sociedad aquel *prius* humano mediante la creación del producto político y social que es el negocio jurídico. Aunque esta virtud es siempre la misma, la naturaleza objetiva de las realidades sobre las que se convoca, (cosas, personas, familia), determinan que sea radicalmente distinto un negocio patrimonial, personal o familiar.

SEPTIMA

El negocio jurídico es un producto de libertad, pero en él se separa la *Abschlussfreiheit*, (libertad de contratar o no contratar, contigo o con quien quiera), y la *Gestaltungsfreiheit* o libertad de normar el contenido de nuestro contrato. Sólo la primera encierra la esencia del negocio jurídico que se halla en su conexión con el art. 10 CE, esto es, en el móvil o plan personal con que cada otorgante se acerca a concluirlo, (aunque no se

eleve a causa concreta y distinto de la causa objetivo funcional). Es desde el 10 CE que se diferencia el negocio jurídico de los actos jurídicos semejantes al mismo, que contienen una decisión de similar enjundia pero no provocada ni buscada por el actor jurídico, (no hay *Abschlussfreiheit*), en tanto el acto jurídico en sentido estricto representa más bien una ejecución que, correspondiendo a un ser humano, puede simplemente ser practicada u omitida.

OCTAVA

Negocios patrimoniales son aquellos prevaciados de cuestiones fundamentales y de funciones y primacías de apropiación pública en orden a construir un juego automático de objetos, (prestaciones), y sujetos no personales, (patrimonio personal), que siempre es ejecutable, (satisfactoria o equivalentemente). Negocios jurídicos familiares son negocios jurídicos percutidos por 1) funcionalidad pública y 2) protección específica de concretos Derechos fundamentales típica y más intensamente concernidos en la realidad familiar; proporcionan al contrato social unos voluntarios que presumiblemente, (porque lo desean), realizarán adecuadamente aquellas funciones y de ellos resultan unos guiones que no se ejecutan *ex conventione* y por sumisión jurisdiccional sino desde la verticalidad de una función pública o de un Derecho fundamental. En ellos no hay sumisión hacia la jurisdicción, (118 CE), sino otros deberes públicos sustanciales y directos. Negocios personales son todos los demás.

NOVENA

El negocio patrimonial articula y ejecuta la “libertad de perder mi libertad” por cuanto en él todo está dispuesto para que tal pérdida sólo suponga, (voluntaria o forzadamente), una detracción patrimonial. Permite una ejecución forzosa satisfactoria 1) cuando colabora el ejecutado, 2) en la obligación de dar, (detracción patrimonial). Los demás casos se convertirán en ejecución sustitutiva, (por otra persona voluntariamente), o equivalente, (traducida en dinero porque en sede patrimonial todo tiene un valor material). El poder vertical que constreñirá la libertad individual surge aquí de la sumisión jurisdiccional, (118 CE), la cual fue activada por la utilización de la voluntad como fuente de obligación, (libertad de perder mi libertad en los términos de la ejecución *ex conventione* de la LEC). Este poder no se nutre de ningún deber o bien público sustancial directo, sólo de la conveniencia general, (interés público indirecto), de que los contratos sean cumplidos como plan privado pactado de igual a igual, (consentimiento formal). Permitir ejecutar *in natura* la prestación de hacer o impedir físicamente el incumplimiento de la de no hacer rompen la barrera entre la persona y la ejecución satisfactoria por razón de un plan privado, lo que lleva de inmediato a la prisión por deudas. La LEC no dibuja la libertad de perder mi libertad sino como imposibilidad de resistirme a padecer una merma patrimonial; ello convierte en siempre ejecutables a negocios patrimoniales que sólo versan sobre valores materiales.

DECIMA

El negocio personal no puede articular nunca la “libertad de perder mi libertad” porque en él siempre estamos ante personas en sí mismas consideradas que cohonestan bienes e intereses personales más o menos cerca del núcleo esencial de los Derechos fundamentales. No cabe aquí ejecutividad por equivalencia, pues no hay ningún equivalente o sustitución que no haya de consistir en actuar directamente sobre el disfrute

de la dignidad humana del incumplidor. Es su ejercicio y su disfrute y no los de otro los que perturban los del actor, y son perturbadores por ser disfrutados y ejercidos: o se arrebatan y constriñen o nada es posible. Quien exhiba *chartae* encontrará que sobre el obligado percute su libertad de obligarse y su misma libertad de desdecirse; ambas son iguales y ambas se sostienen desde el valor universal directamente jurídico de los Derechos fundamentales, de modo que la jurisdicción no puede apoyar ninguna de ellas. Para obtener compañía pública el actor no deberá invocar, (*sub iudice* puesto que hay controversia), el convenio, sino directamente su derecho personal como lesionado por las nuevas conductas del recíproco, nunca un incumplimiento contractual. Ello supone una permanente crítica del negocio personal y una constante condicionalidad a que cualquiera de los otorgantes considere no ser ya neutral o satisfactoria para él mismo la cohesión de derechos y bienes personales que aquél contiene. Por ello los negocios personales son siempre reversibles y revocables y no pueden ejecutarse desde “la libertad de perder mi libertad”: cualquier constrictión judicial procede directamente de la naturaleza de los Derechos fundamentales como derechos absolutos y de su valor vertical universal; que ello coincida con la posición procesal de una de las partes del convenio es mera coincidencia.

DECIMOPRIMERA

La reversibilidad del negocio personal y el hecho de ser ejercitados Derechos fundamentales, (incluso en un ejercicio proporcional declarado judicialmente), no excluyen un desempeño luego abusivo o injustamente dañoso. La misma idea existe en el proceso de consecución de un otorgamiento personal y en su seguimiento o vida negocial, pues originan renunciaciones, modalizaciones y costes de oportunidad irreversibles. Ello especialmente para Derechos fundamentales que son aventuras y desempeños cooperativos, (*ius connubii*, libertad afectiva, fundar familia). Aquí el negocio se convierte en supuesto

de hecho para una doctrina de daño injusto que es pública y legal: el pacto no crea el daño injusto. Pero esta doctrina permite a aquél obtener un valor normativo no específico sino indirecto mediante cláusulas que señalen protocolos de retirada del negocio en modo aseguradamente indemne, no sólo como cuestión final sino también acreditando la buena fe, seriedad o no abusividad con que inicialmente el negocio se otorgó o siguió, (perfilan la antijuridicidad), señalando consecuencias indemnizatorias en otro caso, (siempre que llegue a existir daño por este comportamiento injusto). Ello tiene lugar mediante la apreciación de un daño moral que ha de revestir objetividad como razonabilidad: no se trata de abonar el victimismo absolutamente subjetivo. En este punto la sola constancia de tales cláusulas revela conocidamente para todos los otorgantes que ciertos derechos y ciertos valores morales se han puesto en juego, lo que entonces coloca como riesgo propio de cada firmante el desempeñarse con desprecio de los protocolos pactados. El pacto coadyuva también a cuantificar un daño moral que es siempre difícil de precisar, pero el Juez tendrá siempre la última palabra sin que nunca pueda convertirse en irrealizable el ejercicio del derecho de libertad atendida la capacidad económica de quien se retira.

DECIMOSEGUNDA

Es posible construir convencionalmente tasación de causas divorcistas y protocolos que modalicen el ejercicio de la acción divorcista. De tales cláusulas resultará que se disciplinan, siquiera indirectamente, las conductas de los cónyuges, infundiendo nuevo valor jurídico a su vínculo y proporcionando seguridad jurídica para la construcción de sus planes de vida cooperativos y para honrar los costes de oportunidad irrecuperables invertidos en ellos. Si no se acepta la posibilidad constructiva de una modalización convencional de la disolución del matrimonio se convierte el ejercicio de la acción

divorcista en un derecho ilimitado que puede ejercitarse injusta, dañosa o abusivamente contra 7 CC, o, si se quiere, de modo “antideportivo” y empoderado *ex lege*.

DECIMOTERCERA

Un pacto de indisolubilidad puro, (compromiso de no divorciarse), toma valor específico ponderando el Derecho fundamental de libertad religiosa. Sólo una objeción ideológica neutralizaría la ponderación preferente de la libertad religiosa de quien no quiere divorciarse pero, en tal caso, no basta la mera alegación vacía, (p.e. no vale alegar enemiga al matrimonio canónico para obtener divorcio civil y, sin embargo, no apostatar). El derecho de libertad como “derecho a no seguir casado” se satisface sin disolver el vínculo, (la separación legal soluciona las constricciones personales y patrimoniales). Un supuesto “derecho de casarme otra vez” puede ejercitarse igualmente en todas aquellas autonomías donde el separado legalmente, (incluso de hecho), puede constituir sin impedimento una unión no matrimonial que es equivalente hoy día al matrimonio civil estatal. Por su parte, en aquellas autonomías donde el separado legalmente no puede constituir aquéllas, esta imposibilidad no impide convivir con otra persona y sólo produce privación de contemplaciones públicas que: 1) si se predicen sin funcionalidad por la sola forma jurídica institucional matrimonial o no matrimonial, son inconstitucionales; 2) si se atribuyen por funcionalidad ponen en valor la prosocialidad de la estabilidad y la fijeza del vínculo. Esta última consideración proporciona entonces un valor público a favor de la indisolubilidad pactada que ha de ser ponderado junto a la libertad religiosa y a la libertad personal.

DECIMOCUARTA

Negocio familiar es aquel percutido por una función pública en zonas donde se excitan típica e intensamente ciertos Derechos fundamentales. La percusión de la función pública requiere un *prius* sobre el que recaer y tal *prius* es un negocio personal o patrimonial. Cuando existe subyacente un negocio patrimonial la circunstancia de tener objeto patrimonial pero ser a la vez intensamente decisivo para ciertos Derechos fundamentales y funciones públicas determina una naturaleza mixta en la que ha de dominar lo personal y sus reglas por encima de las patrimoniales; en otro caso habremos de hallarnos fuera de la sede familiar en un ámbito exclusivamente materialista. Sólo la funcionalidad pública permite hablar de negocio jurídico familiar y no de negocio personal o patrimonial, lo que, cuando aquélla está condicionada a ciertos requisitos adicionales al consentimiento, (expediente y ceremonia matrimonial, aprobación judicial de adopción o de convenios interconyugales), disloca de distinta forma en cada supuesto la relación entre el negocio personal subyacente y el negocio familiar emergente.

DECIMOQUINTA

Los retos que plantea la sede familiar al individuo y al contrato social no pueden superarse con una consideración esporádica a los Derechos fundamentales cuando sean lesionados o con una misma atención puntual al interés del menor cuando resulte afectado. Requieren continuidad y estabilidad en el servidor de estas tareas, esto es, función y *officium* como delegado público difuso. Esta idea funcional no es una elección ideológica sino resultado de un enjuiciamiento 1) sobre un mínimo funcional para reconocer ciertas estructuras como familias y ciertas personas como delegados aptos y 2) sobre ciertos modelos para efectuar retribuciones en justicia social de acuerdo con su mayor o menor funcionalidad. Existe una función familiar en relación con la prole y una función familiar interconyugal con unos oficios públicos conyugales que nutren, (yuxtapuestos

verticalmente al convenio matrimonial), los deberes matrimoniales. Que no exista dependencia interconyugal *ab initio* como en los hijos no excluye la existencia de este oficio conyugal y su interés funcional para el contrato social.

DECIMOSEXTA

En sede negocial familiar domina siempre una perspectiva resultadista. No es congruente para ella invocar especies contractuales para las que no importa la situación *post* negocio por ser igualmente disponible lo que existe antes, durante o tras su otorgamiento: un significado patrimonial. Así, todas las doctrinas contractuales de ineficacia negocial resultan cuestionadas en su trasvase a lo familiar donde, *post* negocio, existe 1) una realidad personal y familiar que no puede borrarse o retrotraerse como quien devuelve una cosa, y 2) una necesidad y función pública activadas. No ha de otorgarse relevancia a una simulación absoluta cuando luego los simuladores cumplen escrupulosamente la función familiar que su voluntad excluyó de su *Abschlussfreiheit* o a una reserva que no pasa desde aquella voluntad histórica en el otorgamiento negocial a la realidad del hecho y función familiar. Del mismo modo la pureza de las voluntades no evita la privación o suspensión de la patria potestad cuando la función no es ejercida con el mínimo exigible, (art. 170 y 172 CC), y el vicio en la filiación *ex voluntate* no extingue, suspende o priva de la función paterna si está siendo correctamente ejercida. Una vez ingresados en sede familiar todo ha de resolverse con una perspectiva resultadista *favor filii*, (180 CC), y no por un origen negocial que ha quedado cortado, sublimado y agotado.

DECIMOSÉPTIMA

La adopción es un negocio jurídico familiar. No es acto jurídico procesal sino un negocio multilateral o bilateral, tenga el adoptando más de 12 años o 12 años o menos. En este último caso se organiza la representación legal de su interés mediante la necesaria presencia del Ministerio Fiscal *ex* 1825 LEC de 1881. El valor del proceso es el de una *conditio iuris* garantista que se sobrepone sobre el negocio jurídico personal, (consentimientos básicos), para asegurar que resulte del mismo una función socialmente hábil, interesante para el menor e inocua para los Derechos fundamentales de todos, elevándolo sólo entonces a negocio familiar, (lo que agota y sublima aquella sustancia negocial básica). Este proceso forma parte de la jurisdicción voluntaria en función que no es contenciosa sino garantista y, como jurisdicción voluntaria, requiere un *prius* que, en este caso, sólo puede encontrarse en el negocio jurídico civil personal.

DECIMOCTAVA

La absorción de la nulidad y anulabilidad del negocio adoptacional en mera recurribilidad procesal, (impide nacer al hecho adoptacional y está sujeta a los plazos breves de recurso o de su resolución), suponen una primera adaptación de las doctrinas de ineficacia contractual a la naturaleza familiar de la misma. Pero el art. 180.2 CC efectúa una ponderación de Derechos fundamentales aún más explícita en el valor propio de lo familiar al negar virtualidad a un vicio procesal de nulidad absoluta, (lesión de Derechos fundamentales de dos adultos), cuando ello sea perjudicial para el menor. La perspectiva resultadista en Derecho de familia es precisamente ésta: conseguir siempre, (*ad cassum* y proporcionalmente), la situación real más funcional para el menor.

DECIMONOVENA

La adopción habría de constituir el modelo general de los negocios jurídicos familiares creadores de función familiar de crianza. En todos ellos la situación es multilateral y puede convertir a padres/madres legales previos, a la genitora o al hijo en meros objetos de un negocio ajeno. Sin embargo, sólo en la adopción se instrumentan garantías máximas para todos e incorporación universal al negocio, (siquiera para la familia previa se efectúe con un asentimiento que no es consentimiento básico). En el reconocimiento se atiende mínimamente esta circunstancia manteniéndolo meramente declarativo si no consiente el hijo o sus representantes legales, (123, 124 CC). En la LTRHA no se contempla ello en absoluto. Para la mujer usuaria se fía todo a que de hecho no acepte la práctica médica si no desea que el consentidor sea coprogenitor legal. Respecto del hijo se protesta su inexistencia jurídica como *concepturus*, pero este *concepturus* es inmediato *nasciturus* con un procedimiento técnico *standard* que está precisamente solicitado, en tanto el embrión es, sin duda, un concebido. No hay excusa para no organizar la representación legal de sus intereses potenciales. En su caso la retirada de uno o ambos genitores del proceso para llevar al embrión a vivir habría de ser sometida a los mismos controles garantistas de la adopción, sea que conduzcan a monomarentalidad, (el embrión ya existe y presenta una necesidad actual a tener algún adulto adscrito que rebaja al 39.2 CE como derecho a tener un padre y una madre), que deriven en adopción de embriones o que se mantenga la responsabilidad de los genitores.

VIGÉSIMA

El negocio de reconocimiento de hijo muestra distinta naturaleza por razón del panorama psicológico del reconocedor. Si éste cree razonablemente en su paternidad biológica y sólo otorga por razón del deber legal que así le corresponde, ejecuta un acto

jurídico en sentido estricto de manifestación de ciencia, con valor registral civil economizador. Si, por el contrario, otorga por querer ser padre legal aunque no le toque, estamos ante un verdadero negocio personal *ex* 10 CE. No crea filiación ni función pública paterna pero tampoco es una guarda de hecho, sino que el supuesto se inserta en una zona de tolerancia que el ordenamiento abre al no exigir prueba de ADN para otorgar e inscribir el reconocimiento y al construir las acciones de filiación como rogadas. El plan personal aludido desembocará en una posesión de estado que no es especie negocial y que podrá derivar, en su caso, en una verdadera filiación. Es posible que el plan personal del reconocedor sea dar simplemente un apoyo al niño y la madre, (padrinazgo), o un mero apoyo “honorífico”, (apellidos y figura meramente formal de padre); en tal caso no alcanzará posesión de estado y la situación será brevísima o larga en función de cómo juegue sus cartas el padre biológico. Esta zona de tolerancia se abre por existir aquí algún beneficio para el menor, componiendo negocios anómalos que no son nulos o fraudulentos. Si el plan personal no comprende ningún apoyo para el niño sino p.e. obtener beneficios sucesorios o fiscales, estaremos entonces ante un negocio indudablemente en fraude de ley. En reconocimientos sobre mayores de edad se pierde el valor como apoyo del menor ingresando en cuestión personal no familiar, lo que en sí mismo no es tampoco rechazable.

VIGÉSIMOPRIMERA

Un reconocimiento-voluntad es verdadero negocio y admite impugnación negocial, pero el error no es alegable, (sea o no sea su hijo quería criarlo), o será de Derecho, (pretendía un padrinazgo temporal o un apoyo honorífico); en el reconocimiento-ciencia se yerra al efectuar una manifestación de un hecho pero no de voluntad, lo que debe ser destruido desde la inexactitud de los hechos, (impugnación de filiación). No cabe *vis* al

otorgarse ante funcionario y las posibilidades se reducen a intimidación. En la adopción es todavía más difícil aceptar vicios dada la duración del proceso administrativo y judicial, la constante presencia funcional, la permanente instrucción de los otorgantes y el transcurso de los plazos de recurso sin excitar tal vicio. La sede TRHA ofrece mayor posibilidad al no existir ninguna función garantista sobre los consentimientos y su instrucción, quedando todo al albur del personal del centro de reproducción. En todos los casos la naturaleza de los hechos personales y familiares, (con su magma de pretensiones y presiones emocionales), complica distinguir un verdadero vicio: no ha existido casuística jurisprudencial en la adopción y los supuestos apreciables en sede de reconocimiento han terminado las más de las veces sin declarar el vicio. Siempre cabe negar acción *ad cassum* invocando la ponderación *favor minoris* que efectuaba el art. 180.2 CC en sede de adopción respecto del derecho de fundar, (y seguir), familia de dos adultos, aquí ajustando sobre libertad individual. A ello se añade también un argumento sobre la igualdad de la condición jurídica de hijo sea cual sea el criterio de determinación de la filiación, biológico, (la protección del menor adscribiendo padres/madres no cede por falta o vicio de voluntad), o voluntario.

VIGÉSIMOSEGUNDA

La LTRHA no ha regulado un negocio jurídico de creación de filiación *ex voluntate* al querer mantener la apariencia de un simple incidente médico en sede general de filiación biológica y pretender evitar la multilateralidad de tales negocios. Así fusiona procreación natural, asistida y artificial y remite 1) la filiación matrimonial, (incluso para matrimonio de mujeres), a un consentimiento unilateral para que actúe una presunción de matrimonialidad que es imposible aquí, (es *iuris tantum* y no *iuris et de iure* o ficción legal), no permitiendo luego impugnar la filiación resultante y 2) la filiación no

matrimonial a un consentimiento unilateral a la aplicación técnica con valor de escrito indubitado como un reconocimiento de hijo que, sin embargo, manifiesta *ab initio* y desde el título el hecho anómalo que lo niega; no prohíbe aquí impugnar al consentidor lo que, sin embargo, la doctrina establece desde los actos propios o el abuso de derecho.

VIGÉSIMOTERCERA

La LTRHA facilita extraordinariamente la aparición de un varón consentidor para TRHA sobre usuaria no casada. Este dato y la imperfección técnica con la que pretende conseguir una filiación *ex voluntate* pueden hacer aparecer en tal posición a personas que padecerán error de Derecho cuando pretendan impugnar luego la filiación determinada y les sea negado. Como en sede de reconocimiento, en estos consentimientos pueden existir planes personales de mero padrinazgo o apoyo honorífico o formal que habrían de ser separados de la determinación de filiación y la asunción de paternidad legal, regulando claramente cada tipo negocial para permitir un consentimiento bien informado sin confundir unos planes personales con otros.

VIGÉSIMOCUARTA

La naturaleza de la ejecución derivada de un negocio familiar es siempre específica e *in natura* sobre la persona en sí misma considerada, a diferencia de la resultante de un negocio patrimonial que sólo es satisfactoria en cuanto puramente material, convirtiéndose en otro caso en plenamente equivalente, o de la imposible ejecución específica de los negocios personales. Ello es así porque en sede familiar aparece una función pública y unos deberes públicos que deben ser instrumentados sí o sí. Por ello la negativa del

padre/madre legal a desempeñar la función no produce inejecutividad sino, (perspectiva resultadista), separación de la misión personal, (guarda administrativa, exclusión, suspensión o privación de patria potestad), y de la responsabilidad pública, (110, 111, 170, 172 CC), o, finalmente, extinción de tal delegación y nombramiento de otros, (efecto extintivo *ex adoptione*). Los negocios familiares no contienen un plan privado pactado entre iguales que sólo en general conviene que sea cumplido, (como suma a una masa o juego universal ciudadano), y por cuya razón indirecta la jurisdicción lo tutelaré pese a ser horizontal y privado. En el negocio familiar existe un plan y proyecto públicamente interesantes *in concreto*, este mismo por sí y para sí, directamente. No se articula aquí la “libertad de perder mi libertad” sino las funciones y deberes públicos que exige la implementación de tal plan público. Esta superejecutividad familiar exige un control que asegure la funcionalidad social y la inocuidad fundamental de lo que allí surgirá como plan público específicamente tutelado, pues ya no se basa en la sumisión jurisdiccional *ex conventione*, (consentimiento formal), sino en una naturaleza pública y absoluta que requiere un tercer protagonista situado fuera de la horizontalidad de las iguales personas.

VIGÉSIMOQUINTA

El convenio regulador constituye, como la adopción, un negocio personal civil que sólo a través de aprobación judicial se convierte en familiar y obtiene ejecutividad específica. Con este negocio el contrato social obtiene colaboración privada excitando una *Gestaltungsfreiheit voluntas subiecta materia* sometida a aprobación judicial. El Juez puede requerir modificaciones de lo propuesto hasta que alcance funcionalidad pública e inocuidad fundamental, pero no busca aquí el plan óptimo sino sólo que el propuesto sea uno de los muchos funcionales e inocuos en el caso concreto. Conseguido esto, la ejecutividad familiar comprende incluso tutela penal, (art. 223 - 233 CP). No se acude así

al Juez de familia para obtener un simple título ejecutivo sino para mutar la naturaleza de la ejecución correspondiente.

VIGÉSIMOSEXTA

Son posibles convenios generales o pactos puntuales extrajudiciales que serán negocio personal civil pero no negocio familiar, careciendo de su especial ejecutividad. Como personales serán siempre reversibles y carecerán de ejecución específica, de modo que si alcanzan algún valor normativo será sólo consecuencialmente en el intento de evitar abusos o daños injustos en la retirada de lo pactado o convenido. Al recaer sobre una realidad familiar, (creada biológica o negocialmente a su vez), modalizarán y tendrán efecto sobre la misma en cuanto sean voluntariamente observados, de modo que concretan e implementan el detalle cotidiano del ejercicio de la función pública general e imperativamente guionizada. Ello podrá determinar apariencias para terceros, pero se producen desde el hecho y no por un valor familiar *per se* del pacto o convenio extrajudicial: éste puede no ser familiar y no tener su ejecutividad específica pero ser, sin embargo, eficaz frente a terceros. Un paradigma para esto pactos sería: otorgamiento notarial, (información y legalidad de consentimientos, carácter público para terceros), y revocabilidad esencial con notificación notarial al recíproco, (protocolo mínimo de indemnidad).

VIGÉSIMOSEPTIMA

Interconyugalmente todo pacto que afecte a cuestión familiar ha de ser objeto de aprobación judicial, en tanto aquellos que no la perturban llevarán su controversia al Juez

civil como asunto patrimonial o personal. El contenido necesario del convenio regulador señala materias necesariamente familiares, pero en la sede personal ha de considerarse que los Derechos fundamentales específicamente concernidos por la funcionalidad matrimonial, (así el de igualdad), han de convocarse ante el Juez de familia y no ante el Juez civil. Ello arrastra a la pensión compensatoria hacia la problemática familiar fuera de las cuestiones patrimoniales o meramente personales.

VIGÉSIMOCTAVA

Sólo el Juez de familia es competente para otorgar la aprobación que convertirá a un pacto personal o mixto en negocio familiar, dotándole de la especial ejecutividad familiar. De este modo, aunque un Juez civil considere válido y eficaz un pacto extrajudicial sobre pensión compensatoria, no podrá deducirse consecuencia penal por razón de su impago. Por su parte, los vicios del consentimiento han de considerarse competencia propia del Juez de familia con motivo de la aprobación: no cabe decir que su jurisdicción se limita a declarar que el plan familiar propuesto cabe o no cabe en el orden público familiar.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD ARENAS, E., *Notas sobre la Privación de la Patria Potestad en el Derecho Común*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), [Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés](#) Vol. 1, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 25 - 41.
- ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., (*et alii*), *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, 1ª edición, editorial Trivium, Madrid - 1993.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Comentario del artículo 623 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 1587 - 1589.
- ABRAMOVICH, V., COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, editorial Trotta, Madrid - 2002.
- AGUIAR DE LUQUE, L., *El Tribunal Constitucional y la función legislativa: el control del procedimiento legislativo y de la inconstitucionalidad por omisión*, en *Revista de Derecho Político*, UNED, número 24, Madrid - 1987, pp. 9-30
- AHUMADA RUIZ, M.A., *El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 8, Enero-Abril, 1991, pp. 169-194.
- ALBÁCAR LÓPEZ, J.L., (*et alii*), *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, 1ª edición, editorial Trivium, Madrid - 1993.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*. Décima edición. Editorial Edisofer, Madrid - 2006.
- ALEXY, R., *Teoría de los Derechos fundamentales*, GARZÓN, E., (trad.), ZIMMERLING, R., (rev.), ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1997

- ALFARO AGUILA-REAL, J., *Autonomía privada y derechos fundamentales*, en Anuario de Derecho Civil, Tomo XLVI , 1993-1, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp- 57 - 122.
- ALFARO AGUILA-REAL, J., *Libertad e igualdad en el derecho de asociación*, en VVAA, *Los alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares*, ed. Casino de Irún, Irún - 2000.
- ALKORTA IDIAKEZ, I. *Nuevos límites del derecho a procrear* , en Derecho privado y Constitución, Nº 20, Enero- Diciembre 2006, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 2006, pp. 9-61.
- ALONSO CRESPO, E., *Adopción nacional e internacional: Panorámica procesal y sustantiva, incluida la intervención de los padres biológicos*, editorial La Ley, Madrid - 2004.
- ALONSO RIMO, A., *Víctima y sistema penal: las infracciones no perseguibles de oficio y el perdón del ofendido*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia - 2002.
- ALVARADO PLANAS, J., *Fundamentación historicista de los Derechos humanos*, en GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *Pasado, presente y futuro de los Derechos humanos*, ed. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México - 2004, pp. 61 - 92.
- ALVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.M. *¿Existe un derecho a no nacer con limitaciones? Comentario al informe del Comité Consultivo Nacional de Ética de Francia, con motivo del caso "Perruche"* Actualidad administrativa, año 2002, número 1, ed. La Ley-Actualidad, Madrid - 2002, pp. 1-7.
- ANNAS, G.J., *The shadowlands- secrets, lies and assisted reproduction*, 339 New England Journey of Medicine, ed. Masachussetts Medical Society , Boston - 1998.
- AÑÓN, M.J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1994.

- APARISI MIRALLES, A., LÓPEZ GUZMÁN, J., *El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto de aborto. De la fundamentación jurídico-filosófica a su reconocimiento legal*, en *Persona y Bioética*, Enero-Junio 2006, ed. Universidad de La Sabana, Chía - 2006.
- APARISI MIRALLES, A., *BIOÉTICA, BIODERECHO Y BIOJURÍDICA (Reflexiones desde la filosofía del derecho)*, Anuario de Filosofía del Derecho, número XXIV, Enero 2007, ed. Ministerio de Justicia - BOE, Sociedad Española de Filosofía Política y Jurídica, Madrid – 2007, pp. 64 - 84.
- ARAGÓN REYES, M., *Problemas del recurso de amparo*, en PÉREZ TREMPES, P., (coordinador), *La reforma del recurso de amparo*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia - 2004, pp. 145-176.
- ARCE y FLÓREZ-VALDÉS, J., *La adopción de expósitos y abandonados*, Centro de Redacción y Publicaciones de la Obra de Protección de Menores, Madrid - 1968.
- ARISTÓTELES, *Política*, III, 5, 1280 a y b, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, (trad.), ed. Istmo, Madrid - 2005).
- ARTERO FELIPE, J.L., *El elemento volitivo de la adopción*, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, número 12, 2001, ed. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo, Universidad de Zaragoza, Zaragoza - 2001, pp. 53 - 76.
- ASUA GONZÁLEZ, C.I., *El Matrimonio hoy: sus perfiles jurídicos ad intra y ad extra*, en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 6-27.
- ATIENZA, M., *Una clasificación de los Derechos humanos*, en *Anuario de Derechos Humanos*, ed. Universidad Complutense, número 4, 1986-1987, Madrid – 1987, pp. 29-43.
- ATIENZA, M., *Sobre la clasificación de los Derechos Humanos en la Constitución*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número 2, ed. Universidad Complutense, Madrid - 1979, pp. 123 – 132.

- ATIENZA, M., *De nuevo sobre las madres de alquiler*, en El Notario del S.XXI, número 27, Septiembre/Octubre de 2009, ed. Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2009, pp. 52 -56.
- AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, ed. Civitas, Madrid - 1997.
- BACHOF, O., *Jueces y constitución*, Cuadernos Civitas, ed. Civitas, 1ª edición, Madrid - 1985.
- BALLARÍN IRIBARREN, J., *Recensión del libro de Jesús GARCÍA TORRES y Antonio JIMÉNEZ BLANCO, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares, (La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, en Revista Española de Derecho Constitucional, número 24, Septiembre-Diciembre 1998, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 1998, pp. 283 – 318.
- BALLESTEROS DE LOS RÍOS, M., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (*et alii*), *Comentarios al Código civil*, 2ª edición, editorial Thomsom Aranzadi, Madrid - 2006.
- BAÑO LEÓN, J.M., *La igualdad como derecho subjetivo*, en Revista de Administración Pública, número 114, Septiembre-Diciembre 1987, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1987, pp. 179-195.
- BARBER CÁÑAMO, R., *La legitimación del progenitor para reclamar su paternidad*, en Aranzadi Civil, número 2, 2006, pp. 2149- 2192.
- BARBER CÁÑAMO, R., *Nuevos retos ante el Derecho español de filiación*, en Revista de Derecho Privado, julio-agosto 2009, pp. 3-47.
- BARBER CÁÑAMO, R., *Código civil comentado, vol. 1*, editorial Civitas, Cizur Menor, 2011.
- BARRANCO AVILÉS, M.C., *La Teoría Jurídica de los Derechos Fundamentales*, editorial Dykinson, Madrid - 2000, pg. 113
- BASTEN, S., *Pets and the “need to nurture”*, The Future of Human Reproduction, Working Paper #3, February 2009, ed. St. John’s College Research Centre, University of Oxford and

the Vienna Institute of Demography, Austrian Academy of Science, <http://www.sjc.ox.ac.uk/3153/WP45%20Pets%20and%20the%20need%20to%20nurture.pdf.download>, última visita el 17 de Marzo de 2014.

- BASTEN, S., *The socioanthropology of human reproduction*, The Future of Human Reproduction, Working Paper #1, February 2009, ed. St. John's College Research Centre, University of Oxford and the Vienna Institute of Demography, Austrian Academy of Science, <http://www.sjc.ox.ac.uk/3150/WP43%20The%20socioanthropology%20of%20human%20reproduction.pdf.download>, última visita el 17 de Marzo de 2014.
- BENAVIDES, F.S., *Excepción, Decisión y Derecho en Carl Schmitt*, en *Argumentos*, septiembre-diciembre, año 2006/vol. 19, número 052, Universidad Autónoma Metropolitana - Xochimilco, Distrito Federal, México, pp. 125-145, Red de Revistas Científicas, Universidad Autónoma del Estado de México, México - 2006, pp. 125-145.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *La filiación inducida y las clasificaciones legales*, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana. II Congreso Vasco*. Departamento de Derecho Privado, Universidad del País Vasco, Ponencias y Comunicaciones, Vitoria - 1987, ed. Trivium, Madrid - 1988, pp. 117 - 140.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *Principio de igualdad y Derecho Privado*, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLIII, fascículo 2, Abril-Junio de 1990, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1990.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., *Comentario al artículo 1.158 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 165-174.
- BERROCAL LANZAROT, A., *Reconocimiento de la filiación por complacencia. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre de 2010*, RCDI, año 87, número 728, noviembre - diciembre 2011, pp. 3415-3450.

- BETTI, E., *Teoría General del Negocio Jurídico*, traducción de MARTÍN PÉREZ, A., ed. Comares, Granada - 2000.
- BILBAO UBILLOS, J.M., *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, ed. Centro de Estudios Constitucionales-Boletín Oficial del Estado, Madrid - 1997.
- BILBAO UBILLOS, J.M. y REY MARTÍNEZ, F., *Veinte años de jurisprudencia sobre la igualdad constitucional*, en ARAGÓN REYES, M., y MARTÍNEZ-SIMANCAS SÁNCHEZ, J., *La constitución y la práctica del Derecho*, Tomo I, ed. Aranzadi-BCH, Madrid - 1998, pp. 243-340.
- BÖCKENFÖRDE, E.W., *Sobre la situación de la dogmática de los Derechos fundamentales tras 40 años de la Ley Fundamental*, traducción de REQUEJO PAGÉS, J.L., en *Escritos sobre Derechos fundamentales*, ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden - 1993, pp. 95-138.
- BONET NAVARRO, J., *El concepto de familia numerosa en la legislación española*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., [*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*](#), Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1321-1332.
- BONSIGNORI, F., GRECO, T. (curatore), *Un solo mondo, un solo diritto?*, Edizione Plus, Pisa, University Press, (Pisa 2007).
- BRAGE CENDÓN, S., *El delito de impago de pensiones, (art. 244 CP)*, en *Revista Xurídica Galega*, número 36, ed. Asociación Revista Xurídica Galega, Pontevedra - 2002, pp. 13 - 26.
- BUCHANAN, A., BROCK, D.W., DANIELS, N., WIKLER, D., *From Chance to Choice: Genetics and Justice*, ed. Cambridge University Press, New York y Cambridge, Inglaterra - 2000.

- BURLAMAQUI, J.J., *Principes du Droit Politique*, tomo II, capítulo V, ed. Barrillot et fils, Ginebra - 1747.
- BUSTOS PUECHE, J. *El Derecho Civil ante el reto de la nueva genética*. Editorial Dykinson, Madrid - 1996.
- CABALLERO LOZANO, J.M., *La capacidad asociativa del menor*, en CABANILLAS SÁNCHEZ, (coord., et alii), *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez Picazo*, ed. Civitas, Madrid - 2003, pp. 299 -319.
- CABRILLO, F., *Matrimonio, familia y economía*, ed. Minerva Ediciones, Madrid - 1996.
- CAMPS, V. *¿Qué hay de malo en la eugenesia?*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, N° 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002, pp. 55-71.
- CAÑETE QUESADA, A., *El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código civil en materia de separación y divorcio*, La Ley, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 2004, pp. 1516 - 1524.
- CARBONELL, M., *Derechos Fundamentales y Relaciones entre Particulares*, (Notas para su Estudio), IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Diciembre 2006, pp. 50-75.
- CARCABA FERNÁNDEZ, M. *Los problemas jurídicos planteados por las técnicas de reproducción humana*. Editorial Bosch, Barcelona - 1995.
- CARDONA ESCANERO, G., NAVARRO ESTEBAN, J., BUSQUETS BRAGULAT, J., *El servicio militar: historia y problema*, en Historia 16, ISSN 0210-6353, N° 225, ed. Historia Viva, Madrid - 1995, pp. 11 - 25.
- CARRASCO DURÁN, M., *Los procesos para la tutela judicial de los Derechos fundamentales*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 2002
- CARRASCO PERERA, A., en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (et alii), *Comentarios a las reformas del Código civil*, ed. Tecnos, Madrid - 1993.

- CARRASCO PERERA, Á. *Comentario al artículo 6º-3 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. I, vol. 1, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., ed. EDERSA, Madrid - 1993.
- CARRASCO PERERA, A., “*Tener y no tener un derecho subjetivo a la vivienda*”, *Actualidad Jurídica* número 814, 10 de Febrero de 2.011, editado por Thomsom Reuters Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2.011, pp. 2.
- CARRASCO PERERA, A., *Derecho de familia. Casos. Reglas. Argumentos*, editorial Dilex, 2006, pg. 52.
- CARRIÓ, G., *Principios jurídicos y positivismo jurídico*, ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires – 1970.
- CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil Español, Común y Foral*, Tomo V, vol. 1, 8ª edición, ed. Reus, Madrid, 1961.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo V, Vol. 2º, - Décima edición, adaptada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, G. Editorial Reus, Madrid - 1995.
- CASTILLA URBANO, F., *El esclavo por naturaleza en la España de la primera mitad del siglo XVI: Vitoria, Sepúlveda y Las Casas*, e-legal history review, ISSN 1699-5317, Nº. 15, 2013, ed. Iustel, Madrid - 2013.
- CASTILLO MARTÍNEZ, C.C., *La protección de la vida prenatal en el ordenamiento jurídico español: del Nasciturus al Moriturus*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés Vol. 1*, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 513 - 540.
- CASTRO LUCINI, F., *Notas sobre la nueva regulación legal de la adopción, (La afiliación adoptiva)*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, tomo LXIV, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid - 1988.

- CICU, A., SENTIS MELENDO, S., (traductor), *El Derecho de Familia*, Ediar, Sociedad Anónima de Editores, Buenos Aires - 1947.
- CIMBALI, E., GARCÍA ESTEBAN, F., traductor, *La nueva fase del derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, ed. Sucesores de Rivaneyra, Madrid, 1893
- CHIOVENDA, G., *Principios de Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Madrid - 1992.
- CLAVERO, B., *De los Dudosos Orígenes de los Derechos humanos, (a propósito de un fallido encuentro entre los Droits de l'Homme y los Natural Rights)*, Quaderni Fiorenti, número 17, 1988, ed. Giuffrè Editore, Milano, 1988, pp. 498-505.
- COLLAZO CHAO, E., *Problemas éticos en la selección de embriones con finalidad terapéutica*, *Cuadernos de Bioética*, XXI, 2010, 2ª, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, Madrid - 2010, pp. 231-242.
- CONDE PUMPIDO, C., *Los problemas de la responsabilidad por los hechos ilícitos de los menores*, en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor CASTÁN TOBEÑAS*, ed. EUNSA, Pamplona - 1969, pp. 73 - 109,
- CORRAL SALVADOR, C.M., *Moral Internacional*, ed. Dykinson, Madrid - 2013.
- CORRAL TALCIANI, H. *Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la Familia*. Colección Jurídica Universidad de los Andes, Santiago de Chile - 1994.
- CORRAL TALCIANI, H.F. y VIGO, A., *Recensión sobre El dominio de la vida: una discusión sobre el aborto y la eutanasia*, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21, número 2, ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago – 1994, pp. 432- 440.
- CRUZ VILLALÓN, P., *Formación y evolución de los Derechos fundamentales*, en *Revista Española de Derecho constitucional*, número 9, Enero - Abril 1989, pp. 35-62
- CRUZ VILLALÓN, P., *La constitución y el “resto” del ordenamiento jurídico*, en CABANILLAS SÁNCHEZ, A., (coord., et alii), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez- Picazo*, ed. Thomsom-Civitas, Madrid - 2003, vol. 4, pp. 6362 - 6372.

- CSILLAG, P., *The Augustan Laws on Family Relations*, ed. Akademiai Kiadó, Budapest - 1976.
- CUENA CASAS, M., *Algunas deficiencias de la Ley Concursal ante la insolvencia de la persona física*, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº7 Noviembre 2.009, ed. Aranzadi-Thomsom Reuters, Cizur Menor, (Navarra), 2009, pp. 91-112.
- DABIN, J., *El derecho subjetivo*, *Revista de Derecho Privado*, ed. EDERSA, Madrid - 1955
- D'AGOSTINO, F., *La bioética como Problema Jurídico, Breve análisis de carácter sistémico*, en *Cuadernos de Bioética*, n. 28, 4ª, 1996, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, Madrid - 1996, pp. 470-476.
- D'AGOSTINO, *Linee d'una filosofia della familia*, ed. Giuffré, Milano, 1.999.
- DAWKINS, R., *The selfish gen*, ed. Oxford University Press, Oxford, 2ª edición, 1989.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R., *La Responsabilidad Civil*, ed. Universidad de Deusto, Deusto - 1988.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Los llamados derechos de la personalidad*, en *Anuario de Derecho Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1959, pp. 1237 - 1276.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, ed. Civitas, Madrid - 1985.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Volumen I*, comprendiendo *Derecho Civil de España, Tomo I*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008
- DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho Civil de España, Volumen II*, comprendiendo *Derecho Civil de España Tomo II y Temas de Derecho Civil*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), 2008, pg. 37
- DE DOMINGO PÉREZ, T., *El problema de la Drittwirkung de los derechos fundamentales: una aproximación desde la filosofía del derecho*, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año nº 15, Nº 25, 2011 ed. Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid - 2011, pp. 251-289.

- DE IRALA, J., LÓPEZ del BURGO, C., *Los estudios de adopción en parejas homosexuales: mitos y falacias*, en Cuadernos de Bioética, XVII, 2006/3ª, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, 2006, pp. 377-389.
- DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, L.M., *Fundamento Filosófico de la Autonomía de la Voluntad*, en PRATS ALBENTOSA, L., (Coordinador general), en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, ed. por Consejo General del Notariado, Madrid y Wolters Kluwert España S.A., Madrid - 2012, pp. 109-184.
- DE LA HUERTA VALDÉS, R., *El negocio jurídico procesal*, en Revista Letras Jurídicas nº 7, Enero 2003, ed. Centro Universitario de La Ciénega, Guadalajara, (México) - 2003, pp. 1-12.
- DE LA VALLINA DÍAZ, *Naturaleza jurídica y acto constitutivo en la adopción*, Revista de Derecho Privado, número 45, 1969, ed. EDERSA, Madrid - 1969.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentario al artículo 1.300 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 541-543.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Comentario al artículo 1.311 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 566-568.
- DELGADO ECHEVERRÍA, J., PARRA LUCÁN, M. A., *Las Nulidades de los Contratos. En la teoría y en la práctica*, ed. Dykinson, Madrid - 2005.
- DE LORA DELTORO, P., *El último libro de Dworkin: aborto y eutanasia*, en Sistema, Revista de Ciencias Sociales, 117/1993, ed. Fundación Sistema, Madrid, 1993, pp. 101-108.
- DE LORA DELTORO, P., *¿Ser o no ser? El misterioso caso de los embriones "supernumerarios"*, en Anuario de derecho civil, Vol. 56, Nº 1, 2003, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2003, pp. 101-138.

- DE LORA DELTORO, P., *¿Qué hay de malo en tener hijos?*, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, número 10, 2006, ed. Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2006, pp. 1-23.
- DE LORA DELTORO, P., *¿Puede Gracia ser franciscana? Un comentario a Mark Rowlands: “¿Pueden los animales ser morales?”*, en DILEMATA año 4, (2012), número 9, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC: Instituto de Filosofía, Madrid, 2012, pp. 33-39.
- DE LUCAS, J., *El concepto de derecho subjetivo*, en DE LUCAS (ed.), *Introducción a la teoría del Derecho*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994
- DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, ed. Temas de Hoy, Madrid - 1994.
- DE LUCAS, J., *La globalización no significa universalidad de los Derechos humanos, (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)*, en Jueces para la Democracia, número 32, 1998, pp. 3 - 9.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado*, en Revista de Derecho Privado, 1998, número 82, mes 7-8, ed. EDERSA, Madrid - 1998, pp. 541-558.
- DE MIGUEL BERIAIN, I., *¿Derechos para los Animales?*, en DILEMATA año 1, (2009), número 1, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, CSIC: Instituto de Filosofía, Madrid, 2009, pp. 15-31.
- DE OLIVEIRA, P.F., *A liberdade em Kant: um fundamento da cidadania*, en Revista USCS, Direito, ano IX, número 14, junio 2008, ed. Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Sao Caetano -2008, pp. 123-149.
- DE OTTO Y PARDO, I., *La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución*, en *Derechos*

- fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid - 1992, pp. 93-170.
- DE PABLO CONTRERAS, P., *La función normativa del título preliminar del Código civil*, *Anuario de derecho civil*, Vol. 49, Nº 2, 1996, pp. 533-606.
 - DE PABLO CONTRERAS, P., "*Situaciones de desamparo*" y "*Situaciones de riesgo*" de *desprotección social de los menores en la Ley Orgánica 1/1996, del 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*, en *Desprotección social de los menores y las instituciones de amparo reguladas en la ley orgánica de protección jurídica del menor*, en *Jornadas de derecho civil en homenaje a Estanislao de Aranzadi* / coord. por Miguel Angel Pérez Alvarez, 1997, pp. 49-62.
 - DE PABLO CONTRERAS, P., *La Constitución y la Ley 13/2005, de 1 de julio, de Reforma del Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio* en *Estudios de derecho judicial*, Nº. 130, 2007, págs. 59-92.
 - DE PABLO CONTRERAS, P., *Instituciones de guarda y protección de menores (guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento)*, en *Tratado de derecho de la familia* / Mariano Yzquierdo Tolsada (dir.), Matilde Cuenca Casas (dir.), VI. 6, 2011 (*Las relaciones paterno-filiales (II). La protección penal de la familia*), pp. 399-503.
 - DE PABLO CONTRERAS, P., (coordinador), MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. y PARRA LUCÁN, M.A., *Curso de Derecho civil, I, Derecho Privado. Derecho de la persona, 4ª edición*, ed. Colex, Majadahonda, Madrid - 2011.
 - DE SOLAS RAFECAS, J.M., ARIÑO ORTIZ, G., *Contratos administrativos y contratos privados de la administración*, ed. Tecnos, Madrid – 1990.
 - DEWAR, J., *Family Law and its discontents*, *International Journal of Law, Policy and Family*, número 14, 2000, ed. Oxford Universtiy Press, pp. 59 - 85.

- DÍAZ ALABART, S., *El pseudo “estatus familiae” en el Código Civil. Una nueva relación familiar*, Revista de Derecho privado, ed. EDERSA, número 76, mes 10, 1992, Madrid - 1992, pp. 839 – 856.
- DICKENSON, D., *Property and Women’s Alienation from Their Own Reproductive Labour*, en *Bioethics*, Volume 15, Issue 3, ed. Wiley Periodicals Inc., Hoboken pp. 205 - 217.
- DÍEZ DEL CORRAL, L., *Sobre el dicho común: esto puede ser justo en teoría pero no vale la práctica*, en *Scritti politici e di filosofia della Historia e del Diritto*, editrice Torinese, Turín – 1965.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Los procesos constitucionales*, (coloquio), editorial Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1992
- DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de Derechos fundamentales*, ed. Civitas, Madrid - 2003.
- DIEZ PICAZO, L., *Familia y Derecho*, ed. Civitas Madrid - 1984, pg. 33.
- DÍEZ PICAZO, L., *Constitución, Ley, Juez*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 15, Septiembre-Diciembre, 1985, pp. 9-23.
- DÍEZ-PICAZO , L., *Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución*, en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, *De los derechos y deberes fundamentales*, editorial Civitas, Madrid - 1991, pp. 1257-1270.
- DÍEZ-PICAZO , L., *La jurisprudencia constitucional de los Derechos fundamentales*, en LÓPEZ PINA, A., (director), VVAA., *La garantía de los derechos fundamentales, Alemania, España, Francia e Italia*, ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense- Editorial Civitas, Madrid, 1ª edición, Madrid- 1991, pp. 325-327.

- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo I, Introducción, Teoría del Contrato*, 6ª edición, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Tomo II, Las relaciones obligatorias*, 6ª edición, ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.
- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, 3ª edición, ed. Tecnos, Madrid - 1.980.
- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Instituciones de Derecho Civil*, ed. Tecnos, Madrid - 1998.
- DÍEZ PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil, vol. IV, tomo I, Derecho de Familia*, 10ª edición, editorial Tecnos, Madrid - 2006.
- DOEHRING, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3ª edición, ed. Metzner, Frankfurt - 1984.
- D'ORS, A., *Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de ius*, en *Studi in memoria di E. Albertario*, vol. 2, ed. Giuffrè, Milano, 1950.
- DORAL GARCÍA, J.A., *La hibernada acción de jactancia y el problema del silencio*, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo, Tomo I*, ed. Civitas, Madrid - 2003, pp. 487 - 515.
- DOUZINAS, C., *El final de los Derechos humanos*, traducción de FALCÓN TELLA, F., Anuario de Derechos humanos, Nueva Época, Volumen 7, Tomo 1, 2006, ed. Universidad Complutense, Madrid-2006, pp. 309 - 340.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, traducción de GUASTAVINO, M., ed. Ariel, 2ª edición, Barcelona - 1989.
- DWORKIN, R. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Ed. Ariel, Barcelona - 1994.
- DWORKIN, R., *Playing God: Genes, Clones and Luck*, en *Sovereign Virtue*, ed. Harvard University Press, Cambridge - 2000, pp. 427 - 452.

- ECHEVERRÍA, J., *El principio de responsabilidad: Ensayo de una axiología para la tecnociencia*, en Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002, pp. 125 - 137.
- EEKELAR, J., *Family Law and Social Policy*, 2ª ed., ed. Weinfield and Nicholson, London - 1984.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., *Ruido ambiental, intimidación e inviolabilidad del domicilio: STC 119/2001 de 24 de Mayo*, en www.indret.com, <http://www.indret.com/es/?ed=21>.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., *Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial*, en *Estudios en Homenaje al prof. DIEZ PICAZO, Tomo III*, ed. Thomsom Civitas, Madrid - 2003 4551 - 4574.
- EIDENMÜLLER, FAUST, GRIGOLEIT, JANSEN, WAGNER y ZIMMERMANN, en CÁMARA LAPUENTE, S., director, ARROYO AMAYUELAS, E., coordinadora, *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores, (Más allá de la Directiva sobre derechos de los consumidores y del Instrumento opcional sobre un Derecho Europeo de la compraventa*, ed. Civitas, Thomsom Reuters, (Cizur Menor, 2012), pp. 107 - 162.
- ENGEL, L., *La responsabilité en crise*, ed. Hachette, París - 1995.
- ESPEJO LERDO de TEJADA, M., *Reforma constitucional de la filiación, preterición y problemas de derecho transitorio (A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1995)*, Anuario de derecho civil, Vol. 50, Nº 1, 1997, págs. 377-412.
- ESPEJO LERDO de TEJADA, M., *Matrimonio legal: ¿un nombre vacío? A propósito de la reforma del Código Civil de Julio de 2005*, en [Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola](#), Vol. 1, 2006, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pp. 1461-1484.
- ESPINOSA DE SOTO, J.L., *Capacidad de los menores de edad y autonomía privada*, en PRATS ALBENTOSA, L., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Estudios en*

- conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, ed. por Consejo General del Notariado, Madrid y Wolters Kluwert España S.A., Madrid - 2012, pp. 455 - 511.
- ESTRADA-VÉLEZ, S., *Dos ejercicios de ponderación a propósito del matrimonio y la adopción en parejas del mismo sexo*, en *Opinión Jurídica*, Volumen 10, número 19, Enero-Junio 2011, ed. Universidad de Medellín, Medellín, 2011, pp. 21-40.
 - FEITO GRANDE, L., *Los Derechos humanos y la ingeniería genética: la dignidad como clave*, *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, N° 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002, pp. 151-165.
 - FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *Comentario a la STS número 751 de 29 de noviembre de 2010*, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 87, septiembre-diciembre 2011, pp. 1701-1714.
 - FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de IBÁÑEZ, A., P., RUIZ MIGUEL, A., BAYÓN, J.C., TERRADILLOS, J. y CANTARERO, R editorial Trotta, Madrid - 1995.
 - FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali*, en *Teoría Política*, número 2, ed. Franco Angeli edizioni, Milán - 1998, pp. 3 - 33.
 - FERRAJOLI, L., *Derechos fundamentales*, en *Derechos y garantías*, ed. Trotta, Madrid - 1999.
 - FERRERES COMELLA, V., *Justicia Constitucional y Democracia*, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 1997.
 - FERRERES COMELLA, V., *La eficacia de los Derechos fundamentales frente a los particulares*, Ponencia presentada en el Seminario en Latinoamérica sobre Teoría Constitucional y Política (SELA), organizado por la Universidad de Yale en 2004 sobre "Los límites de la Democracia", celebrado en Oaxaca, Méjico, (<http://islandia.law.yale.edu/sela/SELA%202004/FerrerPaperSpanishSELA2004.pdf>).

- FIENUP-RIORDAN, A., *The Living Tradition of Yup'ik Masks: Agayuliyararput (Our Way of Making Prayer)*, ed. University of Washington Press, Seattle, WA, - 1996 .
- FLACK, J. y DE WAAL, F., *Any Animal Whatever. Darwinian Building Blocks of Morality in Monkeys and Apes*, en KATZ, L.D., (comp.), *Evolutionary Origins of Morality. Journal of Consciousness Studies*, Vol. 7/, número 1-2, 2.000, ed. Imprint Academy, Exeter – 2.000, pp. 1 - 29.
- FLAQUER VILADEBÓ, L., *El destino de la familia*, ed. Ariel, Barcelona - 1988.
- FLUME, W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, zweiter band, Das Rechtsgeschäft*, ed. Springer- Verlag, Berlín - New York - 1979.
- FOLLÍA CAMPS, R., *La defensa de la dignitat de la persona en el Llibre II del Codi Civil de Catalunya. Mitjans per a la seva protecció*, en La Notaría, ed. Col·legi de Notaris de Catalunya, 2/2012, pp. 36 - 43.
- FOSAR BENLLOCH, E., *Notas para una introducción al Derecho de Familia*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, número 498, Septiembre - Octubre 1973, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid - 1973, pp. 1105-1166.
- FOUCAULT, M., *Historia de la Sexualidad 1. La voluntad de saber*, ed. Siglo XXI de España editores, S.A., (Tercera reimpresión), Madrid - 2009.
- FREIXES SAN JUÁN, T., *Constitución y Derechos fundamentales. Estructura jurídica y función constitucional de los derechos. Introducción al sistema de derechos de la Constitución española de 1978*, PPU, Barcelona, 1992.
- FRÍAS NAVARRO, D., *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo, resultados de una investigación psicológica*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., (et alii), *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid - 2006.

- FUSCALDO, G., *Gamete donation: when does consent become irrevocable?*, Human Reproduction, Volume 15, Issue 3, Marzo 2000, ed. Oxford University Press, Oxford - 2000, pp. 515 – 519.
- GAFO FERNÁNDEZ, J. *Nuevas técnicas de reproducción humana*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid-1986.
- GALGANO, F., *El negocio jurídico*, traducción de Francisco Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, ed. Tirant lo Blanc, Valencia – 1992.
- GALGANO, F., *Voz Negocio Jurídico, Diritto Privato*, en Enciclopedia dei Diritto, t. XXVII, ed. Giuffré, Milano - 2003, pp. 932 y ss.
- GALLO VÉLEZ, A.S.. *Los reconocimientos de complacencia en el Derecho común español*, Tesis Doctoral dirigida por MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., año 2013, consultada en el Archivo Central de la Universidad de Zaragoza.
- GARCÍA CANTERO, G., *El nuevo régimen de la adopción*, en Anuario de Derecho Civil, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Vol. 3, Nº 7/1971, Madrid - 1971, pp. 789 - 861.
- GARCÍA CANTERO, G *El derecho a nacer. (Aspectos civilísticos del aborto)* en *Constitución, derecho y proceso: estudios en memoria de los profesores Vicente Herce Quemada y Ángel Duque Barragués*, Editado por Instituto Fernando el Católico, Zaragoza - 1983, pp. 153-150.
- GARCÍA CANTERO, G. *La "non nata" cláusula de dureza en el divorcio español* Anuario de derecho civil, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Vol. 36, Nº 4, Madrid - 1983, pp. 1343 - 1358.
- GARCÍA CANTERO, G., *Comentario al artículo 98 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., Tomo II, ed. EDERSA, 2ª edición, Madrid - 1985.

- GARCÍA CANTERO, G., *Notas sobre la Representación Legal en el Derecho de Familia*, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Varios Autores, ed. Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia - 1989, pp. 289 - 302.
- GARCÍA CANTERO, G. *La crisis de la sexualidad y su reflejo en el Derecho de familia en Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. 1, J.M: Bosch editor, Barcelona - 1992, pp. 337-353.
- GARCÍA CANTERO, G. *Legalizar la eutanasia* Cuadernos de bioética, ed. Asociación Española de Bioética y Ética Médica, Vol. 3, Nº 9, Madrid - 1992, pp. 61- 62.
- GARCÍA CANTERO, G., *Comentario al artículo 1473*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 930-933.
- GARCÍA CANTERO, G. *Luces y sombras en la evolución del Derecho español de familia (1981-1990)* Revista española de derecho canónico, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Vol. 52, Nº 138, Salamanca - 1995, pp. 43-54.
- GARCÍA CANTERO, G., *La filiación en el caso de la utilización de técnicas de reproducción asistida*, en *Derecho, Procreación y Ética*, Cuadernos de Bioética Vol. 10, Nº 39, ed. Asociación de Bioética y Ética Médica, Madrid - 1999, pp. 478 - 494.
- GARCÍA CANTERO, G. *Adoptio, semper reformanda est* Revista crítica de derecho inmobiliario, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Año nº 76, Nº 660, Madrid - 2000, pp. 2437 - 2454.
- GARCÍA CANTERO, G. *¿Derecho a no casarse?* Actualidad civil, ed. La Ley-Actualidad, Nº 1, Madrid - 2004, pp. 13 - 22.
- GARCÍA CANTERO, G. *Sobre el llamado "matrimonio homosexual". Análisis de algunas cuestiones debatidas* en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, Vol. 1, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid - 2006, pp. 1561-1579.

- GARCÍA CANTERO, G., *El fracaso del divorcio en España y en Europa: Anotaciones a la Ley de 2005*, en Revista Jurídica del Notariado, número 58, Abril-Junio 2006, ed. Consejo General del Notariado, Madrid - 2006, pp. 167-203.
- GARCÍA CANTERO, G., *Qué queda del vigente sistema matrimonial español?* en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez / coord. por Josefina Alventosa del Río, Rosa María Moliner Navarro*, Vol. 1, ed. Universidad de Valencia, Valencia - 2008 (Volumen I), pp. 509-533.
- GARCÍA CANTERO, G., Recensión de *Un solo mondo, un solo diritto? A cura di F. BONSIGNORI e T. GRECO*, Edizione Plus, Pisa, University Press, (Pisa 2007), en Revista Jurídica del Notariado, número 73, 2010, ed. Consejo General del Notariado, Madrid - 2010, pp. 687-724.
- GARCÍA CANTERO, G. *Vértigo ante el abismo*, en Revista chilena de derecho de familia, ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago - 2010, pp. 11 - 14.
- GARCÍA CANTERO, G., *Mundialización o Globalización, (Glosas a una reciente aproximación italiana)*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés Vol. 1, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1141-1169.
- GARCÍA CANTERO, G., *Reflexiones sobre la mejor regulación jurídico-privada de la discapacidad*, en Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2012, ed. Consejo General del Notariado, Madrid - 2012, pp. 207-227.
- GARCÍA, CANTERO, G., *¿Hacia la codificación europea del consumo? ¿Paso atrás en la codificación contractual europea?*, Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2012, ed. Consejo General del Notariado, Madrid - 2012, pp. 529-579.
- GARCÍA CANTERO, G., *Comentario a la STS de 20 de Abril de 2012*, en Anuario de Derecho Civil, Tomo LXVI, Fascículo IV, Octubre – Diciembre, 2013, ed. Ministerio de Justicia, Madrid – 2014, pp. 1928 -1931.

- GARCÍA CANTERO, G. *et alii*, Proyecto de Pavía para la Parte General del Código Europeo de los Contratos, traducción dirigida por Gabriel García Cantero, www.unizar.es/derecho/nulidad/textos-legales/TR-PAVIA.DOC, última visita el 17 de Marzo de 2014.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *El valor normativo de la Constitución*, en Revista de Derecho Político, número 44, ed. UNED, Madrid- 1998, pp. 33-44
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y RAMÓN FERNÁNDEZ, T., *Curso de Derecho Administrativo, Tomo II*, 14ª edición, ed. Thomsom - Civitas, Cizur Menor, (Navarra), 2008.
- GARRIDO CHAMORRO, P. *Las instituciones civiles de protección de menores y la adopción*, en *Instituciones de Derecho Privado*, GARRIDO DE PALMA, V, (*et alii*), Primera Edición, Editorial Civitas, Madrid-2002.
- GARCIA FERNANDEZ, D., *La adopción como una solución lícita al problema de los embriones sobrantes*, Revista USCS, Direito, ano IX, número 14, jan/jun. 2008, ed. Universidade Municipal de São Caetano do Sul, Sao Caetano -2008.
- GARCÍA-GUERRERO, J., *La huelga de hambre en el ámbito penitenciario; aspectos éticos, deontológicos y legales*, en Revista Española de Sanidad Penitenciaria, volumen 15, número 1, 2013, ed. Sociedad Española de Sanidad Penitenciaria, Barcelona - 2013.
- GARCÍA MORILLO, J., *La protección judicial de los Derechos fundamentales*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia - 1994.
- GARCÍA SIERRA, P., *Diccionario Filosófico*, editado por Fundación Gustavo Bueno y Pentalfa ediciones, Oviedo - 2000.
- GARCÍA RUBIO, M.P., *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código Civil*, en Anuario de Derecho Civil, Vol. 56, nº4, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid - 2003, pp. 1653 - 1674.

- GARCÍA TORRES, J., *Reflexiones sobre la eficacia vinculante de los Derechos fundamentales frente a particulares*, en Poder Judicial, número 10, Junio, 1988, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid - 1988, pp. 11-33.
- GARCÍA VICENTE, J.R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 1131 de 26 de noviembre de 2001*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil número 59, abril - septiembre de 2002, pp. 581 -594.
- GARCÍA VICENTE, J.R., *Los principios del Derecho de las acciones de filiación*, en Aranzadi Civil, número 1_/2004, ed. Aranzadi, pp. 2151 - 2166.
- GARCÍA VICENTE, J.R., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 669 de 12 de Julio de 2004*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Enero - Abril de 2005, ed. Civitas, Madrid - 2005, pp. 433 - 448.
- GARRIDO DE PALMA, V.M., *El reconocimiento de hijos*, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XXV, Estudios sobre el nuevo Derecho de familia y sucesiones, conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 9 de Febrero, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1982.
- GARRIDO MELERO, M., *Derecho de familia. Un análisis del Código de Familia y de la Ley de Uniones estables de Pareja de Catalunya y su correlación con el Código Civil*, ed. Marcial Pons, Madrid - 1999.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., *Comentario al artículo 80 del Código civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pg. 331 - 332.
- GETE-ALONSO CALERA, M.C., *Reconocimiento de complacencia: impugnación de la filiación e impugnación del reconocimiento, (a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña - sala de lo civil - de 16 de diciembre 1997*, en Tribunal, 1997, III, pp. 33 -50.

- GIL, T., *Condicionalidad y Autoría. Sobre la verdadera libertad de los seres humanos*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 32, 2005, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2005, pp. 135-144.
- GOEBELSMANN, C.L., *Putting Ethics and Traditional Legal Principles Back into California Tort Law: Barring Wrongful-Birth Liability in Preimplantation Genetic Testing Cases*, 43, Loyola, L.A.L Review 667, (2010), pp. 666-692.
- GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M., *El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo; una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos*, en InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona 2012, http://www.indret.com/pdf/872_es.pdf , última visita el 17 de marzo de 2014).
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., *Marco jurídico privado del material biológico de origen humano en la actividad investigadora*, en Anuario de Derecho Civil, , Tomo LXVII, Fascículo 1, Enero-Marzo 2014, ed. Ministerio de Justicia, Madrid – 2014pp. 11 - 79.
- GOMEZ SÁNCHEZ, Y. *El derecho a la reproducción humana*. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Editorial Marcial Pons, Madrid, 1994
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Algunas reflexiones jurídico-constitucionales sobre el derecho a la reproducción humana y las nuevas técnicas de reproducción asistida*, Revista de Derecho Político, núm. 26, ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid -1988, pp. 85-113.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Matrimonio y Familia; arts. 32 y 39 de la Constitución*, Revista de Derecho Político, núm. 36, ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid - 1993, pp. 207-223.

- GOMEZ SÁNCHEZ, Y., TORRES DEL MORAL, A. *Familia y matrimonio en la constitución española de 1978*, Servicio de Publicaciones del Congreso de los Diputados, Madrid - 1990.
- GONZÁLEZ MORÁN, F., *De la Bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte*, editorial Dykinson, Madrid - 2.006, pg. 14
- GORDILLO, J.L., *La objeción de conciencia, ejército, individuo y responsabilidad moral*, ed. Paidós, Barcelona, 1993, pg. 120
- GOYARD-FABRE, S., *Le Droit et le Societé d'aujord d'hui*, http://www.philopsis.fr/IMG/pdf_justice-droit-goyard-fabre.pdf, última visita el 17 de Marzo de 2014.
- GRACIA CALANDÍN, J., *Posibilidad de un individualismo holista. Consideraciones hermenéuticas sobre el individualismo moderno desde la filosofía de Charles Taylor*, en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, Nº 42, Enero-Junio 2010, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, - 2010, pp. 199-2013.
- GUASP DELGADO, J., *Concepto y método de Derecho procesal*, editorial Civitas, Madrid, 1997.
- GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentario al artículo 1857*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1858-1860.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Criterios de Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, UNED, Teoría y Realidad Constitucional, número 3, 1º, semestre 1999, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, pp. 193-211.
- GUZMÁN BRITO, A., *Para la historia del derecho subjetivo*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 2, No. 1/2 (febrero-abril 1975), ed. Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago – 1975, pp. 55-68.
- HABÈRLE, P., *Naturaleza y función de los derechos fundamentales en el complejo cuadro del ordenamiento constitucional*, en *Las libertades fundamentales en el Estado*

- constitucional*, ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, San Miguel - 1997, pp. 55 - 162.
- HABERMAS, J., *Théorie de l'agir communicationnel*, Tomo I, ed. Fayard, París - 1981
 - HABERMAS, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, traducción de JIMÉNEZ REDONDO, M., editorial Trotta, Madrid - 1998.
 - HABERMAS, J., *El futuro de la naturaleza humana, ¿Hacia una eugenesia liberal?*, traducción de CARBÓ, R.S., ed. Paidós, Barcelona - 2002.
 - HALAC, J., HALAC, E., MOYA, M.P., OLMAS, J.M., DOPAZO, S.L., DOLAGARAY, N., *Bioética perinatal: ¿Eutanasia o decisiones sobre terminación de la vida? Análisis del Protocolo de Groningen*, Archivos argentinos de pediatría, versión On-line ISSN 1668-3501, archivos argentinos de pediatría. v.107 n.6 Buenos Aires nov./dic. 2009, última visita el 17 de Marzo de 2014.
 - HARRIS, M., *Cerdos, Vacas, Guerras y Brujas*, Antropología, Alianza Editorial, Bolsillo en Español, Madrid - 2000
 - HARRIS, M., *Antropología Cultural*, Alianza Editorial, Madrid - 2004
 - HART, H.L.A., *El concepto de Derecho*, traducción de CARRIÓ, G., ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires - 1963.
 - HART, H.L.A., *Legal Rights: Essay on Bentham Jurisprudence and Political Theory*, ed. Clarendon Press, Oxford - 1982.
 - HERRERO GARCÍA, M.J., *Comentario al artículo 1.320 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pg. 588 - 589.
 - HESSE, K., *Derecho constitucional y Derecho privado*, traducción de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., ed. Civitas, Madrid - 1995.
 - HESSE, K., *Significado de los Derechos fundamentales*, en LÓPEZ PINA, A., *Manual de Derecho Constitucional*, ed. Marcial Pons, 2ª edición, Madrid -2001, pp. 83-115.

- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., *¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto*, en Sistema, número 46, 1982, ed. Fundación Sistema, Madrid - 1.982, pp. 45 - 61.
- HIRSCH, *Der Kampf des Rechts gegen die Gesetze*, en *Archiv für civ. Praxix*, ed. Mohr Siebeck GmbH & Co, Tübingen - 1975.
- HOBBS, T., *Leviathan*, edición preparada por MOYA y ESCOHOTADO, segunda parte, capítulo XVII, Editora Nacional, Madrid - 1980.
- HOHFELD, W.N., *Conceptos jurídicos fundamentales*, traducción de CARRIÓ, G., editorial Fonta-Mara, 3ª edición, Buenos Aires - 1991.
- HUALDE SANCHEZ, J. *La adopción por parejas de mismo sexo*, en *Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*, ALVENTOSA DEL RÍO, J., (*et alii*), Consejo General del Poder Judicial, Madrid - 2006.
- HUHLE, R., *La Violación de los Derechos humanos - ¿Privilegio de los Estados?*
<http://www.derechos.org/koaga/iv/1/huhle.html>, última visita el 17 de Marzo de 2014.
- IGARTÚA ARREGUI, F., *La apropiación comercial de la imagen y el nombre ajenos*, ed. Tecnos, Madrid - 1991.
- IHERING, R.V., (GONZÁLEZ POSADA, A., traductor), *3 estudios jurídicos, del interés en los contratos, la posesión, lucha por el derecho*, ed. Atalaya, Buenos Aires - 1947.
- IHERING, R., *El espíritu del Derecho Romano, libro II, primera parte, título III*, ed. Comares, Granada - 1998.
- JÄCKEL, H., *Grundrechtsgeltung und Grundrechtssicherung. Eine rechtsdogmatische Studie zu Artikel 19 Abs. 2 GG. 152 S*, editorial Duncker&Humblot, Berlín -1967.
- JARUFE CONTRERAS, D.W., *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el Ordenamiento jurídico español: adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida*, ed. Dykinson, Madrid - 2013.

- JELLINEK, G., *Sistema dei diritti pubblici subbietivi*, ORLANDO, V.E., traductor, Società Editrice Libreria, Milano - 1912.
- JIMENA QUESADA, L., *Abuso de derecho y proceso de amparo constitucional*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., [*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*](#), Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1485-1500.
- JIMÉNEZ CANO, R.M., *Positivismo Ideológico e Ideología Positivista en Norberto Bobbio: precursor del positivismo ético*, Papeles El Tiempo de los Derechos, Número 7, Año 2009, http://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/6494/1/norberto_ansuategui_wp_2009.pdf, última visita el 17 de Marzo de 2014.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, editorial Trotta, Madrid - 1999.
- JIMÉNEZ LINARES, M.J., *La condena del progenitor, por sentencia firme, a causa de las relaciones a que obedece la generación como supuesto de hecho de la exclusión legal del artículo 111 CC*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., [*Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*](#), Vol. 1, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 621-632.
- JONAS, H., *El principio de responsabilidad*, editorial Herder, Barcelona - 1995.
 - JORDANO BAREA, J.B., *Derecho Civil, Derecho Privado y Derecho Público*, en Revista de Derecho Privado, octubre de 1963, ed. EDERSA, Madrid - 1963, pp. 869 - 872.
 - JORDANO BAREA, J.B., *¿Es fuente primaria del Derecho la prudentia iuris o la lex? (Glosa a una vieja disputa entre Castro y D'Ors)*, Anuario de Derecho Civil - Núm. LII-1, Enero 1999, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 5 - 11.
- KANT, I., *Doctrina del Derecho*, Erster Teil. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtlehre*, Tomo VI, pp. 205-378, en KANT, I., *Gesammelte Shriften*, ed. Preussische Akademie der Wissensachften, Berlín - año 1900 y subsiguientes.

- KANT, I., *Doctrina de la virtud, Zweiter Teil. Metaphysische Anfangsgründe der Tugendlehre, Tomo VI*, pp. 379-491, en KANT, I., *Gesammelte Schriften*, ed. Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlín - año 1900 y subsiguientes.
- KANT, I., *Paz Perpetua, Zum ewigen Frieden*, Tomo VIII., pp. 341- 386, en KANT, I., *Gesammelte Schriften*, ed. Preussische Akademie der Wissenschaften, Berlín - año 1900 y subsiguientes.
- KANT, I., *Crítica de la razón práctica*, traducción de ROVIRA ARMENGOL, J., ed. Losada, Buenos Aires - 1961.
- KELSEN, H., *Teoría pura del Derecho*, traducción de VERNENGO, R.J., editorial Porrúa, México - 1.991.
- KERHAN KAUFMAN, E.K., *Archiv. Für die Civilistische Praxis*, Octubre, 1963, ed. Mohr Siebeck Gmbh & Co, Tübingen - 1963.
- KÖNIG, *Sociological introduction*, en MOHR, J.C.B., SIEBECK, P., *International Encyclopedya of Comparative Law*, ed. Mouton, Tübingen-The Hague- París 1974.
- LABARDINI, R., *La Violación de los Derechos humanos por los Particulares*, Revista de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho, XC Aniversario, Año 26, Número 26, 2002, ed. Escuela Libre de Derecho de Puebla, México, 2002, pp. 529-600.
- LABROUSSE-RIOU, C., *Entre mal commis et mal subi: les oscillations du droit*, en VVAA, *La responsabilité. La condition de notre humanité*, Editions Autrement, París - 1995, pg. 115.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Derecho de familia*, ed. Librería Bosch, Barcelona - 1974.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar*, en *La Ley*, Revista Jurídica Española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, 3/1982, ed. La Ley actualidad, Madrid - 1982, pp. 727 - 730.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Manual de Derecho civil*, 1984, reimpresión de 1990, vol. 1ª parte 2ª, ed. Bosch, Barcelona - 1990.

- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil, I-2º, 2ª ed.*, ed. Dykinson, revisada y puesta al día por DELGADO ECHEVERRÍA, J., Madrid - 1991.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho Civil, II, 3º*, ed. Bosch, Madrid - 1992.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F *Elementos de Derecho Civil, Tomo IV, volumen 2*, editorial Bosch - Barcelona - 1994.
- LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Los artículos 623 y 629 del Código Civil: apuntes para otra explicación*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, ed. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles, Madrid - 1981, número 543, pp. 350 - 374.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho civil VI, Derecho de familia*, 6ª edición, ed. Marcial Pons, Madrid - 2007.
- LA TORRE, M., *Derecho, poder y dominio*, ed. Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política, México - 1998.
- LENOIR, N., *La ética de la Ciencia, entre humanismo y modernidad*, en *Informe mundial sobre la Ciencia*, editorial Santillana/UNESCO, Madrid - 1996, pg. 206 - 215.
- LETE DEL RÍO, J., *Personas que pueden adoptar y ser adoptadas*, en *Actualidad Civil*, número 1, (semana del 28 de Enero - 03 de Febrero de 1991), Madrid - 1991, pp. 75 - 90.
- LOCKE, J., *An lex naturae cognoscendi potest ex hominum consensum?* En *Essays on the Law of Nature*, edición de Von Leyden, Clarendon Press, Oxford - 1954
- LÓPEZ AGUILAR, J.F., *Derechos fundamentales y libertad negocial*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1990.
- LÓPEZ BURNIOL, J.J., *Comentari del art. 15*, en EGEA FERNÁNDEZ /FERRER RIBA, (directors), *Comentaris al Codi de Família a la Llei d'Unions estables de parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'ajuda mutua*, (art. 15), ed. Tecnos, Madrid, pp. 152 - 161.
- LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *Entre dominación y responsabilidad: una dialéctica del Derecho frente a la Ley*, en *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, Nº. 34, 2004, Real Academia de jurisprudencia y legislación, Madrid, 2004, pp. 347-379.

- LÓPEZ JACOÍSTE, J.J., *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid - 2010.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ, L.M., *Problema Real, Solución Registral*, Libro Homenaje al profesor Luis Díez Picazo, Volumen III, ed. Civitas, Madrid - 2002, pp. 3979-4003.
- LÓPEZ LÓPEZ, A., *Comentario al artículo 90*, en LACRUZ BERDEJO, J.L., (coordinador), *Matrimonio y divorcio, Comentarios al Título IV del Libro I del Código Civil*, 2ª edición, ed. Civitas, Madrid - 1994, pp. 969 -990,
- LÓPEZ RAMÓN, F., “*Construyendo el derecho subjetivo a la vivienda*”, editado por Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010.
- LOWEN, A., *El narcisismo. La enfermedad de nuestro tiempo*, ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona - 2000.
- LUCAS, J., y DE AÑÓN, M.J., *Necesidades, razones, derechos*, en Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 7, 1990, ed. Universidad de Alicante y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Alicante – 1990 pp. 76 -81.
- LYONS, D., *The correlativity of rights and duties*, en Noûs, número 4, 1979, ed. Wiley Periodicals Inc., Hoboken - 1979, pg. 45-55.
- LLEDÓ YAGÜE, F. *Fecundación artificial y derecho*. Ed. Tecnos, Madrid - 1988.
- MALAURIE, P. y FULCHIRON, H. *La Famille*, 3ª edición, Ed. Defrenois, París-2006.
- MALDONADO, E.M., *Bioética, biopolítica, bioderecho y bioeconomía: panorama práctico de la bioética*, en VVAA., *Bioética y biojurídica*, Tunja, Uniboyacá - 2007, pp. 43-52.
- MANGAS MARTÍN, A., *La Constitución Europea*, ed. Iustel, Madrid - 2005.
- MANGIONE MURO, M.H., *Derecho de Familia - Familia y Proceso de Estado*, ed. Centro de Publicaciones, Secretaría de Extensión Universitaria, Universidad Nacional del Laboral, Santa Fe, Argentina - 2000.

- MARCOS DEL CANO, A. M., *Dignidad Humana en el Final de la Vida y Cuidados Paliativos*, en MARTÍNEZ MORÁN, N., (coord.), *Biotecnología, Derecho y Dignidad Humana*, ed. Comares, Granada - 2003.
- MAREY, M., *Libertad jurídica y comunidad interactiva en la justificación kantiana del ideal republicano*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 43, 2010, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2010, pp. 519-544.
- MARTÍN I CASALS, M. y SOLÉ I FELIU, J. *Responsabilidad sanitaria derivada del nacimiento de un hijo con síndrome de Down. El médico no informó a la paciente del resultado negativo de la amniocentesis y de la necesidad de repetir la prueba. Wrongful birth y wrongful life*. Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, Nº 73, 2007, ed. Civitas, Madrid - 2007, pp. 517 - 544.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., *Régimen constitucional de los Derechos fundamentales*, en *Derechos fundamentales y Constitución*, Cuadernos Civitas, editorial Civitas, 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid - 1992.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *A propósito de una interpretación jurisprudencial del art. 111 del Código Civil*, en Anuario de Derecho Civil, volumen 41, 1988, Enero-Marzo, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1988, pp. 590 - 605.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La protección jurídico-civil de la persona por razón de la menor edad, (Una aproximación teleológica a las instituciones de asistencia y protección de menores en nuestro Derecho civil)*, en Anuario de Derecho Civil, ed. Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, Madrid - 1992, pp. 1391 - 1498.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. *Las nuevas fronteras del Derecho de familia: una aproximación de Derecho español*, en el vol. "Libro-Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera" Colegio Notarial de La Coruña, Coruña - 2000.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción entre los derechos del adoptado y los deseos de los adoptantes*, en POLAINO LORENTE, A., (et alii), *Adopción: Aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, editorial Ariel, Barcelona - 2001, pp. 177 - 193.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Problemas jurídicos derivados del consentimiento en las técnicas de reproducción asistida*, en *El Juez civil ante la investigación biomédica*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid - Octubre- 2004, pp. 247 -302.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *Nuevas perspectivas sobre el Derecho de Familia: perplejidades, claves y paradojas* en el vol. col. “*Matrimonio y adopción por personas del mismo sexo*”, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2005.
- MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *A cada uno su familia, a cada familia su Derecho (Aproximación funcional a las nuevas formas de familia y elogio de la diversidad)*. Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 28-47.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto, pero querido) de una reforma matrimonial*, en Revista de Derecho Privado, Julio - Agosto 2007, ed. EDERSA, Madrid - 2007.
- MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *El nuevo matrimonio civil*, en Estudios de Derecho Judicial, número 130, 2007, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid - 2007, pp. 13 - 58.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., *Nuevos modelos de familia: la respuesta legal*, en Revista Española de Derecho Canónico, volumen 64, número 163, 2007, ed. Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca - 2007, pp. 703 - 744.
- MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial*, Revista de Derecho Privado, julio-agosto 2007, ed. EDERSA, Madrid - 2007, pp. 3 - 32.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *Perspectivas sobre el 'matrimonio' entre personas del mismo sexo*, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Editorial Rialp, Madrid, 2007.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C., (coordinador), DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M.A., *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, 4ª edición, Editorial Colex, Majadahonda, Madrid - 2013
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., *Acogimiento familiar, ¿justicia o solidaridad?*, en Revista Pediatría de Atención Primaria, Vol. 10, Nº. 40, 2008, editado por Asociación Española de Pediatría de Atención Primaria (AEPAP), Madrid, 2008, pp. 129-136.
- MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., DÍAZ-HUERTAS, J.A., *El niño que vive en una institución. Necesidades afectivas, psicosociales y sanitarias*, en CASADO FLORES, J., DÍAZ HUERTAS, J.A., MARTÍNEZ GONZÁLEZ, C., *Niños maltratados*, ed. Díaz de Santos, Madrid -1997, pp. 269-277.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., *Tema 9 - El Negocio Jurídico - Parte Primera - Elaboración del Concepto*, en DELGADO DE MIGUEL, J.F., (coordinador general), *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, volumen 4º, ed. Aranzadi, Cizur Menor - 2005, pp. 81-343.
- MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A., *Los riesgos de la autonomía de la voluntad*, en PRATS ALBENTOSA, L., (Coordinador general), en *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, ed. por Consejo General del Notariado, Madrid y Wolters Kluwer EspañaS.A., Madrid -2012, pp. 21-108.
- MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., *Eficacia de los acuerdos en el seno de las relaciones familiares. Estado actual de la jurisprudencia*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), [Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés](#) Vol. 2, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1527-1550.

- MARX, K., *La cuestión judía* en MARX, K y ENGELS, F., *Obras*, ed. Sacristán, M., traductor Ripalda, J.M., editorial Crítica, 1978, Tomo V.
- MATA DE ANTONIO, J.M., *Parejas de hecho, ¿equiparación o discriminación? (Análisis de la normativa autonómica)*, en *Acciones e Investigaciones Sociales*, 14, (febrero 2002), ed. Facultad de Ciencias Sociales y del Trabajo, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2002, pp. 183-251.
- MC GINN, C., *Evolution, Animals and the Basis of Morality*, en *Inquiry*, volume 22, ed. Routledge, Oslo -1979, pp. 81 - 99.
- MEDINA GUERRERO, M., *El principio de proporcionalidad y el legislador de los Derechos fundamentales*, Cuadernos de Derecho Público, número 5, Septiembre-October, Madrid.1998, pp. 119-141.
- MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los Derechos fundamentales*, ed. Mc-Graw Hill, Madrid - 1996.
- MEGÍAS QUIRÓS, J.J., “*La consolidación del derecho subjetivo en el período postclásico romano*”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Núm. XX, Enero 2003, ed. Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 2003, pp. 189 - 206.
- MEHLMAN, M., BOTKIN, J., *Access to the Genome: The Challenge to Equality*, Georgetown University Press, Washington D.C. - 1998
- MÉNDEZ PÉREZ, J., *La adopción. Comentarios a la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas con jurisprudencia*, editorial Bosch, Barcelona - 2000.
- MENDIETA, E., *El debate sobre el futuro de la especie humana: Habermas critica la eugenesia liberal*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002, pp. 91-114.

- MENDOZA ESCALANTE, M., *La Eficacia de los Derechos Fundamentales en las Relaciones entre Particulares*, <http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/iii/efectos.horizontales.der.fund.pdf>, última visita el 17 de Marzo de 2014.
- MIJANGOS Y GONZÁLEZ, J., *The Doctrine of Drittwirkung der Grundrechte in the case law of the Inter-American Court of Human Rights*, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona 2008, http://www.indret.com/pdf/496_en.pdf , última visita el 17 de Marzo de 2014.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *Comentario al artículo 7º.1 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 37-56.
- MORALES MORENO, A.M., *Comentario al artículo 1.268 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1.993, pp. 467-468.
- MONTORO BALLESTEROS, A., *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, en *Anales de Derecho*, número 4, 1983, ed. Universidad de Murcia, Murcia 1983, pp. 20-98.
- MONSALVE CABALLERO, W., *Hacia la contractualización del vínculo matrimonial*, en *Universitas*, Bogotá (Colombia) N° 110: 347-412, julio-diciembre de 2005, ed. Facultad de ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá – 2005, pp. 347-512.
- MONTÉS PENADÉS, V., *El consentimiento de las nuevas técnicas de reproducción humana en II Congreso Mundial Vasco, Ponencias y Comunicaciones*, Vitoria - 1987, editorial Trivium, Madrid - 1988, pp. 171 - 200.
- MONTÉS PENADÉS, V. *Las categorías negociales en las técnicas de reproducción asistida*, *Actualidad Civil*, número 47, 19-25 Diciembre, 1994, ed. La Ley-Actualidad, Madrid - 1994, pp. 957 - 979.
- MONTESINOS SÁNCHEZ, N., *Matrimonio y Homosexualidad*, en *Feminismo/s*, 8, diciembre 2006, ed. Centro de Estudios sobre la Mujer de la Universidad de Alicante, Alicante, 2006, pp. 159-180.

- MONTESQUIEU, C.L., *El espíritu de las leyes*, http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages2/Montesquieu/EspirituLeyes_06.html.
- MONTORO BALLESTEROS, A., *Sobre la revisión crítica del derecho subjetivo desde los supuestos del positivismo lógico*, en *Anales de Derecho*, número 4, 1983, ed. Universidad de Murcia, Murcia 1983, pp. 20-98.
- MORALES MORENO, A.M., *Comentario al artículo 1.268 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1.993, pp. 467-468.
- MORENO FLORES, R., en RAMS ALBESA, J., *Comentarios al Código Civil*, Tomo II, volumen 2º, editorial Bosch, Barcelona.
- MORO ALMARAZ, M.J., *Aspectos civiles de la inseminación artificial y la fecundación in vitro*, editorial Bosch, Barcelona - 1988.
- MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L., *¿Debería ser revocable la adopción por divorcio de los padres?*, *La Notaría*, Número 33, Septiembre 2006, Colegio Notarial de Catalunya, Barcelona-2006, pp. 87-90.
- MURAT, P., *Couple, filiation, parenté*, en RUBELLIN-DEVICI, J., *Des concubinages, Droit interne, droit international, droit comparé*, ed. ed. LexisNexis, París - 2002.
- NANCLARES VALLE, J., *Reproducción asistida y doble maternidad por naturaleza*, *Aranzadi Civil*, número 1/2008, ed. Aranzadi, pp. 2243 – 2270.
- NARANJO DE LA CRUZ, R., *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, *Centros de Estudios Políticos y Constitucionales*, Madrid - 2000.
- NEUNER, J., *Privatrecht und Sozialstaat*, ed. C.H.,Beck'sche, München - Berlín - 1962.
- NINO, C.S., *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona – 1983.
- NINO, C.S., *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, ed. Paidós, Barcelona -1984.

- NIPPERDEY, H.C., *Grundrechte und Privatrechte*, en Festschrift für Eric Molitor zum 75 Geburtstag, ed C.H.,Beck'sche, München - Berlín - 1962.
- NUSSBAUM, M.C., *Genética y Justicia: Tratar la enfermedad, respetar la diferencia*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid – 2002, pp. 5-17.
- OCÓN DOMINGO, J., *Reflexiones en torno a la adopción por parejas homosexuales*, en Cuadernos de Trabajo Social, volumen 15, (2002), ed. Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones, Madrid, 2002, pp. 93-108.
- OCÓN DOMINGO, J., *Familia adoptiva y cambios en la organización familiar tradicional*, en Papers: Revista de Sociología, Nº 81, 2006, editada por la Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2006, pp. 171 - 185.
- OLLERO TARASSA, A., *Interpretación del Derecho y positivismo legalista*, editorial Edersa, Madrid - 1982.
- OLLERO TARASSA, A., *La Engañosa Neutralidad del Laicismo*, <http://arvo.net/andres-ollero/la-enganosa-neutralidad-del-laicismo/gmx-niv868-con17441.htm>, última visita el 17 de Marzo de 2014.
- PALOMAR OLMEDA, A., *Colaboración público privada: análisis*, ed. Aranzadi-Civitas, Thomsom-Reuters, Madrid – 2011
- PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida*, en Jueces para la democracia, número 5, 1988, editada por Asociación Jueces para la Democracia, Madrid, 1988, pp. 19-36.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F. “Procreación artificial y responsabilidad civil”, en “*La filiación a finales del siglo XX : problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana : ponencias y comunicaciones*”, Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, editorial Trivium, Madrid, 1988.
- PANTALEÓN PRIETO, A.F., *Comentario al artículo 1.527 del Código Civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 1025-1029.

- PANTALEÓN PRIETO, F., *Comentario al artículo 1.902 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 1971 - 2003
- PANTALEÓN PRIETO, A.F. *Técnicas de reproducción asistida y Constitución*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 15/1993, Madrid, 1993, pp. 129 - 160.
- PARFIT, D., *Future Generations: Further Problems*, en *Philosophy and Public Affairs*, vol. 11, número 2, Spring, 1982, ed. Princeton University Press, Princeton - 1982, pp. 113 - 172.
- PARFIT, D., *Reasons and Persons*, ed. Clarendon Press, Oxford - 1984.
- PARKMAN, A.M., *Good intentions Gone Awry: None-Fault Divorce and the American Family*, Rowman&Littlefield Publishers Inc., Boston - 2000.
- PARRA LUCÁN, M.A., *Orientaciones actuales del estado civil*, ed. José María Bosch, Barcelona, 1993.
- PARRA LUCÁN, M.A., *Reflexiones sobre algunas tendencias en instituciones y relaciones del derecho de la persona y de la familia*, en *Anales de la Facultad de Derecho*, 19, diciembre 2002, ed. Universidad de La Laguna, Tenerife - 2002, pp. 139-158.
- PARRA LUCÁN, *Autonomía de la voluntad y Derecho de familia*, en PRATS ALBENTOSA, L., *Autonomía de la voluntad en el Derecho privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I, ed. por Consejo General del Notariado, Madrid y Wolters Kluwert España S.A., Madrid -2 012, pp. 97 - 454.
- PASCUAL FRANQUESA, E., *La impugnación de la filiación matrimonial, vol. II*, CGPJ, ed. Fundación Wellington, Madrid 2008.
- PAZ-ARES, Cándido, *Comentario al artículo 1665 del Código Civil*, en *Comentario del Código Civil* ed. Ministerio de Justicia, Madrid, 1.993, pp. 1299-1333.

- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Sobre el puesto de la Historia en el concepto de los derechos fundamentales*, *Anuario de Derechos humanos*, número 4, ed. Universidad Complutense, Madrid, 1986-87, pp. 219-258.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La universalidad de los Derechos humanos*, en *Tiempo de Paz*, número 29-30, 1993, ed. Movimiento por la Paz, Madrid - 1993, pp. 10 - 17.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, ed. Universidad Carlos III- Boletín Oficial del Estado, Madrid - 1995.
- PELLITERO, R., *Prójimo y Próximo. Recordando a Guardini*, *Alfa y Omega*, 4-X-2007, pg. 27.
- PENCE, G.E., *Who's afraid of Human Cloning*, Lanham, MD, ed. Rowman & Littlefield Publishers, Inc., Lanham - 1998.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia, T. II*, ed. Tecnos, Madrid – 1984, pp. 828 – 1023.
- PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de familia*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid - 1989.
- PEÑALVER GÓMEZ, P., *Decisiones, Schmitt, Heidegger, Barth*, en *Daimon Revista de Filosofía* número 13, Julio-Diciembre 1996, ed. Universidad Complutense de Madrid, Madrid - 1996, pp. 141-166.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M., *La nueva adopción*, editorial Civitas, Madrid - 1989.
- PÉREZ LUÑO, A.E., *Análisis funcional de los Derechos fundamentales*, *Anuario de Derechos Humanos*, número 5, 1988 - 1989, ed. ed. Universidad Complutense, Madrid . 1989, pp. 177 – 202.
- PÉREZ MARTÍN, A.J., *Nulidad civil y eclesiástica. Aspectos penales del Derecho de familia*; editorial Lex Nova, Valladolid - 2000.
- PÉREZ MONGE, M., *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, ed. Centro de Estudios Registrales, Madrid - 2002.

- PÉREZ ROYO, J., en VARIOS AUTORES, *Diccionario Jurídico Básico, Voz Inconstitucionalidad por omisión*, Editorial Civitas, Madrid - 1995, pp. 3501-3503.
- PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, ed. Tecnos, Colección Temas clave de la Constitución española, 4ª edición, 6ª reimpresión, Madrid - 1998.
- PÉREZ ROYO, J., *Curso de Derecho constitucional*, editorial Marcial Pons, Madrid - 2003.
- PÉREZ TREMPES, P., *La protección de los Derechos fundamentales por los jueces y tribunales*, en Poder Judicial, número 43-44, ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid - 1996, pp. 251-271
- PÉREZ TREMPES, (PÉREZ TREMPES, P., *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*, Fundación Alternativas, documento de trabajo 28/2003, ([www/fundacionalternativas.com/laboratorio](http://www.fundacionalternativas.com/laboratorio)), 2003.
- PÉREZ TREVIÑO, J.L., *Padres e hijos, responsabilidad moral de la reproducción*, en Revista de Bioética y Derecho, número 4, ed. ed. Universitat de Barcelona, Barcelona, 2005, pp. 3-8.
- PÉREZ VALLEJO, A.M., *Matrimonios de Complacencia, (A propósito de la instrucción de la DGRN de 31 de Enero de 2006)*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 871-890.
- PEYRANO, J.W., *Teoría y práctica de los negocios jurídicos procesales*, en *Herramientas procesales*, editorial Nueva Tesis, Buenos Aires, - 2013.
- PLANIOL, M., RIPERT, J., *Tratado práctico de derecho civil francés, II, "la familia, matrimonio, divorcio, filiación"*, ed. A. Arzac, París - 1948
- POLAINO LORENTE, A., *Prolegómenos para una ética de adopción*, en POLAINO LORENTE, A., (et. alii), *Adopción: aspectos psicopedagógicos y marco jurídico*, editorial Ariel - 2001.

- POSNER, R., *The Ethics and Economics of Enforcing Contracts of Surrogate Motherhood*, en *Journal of Contemporary Health, Law and Policy*, Vol. 5, 1989, ed. Columbus School of Law at The Catholic University of America in Washington, DC, pp. 21-31, Washington – 1989.
- POUS de la FLOR, M.P., *Igualdad conyugal y custodia compartida en la Ley 15/2005 de 8 de Julio*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen D), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1748-1764.
- POUS de la FLOR, M.P., *Nuevos escenarios de la Filiación Adoptiva*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 881-894.
- PRATS ALBENTOSA, L., (Coordinador general), VVAA., *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado, Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1, ed. por Consejo General del Notariado, Madrid y Wolters Kluwert EspañaS.A., Madrid - 2 012.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, editado por Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1.992.
- PRIETO SANCHÍS, L., en BETEGÓN, J., (*et alii*), *Lecciones de Teoría del Derecho*, editorial McGraw-Hill, Madrid - 1997, pp. 335 – 360.
- PRIETO SANCHÍS, L., *Sobre el neoconstitucionalismo y sus implicaciones, en Justicia constitucional y derechos fundamentales*, editorial Trotta, Madrid - 2003.
- PRIETO SANCHÍS, L., *El juicio de ponderación, en Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Editorial Trotta, Madrid - 2003, pp. 217-260.
- QUADRA-SALCEDO Y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, ed. Civitas, Madrid - 1981.

- QUICIOS MOLINA, S., *Determinación de la filiación no matrimonial por reconocimiento*, J M^a Bosch, editor, S.L., Barcelona - 1997.
- QUICIOS MOLINA, S., *Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo número 793 de 14 de Julio de 2004*, en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, número 67, enero - abril de 2005, pp. 449 - 472.
- RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La Inoponibilidad*, Ponencia presentada en el Seminario Permanente "Nulidad", Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, 19 de abril de 2007, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=401>.
- RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., *Los matrimonios religiosos acatólicos: relevancia del expediente previo e inscripción en el Registro Civil*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 897-916.
- RAMÍREZ NAVALÓN, R.M., *Multiculturalidad y orden público matrimonial*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Vol. 2, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2097 - 2114.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., *La igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Vol. 2, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2149 a 2167.
- RAMS ALBESA, J.J., DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., SERRANO GÓMEZ, E., Y ANGUITA VILLANUEVA, L.A., *Autonomía de la Voluntad y negocios jurídicos de familia*, ed. Dykinson, S.L., Madrid - 2009.
- RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, traducción de GONZÁLEZ, M.D., ed. Fondo de Cultura Económica, México - 1979.

- RAZ, J., *Liberating Duties*, en *Law and Philosophy*, número 8, 1.989, ed. Springer Science + Business Media, Dordrecht - 1.989, pp. 3-21.
- REBORA, J.C., *Instituciones de familia, t. II*, ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires - 1970.
- REINA BERNALDEZ, A., *Objeción de conciencia al servicio militar obligatorio*, *La Ley*, número 2, año 1983, ed. La Ley Actualidad, Madrid - 1983, pp. 1128 - 1235.
- REINHART, C., *Castle Doctrine and Self-Defense*, <http://www.cga.ct.gov/2007/rpt/2007-R-0052.htm>
- REQUEJO COLL, F., y VALLS PLANA, R., “*Somos conflictivos pero... Actualidad de la tesis de Kant sobre la insociable sociabilidad de los humanos y su prolongación por parte de Hegel*”, en *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, Nº 37, julio-diciembre 2007, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2007, pp. 127-163.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., (*et alii*), *El nuevo régimen de la familia, II*, ed. Civitas, Madrid - 1982.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de fecundación artificial*, en *La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, II Congreso Mundial Vasco, Ponencias y Comunicaciones, Vitoria - 1987, editorial Trivium, Madrid - 1988.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 123 del Código Civil*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 470 - 471.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentario al artículo 138 del Código civil*, en *Comentarios al Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 512-514.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Comentarios al artículo 141*, en *Comentarios del Código Civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 519 - 522.

- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Los reconocimientos de complacencia, (con ocasión de unas sentencias recientes)*, en Anuario de Derecho Civil, volumen 58, número 3, (Julio-Septiembre de 2005), ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 2005, pp. 1049-1113.
- ROBERTSON, J., *Resolving disputes over frozen embryos*, Hastings Center Report, vol. 19, November – December 1989, ed. The Hastings Center, Garrison, (NY) - 1989, pp. 7 - 12.
- ROCA TRÍAS, E., *Comentario al artículo 98 del Código civil*, en *Comentarios al Código civil*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 405-407.
- ROCA TRÍAS, E., *Autonomía, crisis matrimoniales y contratos con ocasión de las crisis matrimoniales*, en VVAA, ABRIL CAMPOY, J.M., AMAT LLARI, M.E., *Homenaje al profesor Puig Ferriol*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia - 2006, pp. 2107 - 2140.
- ROCA TRÍAS, E., *Públic i privat en el Dret de Família de Catalunya*, en *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, N° 1, 2007, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 2007, pp. 429-447.
- ROCA TRÍAS, E., *La familia y sus formas*, en *Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 48-72.
- RODRÍGUEZ OLMOS, J.M., *Deberes de Protección, “aún frente a terceros”, en la Dogmática Alemana*, en *Revista de Derecho Privado*, número 20, Enero-Junio 2011, editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 301 - 346.
- RODRÍGUEZ OTERO, L., *Cuestiones de Derecho Inmobiliario*, ed. DIJUSA, Madrid - 2005.
- RODRÍGUEZ PIÑERO, M., FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *Igualdad y discriminación*, ed. Tecnos, Madrid - 1986.
- RODRÍGUEZ SUMAZA, M.C., LUENGO RODRÍGUEZ, T., *Un análisis del concepto de familia monoparental a partir de una investigación sobre núcleos familiares*

- monoparentales*, en *Papers: Revista de Sociología*, Nº 69, 2003, editada por la Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2003, pp. 59-82.
- ROMEO CASABONA, C. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid - 1994.
 - ROSAS, A., *La moral y sus sombras. La racionalidad instrumental y la evolución de las normas de equidad*, en *CRITICA*, Revista Hispanoamericana de Filosofía, Volumen 37, número 110, Agosto 2005, pp. 79 - 101
 - ROSENBERG, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Ediciones jurídicas Europa América, Tomo I, Buenos Aires – 1955.
 - RUBIO LLORENTE, F., *La interpretación de la constitución*, en *VVAA. La forma del poder (estudios sobre la Constitución)*, ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1993, pp. 605-614.
 - RUBIO LLORENTE, F., *El recurso de amparo constitucional*, en *VVAA. La jurisdicción constitucional en España*, ed. Tribunal Constitucional-Centro de Estudios Constitucionales, Madrid - 1995, pp. 125 - 190.
 - RUBIO LLORENTE, F., *Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España*, en *Claves de razón práctica*, número 75, 1997, pp. 2 -10.
 - RÜFNER, W., *Wirkung der Grundrechte in Privatrecht, (Drittwirkung)*, en ISENSEE, J. y KIRCCHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik, Tomo V*, ed. C.F. Müller, Heidelberg - 1992.
 - SANCHO REBULLIDA, F., *Acogimiento y adopción*, en LACRUZ BERDEJO, J.L., (*et alii*), *El nuevo régimen de familia*, IV, editorial Civitas, Madrid - 1989.
 - SARAZÁ JIMENA, R., *Jueces, Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, tesis doctoral disponible en <http://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=1407>.
 - SENNET, R., *El declive del hombre público*, edicions 62 S.A., Barcelona - 2002.

- SERRANO GARCÍA, J., *Comentario del artículo 180, en Comentarios del Código Civil*, tomo I, ed. Ministerio de Justicia, Madrid – 1993, pp. 597 - 598.
- SINGER, P., *The expanding circle: Ethics and Sociobiology*, ed. Farrar, Straus and Giroux, New York, 1.981.
- SINGER Peter: *Sanctity of life or quality of life?*. Pediatrics. 1983;73:128, ed. American Academy of Pediatrics, Chicago, 1983.
- SINGER, P. *De compras por el supermercado genético* Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002, pp. 19-40.
- SINGER, P., *Liberación Animal*, ed. Taurus, edición actualizada, Madrid, 2011.
- SILLERO CROVETTO, B., *Política legislativa en relación con la familia*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1075-1100.
- STARCK, *Derechos fundamentales y Derecho privado*, en Revista Española de Derecho Constitucional, número 66, Septiembre-Diciembre 2002, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 2002, pp. 65-90.
- STRAUSS, L., *What is Political Philosophy*, ed. University of Chicago Press, Chicago - 1988.
- SUELMAN, H.G., *Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden Baden - 1994.
- TAMAYO HAYA, S., *De la Paternidad Biológica a la Paternidad Social*, en BLASCO GASCÓ, F. de P., (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Vol. 2, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2557 a 2583.

- TAPIA VALDÉS, J., *Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario*, en Estudios Constitucionales, Año 6, número 2, 2.008, ed. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2.008, pp. 121-142.
- TOVAR, P., *Procreación o Adopción, encrucijadas entre el género, el poder y el parentesco*, Revista Colombiana de Antropología, N°. 34, Enero-Diciembre, 1998, Instituto Colombiano de Antropología e Historia - 1998, pp. 97-123.
- TRIVERS, R., *The evolution of reciprocal altruism*, en The Quaterly Review of Biology, volumen 46, pp. 35 - 57.
- TROMBOTTO, G. T., *La Pendiente Resbaladiza en la Eugenesia y en la Eutanasia de las Malformaciones Congénitas*, Universidad Nacional de Córdoba, ed. Facultad de Ciencias Médicas, Secretaria de Graduados, Córdoba, 2010.
- VALLET DE GOYTISOLO, L., *Prólogo* en *El negocio jurídico* de DE CASTRO Y BRAVO, F., ed. Civitas, Madrid -1985.
- VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.R., *Reflexiones sobre el Derecho de Familia*, en Teoría y Derecho, Revista de Pensamiento Jurídico. Modelos Familiares, Volumen 2, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2007, pp. 74-98.
- VARELA DÍAZ, S., *La idea del deber constitucional*, en Revista Española de Derecho Constitucional, número 4, Enero-Abril, 1982, ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid - 1.982, pp. 69-96.
- VARGAS CABRERA. B., *La protección de menores en el ordenamiento jurídico*, editorial Comares, Granada - 1994.
- VATTIER FUENZALIDA, C., *Comentario al artículo 912 del Código Civil*, en *Comentario del Código Civil, Tomo I*, ed. Ministerio de Justicia, Madrid - 1993, pp. 2215-2217.

- VELAYOS CASTELO, C. *Clonación humana: las preguntas "por qué no" y "por qué si"*, Isegoría: Revista de filosofía moral y política, Nº 27, 2002, ed. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid - 2002., pp. 193 - 209.
- VENEGAS GRAU, M., *Derechos fundamentales y Derecho privado. Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y el principio de autonomía privada*, ed. Marcial Pons, Madrid - 2004.
- VERDA Y BEAMONTE, J.R., *La simulación del matrimonio civil en la Jurisprudencia de instancia y en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, Aranzadi Civil, 2.002, vol. I, pp. 2331 - 2354.
- VERHAGEN, E., SAUER, P.J., *The Groningen Protocol*, New England Journal of Medicine, 2005; 352:959-962, March 10, 2005.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *Relación no matrimonial: algunas reflexiones sobre los conceptos de separación de hecho, abuso de derecho y buena fe*, en Revista General de Derecho, número 508 - 509, Valencia - 1987, pp. 33 - 47.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *Algunas observaciones sobre el concepto de persona*, en Revista General de Derecho, número 550 - 551, Valencia - 1990, pp. 5297 - 5309
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *La figura legal del anonimato del donante en la regulación de las llamadas técnicas de reproducción asistida*, en Revista General de Derecho, número 600, Valencia - 1994, pp. 9523 - 9533.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del derecho de la persona humana a contraer matrimonio y a fundar una familia desde la perspectiva del ordenamiento jurídico español*, en Revista General de Derecho, número 631, Valencia - 1997, pp. 3505 - 3526.
- VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso S.H. y otros contra Austria. TEDH 2010/56 1 de Abril, en materia de reproducción humana asistida y su incidencia en el panorama legislativo europeo*, en Revista de Derecho y Genoma Humano, editada por Cátedra Interuniversitaria de Derecho

- y Genoma Humano, Fundación BBVA, Diputación Foral de Bizcaia, Universidad de Deusto, Universidad del País Vasco/EHU, Bilbao-2000, pp. 155 – 201.
- VIDAL MARTINEZ, J. *Derechos inherentes en la reproducción asistida*, en BALLESTEROS LLOMPART, J., (et alii), *La humanidad in vitro*, Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 267 - 297.
 - VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca de la protección jurídica de la persona en relación con el desarrollo tecnológico. Genética y embriología humanas, desde la perspectiva del Derecho Civil Constitucional Español*, en ALVENTOSA DEL RÍO, J., MOLINER NAVARRO, R.M., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez*, Vol. 2, 2008 (Volumen I), ed. Universitat de València, Valencia 2008, pp. 1229 - 1266.
 - VIDAL MARTÍNEZ, J., *Acerca del valor permanente del Derecho civil como Derecho de la persona en la era de la globalización*, en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* Vol. 1, 2011, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 2825 - 2863.
 - VIEIRA DE ANDRADE, J.C., *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Libraria Almedina, Coimbra - 1987.
 - VIGNEAU, D., *Les imperfections de lois du 29 juillet 1994 en matière de filiation*, en DEKEUWER-DEFOSSERZ, F., (et alii), *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicamentelement assistée. Colloque du Laboratoire d'études et de recherches appliquées au droit privé*. Université de Lille II, Lille - 1996.
 - VILA-CORO BARRACHINA, M.D., *Introducción a la Biojurídica*, ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid - 1995.
 - VILELLA CORTÉS, F. y LINARES SALGADO, J. E., *Diagnóstico genético prenatal y aborto. Dos cuestiones de eugenesia y discriminación*, *Revista de Bioética y Derecho*, número 24, Enero 2012, ed. Universitat de Barcelona, Barcelona 2012, pp. 31-43.

- VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *La inconstitucionalidad por omisión*, ed. Mc-Graw Hill, Madrid - 1997.
- VIÑAS OTERO, A., *Hacia una versión actualizada de la teoría institucional*, en *Teoría del derecho y experiencia jurídica romana*, ed. Dykinson, Madrid 2003.
- VIVAS TESÓN, I., *La Horizontalidad de los Derechos Fundamentales*, <http://www.derechocivil.net/esp/LA%20HORIZONTALIDAD%20DE%20LOS%20DERECHOS%20FUNDAMENTALES.pdf>, última visita el 17 de Marzo de 2014.
- VON THUR, A., *Der allgemene teil des burgerlichen Rechts*, I, 1940.
- VON WICHMANN ROVIRA, G., *La responsabilidad extracontractual o Derecho de Daños*, en DELGADO DE MIGUEL, J.F., (coordinador general), *Instituciones de Derecho Privado, Tomo III, volumen 3º*, ed. Aranzadi, Cizur Menor - 2005, pp. 849 - 1206.
- WILLIAMS, G.C., *Adaptation and Natural Selection: A Critique of Some Current Evolutionary Thought*, Princeton Science Library, ed. Princeton University Press, Princeton - 1966.
- WILLIAMS, G.C., *Huxley's Evolution and Ethics in Sociobiological Perspective*, en Thomsom, P., (coord.), *Issues in Evolutionary Ethics*, SUNY Press, Albany, 1.995, pp. 317 - 349.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, ed. Reus, Madrid - 1989
- ZAGREBELSKY, G., *Derechos de libertad y derechos de justicia*, en *El Derecho Dúctil*, ed. Trotta, Madrid - 1995.
- ZARRALUQUI NAVARRO, I. *Procreación asistida y derechos fundamentales*. Editorial Tecnos, Madrid - 1988.
- ZARRALUQUI SÁNCHEZ-ENARRIAGA, L., *Acuerdos prematrimoniales, hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal*, en *Economist & Jurist*, Año XVI, marzo 2008.

- ZUBIRI X., *Sobre el hombre*, ed. Alianza Editorial, Madrid, 1986.

LEYES CONSULTADAS

1-Tratados internacionales

- Declaración Universal de los Derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, - Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Convenio para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales, de 04 de noviembre de 1950 en Roma.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 de diciembre de 1966.
- Convenio Europeo de Adopción de Menores, firmado en Estrasburgo el 24 de abril de 1967.
- Convenio Europeo de Derechos humanos, de 10 de julio de 1975
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.
- Convenio de la Haya sobre Protección de menores y cooperación en materia de Adopción Internacional, de 29 de mayo de 1993.

2-Legislación estatal española

- Constitución española.
- Código Civil español.
- Código Penal español.
- Código de Derecho Canónico
- Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, de 3 de febrero.
- Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero.
- Ley de Registro Civil de 08 de junio de 1957
- Reglamento del Registro Civil de 14 de noviembre de 1958.
- Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida

- Ley 14/2007 de 3 de julio, de Investigación biomédica.
- Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción internacional
- Ley 3/2007, de 15 de Marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.
- Ley 1/1996, de 15 de Enero, Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.
- Real Decreto 42/2010, de 15 de enero, por el que se regula la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.
- Ley 15/2005 de 18 de Julio por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio
- Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, o el artículo 73 de la Ley 50/1.980, del contrato de seguro
- Ley 11/2013, de 26 de Julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo
- Ley 1/2013 de 14 de Mayo
- Ley 5/2012 de Mediación Civil
- Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de Julio, que aprobó el texto refundido de la Ley de Aguas.
- Ley 2/2013 de 29 de Mayo de Protección y Uso sostenible del litoral y de modificación de la Ley 22/1988, de 28 de Julio, de Costas

3- Leyes autonómicas

- Ley 3/1997, de 9 de junio, Ley Gallega de la Familia, la Infancia y la Adolescencia.
- Ley 6/2000, de 3 de julio, sobre igualdad jurídica de las parejas estables en Navarra.
- Ley 2/2004 de 3 de mayo (que modifica la Ley 6/1999 de 26 de marzo) relativa a parejas estables no casadas en Aragón.
- Código de Derecho Foral de Aragón
- Código Civil de Catalunya

- Ley 1/2006, de 28 de febrero, de Protección de Menores de la Rioja.
- Ley 25/2010, de 29 de julio del Libro II del Código Civil de Catalunya

4.- Legislación extranjera

- Constitución Federal de Alemania
- Código Civil Alemán
- Código Civil Francés
- Código Francés de Familia y de Ayuda Social
- Ley francesa 1993/2002, de 22 de enero, relativa al acceso a los orígenes de las personas adoptadas y pupilos del Estado.
- Ley francesa nº 2007-308, de 5 de Marzo de reforma de la protección de los mayores
- Ley francesa relativa a la Bioética de 6 de Agosto de 2004.

INTERNET

Los recursos obtenidos de internet y referidos a páginas web, tanto respecto de artículos y obras doctrinales como los que se refieren a continuación para noticias y otros contenidos en la red, se citan consignando la dirección en el tamaño de letra mínimo posible por cuanto: 1) en versiones electrónicas de esta tesis funcionará el hipervínculo a la página; 2) las rutas a las direcciones web son muchas veces muy largas y no permiten una justificación correcta de párrafo por parte del programa de tratamiento de textos, lo cual se minimiza si el reducido tamaño permite que la cita no comprenda más de una línea, a lo sumo dos; 3) en muchas de las consultas se encontrará que no existe paginación o que la que pueda hallarse es del documento electrónico creado para la visión y no de la versión que en su caso pueda existir en papel, en cuyo caso no se han referido páginas en concreto; 4) dado que estas direcciones se consignan para consultar “on line”, en tal caso la opción

“buscar en esta página” localizará la cita con toda exactitud sin necesidad de referencia de páginas.

<http://www.blogs.periodistadigital.com/carloscorral.php/2013/04/22/moral-internacional>.

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/05/22/Barcelona/1369233904.html>.

http://www.elpais.com/diario/2001/05/23/ultima/990568801_850215.html.

<http://www.jornada.unam.mx/2007/07/05/index.php?section=mundo&article=031n1mun>.

<http://hometown.aol.com/scarter11/gdc.htm>.

<http://web.syr.edu/sndrake/lpgen.htm>.

http://www.teinteresa/política/UNIVERSAL-AUDIENCIA-UNANIMIDAD-RESOLVER-PRESENTADOS_0_1105690080.htm

http://www.sociedad.elpais.com/sociedad/2014/02/12/actualidad/1392224320_865641.html

<http://www.solidaridad.net/noticia/7223/el-nuevo-derecho-a-no-existir>.

http://www.abce.es/hemeroteca/histórico-01-03-2004/abc/Deportes/liga-y-afe-los-ejemplos-de-europa_247908.html.

<http://www.20minutos.es/noticia/1990367/0/caso/pianista/puigcerda-sentencia/>

<http://www.abc.es/sociedad/20130527/abci-entrevista-shoukrat-mitalipov-2013526>.