



**ACTUALIDAD JURIDICA
IBEROAMERICANA**

Revista de Actualidad Jurídica Iberoamericana
Edita: Instituto de Derecho Iberoamericano
Calle Luis García Berlanga, núm. 7, I-15
Valencia, España. 46023.
Correo Electrónico: contacto@idibe.org
Dirección web: www.idibe.org

Director General:
José Ramón de Verda y Beamonte
j.ramon.de-verda@uv.es
Diagramación: Elías On

ISSN 2386-4567
© Derechos Reservados de los Autores

SUMARIO

DERECHO PRIVADO Y CONSTITUCIÓN

A) PARTE GENERAL

- 01/ Ragionevolezza e bilanciamento nell'interpretazione recente della Corte costituzionale. Giovanni Perlingieri (Italia). 10
- 02/ Trascendencia de la Constitución en el derecho civil venezolano. María Candelaria Domínguez Guillén (Venezuela). 52
- 03/ Constituição e direito privado no ordenamento jurídico português -o caso da discriminação. Sandra Passinhas (Portugal)..... 92

B) DERECHO DE LA PERSONA

- 04/ Sobre la inviolabilidad del "domicilio constitucional". Agustín Luna Serrano (España). 124
- 05/ El uso de la imagen del menor estudiante en los centros educativos (especial atención al uso de las redes sociales). Pedro Grimalt Servera (España). 138
- 06/ Exposición prenatal a drogas: actuaciones de protección desde el Derecho civil. Javier Barceló Doménech (España). 180
- 07/ A transexualidade no Direito privado. Nelson Rosenthal (Brasil). 198
- 08/ Modificación judicial de la capacidad de obrar como sistema de protección de las personas más vulnerables. Josefina Alventosa del Río (España). 224

C) DERECHO PATRIMONIAL

- 09/ El principio de no discriminación en el derecho contractual ítalo-europeo. Gabriele Carapezza Figlia (Italia). 282
- 10/ Propiedad y Constitución: análisis del escenario colombiano. Fabricio Mantilla Espinosa, Gabriel Hernández Villareal y Francisco Ternera Barrios (Colombia). 316
- 11/ Igualdad por razón de filiación y derecho de sucesiones. Manuel Espejo Lerdo De Tejada (España). 336
- 12/ El principio constitucional de protección de los derechos de los consumidores y usuarios. María José Reyes López (España). 366

D) DERECHO DE FAMILIA

- 13/ Matrimonio y Constitución: Su interpretación evolutiva, desde la igualdad y la libertad. Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (España)..... 400
- 14/ Constitucionalismo multinivel. Principio de igualdad y Derecho familiar argentino. Mariel F. Molina de Juan (Argentina)..... 446
- 15/ La constitutionnalisation du droit de la famille. Isabelle Sayn (Francia).... 474
- 16/ Capacidad para contraer matrimonio y prohibiciones matrimoniales: Una comparación de las experiencias jurídicas española e italiana. José Ramón de Verda y Beamonte; y Pietro Virgadamo..... 496
- 17/ Indemnización por daños morales entre los cónyuges. En especial, indemnización por ruptura conyugal. Luis Martínez Vázquez de Castro (España)..... 570
- 18/ Ordine pubblico costituzionale e rapporti familiari: i casi della poligamia e del ripudio. Marco Rizzuti (Italia)..... 604
- 19/ The divorce allowance in Italy, between rules and principles. Vincenzo Barba (Italia). 628

DIRECTOR

Dr. Dr. José Ramón de Verda y Beamonte
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SUBDIRECTOR

Dr. Juan Antonio Tamayo Carmona
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Dr. Pedro Chaparro Matamoros
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Salvatore Aceto di Capriglia
Professore Associato di Diritto Comparato, Universidad de Nápoles Parthenope, Italia

Dra. Esther Algarra Prats
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Vincenzo Barba
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Javier Barceló Doménech
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Rafael Bellido Penadés
Catedrático Acreditado de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

Dra. Mirzia Bianca
Professore Ordinario di Diritto Privato, Università de la Sapienza, Italia.

Dr. Dr. Salvador Carrión Olmos
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Gabriele Carapezza Figlia
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Giovanna Chiappetta
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Calabria, Italia

Dr. André Dias Pereira
Director del Centro Biomédico de la Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Andrea Federico
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dr. Giampaolo Frezza
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad LUMSA, Palermo, Italia

Dra. Stefania Giova
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad del Molise, Italia

Dr. Pablo Gírgado Perandones
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

D. Cristián Lepin Molina
Profesor Asociado de Derecho Civil, Universidad de Chile

Dr. Andrea Lepore
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

D. Fabricio Mantilla Espinosa
Catedrático de Contratos Civiles y Mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. Fabrizio Marinelli
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

Dra. Graciela Medina
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Buenos Aires, Argentina

Dr. Lorenzo Mezzasoma
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Mariel F. Molina de Juan
Profesora Titular de Derecho de Familia y de Sucesiones, Universidad de Cuyo, Argentina

Dr. Juan Antonio Moreno Martínez
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante, España

Dr. Orlando Parada Vaca
Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Dr. Giovanni Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dra. Carolina Perlingieri
Professore Ordinario di Diritto Privato, Universidad Federico II, Nápoles, Italia

Dra. María José Reyes López
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Raffaele Picaro
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Campania "L. Vanvitelli", Italia

Dr. Nelson Rosendal
Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho Damasio, Sao Paulo, Brasil

Dra. Adela Serra Rodríguez
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Francisco Ternera Barrios
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

Dr. David Vargas Aravena
Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica de la Santísima Concepción, Chile

COMITÉ EDITORIAL

Dra. Asunción Colás Turégano
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Angelone
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad "G. di Annunzio" de Chieti-Pescara, Italia

Dr. Luis de las Heras Vives
Abogado. Vicepresidente del IDIBE.

Dr. Gorka Galicia Aizpurua
Profesor Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dr. Emanuele Indracollo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Aurora López Azcona
Profesora Titular de Derecho de Derecho Civil, Universidad del País Vasco, España

Dra. Pilar Montés Rodríguez
Profesora Titular (Escuela Universitaria) de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Pietro Virdagamo
Professore Associato di Diritto Privato, Universidad de Salerno, Italia

Dra. Sonia Rodríguez Llamas
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

CONSEJO DE REDACCIÓN

Doña Belén Andrés Segovia
Becaria de Investigación del Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Valencia, España

Dra. Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Profesora Contratada Dra., Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Giovanni Berti de Marinis
Ricercatore di Diritto Civile, Universidad de Perugia, Italia

Dra. Maria Cristina Cervale
Ricercatore di Diritto Privato, Universidad de L'Aquila, Italia

D. Jorge Enriquez Sordo
Abogado

Doña Ana Elisabete Ferreira
Professora Investigadora na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

D. Diego Eloy García García
Abogado

Dr. Fernando Hernández Gujjarro
Profesor Ayudante Doctor de Derecho Tributario, Universitat Politècnica de València, España

D. Francesco La Fata
Doctorando, Universidad del Sannio, Italia

D. Gonzalo Muñoz Rodrigo.
Graduado en Derecho.

Dr. Alfonso Ortega Giménez
Profesor Contratado de Derecho Internacional Privado, Universidad de Elche, España

Dra. Carla Pernice
Becaria de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia

Dr. Rosario Petruso
Ricercatore di Diritto Comparato, Universidad de Palermo, Italia

Dra. Isabel Rabanete Martínez
Profesora Asociada del Departamento de Derecho civil, Universidad de Valencia, España

Dr. Marco Rizzuti
Becario de Investigación en el Departamento de Derecho Privado, Universidad de Florencia, Italia.

D. Valerio Rotondo
Doctorando, Universidad de Molise, Italia

Dr. Eduardo Taléns Visconti
Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

Dra. Maria Inês Viana de Oliveira Martins
Professora Auxiliar na Faculdade de Direito, Universidad de Coimbra, Portugal

Dr. Angelo Viglianisi Ferraro
Professore Associato di Diritto Privato, Università "Mediterranea" di Reggio, Calabria, Italia

DERECHO PRIVADO
Y CONSTITUCIÓN

RAGIONEVOLEZZA E BILANCIAMENTO
NELL'INTERPRETAZIONE RECENTE DELLA CORTE
COSTITUZIONALE*

*REASONABLENESS AND BALANCING IN THE RECENT
INTERPRETATION OF THE CONSTITUTIONAL COURT*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 10-51

* Lo scritto, con l'aggiunta delle note, rielabora la relazione svolta in occasione del 12° Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile (S.I.S.Di.C.), in tema di *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, organizzato a Napoli presso il Grand Hotel Vesuvio, nei giorni 11, 12 e 13 maggio 2017. Il saggio è dedicato a *Loris Lonardo*.



Giovanni
PERLINGIERI

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Il saggio, anche alla luce di casi concreti e delle sentenze più recenti della Corte Costituzionale italiana, dimostra l'impossibilità di identificare ragionevolezza e uguaglianza, nonché i pericoli di una confusione tra ragionevolezza, consenso sociale, prassi e diritto vivente. Bilanciamento e ragionevolezza, quali aspetti fisiologici dell'attività ermeneutica di qualunque operatore giuridico, sono elementi fondamentali per evitare la cecità della mera sussunzione e la tirannia dei valori.

PALABRAS CLAVE: Bilanciamento; ragionevolezza; interpretazione; applicazione; ordine pubblico.

ABSTRACT: *The essay, taking into consideration also some concrete cases and recent decisions of the Italian Constitutional Court, demonstrates the impossibility to consider reasonableness and equality as the same principle, and shows the dangers of confusing reasonableness, social consensus, practice and law in action. Balancing and reasonableness, as ordinary instruments of each and every activity of legal interpretation, are fundamental elements in order to avoid both the blind syllogistic subsumption and the tyranny of values.*

KEY WORDS: *Balancing; reasonableness; interpretation application; public policy.*

SUMARIO.- I. IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE.- II. RAGIONEVOLEZZA, EGUAGLIANZA E PARITÀ DI TRATTAMENTO.- III. LA RAGIONEVOLEZZA NELLA PROSPETTIVA DIACRONICA.- IV. SEGUE. LA CRIOCONSERVAZIONE DEGLI EMBRIONI IN SOPRANNUMERO.- V. SEGUE. L'AUTOMATISMO ESPULSIVO DELLO STRANIERO A SÉGUITO DI REATO.- I. Il riconoscimento dei diritti dello straniero.- VI. LA RAGIONEVOLEZZA IN PRESENZA DI DISPOSIZIONI CHIARE E PUNTUALI.- VII. RAGIONEVOLEZZA E GIUSTO RIMEDIO.- VIII. LA RAGIONEVOLEZZA COME PARAMETRO DI INTERPRETAZIONE E CONCRETIZZAZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI: L'ORDINE PUBBLICO.- IX. RELATIVITÀ DEL CONCETTO DI RAGIONEVOLEZZA.- X. I PERICOLI DELLA CONFUSIONE TRA RAGIONEVOLEZZA, CONSENSO SOCIALE, PRASSI E DIRITTO VIVENTE. CRITICA.- XI. RAGIONEVOLEZZA, STORICITÀ E RELATIVITÀ DEI VALORI NORMATIVI.- XII. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

I. IL BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI NELL'INTERPRETAZIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE.

Già negli indici delle *Relazioni annuali sulla giurisprudenza della Corte costituzionale*¹ sono richiamati espressamente i concetti di *proporzionalità*, *ragionevolezza* e *bilanciamento*. Anche là dove vi sia una regola che descrive una fattispecie linguisticamente chiusa e predeterminata, risultato di un bilanciamento operato *a priori* dal legislatore, il giudice non può fare a meno di comparare, volta per volta, princípi e interessi coinvolti, perché l'attività interpretativa ha sempre carattere *valutativo*. Si interpreta bilanciando (interessi e valori) e si bilancia (no interessi e valori) interpretando² nel tentativo di ricercare il "migliore diritto possibile"³. Soltanto riconoscendo l'indissolubilità dell'endiadi tra *ragionevolezza* e *bilanciamento* è possibile scongiurare i pericoli sia della *cecità della mera sussunzione* (la quale, se non accompagnata da una attività valutativa, rischia di trascurare le

1 Consultabili sul sito www.cortecostituzionale.it.

2 RUGGERI, A.: "Interpretazione costituzionale e ragionevolezza", in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Principi fondamentali*, Atti del 2° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 18-19-20 aprile 2006, I, Napoli, 2007, p. 233 ss., secondo il quale *bilanciamento* di interessi e valori e *interpretazione* degli enunciati non sono attività separabili; PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 123 ss. e spec. p. 142 ss.

3 L'espressione è tratta da una affermazione dell'ex Presidente della Corte costituzionale, CHIEPPA, R.: "La giustizia costituzionale nel 2002", in *Giur. cost.*, 2003, p. 3180: "anche i giudici, costituzionali e comuni, risultano a pieno titolo coinvolti, sia pure entro confini determinati, in una sorta di processo allargato di produzione legislativa, in quanto titolari di attribuzioni direttamente derivanti dalla Costituzione. E lo stesso processo costituzionale finisce per configurarsi [...] come sede, in concreto, di formazione e di elaborazione del "miglior diritto possibile"".

• Giovanni Perlingieri

Professore Ordinario di Diritto Privato, Università della Campania "L. Vanvitelli". Correo electrónico: giovanni.perlingieri@unicampania.it

peculiarità del caso concreto in violazione del principio di differenziazione, ex artt. 3 e 118 cost.), sia della *tirannia dei valori* (i quali, come si vedrà, hanno una gerarchia e non sono monadi inconciliabili e non comparabili)⁴. Occorre, quindi, sempre combinare regole e principi per evitare che gli enunciati perdano la loro funzione di delimitare l'area dei significati possibili e per assicurare che l'interpretazione giuridica non si risolva in una analisi della sola *lettera*, distante da interessi e valori. Il diritto non si risolve nell'analisi del "linguaggio"⁵.

Come ribadito dalla Consulta nel 2003, va escluso che il bilanciamento debba essere operato sempre a monte dal legislatore e soltanto talvolta *a posteriori* dalla Corte costituzionale⁶.

L'interprete comune è chiamato non soltanto a bilanciare, comporre e coniugare disposizioni normative, spesso espressione di ideologie differenti, ma anche a "decidere valutativamente se certi collegamenti di una norma ad un'altra debbano essere fatti o no"⁷, adeguando il dettato normativo statico alle peculiarità del fatto. Il fatto è "un aspetto necessario del ragionamento del giurista"⁸ e la legge vive soltanto "nel momento della sua applicazione", tant'è che il "problema costante dell'interpretazione" è "la sottile determinazione dell'esatta portata della norma di fronte al caso concreto"⁹. Del resto, neppure le decisioni della Corte costituzionale possono trascurare il fatto e le conseguenze fattuali di una determinata interpretazione; il giudizio della Corte non è, come spesso si afferma, un giudizio astratto in quanto il giudice *a quo* deve sempre descrivere le peculiarità del caso altrimenti rischia l'inammissibilità. Sì che la fattualità è parte essenziale anche del giudizio di costituzionalità¹⁰. Lo chiarisce, di recente, anche la Consulta, quando riconosce che il giudice *a quo*, al fine di evitare l'inammissibilità,

4 Come si è cercato di evidenziare altrove, i principi non operano mai da soli ed è proprio il bilanciamento, anche in presenza di una fattispecie apparentemente esaustiva, che preclude ogni forma di tirannia o abuso dettato dall'esistenza e dall'operatività di un solo principio o di una sola ideologia. Del resto anche l'interesse non è mai una monade e va sempre posto in correlazione con altri interessi, diritti o situazioni soggettive. Per ulteriori approfondimenti si rinvia a G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 143 ss. In questa direzione, di recente, v. anche Corte cost., 23 marzo 2018, n. 58, sul caso Ilva, secondo la quale "il bilanciamento" tra principi e situazioni soggettive, secondo proporzionalità e ragionevolezza, è l'unico strumento idoneo a evitare la "tirannia" o "l'illimitata espansione di uno dei diritti".

5 GUASTINI, R.: *Teoria del diritto: approccio metodologico*, Modena, 2012, p. 60.

6 Cfr. Corte cost., 18 dicembre 2003, n. 1, in www.cortecostituzionale.it, ove si legge che "non è sufficiente una mera esegesi testuale di disposizioni normative, costituzionali od ordinarie, ma è necessario far riferimento all'insieme dei principi costituzionali [...] In tutte le sedi giurisdizionali (e quindi non solo in quella costituzionale) occorre interpretare le leggi ordinarie alla luce della Costituzione, e non viceversa".

7 Così GRASSO, B.: *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Napoli-Camerino, 1974, p. 30, sia pure sminuendo questa incontestabile verità.

8 DE GIOVANNI, B.: *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2016, p. 31.

9 ASCARELLI, T.: "Antigone e Porzia", in Id.: *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, pp. 155, 158.

10 Si è rilevato, di recente, che "anche le Corti costituzionali e i massimi consessi giurisdizionali – pur formalmente investiti del compito di giudicare la legittimità di "norme" – dichiarano esplicitamente che l'oggetto della loro analisi non sono solo testi, ma contesti, non sono [solo] dettati ma esperienze, non sono [soltanto] parole ma fatti"; LIPARI, N.: "Presentazione", in Id., *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 5.

deve sempre tenere conto delle peculiarità del caso¹¹. Persino nel diritto penale – che si fonda sul broccardo *nullum crimen sine lege* – sulla scia della migliore dottrina, la Corte costituzionale non esita ad affermare che ogni pena deve essere *proporzionata* e diretta ad assicurare che la libertà del singolo non sia “esposta o sacrificata oltre i limiti della ragionevolezza”¹², nella direzione di garantire effettività alla reale funzione della pena. Diversamente si violerebbe l'art. 27, comma 3, cost., che impone la *rieducazione* e la *reintegrazione* sociale del condannato.

II. RAGIONEVOLEZZA, EGUALIANZA E PARITÀ DI TRATTAMENTO.

Nel linguaggio del Codice civile, delle leggi speciali, del Codice della navigazione, dei Principi *Unidroit*, dei *Principi di diritto europeo dei contratti* e del *Regolamento europeo della vendita*, la ragionevolezza assume una pluralità di significati. Spesso, ad esempio, è riferita a una indicazione temporale (*termine ragionevole*), all'oggetto della prestazione (*prezzo ragionevole*), a un rimedio (*misura ragionevole*), a un connotato soggettivo (*persona ragionevole*, *ragionevole affidamento*, *ragionevole previsione*), a un *progetto di fusione* o a un *assetto organizzativo o contabile di una società*¹³. Anche in dottrina e in giurisprudenza la ragionevolezza sembra sovrapposta alla proporzionalità, all'abuso, alla buona fede e all'equità¹⁴.

11 Corte cost., 20 ottobre 2016, n. 225, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3329.

12 Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, in *Foro it.*, 2017, I, c. 97 s., che dichiara costituzionalmente illegittimo l'art. 567, comma 2, c.p., là dove prevede, in caso di “alterazione di stato”, la pena della reclusione da un minimo di cinque a un massimo di quindici anni, anziché la pena della reclusione da un minimo di tre a un massimo di dieci anni (comma 1). La sanzione più severa è considerata irragionevole e sproporzionata in relazione sia alla funzione rieducativa della pena, sia all'effettivo disvalore attualmente attribuibile alla condotta incriminata anche alla luce di altri reati analoghi e in certi casi più gravi (artt. 567, comma 1, 566, comma 2, e 568 c.p.). La pena è non proporzionata quando mira soltanto a risultati di tipo intimidativo-deterrente ed “utilizza” il singolo reo per intimidire la collettività. Il reo, se ridotto a “mezzo” per intimidire, non può che rifiutare il trattamento rieducativo: sul piano individuale, infatti, il rispetto del rapporto di proporzione tra fatto e sanzione “realizza un presupposto essenziale perché il reo possa in qualche modo considerare, in fase di esecuzione, la restrizione della sua libertà non come un sopruso da parte dello Stato”. Il reo giammai può divenire “mezzo”; egli può esser soltanto “fine”: questo è il senso che la miglior dottrina e la costante giurisprudenza della Corte Costituzionale danno al dettato dell'art. 27, comma 3, cost., in virtù del quale “le pene devono tendere alla rieducazione del condannato”. Altro significativo esempio è riscontrabile nella l. n. 41 del 2016 che, nel disciplinare l'omicidio (colposo) stradale, ha introdotto comminatorie edittali esponenzialmente più severe dell'omicidio colposo comune. Detto altrimenti, sono previsti aumenti di pena soltanto in caso di colpa stradale, nonostante che in essa tendano a cumularsi pena legale e *poena naturalis*: gli effetti della violazione di una regola del traffico stradale si riverberano, infatti, quasi sempre anche a danno di colui che ha innescato il rischio. Proprio sulla base di queste considerazioni, in Germania l'omicidio stradale non è punito più severamente dell'omicidio colposo comune ed anzi è previsto l'istituto dell'*Absehen von Strafe* – ex § 60 StGB –: “Il giudice si astiene dalla pena, quando le conseguenze del fatto, che hanno riguardato l'autore, sono così gravi, che l'infliczione di una pena risulterebbe manifestamente sbagliata”. Si rinuncia all'applicazione della pena allorché le conseguenze della condotta pericolosa si siano riverberate a danno del suo autore, in guisa tale da far ritenere opportuno astenersi dall'irrogare, nei suoi confronti, la pena legale. In dottrina, MOCCIA, S.: *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, p. 188 s.; NAPPI, A.: *Razionalità complessiva del sistema: il c.d. omicidio stradale al banco di prova dei canoni di proporzionalità ed offensività*, Napoli, 2016, p. 693 ss. Da ultimo, PALMIERI, G.: “Ragionevolezza e scelte di incriminazione”, in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 777 ss.

13 Per una ricognizione dei relativi riferimenti normativi, si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., spec. p. 16 ss.

14 Sul punto, v. gli studi già svolti in PERLINGIERI, G.: o.u.c., *passim*, spec. pp. 16 ss. e 115 ss.

Nel concentrare l'attenzione sulla giurisprudenza costituzionale, il concetto di ragionevolezza è spesso appiattito sul principio di eguaglianza o sulla parità di trattamento, tant'è che, secondo la Consulta, il "generale canone di ragionevolezza sancito dall'art. 3" si risolverebbe in un "principio generale [...] che si riflette nel divieto di introdurre ingiustificate disparità di trattamento"¹⁵.

Su questa convinzione, la Corte costituzionale ha dichiarato, ad esempio, l'illegittimità costituzionale di una legge regionale che riconosceva alle persone totalmente invalide il diritto alla circolazione gratuita sui servizi di trasporto pubblico, escludendo dagli aventi diritto gli invalidi stranieri¹⁶. La decisione è condivisibile perché è vero che l'individuazione delle categorie di beneficiari rappresenta il frutto di una scelta "necessariamente da circoscrivere in ragione della limitatezza delle risorse finanziarie", ma al legislatore è consentito introdurre "regimi differenziati" unicamente in presenza di una causa che non sia fonte di discriminazioni *irragionevoli* (arg. artt. 2, 3, 16 e 32 cost.)¹⁷.

Similmente, la Corte tende a identificare ragionevolezza ed eguaglianza quando fa questione di legittimità costituzionale dell'art. 9, comma 1, l. prov. autonoma di Trento 24 luglio 2012, n. 15, ai sensi del quale "[s]ono destinatari dell'assegno di cura i cittadini italiani o di Stati appartenenti all'Unione europea, gli apolidi e gli stranieri in possesso della carta di soggiorno ex art. 9, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 [...], purché [...] siano residenti nel territorio della Provincia di Trento da almeno tre anni continuativi"¹⁸. Rispetto alla lamentata "violazione del canone di ragionevolezza", la Corte osserva che – sebbene al legislatore sia consentito introdurre una disciplina differenziata per l'accesso alle prestazioni assistenziali al fine di conciliare la massima fruibilità dei benefici previsti con la limitatezza delle risorse finanziarie disponibili – "la legittimità di una simile scelta non esclude che i canoni selettivi adottati debbano comunque rispondere al principio di ragionevolezza, in quanto l'introduzione di

15 Corte cost., 4 luglio 2013, n. 170, in *Foro it.*, 2014, I, c. 1721; Corte cost., 9 luglio 2015, n. 146, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 515 ss., con nota di BORRILLO, B.: "Profili successori della riforma della filiazione: il regime transitorio al vaglio della Consulta". In dottrina, studia tale atteggiamento della Corte costituzionale, di recente, RUGGERI, A.: "Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale", in *Riv. AIC*, 2017, p. 1 ss.

16 Corte cost., 2 dicembre 2005, n. 432, in *Giur. it.*, 2006, p. 2252.

17 Con un ragionamento simile, fondato sempre sul principio di eguaglianza, Corte cost., 9 luglio 2015, n. 146, cit., ha sostenuto la necessità di far operare la nuova disciplina in tema di parificazione tra figli anche per le successioni apertesi prima dell'entrata in vigore dell'intervento riformatore. V. anche Corte cost., 4 luglio 2013, n. 172, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2542; nonché Corte cost., 11 dicembre 2015, n. 262, in *Giur. cost.*, 2015, p. 2272 (e in *Giur. it.*, 2016, p. 885 ss., con nota di RIVARO, R.: "Riflessioni sulla sospensione della prescrizione dell'azione sociale di responsabilità") che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2941, n. 7, c.c., nella parte in cui non prevede che la prescrizione sia sospesa tra la società in nome collettivo e i suoi amministratori, finché sono in carica, per le azioni di responsabilità contro di essi a differenza di quanto invece previsto per le persone giuridiche e per le società in accomandita semplice. Ancóra, è ritenuta arbitraria la scelta del legislatore di diversificare la decorrenza dei termini di prescrizione in base a un elemento, la personalità giuridica, che non soltanto vede attenuarsi il suo ruolo di fattore ordinante della disciplina societaria, ma non ha portata scriminante per il diverso aspetto della responsabilità degli amministratori per gli illeciti commessi durante la permanenza in carica.

18 Corte cost., 4 luglio 2006, n. 254, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 514 ss., con nota di LONGOBUCCO, F.: "Il regime patrimoniale dei coniugi tra vecchie e nuove norme di conflitto: ragionevolezza nell'uso del genuine link", *ivi*, p. 521 ss.

regimi differenziati è consentita soltanto in presenza di una causa normativa non palesemente irrazionale o arbitraria, che sia cioè giustificata da una ragionevole correlazione tra la condizione cui è subordinata l'attribuzione del beneficio e gli altri peculiari requisiti che ne condizionano il riconoscimento e ne definiscono la *ratio*'. Nella specie, è esclusa tale ragionevole correlazione tra l'impugnato presupposto di ammissibilità al beneficio (residenza protratta nel tempo) e gli altri peculiari requisiti (situazione di bisogno e di disagio anche economico riferibile direttamente alla persona non autosufficiente in quanto tale), che costituiscono le condizioni di fruibilità della provvidenza in esame. Ciò determina "il venir meno della ragionevolezza della previsione di un requisito differenziato (e, nella specie, pesantemente aggravato), che, lungi dal trovare giustificazione nella essenza e finalità del beneficio, contraddittoriamente potrebbe portare a escludere soggetti altrettanto (se non più) esposti alle condizioni di bisogno e di disagio". La disposizione "realizza una discriminazione [...], che contrasta con la funzione e la *ratio* normativa stessa, in violazione del limite di ragionevolezza imposto anche dal rispetto del principio di uguaglianza"¹⁹.

Allo stesso modo, la norma è censurata di illegittimità per violazione dell'art. 3 cost. nella parte in cui è presupposto che lo straniero goda di permesso di soggiorno, non essendovi alcuna ragionevole correlazione tra la condizione di accesso dei cittadini extraeuropei alle prestazioni assistenziali in questione e le situazioni di bisogno o disagio, riferibili direttamente alla persona in quanto tale, che costituiscono il presupposto di fruibilità dell'assegno di cura.

L'atteggiamento dei Giudici costituzionali, sommariamente esposto e riscontrabile diffusamente anche in altre pronunce²⁰, è seguito da un'autorevole dottrina secondo la quale "il principio di ragionevolezza si ricava per astrazione dal principio di uguaglianza, come il principio di uguaglianza si ricava per specificazione dal principio di ragionevolezza"²¹.

19 Corte cost., 4 luglio 2006, n. 254, cit. Specularmente e per converso, Corte cost., 7 dicembre 2017, n. 258, in *Dir. giust.*, 2017, reputa fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, l. 5 febbraio 1992, n. 91 (Nuove norme sulla cittadinanza), nella parte in cui non prevede l'esenzione dall'obbligo del giuramento (necessario ai fini della trascrizione nei registri dello stato civile dell'acquisita cittadinanza italiana da parte dello straniero) a favore della persona affetta da disabilità e, per tale condizione, inabilitata ad adempiere a tale obbligo. Precludendo l'acquisizione dello *status* di cittadino alle persone che non sono in grado di prestare giuramento per infermità psichica e, dunque, non prevedendo trattamenti differenziati, la normativa rischia di creare irragionevoli forme di emarginazione sociale e di determinare una ulteriore forma di emarginazione rispetto ad altri familiari che abbiano conseguito la cittadinanza.

20 Tra le altre cfr. Corte cost., 4 luglio 2006, n. 254, cit., p. 514, che ha dichiarato incostituzionale l'art. 19, comma 1, disp. prel. c.c. nella parte in cui prevede che i rapporti patrimoniali tra coniugi siano regolati dalla legge nazionale del marito al tempo della celebrazione del matrimonio. La disposizione integrerebbe discriminazione irragionevole nei confronti della moglie per motivi legati soltanto al sesso, in violazione degli artt. 3 e 29, comma 2, cost.

21 BARBERIS, M.: "Eguaglianza, ragionevolezza e libertà", in VIGNUDELLI, A. (a cura di): *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, III, Modena, 2014, p. 26 ss.

La prospettiva non convince perché il controllo di ragionevolezza non si risolve affatto né nell'uguaglianza né nella parità di trattamento. In molti casi, prescinde da questi principi e si fa strumento di concretizzazione e di bilanciamento di una pluralità di ulteriori e non meno rilevanti valori normativi. In questa direzione, anche il meccanismo del *tertium comparationis* si rivela spesso riduttivo e fuorviante, in quanto il controllo di costituzionalità e di ragionevolezza, come affermato dalla stessa Consulta nelle sentenze n. 559 del 1988 (in tema di conflitto di attribuzione)²² e n. 394 del 2005 (in tema di assegnazione della casa familiare)²³, è sempre *totalitario* e *unitario* perché non è separabile dal fatto e riguarda sempre una pluralità di regole e principi²⁴. Sí che è in ogni caso riduttivo, ma non “disperato”, “il tentativo di riduzione e rappresentazione teorica unitaria” del concetto di ragionevolezza²⁵. I casi che seguiranno confermeranno queste osservazioni.

III. LA RAGIONEVOLEZZA NELLA PROSPETTIVA DIACRONICA.

A titolo esemplificativo, il conflitto tra norme diacroniche è spesso condivisibilmente risolto prescindendo del tutto dall'uguaglianza. In diverse occasioni, la giurisprudenza ha scelto di sacrificare gli affidamenti individuali per perseguire obiettivi di politica sociale e/o economica che non necessariamente hanno a che fare con l'uguaglianza²⁶.

In questa prospettiva, oltre ad una significativa decisione del 2006²⁷, si pensi al necessario bilanciamento tra il diritto della madre all'anonimato – riconosciuto dall'art. 28, comma 7, l. 4 maggio 1983, n. 184, anche a tutela della vita del concepito,

22 Corte cost., 19 maggio 1988, n. 559, in *Giur. it.*, 1989, I, I, c. 1466.

23 Corte cost., 21 ottobre 2005, n. 394, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1083.

24 Cfr. anche TESAURO, G.: “Il dialogo muto con la Corte europea dei diritti dell'uomo e la giustizia internazionale”, in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 121 ss.

25 RUGGERI, A.: “Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale”, in LA TORRE, M., SPADARO, A. (a cura di): *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 97 ss., spec. p. 98.

26 MAISTO, F.: “Diritto intertemporale”, in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, I, 5, Napoli, 2007, *passim*. Invece, per il problema della parificazione tra figli nati nel matrimonio e fuori dal matrimonio e la necessità di far operare la nuova disciplina in tema di filiazione anche alle successioni apertesi prima dell'entrata in vigore dell'intervento riformatore, cfr. Corte cost., 9 luglio 2015, n. 146, cit., ove senz'altro assume rilevanza l'art. 3 cost. assieme ad altri principi come la tutela della “vita familiare”.

27 Corte cost., 7 luglio 2006, n. 279, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1066, nel valutare la legittimità dell'art. 48, comma 5, l. 24 novembre 2003, n. 326 (che consente una riduzione della quota di spettanza del produttore del prezzo di vendita al pubblico di medicinali) e dell'art. 1, comma 3, d.l. 24 giugno 2004, n. 156 (che prevede uno sconto sul margine del prezzo al pubblico previsto in favore del produttore di alcuni medicinali), propone un bilanciamento tra l'interesse al contenimento della spesa farmaceutica nel contesto delle risorse date, il diritto alla salute e la libertà di iniziativa economica privata, e conclude che, nella specie, la compressione della libertà di iniziativa economica non è illegittima, perché l'imprenditore conserva un margine di utile ridotto ma *adeguato*. La sentenza è interessante perché non si limita a bilanciare in astratto la tutela della salute con l'adeguatezza del margine di utile per l'imprenditore, ma si preoccupa di ragionare “sul terreno della ragionevolezza complessiva della soluzione”, osservando che “appare ovvio che tale ragionevolezza complessiva dovrà, a sua volta, essere apprezzata nel quadro di un altrettanto ragionevole contemperamento di interessi [...] che risultino nella specie coinvolti”, come auspicato in Corte cost., 22 maggio 2013, n. 92, in *Foro it.*, 2014, I, c. 714.

perché “distoglie” la donna da decisioni irreparabili, quali l'aborto o l'abbandono materiale del neonato²⁸ – e il diritto del figlio a conoscere le proprie origini. Tale bilanciamento coinvolge non tanto l'eguaglianza, quanto la riservatezza, la tutela della vita, l'identità personale e la salute²⁹. Al riguardo, il dialogo muto con la Corte EDU³⁰ ha indotto la Consulta a rivedere la posizione precedentemente assunta³¹ e acquisire consapevolezza della necessità, anche per l'interprete comune, di valutare la *perdurante attualità* dell'anonimato, dichiarando l'illegittimità della disposizione che prevede l'irreversibilità della scelta effettuata al momento del parto. Tuttavia, anche il giudice comune è chiamato a operare un'analisi degli interessi in concreto coinvolti in una prospettiva “diacronica”, per verificare, volta per volta, la prevalenza dell'anonimato o del diritto a conoscere le proprie origini³².

Nell'occasione, la Corte sottolinea l'impossibilità di “cristallizzare” il diritto all'anonimato, valorizzando l'eventualità che un fatto sopravvenuto (la morte della madre o la revoca dell'anonimato), oppure un interesse o un valore, anche sopravvenuto, giustifichi una soluzione differente. Si pensi all'insorgere di malattie ereditarie, curabili prevalentemente grazie a informazioni o indagini genetiche e biologiche; o al sopraggiungere della morte della madre, che comporta (non l'estinzione, ma almeno) un “affievolimento” dell'interesse all'anonimato, come comprovato dal limite temporale massimo (cento anni) al quale il legislatore

-
- 28 PANE, R.: “L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità”, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 451 ss.; sempre EAD.: “Unioni same-sex e adozione in casi particolari”, *ivi*, 2017, p. 479 ss. Sul punto cfr. anche le interessanti osservazioni emerse dalla Tavola Rotonda “In materia di filiazione” svolta presso l'Università degli Studi di Napoli Federico II, il 13 aprile 2016, e pubblicate in *Foro nap.*, 2016, p. 611 ss.
- 29 Il problema è risolto di recente dal d.d.l. S. n. 1978, approvato dalla Camera dei Deputati in data 18 giugno 2015, che propone la modifica dell'art. 28, l. 4 maggio 1983, n. 184 (DDL. S. 1978, *Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita*, in <http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/FascicoloSchedeDDL/ebook/45784.pdf>). Non può omettersi, tuttavia, l'importante contributo della Corte costituzionale in questa direzione (Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Riv. dir. int.*, 2014, p. 264). Proprio dando séguito alle sollecitazioni della Consulta, è stata prevista la possibilità di chiedere alla madre se intenda revocare la propria scelta.
- 30 La Corte Edu, con la pronuncia 25 settembre 2012, ric. n. 33783/09, Godelli c. Italia, in *Giust. civ.*, 2013, I, p. 1597, condanna l'Italia per la violazione dell'art. 8 Cedu, evidenziando la necessità di attribuire rilevanza non soltanto all'interesse della madre, ma anche all'interesse del figlio a conoscere le proprie origini. V. anche Corte Edu, Grande camera, 13 febbraio 2003, ric. n. 42326/1998, Odièvre c. Francia, in DE SALVIA, M., ZAGREBELSKY, G. (a cura di): *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, III, Milano, 2007, p. 598.
- 31 Con la pronuncia n. 278 del 22 novembre 2013, cit., p. 264, la Corte costituzionale muta intendimento rispetto alla precedente n. 425 del 25 novembre 2005, in *Riv. not.*, 2006, p. 101 ss.
- 32 Si pensi all'ipotesi nella quale la madre revochi (spontaneamente o su istanza del figlio) la scelta dell'anonimato (v., di recente, Cass., Sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.*, 2017, I, c. 477) o nella quale l'interesse della madre all'anonimato e alla riservatezza si “affievolisca” (così nel caso di morte della madre) (Cons. St., 12 giugno 2012, n. 3459, in *Foro amm.*, 2012, p. 1545). La soluzione trova conferma in fonti sovranazionali e, come ha rilevato anche Cass., 9 novembre 2016, n. 22838, in *Dir. giust.*, 2016, p. 10, è utile a evitare disparità di trattamento tra figli le madri dei quali possono ancora essere interpellate e figli di madri che non sono più in vita. Né pare possibile prendere in considerazione gli interessi di “quei soggetti che dalla rivelazione di quella nascita tenuta nascosta per un'intera vita potrebbero subire ripercussioni esistenziali, sentimentali, affettive” e semmai “patrimoniali”, perché l'interesse dei terzi, sia pure meritevole, sembra dover soccombere di fronte alla verità biologica, alla tutela dell'identità personale e al diritto alla salute psico-fisica [TESCIONE, F.: “L'anonimato materno: un diritto al banco di prova” (nota a Cass., 9 settembre 2016, n. 22838), in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 673 ss.]

subordina la titolarità del diritto della madre a non essere menzionata³³. In tutti questi casi non può disconoscersi il diritto del figlio a conoscere le proprie origini al fine di tutelare anche la sua identità personale.

Detto altrimenti, la riservatezza della madre va tutelata nei limiti nei quali lo consenta il bilanciamento con altri valori, con il *favor veritatis* e una insopprimibile responsabilità genitoriale³⁴. Conclusione, questa, che può essere perseguita in via ermeneutica, a prescindere dall'approvazione del disegno di legge n. 1978 del 2015, in materia di "accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita", in discussione al Senato³⁵. La logica è la stessa che ispira la definizione del contenuto del diritto degli adottanti i quali, ex art. 22, comma 7, l. adozione, devono conoscere i fatti rilevanti relativi al minore, tra i quali almeno le informazioni sanitarie necessarie per il suo sano e armonico sviluppo psicofisico. La prospettiva storico-relativa, proposta dalla stessa Corte, impone di rifuggire da soluzioni *sub specie aeternitatis* e di configurare bilanciamenti (soluzioni) ragionevoli in un dato momento storico (che pure potrebbero risultare irragionevoli in un momento storico diverso) oppure soluzioni ragionevoli rispetto a talune informazioni (che parimenti potrebbero risultare irragionevoli rispetto a informazioni relative a beni di natura diversa, come le informazioni sanitarie)³⁶.

33 Art. 93, comma 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice di protezione in materia di dati personali*, che si intende modificare ai sensi dell'art. 2, d.d.l. S. n. 1978 (v., *retro*, la nota 29).

34 Sembra al contrario porsi degli interrogativi particolarmente favorevoli alla tutela della riservatezza GRANELLI, C.: "Il c.d. *parto anonimo* ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di *dialogo fra Corti*", in *www.juscivile.it*, 2016, p. 573. L'a. mette in evidenza l'importanza di procedere in ogni caso con cautela, anche in caso di morte della madre, poiché il diritto all'anonimato non tutela soltanto la salute (anche del concepito) e la riservatezza della madre, ma l'identità sociale costruita in vita da quest'ultima, in relazione al nucleo familiare e/o relazionale eventualmente costituito dopo aver esercitato il diritto all'anonimato, in modo da evitare danni (all'immagine, alla reputazione e ad altri beni costituzionalmente rilevanti) a eventuali terzi interessati (p. 569).

35 D.d.l. S. 1978, *Modifiche all'articolo 28 della legge 4 maggio 1983, n. 184, e altre disposizioni in materia di accesso alle informazioni sulle origini del figlio non riconosciuto alla nascita*, cit.

36 La logica argomentativa è la stessa che induce Corte cost., 18 dicembre 2017, n. 272, in *Pluris online*, a reputare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 263 c.c. per violazione degli artt. 2, 3, 30, 31 e 177, comma 1, cost., là dove non prevede che l'impugnazione del riconoscimento del figlio per difetto di veridicità possa essere accolta soltanto quando risponde all'interesse del figlio. La Corte riconosce che, sebbene l'interesse del figlio "a vedersi riconosciuto uno stato di filiazione quanto più rispondente alle sue esigenze di vita" sia particolarmente meritevole di tutela (come pure riconosciuto dal legislatore in diverse occasioni), va escluso che quello dell'accertamento della verità biologica e genetica dell'individuo costituisca un valore di rilevanza costituzionale assoluta, tale da sottrarsi a qualunque bilanciamento. Il giudice deve valutare, volta per volta, "se l'interesse a far valere la verità di chi la solleva prevalga su quello del minore; se tale azione sia davvero idonea a realizzarlo (come è nel caso dell'art. 264 cod. civ.); se l'interesse alla verità abbia anche natura pubblica (ad esempio perché relativa a pratiche vietate dalla legge, quale è la maternità surrogata, che offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina nel profondo le relazioni umane) ed imponga di tutelare l'interesse del minore nei limiti consentiti da tale verità". Per concludere che "[s]e dunque non è costituzionalmente ammissibile che l'esigenza di verità della filiazione si imponga in modo automatico sull'interesse del minore, va parimenti escluso che bilanciare quell'esigenza con tale interesse comporti l'automatica cancellazione dell'una in nome dell'altro. Tale bilanciamento comporta, viceversa, un giudizio comparativo tra gli interessi sottesi all'accertamento della verità dello *status* e le conseguenze che da tale accertamento possano derivare sulla posizione giuridica del minore".

La dottrina sensibile a tale prospettiva diacronica da tempo discorre non soltanto, ad esempio, di irragionevolezza sopravvenuta, bensì di illiceità sopravvenuta, oppure – si pensi ai vincoli di destinazione ex art. 2645 ter c.c. – di immeritevolezza sopravvenuta con conseguente inopponibilità sopravvenuta³⁷.

IV. *SEGUE*. LA CRIOCONSERVAZIONE DEGLI EMBRIONI IN SOPRANNUMERO.

La ragionevolezza ha un ruolo fondamentale nell'interpretazione della l. 19 febbraio 2004, n. 40, sulla *procreazione medicalmente assistita*.

La Consulta ha aderito alla prospettiva, accolta anche dalla Cassazione, tesa a estendere il principio di *dignità* alla *specie umana* per assicurarne il futuro³⁸, con la conseguenza di considerare anche gli embrioni, secondo la nozione accolta dalla Corte di Giustizia³⁹, portatori di valori e interessi da bilanciare con i diritti di soggetti terzi⁴⁰. Ciò perché il valore della persona, costituzionalmente garantito, dilata la sua rilevanza oltre i confini della nascita e della morte.

Se così è, la crioconservazione degli embrioni in soprannumero non può risolversi in una pratica a tempo indeterminato (come invece auspicato dalla Corte costituzionale nel tentativo di evitare la soppressione degli embrioni residui). Infatti, se è vero che l'embrione, a prescindere dal “grado di soggettività (...) più o meno ampio, non è certamente riducibile a mero materiale genetico”⁴¹, e se è vero che la crioconservazione, sia pure perpetua, evita la soppressione degli embrioni *abbandonati* tutelandone la loro “dignità”, vero è pure che la pratica della crioconservazione *sine die* rischia di porre l'embrione in un limbo, con lesione

37 PERLINGIERI, G.: “Il controllo di *meritevolezza* degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.”, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.

38 GUTMANN, T.: *Secolarizzazione del diritto e giustificazione normativa*, Napoli, 2016, p. 40.

39 Sulla nozione di “embrione umano” v. ZECCHINO, I.: “La nozione di *embrione umano* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 503 ss.

40 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, p. 680; in questa prospettiva vedi anche BALLARANI, G.: “Nascituro (soggettività del)”, in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, IX, Napoli, 2015, p. 137 s., il quale richiama anche Corte cost., 18 febbraio 1975, n. 27, in *Giur. cost.*, 1975, p. 117 ss.; nonché CARIMINI, F.: “Nascituro (legge sull'interruzione volontaria della gravidanza e)”, *ivi*, p. 128 ss.

41 Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, in *Foro it.*, 2015, I, c. 3749.

della sua "dignità"⁴², risolvendosi, in altre parole, in una sorta di accanimento terapeutico, con sacrificio della vita che l'embrione già porta in sé⁴³.

Il generale divieto di impiego degli embrioni soprannumerari (ex art. 13, l. n. 40 del 2004) va opportunamente bilanciato sia con la *libertà di ricerca*, sia con altri interessi e valori meritevoli di tutela: tra questi, l'*interesse economico alla riduzione delle spese*, in ragione degli oneri legati alla crioconservazione, e il *diritto alla salute*, in ragione del mancato uso degli embrioni per nuove terapie e farmaci. Si pensi all'utilizzabilità dell'embrione a scopi di sperimentazione, specie se affetto da anomalie cromosomiche incompatibili con la vita o comunque molto gravi, o all'utilizzabilità delle cellule staminali embrionali qualora fosse acquisita dalla scienza la loro utilità. In tal caso il *divieto di impiego di embrioni* procurerebbe lesione certa sia alla *ricerca scientifica* sia alla salute delle persone.

Il *divieto di impiego degli embrioni* in soprannumero va bilanciato altresì con la *solidarietà* e la *protezione della maternità*. Non sembra si possa *de iure condito* escludere anche l'adozione dell'embrione da parte di terzi, se vi è il consenso della coppia fornitrice del materiale genetico. Questa pratica realizzerebbe in via diretta la *protezione della maternità*, ex art. 31, comma 2, cost.⁴⁴, e risponderebbe ai principi di solidarietà e di tutela della *dignità dell'embrione*⁴⁵. Tra l'altro, l'adozione del concepito è ammessa dal recente disegno di legge n. 4215, presentato l'11 gennaio 2017. Più utile, invece, sarebbe introdurre da parte del legislatore delle cautele idonee a evitare una incontrollata *commercializzazione degli embrioni residui*.

La Corte costituzionale sembra comunque consapevole che il divieto della crioconservazione a tempo indeterminato (o perpetua) degli embrioni

42 Ciò considerando, molti Paesi europei (come Francia, Germania, Regno Unito e Spagna) scelgono di limitare temporalmente la crioconservazione, consentendo l'utilizzo degli embrioni soprannumerari per fini anche diversi da quelli originariamente previsti (i.e., l'utilizzabilità degli embrioni "abbandonati" affetti da gravi anomalie per la ricerca scientifica o l'adozione dell'embrione da parte di terzi). *De iure condito*, l'utilizzabilità degli embrioni in soprannumero per la ricerca scientifica è una pratica, riconosciuta in altri Paesi (come Regno Unito, Portogallo e Spagna), ma che in Italia sembra vietata dall'art. 13, l. n. 40 del 2004. Questa disposizione pone una serie di dubbi di costituzionalità (recentemente superati da Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, in *Giur. cost.*, 2016, p. 750, in modo non del tutto convincente; v. ord. di rimessione del Trib. Firenze, 7 dicembre 2012, n. 166, in *Foro it. online*) e comunque non sembra idonea a escludere in tutti i casi l'utilizzabilità dell'embrione a scopi di sperimentazione. Sul tema, di recente, PATRONI GRIFFI, A.: "Inizio vita e sindacato di ragionevolezza", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, cit., p. 827 ss. Cfr. Altresì MUSIO, A.: "Misure di tutela dell'embrione", in STANZIONE, P., SCIANCALEPORE, G. (a cura di): *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004*, n. 40, Milano, 2004, p. 205 ss.

43 ZECCHINO, I.: "La nozione di *embrione umano* nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", cit., p. 511, richiama la giurisprudenza europea che discorre dell'embrione quale "essere umano in divenire". Sul punto cfr. anche LANDI, R.: "L'incerto destino degli embrioni soprannumerari", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 907 ss.; PATRONI GRIFFI, A.: "Inizio vita e sindacato di ragionevolezza", cit., p. 827 ss.

44 Invece auspica, conformemente alla Corte costituzionale, un intervento del legislatore anche PATRONI GRIFFI, A.: "Inizio vita e sindacato di ragionevolezza", cit., p. 834 ss.

45 Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit., p. 750 ss.; Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit., c. 3749; Corte cost., 5 giugno 2015, n. 96, in *Foro amm.*, 2015, p. 1641 e in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, I, p. 930 ss., con nota di FERRANDO, G.: "Come d'autunno sugli alberi le foglie. La legge n. 40 perde anche il divieto di diagnosi preimpianto", *ivi*, II, p. 582 ss.

sopranumerari non è la soluzione definitiva⁴⁶. Senz'altro l'embrione merita protezione perché la sua conservazione è funzionale alla tutela della vita e della sua dignità, ma non può neppure negarsi che soltanto con il ragionevole "bilanciamento tra i principi in conflitto" è possibile valutare la meritevolezza di questa pratica. Libertà della ricerca scientifica, esigenze procreative della coppia, tutela della dignità dell'embrione sono istanze non perseguibili con la logica deduttiva o con il mero dogmatismo.

V. SEGUE. L'AUTOMATISMO ESPULSIVO DELLO STRANIERO A SÉGUITO DI REATO.

Discorso simile si può proporre a proposito dell'automatismo espulsivo dello straniero a séguito di reato (artt. 4 e 5, d.lg. 25 luglio 1998, n. 286)⁴⁷.

Sebbene l'espulsione possa essere funzionale a soddisfare *sicurezza, sanità e ordine pubblico*, in diverse occasioni la Corte costituzionale ha invitato il giudice comune, mediante interpretazione conforme, a escludere l'automatismo espulsivo e valutare, con ragionevolezza e proporzionalità, le *peculiarità del caso concreto*⁴⁸. L'esortazione è a tenere conto non soltanto dei principi fondamentali a tutela della persona, ma anche della *natura* e della *gravità del reato*, della sussistenza di una sentenza di *condanna definitiva, non definitiva* oppure di una *mera denuncia*⁴⁹, del *lasso di tempo trascorso dalla commissione del reato*, della *pericolosità del reo*, della *situazione familiare*, della *solidità* e della *serietà dei legami sociali, culturali e familiari con il paese ospite*. Si pone anche il problema della tutela di *eventuali minori* e dell'interesse, riconosciuto in ambito nazionale e sovranazionale⁵⁰, all'unità della famiglia del reo (in particolare se minore)⁵¹; interesse che può rendere necessario il ricongiungimento familiare e legittimare l'esclusione dell'espulsione. Viceversa,

46 Corte cost., 13 aprile 2016, n. 84, cit., p. 750 ss. e Corte cost., 11 novembre 2015, n. 229, cit., c. 3749.

47 Cfr. ALPINI, A.: "Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. meccanismo espulsivo dello straniero", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, cit., p. 47 ss.

48 Corte cost., 27 aprile 2007, n. 143, in *Giur. cost.*, 2007, p. 2; e Corte cost., 18 luglio 2013, n. 202, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3376.

49 Si tratta di fattispecie molto diverse fra loro in ordine alla valutazione di *pericolosità sociale* dello straniero: Cass. pen., 1 febbraio 2012, n. 4377, in *Cass. pen.*, 2012, p. 918 ss.; Cass. pen., 25 novembre 2014, n. 50379, in *Foro it.*, 2015, II, c. 1 ss.

50 V. art. 17, Patto internazionale sui diritti civili e politici; art. 10, Convenzione di New York sui diritti del fanciullo; art. 8 Cedu; ma anche gli artt. 2 e 30 cost. e 28, comma 3, t.u. immigr.; art. 3, Conv. New York cit.; art. 24, Carta dir. fond. un. eur., i quali impongono che in caso di minore la disciplina dell'ingresso e del soggiorno nel territorio nazionale sia conformata, interpretata e applicata al fine di perseguire il suo preminente interesse.

51 Del resto già Cass., 16 ottobre 2009, n. 22080, in *Fam. dir.*, 2010, p. 225; Cass., 19 gennaio 2010, n. 823, in *Riv. dir. int.*, 2010, p. 918, ha interpretato l'art. 31 t.u. sull'immigrazione nel senso che i "gravi motivi" ben possono ricondursi allo sviluppo psico-fisico del minore, alle sue condizioni di salute e, più in generale, alla sua età con conseguente autorizzazione alla madre a permanere in Italia pur in mancanza di un permesso di soggiorno. In tema LIPARI, N.: "Diritti fondamentali e ruolo del giudice", in *Id.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 126 s.

è pur possibile che l'allontanamento del minore straniero dalla famiglia si renda indispensabile nel suo preminente interesse, nonostante il generale divieto dell'art. 19, comma 2, lett. a, d.lgs. n. 286 del 1998. La Consulta ammette che l'esercizio del diritto al ricongiungimento può essere sottoposto a presupposti e limiti normativi se diretti ad assicurare "un corretto bilanciamento con altri valori dotati di pari tutela costituzionale", come, ad esempio, quando si richieda allo straniero la possibilità di assicurare ai familiari dignitose condizioni di vita⁵².

I. Il riconoscimento dei diritti dello straniero.

L'impossibilità di identificare ragionevolezza ed eguaglianza e la necessità di utilizzare la prima quale criterio di bilanciamento di una pluralità di principi emergono anche con riferimento al problema del riconoscimento di taluni diritti agli stranieri. Problema che, secondo la Consulta⁵³, non si esaurisce in una questione di logica deduttiva, neppure per il giudice comune. Occorre bilanciare l'interesse statale al controllo del territorio, a sua volta collegato alla tutela di beni costituzionalmente rilevanti (come l'ordine pubblico, la sicurezza e la sanità pubblica), con i diritti fondamentali della persona⁵⁴. Per farlo, è necessario tener conto delle peculiarità del caso concreto, in quanto – come rilevato anche dalla Cassazione – altro è il riconoscimento allo straniero, in condizione di irregolarità, di diritti non fondamentali, altro è il caso nel quale siano in questione diritti fondamentali, che spettano alla persona umana in quanto tale, indipendentemente dallo *status civitatis* e dalla *condizione di reciprocità* (ex art. 16 disp. prel. c.c.)⁵⁵.

- 52 In questa prospettiva Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 28, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 635; e Corte cost., 26 giugno 1997, n. 203, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2370, estendono il novero dei titolari del diritto al ricongiungimento, rispettivamente, al genitore che presti la propria attività lavorativa soltanto all'interno della famiglia e al genitore che chieda di ricongiungersi al figlio convivente in Italia con l'altro genitore. Nello stesso solco, Cass., 7 febbraio 2001, n. 1714, in *Dir. fam.*, 2001, p. 1429 ss., e Cass., Sez. un., 25 ottobre 2010, n. 21799, *ivi*, 2011, p. 140, che apre un varco nella disciplina sull'ingresso e il soggiorno dello straniero, consentendo l'autorizzazione temporanea del familiare a entrare o permanere nel territorio nazionale non soltanto in presenza di situazioni di emergenza (come sembrava stabilire eccezionalmente l'art. 31, comma 3, t.u. immigr.), ma ogni qualvolta, nel singolo caso concreto, dall'allontanamento del familiare possa derivare al minore un danno grave all'equilibrio psico-fisico, da apprezzarsi ad opera del giudice del merito, "tenendo conto della peculiarità delle situazioni prospettate" e di ogni possibile variabile della fattispecie. Sí che anche in questo caso il principio dell'interesse superiore del minore impone al giudice non soltanto di porsi la questione di legittimità costituzionale di una norma (quindi sindacare la ragionevolezza della ponderazione dei valori in conflitto compiuta dal legislatore), ma (come rileva anche Corte cost., 21 novembre 1997, n. 353, in *Dir. giur.*, 1998, p. 903) di compiere egli stesso nel momento dell'interpretazione e dell'applicazione direttamente il bilanciamento degli interessi in gioco, in modo da svolgere un'indagine *in modo individualizzato* che giunga a una interpretazione della norma attenta al *caso concreto* e agli interessi e i principi coinvolti. In dottrina, CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 477 ss.
- 53 Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245, in *Dir. fam.*, 2012, p. 59; Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *Giur. cost.*, 2010, p. 3030; Corte cost., 16 maggio 2008, n. 148, in *DeJure online*; Corte cost., 26 maggio 2006, n. 206, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 3.
- 54 CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Tutela del minore migrante ed ermeneutica del controllo", in *Dir. fam. pers.*, in corso di pubblicazione, e *Id.*: "Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale", cit., p. 477 ss.
- 55 Sul punto il dialogo tra la giurisprudenza, anche di legittimità, e la Corte costituzionale è serrato. V. Cass., 11 gennaio 2011, n. 450, in *Dir. fam.*, 2011, p. 1630, in tema di diritto al risarcimento dei danni subiti da un genitore straniero; Corte cost., 23 novembre 1967, n. 120, in *www.cortecostituzionale.it*, sul riconoscimento allo straniero dello *status personae* e dei diritti fondamentali; e Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245, cit.,

VI. LA RAGIONEVOLEZZA IN PRESENZA DI DISPOSIZIONI CHIARE E PUNTUALI.

La ragionevolezza è criterio utile anche in presenza di disposizioni chiare e puntuali.

Oltre all'art. 118, comma 3, disp. att. c.p.c. – che, nel vietare ai giudici di *citare autori giuridici* nelle motivazioni delle sentenze, appare una disposizione in contrasto con gli artt. 3, 4 e, soprattutto, 24 cost., nonché priva di *ratio* e idonea a minare un dialogo trasparente tra dottrina e giurisprudenza⁵⁶ –, si pensi alla questione dell'*exordium prescriptionis* in caso di danni lungolatenti e dell'interpretazione sistematica dell'art. 2935 c.c.⁵⁷.

Del pari, vale richiamare il necessario controllo di congruità e adeguatezza dei termini di decadenza legali e convenzionali, che, anche secondo la Corte costituzionale⁵⁸, non possono essere così brevi da rendere eccessivamente difficile a una delle parti l'esercizio del diritto e, quindi, la difesa ex art. 24 cost. La ragionevolezza di un termine non può essere stabilita in astratto, "fissando una *soglia minima generale*, valida per tutti i procedimenti, ma deve essere valutata caso per caso"⁵⁹ pure dal giudice comune⁶⁰. Analoghe considerazioni valgono per il termine di prescrizione pattizio, come ribadito di recente anche dalla Cassazione⁶¹.

Anche la disposizione puntuale, in costanza di un nuovo caso, deve essere reinterpretata al fine di bilanciare interessi e valori coinvolti. Né pare possibile distinguere tra sussunzione e bilanciamento, perché le regole e i principi sono in continua tensione applicativa⁶².

con la quale è dichiarata costituzionalmente illegittima la disposizione che, allo scopo di contrastare i matrimoni di "comodo", introduceva una generale preclusione a contrarre matrimonio a carico di stranieri extracomunitari non regolarmente soggiornanti, così da lederne il diritto fondamentale a contrarre matrimonio (in contrasto con gli artt. 2 e 29 cost., 12 Cedu e 16 Dich. un. dir. uomo).

- 56 La questione è diffusamente affrontata in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 56 ss.
- 57 Sul punto v. LEPORE, A.: "Prescrizione e ragionevolezza. I danni lungolatenti", in PERLINGIERI, G., LAZZARELLI F. (a cura di): *Secondo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 23-24 marzo 2017, Aula Magna – Campus dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*, Napoli, 2018, p. 605 ss.
- 58 Corte cost., 31 maggio 2000, n. 161, in *Giur. cost.*, 2000, p. 1437.
- 59 Corte cost., 31 maggio 2000, n. 161, cit., p. 1437.
- 60 Così, ad esempio, i giudici di merito hanno qualificato irragionevole il termine fissato con legge regionale (tra l'altro probabilmente illegittima in quanto relativa ad una materia di competenza esclusiva dello Stato) riconosciuto al Comune per esercitare il diritto di prelazione su una farmacia di nuova istituzione (T.A.R. Cagliari, 23 ottobre 2000, n. 919, in *Rass. dir. farm.*, 2001, p. 323 ss.).
- 61 Cass., 27 ottobre 2005, n. 20909, in *Obbl. contr.*, 2006, p. 211 s.: "[è] nulla la clausola con la quale, una volta stabilito che il termine d'efficacia della fideiussione coincida con quello di escussione della garanzia, si fissi tra questo termine e il termine di scadenza dell'obbligazione garantita un periodo temporale così ristretto da rendere eccessivamente difficile [...] che il creditore possa avvalersi della garanzia prestata".
- 62 In questa direzione sembra inopportuno distinguere in modo assoluto tra "attuare", "osservare" e "applicare" la legalità costituzionale. Sul punto v. PEDRINI, F.: "Introduzione. Scienza giuridica e legalità costituzionale: vademecum metodologico per un "ritorno al diritto". Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista a Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017)", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1127 ss. (e in *Lo Stato*, 2017, p. 187 ss.). Diversamente LUCIANI, M.: "Ermeneutica costituzionale e massima

Del resto, se “le leggi si dichiarano costituzionalmente illegittime soltanto” quando “è impossibile darne interpretazioni costituzionali”⁶³; e, se nel bilanciamento tra interessi patrimoniali e non patrimoniali devono prevalere, di regola, i secondi⁶⁴ – al punto che la discrezionalità del legislatore nell’allocazione delle risorse per il perseguimento del pareggio di bilancio (art. 81 cost.) non è insindacabile⁶⁵, perché “è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione” –, è senz’altro condivisibile l’orientamento di quella recente giurisprudenza di legittimità che, in presenza di una disposizione chiara come l’art. 720 c.c., osserva che, anche in costanza di divisione ereditaria di un bene indivisibile, la preferenza dell’assegnazione tra piú condividenti non cade necessariamente sul maggior quotista (quale portatore di una ragione patrimoniale) ma sul titolare dell’interesse piú meritevole⁶⁶, come nel caso del quotista di minoranza che tuttavia utilizza il bene come unica abitazione o unica fonte di lavoro. Stesso discorso per l’interpretazione dell’art. 560 c.c. in tema di riduzione del legato e di donazione di immobili.

VII. RAGIONEVOLEZZA E GIUSTO RIMEDIO.

Il controllo di ragionevolezza risulta fondamentale anche nella scelta del rimedio piú adeguato⁶⁷.

La Consulta, come pure il legislatore⁶⁸, discorre spesso di “ragionevolezza e proporzionalità del mezzo impiegato rispetto al fine perseguito”⁶⁹.

attuazione della Costituzione”, in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell’interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 37 ss., il quale distingue in modo ingenuo tra “applicazione” e “attuazione” perché non soltanto questi due termini sono sinonimi, ma non sussistono indici normativi idonei a giustificare distinzioni di questo tipo.

- 63 Corte cost., 23 ottobre 2009, n. 263, in *Giur. cost.*, 2009, p. 3738; e già Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356, in *Giust. pen.*, 1997, I, p. 85; e Corte cost., 20 aprile 2000, n. 113, in *Giur. it.*, 2000, p. 1687.
- 64 Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 275, in *Giur. cost.*, 2016, p. 2330; Corte cost., 14 luglio 2016, n. 174, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, p. 162.
- 65 In questa direzione anche FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017, p. 60, il quale osserva che le spese nei diritti sociali “sono gli investimenti economicamente piú produttivi essendo la salute, l’istruzione e la sussistenza non solo fini a se stessi, ma anche le condizioni della produttività individuale e perciò collettiva”.
- 66 Cass., 5 novembre 2015, n. 22663, in *Corr. giur.*, 2016, p. 1058 ss., con nota di VENOSTA, F.: “Immobili non divisibili, art. 720 c.c. e limiti alla discrezionalità del giudice”, *ivi*, p. 1059 ss. In tema, cfr. ALPINI, A.: “La preferenza nell’assegnazione del bene indivisibile: il criterio dell’interesse prevalente. Il nuovo orientamento della Corte di Cassazione sull’interpretazione dell’art. 720 c.c.”, in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 678 ss.
- 67 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 86.
- 68 *Amplius* in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 87 ss. V. anche l’art. 130 c. cons., in tema di vendita di beni di consumo, che consente al consumatore di scegliere tra *riparazione, sostituzione, riconduzione ad equità o risoluzione* salvo che il rimedio scelto risulti irragionevole, oppure gli artt. 7 e 7 bis d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231, s.m.i., in tema di ritardi di pagamento, ove non si esclude che un comportamento iniquo, sottoforma di patto o prassi, possa dare luogo ora a nullità, ora a nullità e risarcimento, ora soltanto a risarcimento.
- 69 Tra le tante, Corte cost., 25 luglio 2000, n. 351, in *Foro amm.*, 2001, p. 1096; Corte cost., 23 novembre 2007, n. 401, in *Foro it.*, 2008, vvw1, c. 1787; Corte cost., 19 febbraio 1999, n. 34, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 1259.

La scelta del rimedio ragionevole è centrale, ad esempio, nelle discusse ordinanze con le quali si è disposta la nullità della caparra manifestamente eccessiva per contrarietà ai principi di solidarietà e proporzionalità, nonché alla buona fede⁷⁰. In proposito, il ragionamento della Consulta è condivisibile là dove non dichiara l'illegittimità della disposizione per la mancata previsione della riducibilità d'ufficio della caparra sproporzionata (sul presupposto che non è necessario che il legislatore di volta in volta assicuri espressamente il rispetto della proporzionalità, con specifica previsione, in quanto principio generale), ma lascia perplessi per la scelta del rimedio⁷¹. Di là da ogni analogia con la clausola penale⁷², il rimedio più adeguato in caso di caparra iniqua non è la nullità, sia pure parziale, ma la riconduzione ad equità, tecnica *manutentiva* che si rivela proporzionata e ragionevole nel caso in esame perché favorisce la conservazione e la stabilità dell'accordo⁷³ con contemperamento di tutti gli interessi coinvolti in relazione al valore del bene.

Né il potere di correzione può essere escluso da un previo accordo di irriducibilità, poiché all'autonomia non si può consentire di paralizzare la soddisfazione di interessi superiori⁷⁴. Del resto, la riduzione d'ufficio è espressamente prevista anche nella vendita di beni di consumo (art. 130 c. cons.) e nel contratto di assicurazione (art. 1909 c.c.). Con riferimento a quest'ultimo, la dottrina migliore ne discorre in termini di rimedio conformativo destinato a operare non soltanto in caso di soprassicurazione, ma anche di polizza stimata manifestamente eccedente, nonché in tutti i casi nei quali la prestazione pattuita risulti superiore al valore reale del bene⁷⁵.

La stessa Consulta, in altre occasioni, esclude l'utilità di previsioni sanzionatorie rigide, l'applicazione delle quali non sia calibrata sul "rapporto di adeguatezza col caso concreto" e rispetto alle quali è "indispensabile" una "gradualità applicativa" sia "nel contesto giurisdizionale" sia "in quello disciplinare"⁷⁶.

70 Corte cost., ord., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Giust. cost.*, 2013, p. 3767; e Corte cost., ord., 2 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035.

71 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 31 ss., nota 65. Ribadisce, invece, la condivisibilità del rimedio indicato dalla Consulta in caso di caparra iniqua GROSSI, P.: *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, in *Riv. trim.*, 2017, p. 837 s.

72 Su questo profilo, cfr. PERLINGIERI, G.: *o.l.u.c.*; nonché, in particolare, Id.: "Legge, giudizio e diritto civile", in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2018, 2, in corso di pubblicazione.

73 Sulla diversa funzione dei c.dd. rimedi ablativi e manutentivi, cfr. DI SABATO, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, cit., p. 387 ss.

74 Cass., 28 settembre 2006, n. 21066, in *Foro it.*, 2007, I, c. 434.

75 Sempre importante sarà valutare l'interesse del creditore, nonché, da parte del giudice, esplicitare le ragioni che hanno indotto a ritenere eccessivo l'importo pattuito; sul punto v., per tutti, PARTESOTTI, G.: *La polizza stimata* (1967), rist. Napoli, 2017, p. 87 ss., nonché CORRIAS, P.: "Giulio Partesotti e il diritto delle assicurazioni", *ivi*, p. XVII.

76 Corte cost., 16 luglio 2015, n. 170, in *Foro amm.*, 2015, p. 2461.

La prospettiva indicata non conduce alla sovrapposizione, come pure si è affermato⁷⁷, delle competenze tra *legislazione* e *giurisdizione*, perché la violazione di una norma avente natura imperativa non comporta necessariamente la nullità del contratto qualora questo rimedio risulti sproporzionato e irragionevole rispetto “alla *ratio* del divieto”⁷⁸, oppure qualora la nullità costituisca un “esito sovrabbondante rispetto all’attuazione degli interessi [coinvolti e] protetti dalla norma violata”⁷⁹. Sí che “spetta al Legislatore individuare gli interessi giuridicamente rilevanti e al giudice operare la valutazione comparativa e il bilanciamento di questi interessi al fine di stabilire se uno di essi sia stato “ingustamente” sacrificato e, in tal caso, verificare quale, tra i diversi rimedi in astratto previsti dall’ordinamento, sia il più idoneo ad assicurare l’effettiva tutela dell’interesse prevalente”⁸⁰, secondo criteri di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza.

LepronouncedellaConsultaintemadicaparra,tuttavia,dimostrano innegabilmente che il controllo di costituzionalità deve estendersi anche all’autonomia negoziale, la quale non può essere *impermeabile* alle evoluzioni dell’ordinamento, né può essere considerata un valore sovraordinato e incomparabile (o non bilanciabile) con altri, ma deve essere tutelata se conforme e funzionale ad altri principi e valori del sistema ordinamentale⁸¹. D’altronde, sarebbe una contraddizione sottoporre il potere legislativo a controllo di costituzionalità e, invece, lasciare i privati liberi di regolamentare i propri rapporti in modo difforme dai principi fondamentali o

77 V., tra gli altri, LUCIANI, M.: “Ermeneutica costituzionale e massima attuazione della Costituzione”, cit., p. 37 ss.

78 POLIDORI, S.: *sub art. 1418*, in PERLINGIERI, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, I, Napoli, 2010, p. 1021. Il discorso è esteso alla nullità testuale in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 67 ss.

79 POLIDORI, S.: o.l.c. Cfr. anche PERLINGIERI, G.: o.u.c., p. 86 ss. e spec. p. 90 s. In questa prospettiva, v.: CARRARO, L.: *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943, p. 149; DE NOVA, G.: “Il contratto contrario a norme imperative”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss., spec. p. 442; VILLA, G.: *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993, pp. 22 ss., 78 ss. In giurisprudenza, cfr.: Cass., 12 ottobre 1982, n. 5270, in *Giur. it.*, 1983, I, I, c. 741; Cass., Sez. un., 28 marzo 2006, n. 7033, in *Foro it.*, 2007, I, c. 3518 ss. Sulla nullità quale rimedio residuale, destinato a colpire la regola pattuita in violazione di norma imperativa sprovvista di altra sanzione, v. LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993, p. 110 ss.; ne riprende il percorso argomentativo Cass., 7 marzo 2001, n. 3272, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2109. La prospettiva indicata trova riscontro anche nell’ipotesi di negozi in frode alla legge fiscale dove, nonostante si violi una norma imperativa, la sanzione preferibile non è la nullità, ma la sola inopponibilità all’amministrazione finanziaria: così Cass., 20 aprile 2007, n. 9447, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Contratto in genere*, n. 339; Cass., 28 febbraio 2007, n. 4785, in *Vita not.*, 2007, p. 815.

80 NUZZO, M.: “Abuso del diritto e nuovo riparto di competenze tra legislazione e giurisprudenza”, in *Rass. dir. civ.*, 2016, pp. 968, 972 e 974: “una volta che il legislatore ha ritenuto meritevole di tutela un bene della vita, spetta al giudice valutare l’idoneità del rimedio legislativamente previsto a garantire un’efficiente tutela di quel bene, con la conseguenza che, ove il rimedio risulti inefficiente, rientra nel potere del giudice trovare nel sistema dei rimedi previsti in via generale dall’ordinamento quello più efficiente” e, direi, nel caso concreto, più ragionevole e proporzionato.

81 PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 322 ss.; MIGNOZZI, A.: “Le pene private contrattuali nel diritto vivente. Funzione concreta e principio di proporzionalità”, in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, cit., p. 717 ss.; nonché, da ultimo, PERLINGIERI, P.: “Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale”, in *Rass. dir. civ.*, 2017, spec. p. 207 ss., ove ulteriori riferimenti a proposito dei fondamenti costituzionali dell’autonomia negoziale. In questa direzione, di recente, anche FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, cit., p. 34 ss., il quale propone un costituzionalismo di diritto privato al fine di evitare un neo-assolutismo dei poteri economici di mercato, nonché l’esaltazione di una “libertà esente da limiti e controlli”.

da altre norme gerarchicamente superiori. E non si tratta, come pure affermato, di *uso alternativo del diritto* perché i princípi costituzionali appartengono al diritto posto.

L'interpretazione non è soltanto un mezzo per individuare il significato di una norma, ma ha una funzione di *controllo e conformazione*⁸² degli atti (legislativi o convenzionali) con valenza normativa.

VIII. LA RAGIONEVOLEZZA COME PARAMETRO DI INTERPRETAZIONE E CONCRETIZZAZIONE DELLE CLAUSOLE GENERALI: L'ORDINE PUBBLICO.

La ragionevolezza è essenziale anche nell'interpretazione e nella concretizzazione delle clausole generali⁸³. Ad esempio, la distinzione, spesso sopravvalutata, tra ordine pubblico interno e internazionale⁸⁴ non è altro che la distinzione tra princípi fondamentali o disposizioni legislative espressione di princípi identificativi della Repubblica italiana (e, in quanto tali, in alcun modo

82 PERLINGIERI, P.: ““Controllo” e “conformazione” degli atti di autonomia negoziale”, cit., p. 204 ss. L'ordinamento è uno, il principio di legalità impone un controllo contenutistico ora di legittimità degli atti normativi ora di liceità e di meritevolezza degli atti di autonomia negoziale. Controlli, questi, sostanzialmente simili perché “finiscono con l'avere le stesse radici (...), gli stessi princípi normativi di riferimento” (PERLINGIERI, P.: “Prefazione”, in *Id.*: *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011, p. 9), risolvendosi in un giudizio di conformità dell'atto (legale o convenzionale) ai princípi ed alle norme fondamentali. È necessario discorrere di norme perché c'è ancora qualche giurista che superficialmente equipara questa posizione, senz'altro espressione di un moderno positivismo giuridico, alla diversa e non assimilabile teorica dell'uso alternativo del diritto”; v. D'AMICO, G.: “Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei princípi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)”, in *Giust. civ.*, 2016, pp. 500, 451, il quale, tra l'altro, ritiene, errando, che i fautori del controllo di meritevolezza degli atti di autonomia automaticamente prospettino una rilevanza “mediata” dei princípi costituzionali tramite la “categoria civilistica della “meritevolezza”” (nota 17). L'a. dimentica non soltanto che la meritevolezza è una mera *synthesi verbale*, ma soprattutto che non è mai questione di applicazione “mediata” o “immediata”, “indiretta” o “diretta” dei princípi, bensì sempre di un giudizio che non può non esser fatto alla luce di parametri normativi storicamente mutevoli che consentono di stabilire cos'è e cosa non è meritevole (e degno di tutela) in un determinato momento storico. Di conseguenza, un atto o una clausola potranno essere dichiarati non meritevoli anche in virtù della loro non conformità “immediata” o “diretta” ad un principio fondamentale. Inoltre, la dicotomia applicazione “diretta o indiretta” è espressione di una prospettiva ancora legata alla distinzione tra un “diritto per regole” e un “diritto per princípi” e trascura che qualsiasi controllo, anche quello di meritevolezza, impone sempre (il bilanciamento e) il coinvolgimento di tutte le norme, regole o princípi che siano. Tra l'altro, il controllo di meritevolezza può assumere connotati diversi anche nello stesso momento storico e alla luce del medesimo ordinamento giuridico, in ragione del contesto applicativo e della norma di riferimento. Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: “Il controllo di meritevolezza degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.”, cit., p. 54 ss.

83 In generale e con riferimento, in particolare, alla clausola generale di buona fede, si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 114 ss. In effetti, le clausole generali “non sono astoriche ma assumono significati con l'evolversi della realtà e quindi dello stesso ordinamento”; “sono nient'altro che una tecnica legislativa, una tecnica redazionale: acquisiscono rilevanza nel contesto del regolamento, del concreto rapporto inserito nell'intero sistema ordinamentale e soprattutto nei suoi princípi identificativi” (PERLINGIERI, P.: “Obbligazioni e contratti”, in *Annuario del contratto 2016* diretto da D'Angelo, A., Roppo, V., Torino, 2017, p. 213 s.).

84 Per una concezione unitaria dell'ordine pubblico si rinvia a PERLINGIERI, P.: “Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico”, in *Dir. succ. fam.*, 2017, I, p. 183 ss.; in tema, ma con sviluppi in parte differenti, cfr. anche BARBA, V.: “L'ordine pubblico internazionale”, in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M. (a cura di): *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato. 10-11 novembre 2016, Complesso di S. Andrea delle Dame, Seconda Università di Napoli*, Napoli, 2017, p. 409 ss.

derogabili né da fattispecie interne né da fattispecie con elementi di estraneità) e principi o norme imperative conformi a Costituzione ma non espressione di principi fondamentali (e quindi derogabili dalla legislazione straniera e applicabili al cittadino straniero a condizione di reciprocità ex art. 16 disp. prel. c.c.). Pertanto la questione se una consuetudine internazionale, una legge straniera o un lodo di un arbitrato internazionale possano derogare una “legge” italiana, o se una norma debba essere applicata a condizione di reciprocità⁸⁵, si risolve non tanto in distinzioni astratte tra ordine pubblico interno e internazionale⁸⁶, ma in un problema di gerarchia dei valori normativi (non delle fonti)⁸⁷ e di bilanciamento, secondo ragionevolezza, tra norme e principi in concorso. Bilanciamento che deve essere condotto tenendo conto delle peculiarità del caso⁸⁸, delle limitazioni di sovranità derivanti dal diritto internazionale generale, dal diritto dell'Unione Europea (artt. 10 e 11 cost.), dagli eventuali obblighi internazionali pattizi (art. 117, comma 1, cost.) e in considerazione del c.d. margine di apprezzamento che ciascuno Stato conserva nell'attuazione dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo⁸⁹.

85 Questione affrontata in Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Riv. dir. int.*, 2015, p. 237.

86 Cass., 16 maggio 2016, n. 9978, in *Giur. it.*, 2016, p. 1854 ss., con nota di DI MAJO, A.: “Riparazione e punizione nella responsabilità civile”, ove si afferma che “la portata del principio di ordine pubblico [...] è coerente con la storicità della nozione e trova un limite soltanto nella potenziale aggressione del prodotto giuridico straniero ai valori essenziali dell'ordinamento interno, da valutarsi in armonia con quelli della comunità internazionale”. Progressivamente sono state abbandonate rigide posizioni in favore di una nozione di ordine pubblico allargata e unitaria; sul punto, cfr. Cass., 11 novembre 2014, n. 24001, in *Foro it.*, 2014, I, c. 3408, con nota di CASABURI, G.: “Sangue e suolo: la Cassazione e il divieto di maternità surrogata”, e in *Corr. giur.*, 2015, p. 471 ss., con nota di RENDA, A.: “La surrogazione di maternità tra principi costituzionali e interesse del minore”.

87 Sulla differenza tra gerarchia dei valori e delle fonti, v. PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., spec. p. 433 ss., che ravvisa nel personalismo e nel solidarismo i fondamenti del sistema ordinamentale di derivazione europea e mette in luce la possibilità che una norma di grado inferiore deroghi una norma di grado superiore se più conforme al principio fondamentale. Cfr. anche ID., FEMIA, P.: “Sistema, gerarchia, bilanciamento dei principi”, in PERLINGIERI, P., AA.VV.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017, p. 14 s.

88 Cfr. CALÒ, E.: “Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre: la colonna sonora dell'ordine pubblico internazionale successorio nel diritto italiano e francese”, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 879 ss., con il quale si conviene anche a proposito dell'interpretazione dell'art. 35, Reg. UE sulle successioni n. 650/2012. L'a. afferma che “le esigenze dell'ordine pubblico internazionale debbono essere considerate in modo concreto e non dovrebbe essere l'assenza della legittima nella legge straniera a far scattare l'eccezione d'ordine pubblico internazionale bensì l'esito della sua applicazione alla lite”, con l'obbligo per l'interprete di osservare sempre il caso concreto, nonché, ad esempio, se il legittimario ignorato, o trascurato, si trovi o no in difficoltà economiche (p. 904 s.).

89 Secondo PALOMBINO, F.M.: “Laicità dello stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Lautsi*”, in *Riv. Dir. Int.*, 2010, p. 137: “la dottrina del margine di apprezzamento costituisce notoriamente lo strumento attraverso il quale la Corte riconosce agli Stati il potere discrezionale di adottare misure limitative di alcuni diritti protetti dalla Convenzione, sempre che ricorrano certe condizioni e cioè quelle circostanze che le consentano di valutare la legittimità della violazione stessa. La limitazione deve essere prevista per legge oltre che effettivamente necessaria (per preservare l'ordine pubblico e/o garantire i diritti altrui) e proporzionale all'obiettivo perseguito; occorre che non esista nella materia oggetto della misura restrittiva un consenso comune tra gli Stati parte della Convenzione”. Del resto “il margine di apprezzamento permette viceversa ai vari Paesi [membri della CEDU] di conservare ciascuno la propria concezione etica e di procedere a velocità differenti”. Così VITUCCI, M.C.: “Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani”, in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporeo*, II, cit., p. 1093 ss., ove, con riferimento alla giurisprudenza della Corte, si prende atto che anche la violazione della Convenzione dipende dai valori normativi condivisi nei singoli Stati: “[d]immi che valori hai e ti dirò se hai violato la Convenzione”; e SAPIENZA, R.: “Sul margine d'apprezzamento statale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo”, in *Riv. dir. int.*, 1991, p. 571 ss. Se la dottrina

Oltre al problema dell'esposizione del crocefisso, il quale è un simbolo da tutelare perché conforme a valori normativi (positivi) meritevoli di tutela⁹⁰, si pensi alle norme interne a tutela della libera revocabilità del testamento e degli atti di ultima volontà che, di regola, non sono derogabili da nessuna norma straniera perché attuative dei principi fondamentali di ordine pubblico a tutela della persona e del risparmio⁹¹.

Al contrario, si pensi all'istituto della *Kafalah*, la cui meritevolezza e conformità all'ordine pubblico dipende non da inutili e forzate sussunzioni in fattispecie da noi sconosciute (come l'affidamento o l'adozione)⁹², ma dalla sua conformità ai principi fondamentali, controllando che sia funzionale, nel momento dell'applicazione, non soltanto alla libertà religiosa ma anche alla tutela del minore⁹³. Analogo ragionamento va seguito là dove ci si interroghi sulla meritevolezza di forme di convivenza estranee alle tradizioni del nostro Paese. Il controllo di ordine pubblico si risolve in un bilanciamento e in una valutazione di conformità ai principi fondamentali ed è incontestabile che la Costituzione italiana tutela qualsiasi *formazione sociale* purché funzionale allo sviluppo della persona (art. 2 cost.). In questa prospettiva appaiono meritevoli di tutela sia le convivenze nelle quali uno o entrambi i conviventi siano legalmente separati (le quali non sono espressamente riconosciute dalla l. 20 maggio 2016, n. 76, per la "Regolamentazione delle unioni civili tra le persone dello stesso sesso e disciplina delle convivenze"), sia i rapporti familiari poligamici, funzionali alla libertà culturale e religiosa e di per sé non lesivi della tutela della persona⁹⁴.

del margine di apprezzamento, utilizzata in senso tecnico (ossia come sopra delineata), è tipica soltanto dei procedimenti dinanzi alla Corte europea dei diritti dell'uomo, va rilevato che lo stesso concetto di margine di apprezzamento è stato sovente utilizzato anche quale sinonimo di deferenza rispetto alla sovranità statale in tutti i giudizi di proporzionalità e/o ragionevolezza compiuti da corti e tribunali internazionali. Ne discende che, all'atto della valutazione compiuta in concreto sulla ragionevolezza e legittimità di una misura statale limitativa di diritti privati, i tribunali internazionali tengono sempre in debita considerazione la circostanza per cui gli Stati esercitano un diritto sovrano volto alla tutela dei diritti e alla salvaguardia degli interessi della totalità dei consociati, di talché – in concreto – può ritenersi ragionevole la limitazione dei diritti di un singolo se ispirata alla protezione di interessi essenziali di carattere generale. Sul punto v. ZARRA, G.: "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay", in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, p. 108 ss.

90 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 102 s.

91 PERLINGIERI, G.: "La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva", in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 739 ss. Ovviamente anche il principio di libera revocabilità del testamento va bilanciato secondo ragionevolezza, sì che, ad esempio, ora può operare anche in costanza di contratti (sul punto si rinvia a Id.: "Invalidità delle disposizioni *mortis causa* e unitarietà degli atti di autonomia", in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss.), ora può non trovare applicazione nel testamento o in presenza di atti di ultima volontà, al fine di tutelare, secondo la tecnica del bilanciamento, interessi in concreto più meritevoli (come nel caso del riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio ex art. 256 c.c.).

92 Così parte della dottrina e della giurisprudenza. Sul tema v. FERRANDO, G.: "L'adozione in casi particolari alla luce della più recente giurisprudenza", in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 85, nota 24.

93 PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", cit., p. 182 s.

94 In tema cfr. RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli, 2016, p. 97 ss. La problematica è affrontata più diffusamente in PERLINGIERI, G.: "In tema di rapporti familiari poligamici", in corso di pubblicazione.

Ancóra, le norme a tutela dei legittimari, sia pure da considerare imperative, sono rimesse a valutazioni di opportunità, in quanto non attuative di diritti inviolabili dell'uomo. Sí che risultano ora derogabili da una legge straniera, ora applicabili a condizione di reciprocità. In effetti, l'art. 42 cost. discorre esclusivamente di *successione legittima e testamentaria* (senza richiamare quella *necessaria*) e la riserva di una quota a un soggetto non soltanto non è funzionale necessariamente alla tutela della sua persona, ma può risultare addirittura dannosa, come riconosciuto dallo stesso legislatore, per la tutela del lavoro, dell'impresa e del risparmio. La valutazione va compiuta sempre in concreto, con ragionevolezza, tenendo conto se il legittimario pretermesso o leso si trovi in difficoltà economiche o in stato di bisogno⁹⁵. Né, ai fini del calcolo della lesione, è possibile trascurare la proporzionalità con la conseguenza, ad esempio, che rispetto al coniuge o all'unito superstite si potrà tenere in considerazione anche la durata del matrimonio o dell'unione civile. In questa direzione si è posta – e non da ora – la Consulta, che ha dichiarato illegittimo l'art. 18, comma 5, d.l. 6 luglio 2011, n. 98, là dove faceva dipendere la pensione di reversibilità esclusivamente da meri elementi “naturalistici”, incoerenti “con il fondamento solidaristico della pensione di reversibilità”⁹⁶. Il legislatore e, in molti casi, il giudice non possono trascurare (oltre la durata del matrimonio, l'età del coniuge pensionato e la differenza di età con quello defunto: aspetti espressamente contemplati dalla legge) l'eventuale stato di *bisogno* del singolo coniuge o dell'unito, la sua *condizione*, l'eventuale *cumulo di redditi*, la presenza di *figli minori o inabili*, nonché il riconoscimento di un *minimo di trattamento* pensionistico da corrispondere comunque, anche qualora la durata del matrimonio fosse limitata⁹⁷.

Gli esempi confermano che, anche in costanza di norme imperative chiare, occorre ragionare bilanciando princípi secondo ragionevolezza⁹⁸.

95 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: “Il Discorso preliminare di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia”, in *Dir. succ. fam.*, 2015, spec. p. 672 s. e *ivi* la nota 4, ove a tal fine si fa riferimento anche alle norme in tema di alimenti e mantenimento, e p. 676 ss. e *ivi* la nota 13.

96 Corte cost., 14 luglio 2016, n. 174, in *Foro it.*, 2016, I, c. 3052 ss. L'impulso si deve, dapprima, a Corte cost., 4 novembre 1999, n. 419, in *Dir. fam.*, 2000, p. 16, che non ha esitato a tenere conto dello stato di *bisogno* del singolo familiare a proposito della pensione di reversibilità, rilevando che non si può ripartire il trattamento pensionistico tra coniuge ed ex coniuge esclusivamente in proporzione della durata legale dei rispettivi matrimoni, ma occorre, come per la devoluzione delle indennità di fine rapporto e di mancato preavviso spettanti al lavoratore deceduto ex art. 2122 c.c., considerare anche altri parametri o istanze solidaristiche come lo stato di *bisogno* del singolo coniuge superstite.

97 Sul tema cfr. BELLISARIO, E.: “Successione necessaria e famiglie plurinucleari: ancora sul conflitto tra figli e nuovo coniuge del *de cuius*”, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 323.

98 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 66 ss. e spec. p. 68.

IX. RELATIVITÀ DEL CONCETTO DI RAGIONEVOLEZZA.

Alla luce delle considerazioni svolte, emerge che il “controllo di ragionevolezza della soluzione diviene componente strutturale dell’interpretazione”⁹⁹ e la distinzione tra *interpretazione* e *argomentazione* si scioglie come neve al sole, perché interpretare significa assicurare, nel momento applicativo, quella diffusa unitarietà interpretativa che i princípi e gli interessi, in concorso, possono garantire¹⁰⁰.

Si deduce anche che non è possibile distinguere tra una ragionevolezza del diritto civile e una ragionevolezza del diritto costituzionale. La normativa del caso concreto è sempre il risultato del combinato disposto di princípi e regole e la ragionevolezza è il mezzo per sindacare e controllare l’applicazione di una normativa, per risolvere sistematicamente aporie, antinomie non altrimenti superabili in via ermeneutica. Nel momento applicativo o attuativo, che dir si voglia, non esistono norme separate, prive di relazioni di senso, non collegabili con altre norme¹⁰¹.

Il significato della ragionevolezza, come tutti i concetti elastici e “bisognosi” piú di altri “di integrazione valutativa”¹⁰², non è immutabile, astorico, insensibile ai cambiamenti. Mentre il precedente è statico e, in quanto tale, pericoloso, la storia si evolve e con essa i concetti, i sistemi giuridici e gli stessi *valori-normativi-guida* dei quali la ragionevolezza è mera sintesi nel momento applicativo¹⁰³. Anche là dove la gerarchia dei valori fosse predefinita (come accade in un determinato momento storico), le possibili combinazioni tra princípi dipendono dalla continua evoluzione delle dinamiche relazionali e dalle peculiarità del caso concreto¹⁰⁴. Si pensi altresí ad alcune sentenze che a distanza di tempo hanno tenuto in considerazione aspetti sociali ed economici sopravvenuti non affatto valutati in sentenze precedenti; oppure a ipotesi nelle quali la tecnologia ha imposto nuovi concorsi tra princípi con l’obbligo per l’interprete di considerare dinamiche soltanto poco tempo prima inimmaginabili. Problemi nuovi si sono posti in tema di identità personale,

99 PERLINGIERI, P.: “Applicazione e controllo nell’interpretazione giuridica”, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 18.

100 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., pp. 41, 131 ss. e 143 ss.

101 PERLINGIERI, G.: o.u.c., p. 123.

102 ENGISCH, K.: *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970, p. 199 ss.

103 Ne è indice inequivoco l’evoluzione interpretativa dell’art. 1052 c.c. La questione è ripercorsa in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 26, nota 59.

104 A ciò si aggiunge che anche i valori normativi, pur restando semmai identici nella loro formulazione esteriore, si evolvono comunque “perché muta di continuo la coscienza di essi, cioè il loro contenuto ed il legame che necessariamente intrattengono con altri valori” normativi e con la situazione sociale nel momento dell’applicazione: così LONARDO, L.: “Ordine pubblico”, in PERLINGIERI, G., D’AMBROSIO, M. (a cura di): *Fonti, metodo e interpretazione*, cit., p. 322; tuttavia cfr. PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., pp. 16 ss. e 26 ss.

di autodeterminazione terapeutica, dove si è assistito alla necessità di scegliere o, quanto meno, bilanciare tra il diritto alla vita e la dignità dell'uomo¹⁰⁵.

X. I PERICOLI DELLA CONFUSIONE TRA RAGIONEVOLEZZA, CONSENSO SOCIALE, PRASSI E DIRITTO VIVENTE. CRITICA.

Tuttavia, il controllo di ragionevolezza, che pure necessita di una particolare sensibilità dell'interprete (specie in un sistema di diritto tendenzialmente scritto), non deve risolversi in uno strumento lesivo del principio di legalità costituzionale, rimandando a concetti confusi e pericolosi come quello di "diritto vivente", "prassi", "condivisione", "consenso o accettabilità sociale", "senso o sensibilità comune", "esperienza"¹⁰⁶. Il significato della ragionevolezza va individuato tra le norme, nel sistema e non al di fuori di esso¹⁰⁷. La ragionevolezza non è una virtù dell'uomo, ispirata ai valori giusnaturalistici dell'equilibrio o del *giusto* mezzo (in una prospettiva aristotelica), né si identifica nel *common sense* inglese o nel ricorso alla "coscienza sociale"¹⁰⁸. La ragionevolezza non attribuisce una c.d. delega in bianco, né, come sostengono alcuni, si risolve nell'indagare il "consenso sociale"¹⁰⁹ (che appare *incerto, pericoloso e arbitrario*). Al contrario, è un criterio che, nel rispetto del principio di legalità, contribuisce a individuare nel momento applicativo la soluzione, tra quelle astrattamente possibili, piú di tutte conforme non soltanto alla lettera della legge, ma alla logica complessiva del sistema e dei suoi valori normativi, in modo da far sí che la *Ragione giuridica*¹¹⁰ della decisione sia

105 Sull'importanza di coniugare il pluralismo culturale e il progresso scientifico, economico-sociale con il valore e la *dignità* della persona in modo da concepire la comunità in funzione dell'uomo, come mezzo di sviluppo e integrazione cfr. anche PARENTE, F.: "I diritti umani all'epoca della globalizzazione", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 158 s.

106 Ciò non significa negare che "il diritto è essenzialmente storia" e che "il giurista deve essere capace di operare innanzitutto come storico, lettore non solo dei codici" e delle leggi "ma dell'esperienza" e della "cultura" giuridica di un determinato Paese o luogo: LIPARI, N.: "La codificazione nella stagione della globalizzazione", in *Riv. trim.*, 2015, p. 883; Id.: "Il diritto quale crocevia fra le culture", in Id.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 300 ss.

107 Perché, in un diritto scritto, la norma è nulla senza il fatto, ma anche il fatto è nulla senza uno o piú riferimenti normativi (regole-principi). Senza caso concreto l'argomentazione giuridica diviene allegro passatempo, ma senza enunciati normativi, principi, neppure sarebbe possibile argomentare rigorosamente. Discorre di "diritto vivente", "accettabilità sociale", "senso o sensibilità comune", "esperienza" anche LIPARI, N.: "Intorno ai *principi generali del diritto* e Intorno alla *giustizia* del contratto", in Id.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., rispettivamente pp. 96 e 267, il quale, in taluni passaggi, sembra invitare il giudice "a valutare i valori prevalenti nel contesto sociale", nonché a recuperare il "senso comune come condizione di validità della regola stessa". Prospettiva confermata là dove, nel rilevare che "[i]l diritto scopre che non è chiamato a porre valori, ma semmai ad aderire a valori esistenti", risolve, in modo molto discutibile, la legalità in "vicende giudizialmente riconosciute e socialmente condivise" (Id.: "L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza", *ivi*, p. 234). Per una critica a questa prospettiva si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Legge, giudizio e diritto civile*, cit.

108 COGNETTI, S.: *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, p. 168, nota 4.

109 NAVARRETTA, E.: "Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo", in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 971 s.

110 ARNAUD, A.-J.: *Governanti senza frontiere*, ed. it. a cura di Carocchia, F., Napoli, 2011, p. 91.

sempre conforme all'ordine giuridico caratterizzato da quei principi che, in un dato momento storico, *identificano* un determinato sistema ordinamentale¹¹¹.

Diversamente ragionando, si correrebbe il rischio¹¹² di utilizzare il concetto di ragionevolezza per proporre interpretazioni legate a dati statistici e all'"ordine naturale delle cose", con lesione dei principi fondamentali, oppure di rinunciare al bilanciamento dei principi e alla valutazione comparativa degli interessi, rinvenendo nella ragionevolezza un criterio normativo che rinvia a un *giudizio di verosimiglianza*, alla "condivisione sufficientemente ampia" e alla "prassi"¹¹³. L'idea che, in diritto, a fini interpretativi e applicativi, occorra il "consenso sufficientemente ampio" rievoca i regimi totalitari e le degenerazioni del "consenso sociale"¹¹⁴. Il partito nazista fondava la volontà del condottiero sullo spirito popolare e sulla "condivisione". Il fascismo e il comunismo costruivano la loro forza sul "senso comune". Affidarsi alla "coscienza sociale" significa introdurre nella valutazione elementi di incertezza e arbitrio, non essendo sempre agevole accertare quali siano, in un dato momento storico, gli orientamenti di una determinata comunità e rimanendo sempre aperto il problema se l'interprete debba basarsi sull'orientamento prevalente o su quello di una parte del corpo sociale considerata semmai "più avveduta e sensibile".

Senza considerare poi che, in una società multiculturale, pretendere di poter individuare con certezza la "coscienza sociale" è ambizione ingenua¹¹⁵. È possibile soltanto individuare i principi normativi identificativi di un determinato sistema ordinamentale, ossia quei principi *posti* senza i quali il nostro sistema ordinamentale si trasformerebbe in altro, con un effetto novativo e non meramente modificativo. Del resto, il Costituzionalismo moderno è già il risultato di un "consenso ampio" e ha la finalità di evitare l'abuso della maggioranza, di garantire il rispetto delle *minoranze* e di tutelare i diritti inviolabili dell'uomo in costanza di qualsivoglia potere pubblico o privato, evitando politiche antisociali, totalitarie e autoritarie¹¹⁶.

111 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 23 ss.; Id.: "Sul criterio di ragionevolezza", in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, 1, p. 11.

112 Rischio nel quale incorre la giurisprudenza di merito: v., tra le altre, App. Venezia, 5 settembre 2011, n. 1954, in *DeJure online*.

113 Così PIRAINO, F.: *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, Napoli, 2017, p. 42, il quale discorre di "consenso unanime o, comunque, largamente maggioritario", con l'intenzione di replicare alle critiche presenti in PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 21, ove si poneva in evidenza il rischio dell'"arbitrio dell'interprete", del "sovrano" o della maggioranza.

114 Ancorano la ragionevolezza al "consenso sociale", PIRAINO, F.: *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, cit., p. 43 ss.; LIPARI, N.: "L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza", in Id.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 234.

115 PERLINGIERI, G.: "Sul criterio di ragionevolezza", cit., p. 34, nota 24.

116 Di recente, parte della dottrina ha preso atto che il paradigma costituzionale è l'unica risposta alla tecnocrazia, alle politiche antisociali, totalitarie e autoritarie, nonché all'aggravarsi di tutti gli aspetti della crisi in atto a livello nazionale e sovranazionale; sul punto cfr. FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, cit., p. 9 ss., il quale, nell'auspicare un costituzionalismo globale, osserva che "il diritto espresso dai principi costituzionali è venuto così a configurarsi come un progetto normativo consistente in un sistema di limiti e vincoli a tutti i poteri", con la conseguenza che "nella democrazia costituzionale non esistono più poteri sovrani assoluti, *legibus soluti* perché non sottoposti al diritto" (p. 12). In particolare, "rispetto agli orrori del passato", il costituzionalismo "equivale a un "mai più", cioè a una limitazione dei poteri altrimenti assoluti

Il *consenso sociale*, ciò che è *socialmente condiviso*¹¹⁷, è soltanto un utile strumento complementare per accertare l'importanza che un dato valore assume nell'ambito del sistema, ma il dato normativo, sia pure riletto nella dimensione storica e culturale della società¹¹⁸, resta essenziale nel bilanciamento degli interessi. Così l'indissolubilità del matrimonio ha conservato in Italia la sua rilevanza, quale principio di ordine pubblico, fin quando non è stata introdotta la legge sul divorzio, nonostante già prima si potesse senz'altro presumere un orientamento *sociale* favorevole al suo superamento, come confermato dall'esito del *referendum*¹¹⁹. Diversamente sarebbe possibile sostenere anche "la non perseguibilità di comportamenti dalla legge qualificati come reati in forza della considerazione che [...] quei comportamenti non sarebbero riprovati dalla maggior parte dei cittadini"¹²⁰. La sociologia non è tanto una tecnica di "conferma di esiti [...] giuridicizzati"¹²¹, bensì uno strumento di interpretazione e conformazione di uno o più enunciati o materiali interpretativi (nei quali rientrano anche la dottrina, la giurisprudenza, le prassi, le circolari amministrative, le pronunce di Autorità indipendenti, etc., che sicuramente concorrono a formulare la *regola iuris*, nonché a costruire la fattispecie o la normativa per il caso concreto). Senz'altro, quindi, la sociologia rappresenta un elemento indefettibile nel processo applicativo del diritto ma non può trasformarsi in uno strumento alternativo al diritto positivo, pur composto di regole, principi e relativi strumenti operativi. Diversamente si rischierebbe di proporre soluzioni difformi da principi fondamentali non necessariamente aventi riscontro nell'orientamento sociale, oppure soluzioni più conformi all'orientamento sociale che ai principi fondamentali. Di conseguenza il pericolo è quello di cadere – come osserva la stessa dottrina dalla quale in questa sede s'intende prendere le distanze – nella logica opposta al "formalismo",

e selvaggi. Rispetto alle prospettive del futuro, esso equivale a un "dover essere", imposto all'esercizio di qualunque potere quale fonte e condizione della sua legittimità giuridica e politica" (p. 9 s.).

- 117 Concentra, invece, molto la propria attenzione sulla prassi, sul diritto vivente e su ciò che è "socialmente condiviso", LIPARI, N.: "L'abuso del diritto e la creatività della giurisprudenza", cit., p. 234; anche PIRAINO, F.: *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei principi*, cit., p. 43 ss., valorizza oltremodo il "consenso" e la "coscienza sociale".
- 118 Giova chiarire che si è ben consapevoli che "il diritto non è intellegibile fuori dalla dimensione culturale della società", nel senso che non soltanto "dipende dalla cultura di un popolo, di cui è a sua volta una delle forme storiche più importanti", ma deve essere compreso tenendo conto degli aspetti sociologici, tecnologici, morali, etc. (LIPARI, N.: "Il diritto quale crocevia fra le culture", cit., pp. 297 e 309). Questa prospettiva, però, non deve giustificare l'uso alternativo del diritto o l'affermazione di un diritto slegato anche dal principio di legalità costituzionale, perché l'orizzonte unitario di senso, verso il quale l'uomo innegabilmente tende, è garantito dai principi fondamentali e, in particolare, dal personalismo e dal solidarismo che rappresentano il lascito del "progresso" storico fondativo del diritto vivente. In vero, "chi diffida dei valori perché essi rappresenterebbero un dover essere e, quindi, un ritorno al diritto naturale, confonde i valori presenti nella società con quelli dell'ordinamento che, invece, sono da interpretare e da applicare": in tal senso, v. PERLINGIERI, P.: "Il bagaglio culturale del giurista", in *Id.*, *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, p. 242.
- 119 BADIALI, G.: "Ordine pubblico III) Diritto internazionale privato e processuale", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1990, p. I.
- 120 Così LIPARI, N.: "Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno", in *Id.*: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 278.
- 121 Così LIPARI, N.: *o.l.u.c.*

legato al “principio di una regola fine a se stessa”, ossia nella “logica, altrettanto distruttiva, dell’anomia, che pretende di affermare l’inutilità della regola”¹²².

Perplessità, quindi, vanno manifestate anche nei confronti di chi assimila la ragionevolezza alla “prassi”, alla “normalità del fatto”, al “diritto vivente”, perché la scienza giuridica è in continua evoluzione e il diritto non è causa vinta ma causa che si può vincere. La circostanza che un’opinione sia ampiamente condivisa non è prova di legittimità. Da qui la pericolosità di invocare il precedente, soprattutto se risalente.

XI. RAGIONEVOLEZZA, STORICITÀ E RELATIVITÀ DEI VALORI NORMATIVI.

La ragionevolezza, concetto storico e relativo, non si risolve nella tecnica, pur ampiamente utilizzata, dell’interpretazione funzionale e della valutazione comparativa degli interessi¹²³, ma richiede l’interpretazione assiologicamente orientata di ogni disposizione o fatto giuridicamente rilevante, sí da perseguire una soluzione conforme al sistema giuridico di riferimento e ai suoi principi. I principi e i valori normativi non sono fuori dal sistema ma sono la piú alta manifestazione di diritto positivo e in quanto tali fanno parte del “vincolo” di “positività”¹²⁴. Sí che ragionevolezza e bilanciamento dei principi sono tecniche fisiologiche per l’interpretazione giuridica, perché, se è vero che il diritto è un edificio, una costruzione della volontà umana, un affare degli uomini, un comando dato da uomini ad altri uomini, espressione della fisica e non della metafisica¹²⁵, vero è pure che i valori normativi non sono un’entità misteriosa, trascendente e non appartenente alla volontà dell’uomo. Diversamente da quanto affermano taluni studiosi¹²⁶, anche i principi identificativi di un sistema giuridico sono un prodotto della storia, un affare degli uomini, e sono *posti* da norme storicamente vigenti, sí che nessun interprete può trascurarli, salvo che non intenda violare il principio di legalità (artt. 101, 54, 117, 118 disp. trans. fin. cost.). La storia insegna che anche i valori normativi sono “espressioni della volontà umana, forme di potenza terrena, scopi perseguiti dal mondo e

122 LIPARI, N.: o.u.c., p. 292.

123 Sull’attenzione manifestata da Domenico Rubino ad una analisi funzionale della norma ed alla valutazione comparativa degli interessi coinvolti, v. PERLINGIERI, P.: “L’interesse e la funzione nell’ermeneutica di Domenico Rubino”, in Id., POLIDORI, S. (a cura di): *Domenico Rubino*, I, Napoli, 2009, p. 3 ss.

124 IRTI, N.: “Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica”, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 919 s.; Id.: “Gli eredi della positività”, in *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 11 ss.; Id.: “Sulla positività ermeneutica (per Vincenzo Scalisi)”, in *www.juscivile.it*, 2017, 2, p. 123 ss. _

125 PERLINGIERI, G.: “Sul criterio di ragionevolezza”, cit., p. 39.

126 Come confermato anche da IRTI, N.: “La filosofia di una generazione”, in PERLINGIERI, P., TARTAGLIA POLCINI, A. (a cura di): *Novocento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 343 s.; Id.: “Gli eredi della positività”, cit., p. 17; cfr. altresì MENGONI, L.: “L’argomentazione nel diritto costituzionale”, in Id.: *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Saggi, Milano, 1996, p. 118.

nel mondo"¹²⁷, sí che anche i diritti (e i doveri), “fondamentali”, “dell'uomo”, “umani”, non sono sovrapposti ma sono anch'essi “posti”¹²⁸ dalla volontà ed esistono perché il nostro Costituente li ha positivizzati, l'Europa col tempo li ha recepiti e, come altra vicenda terrena, vivranno finché l'uomo vorrà.

La teoria pura del diritto, l'idea del diritto fondata sulla sola logica, il nichilismo giuridico¹²⁹ sono finzioni¹³⁰. La decisione giuridica non può mai essere neutrale, perché presuppone sempre – anche in presenza di una chiara e predeterminata fattispecie – una scelta, un atto selettivo, una rinuncia, una preferenza, la soccombenza di un interesse o di un valore rispetto a un altro.

La ragionevolezza – come la *meritevolezza*, la *buona fede*, l'*abuso del diritto* – è una “sintesi verbale” che non possiede un senso intrinseco e assoluto (tanto meno *sub specie aeternitatis*) perché assume un significato diverso che dipende sia dalla *ratio* della singola disposizione legislativa nella quale è eventualmente inserita (si pensi, come precisato in altra sede, alla *ragionevolezza* riferita a: *termine*, *prezzo*, *misura*, *persona*, *progetto di fusione*, *assetto organizzativo di una società*, *affidamento*, *etc.*), sia dal *sistema giuridico* nel quale opera, con i suoi peculiari princípi e valori normativi¹³¹. Princípi e valori che non sono eterni, trascendenti o metafisici¹³², ma sono anch'essi, come ogni norma, un affare degli uomini, espressione della fisica e, in quanto tali, storicamente condizionati. Altro è la gerarchia delle norme, altro è la loro relatività storica. Ogni norma, sia pure di grado superiore, è un prodotto della storia “posto” dalla volontà umana.

127 Così IRTI, N.: “Gli eredi della positività”, cit., p. 17.

128 PERLINGIERI, P.: “Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti”, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss.; Id.: “I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo”, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, I, *passim* e spec. p. 7; PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., pp. 133 ss. e 40.

129 IRTI, N.: *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, *passim*.

130 PERLINGIERI, P.: “Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti”, cit., p. 787 ss.; Id.: “Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto”, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. I ss. (ora entrambi gli scritti in Id.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, cit., pp. 229 ss., 327 ss.). ZAGREBELSKY, G.: “L'idea di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia”, in Id., MARTINI, C.M.: *La domanda di giustizia*, Torino, 2003, p. 49, definisce il relativismo scettico dell'*una cosa vale l'altra* sul piano dei princípi: “l'atteggiamento, celebrato come una virtù, degli indifferenti che oggi imperversano, un atteggiamento spesso mascherato da eccessive e troppo zelanti professioni di fede che non costano niente e consentono perciò facili, spregiudicati cambiamenti di fronte, preludio di immorali alleanze per fame e sete, non di giustizia, ma di potere e di successo”. Sull'incompatibilità tra il nichilismo giuridico e la difesa delle ideologie (pure proposta da IRTI, N.: *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008) si rinvia a PERLINGIERI, G.: “La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l'insegnamento di Natalino Irti”, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 601 ss. Per una critica al nichilismo giuridico, che “sostanzialmente riduce la giuridicità a semplice ratifica di cadenze di segno meramente procedimentale sottraendola a quella verifica di contenuto che non solo è l'unico strumento possibile per svincolare, nel segno della ragione, il diritto dalla logica primordiale dei rapporti di forza, ma che è altresí condizione indispensabile per una qualsiasi connessione all'idea di cultura intesa quale condizione dello spirito nella storia”, cfr. LIPARI, N.: “Il diritto quale crocevia fra le culture”, cit., p. 294.

131 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., pp. 13 ss., 22 s., 34 ss. e spec. 36 s.

132 IRTI, N.: “La filosofia di una generazione”, cit., p. 343 ss.; IRTI, N.: “Gli eredi della positività”, cit., p. 17.

XII. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

“Nessuna nozione fondamentale è concepibile isolatamente da tutte le altre”¹³³. La ragionevolezza non è concepibile isolatamente né dai principi fondamentali, che in quanto tali identificano e caratterizzano il sistema ordinamentale vigente, né da altri concetti ormai noti anche alla scienza giuridica. Ragionevolezza e proporzionalità cooperano per la decisione del caso senza mai sovrapporsi. La ragionevolezza, a differenza della proporzionalità, prescinde da una valutazione meramente quantitativa o di misura¹³⁴. Ciò che è proporzionato non sempre è ragionevole. Una reazione proporzionata può risultare irragionevole. Un rimedio proporzionato può risultare irragionevole e incongruo rispetto agli interessi e ai valori coinvolti in un caso concreto¹³⁵. Ad esempio, la scelta, condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza statunitense fino alla metà del '900¹³⁶, di separare *in equal misura* all'interno di un *autobus* le zone riservate ai bianchi da quelle riservate ai neri (secondo la nota dottrina del “separati ma uguali”) è, come evidente, *proporzionata* ma irragionevole nel nostro sistema¹³⁷.

Dunque proporzionalità¹³⁸ e ragionevolezza cooperano sempre nella decisione del caso, pur divergendo sul piano concettuale¹³⁹. La ragionevolezza può giustificare la sproporzione in virtù dell'esigenza di uguaglianza sostanziale. E ciò non vale soltanto nel diritto civile, ma anche nell'ambito di materie apparentemente sottratte, nell'immaginario comune, alla discrezionalità dell'interprete. In questa direzione la giurisprudenza ha giustificato un trattamento differenziato nel caso di

133 ROMANO, SALV.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, p. 4; sul punto v. anche PERLINGIERI, G.: “Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la polemica sui concetti giuridici. Crisi e ridefinizione delle categorie”, in *Temi e problemi della civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile. 16-18 dicembre 2004, Grand Hotel Telese – Telese Terme (BN)*, Napoli, 2005, p. 546.

134 DEL PRATO, E.: “Ragionevolezza e bilanciamento”, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss.

135 PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 36 s.

136 Sul finire del XIX Secolo, la Corte Suprema degli Stati Uniti aveva dichiarato la legittimità – in quanto non in contrasto con il XIV emendamento della Costituzione statunitense nel quale non poteva dunque rintracciarsi un esplicito divieto all'*apartheid* – della legge dello Stato della Louisiana che sanciva la segregazione razziale sui mezzi di trasporto [Corte Suprema degli Stati Uniti, 18 maggio 1896, *Plessy v. Ferguson*, 163 U.S. 537 (1896)]. Riguardo a tale decisione occorre tuttavia segnalare la *dissenting opinion* del giudice John Marshall Harlan che, nella sua relazione di minoranza, ebbe modo di evidenziare che “*Our Constitution is color-blind and neither knows nor tolerates classes among its citizens*”. Per un primo superamento, nell'ambito del trasporto pubblico, di tale impostazione discriminatoria fondata esclusivamente sull'uguaglianza formale e sulla proporzionalità, cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti, 3 giugno 1946, *Morgan v. Virginia*, 328 U.S. 373 (1946); Commissione per il commercio interstatale, 7 novembre 1955, *Keys v. Carolina Coach Company*, 64 M.C.C. 769 (1955); nonché Corte distrettuale degli Stati Uniti (Alabama), 4 giugno 1956, *Browder v. Gayle*, 142 F. Supp. 707 (1956). Il definitivo *overruling* della *separate but equal doctrine*, si deve invece a Corte Suprema degli Stati Uniti, 17 maggio 1954, *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954). In argomento, cfr. MATTEI, U.: *Il modello di Common law*, 2ª ed., a cura di Antonioli Deflorian, L., Torino, 2004, p. 109; GAMBARO, A.: “L'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America”, in *Id.*, SACCO, R.: *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 217.

137 Per ulteriori approfondimenti ed esemplificazioni si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., p. 138 ss.

138 La proporzione è un *metodo di misurazione puro*, che non può deviare da uno sviluppo lineare in termini di mera valutazione quantitativa e di consequenzialità logica (COGNETTI, S.: “Principio di proporzionalità”, cit., p. 208). In argomento anche GIOVA, S.: *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012, p. 41 ss.

139 COGNETTI, S.: *o.l.c.*

violazione della disciplina sui rifiuti, con trattamento sanzionatorio aggravato nelle zone che si trovano in stato di emergenza¹⁴⁰. Di conseguenza, il problema spesso non è, come si afferma in dottrina, nell'esistenza o meno di un principio (si pensi a chi ancora nega l'esistenza del principio di proporzionalità nel sistema giuridico vigente)¹⁴¹, ma nella composizione e nel ragionevole bilanciamento tra le regole e i principi coinvolti nel caso concreto¹⁴². Né, sul presupposto della distinzione tra bilanciamento "del giudice" e bilanciamento "del legislatore" (o "contenuto nella disposizione di legge"), pare possibile affermare che il primo non può mai prevalere sul secondo¹⁴³, in quanto il problema è mal posto e la conclusione, astrattamente corretta, sconta un vizio. Non esiste, infatti, nel momento applicativo, una distinzione tra bilanciamento "del giudice" e "del legislatore". È vero che quest'ultimo deve in linea astratta necessariamente prevalere sul primo, ma vero è pure che in concreto non esiste una distinzione tra queste due forme di bilanciamento, poiché nel momento della decisione, anche in presenza di una norma chiara, occorre sempre bilanciare regole e principi, sì che la stessa distinzione tra bilanciamento "del giudice" e "del legislatore", da un lato, postula, come più volte evidenziato, una inammissibile separazione tra un "diritto per regole" e un "diritto per principi", e, dall'altro, rappresenta una distinzione astratta priva di rilevanza concreta perché interpretazione sistematica e applicazione si coniugano in un processo unitario¹⁴⁴. Ed anche tra norme di grado diverso è essenziale il bilanciamento perché le disposizioni non hanno mai un significato autonomo, che prescinde dall'insieme al quale appartengono, e perché il fatto concreto non è mai irrilevante o estraneo al procedimento ermeneutico.

D'altro canto, l'interpretazione sistematica e assiologica non si esaurisce nell'interpretazione funzionale. La lettera di una disposizione deve sempre essere modellata non soltanto alla luce della sua *ratio*, ma anche alla luce del sistema giuridico del quale è parte¹⁴⁵, così da annullare nel momento applicativo la distanza

140 Cass. pen., 18 febbraio 2016, n. 16065, in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Sanità pubblica e sanitari*, n. 550.

141 Così, invece, CATAUDELLA, A.: "L'uso abusivo di principi", in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 758; con riferimento in particolare alla proporzionalità e alla ragionevolezza, cfr. anche ALEXANDER, L., KRESS, K.: *Una critica dei principi del diritto*, trad. it. di La Torre, M., Stamile, N., Napoli, 2014, p. 1 ss.; v. altresì D'AMICO, G.: "Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria eccessiva", in *Contratti*, 2014, p. 926 ss. e spec. p. 933.

142 Del resto, ad esempio, anche la prassi dei c.d. appalti verdi pone delicati problemi di bilanciamento tra l'esigenza di protezione ambientale e gli obiettivi di tutela della concorrenza, con particolare riguardo ai corollari della parità di trattamento e del divieto di discriminazione; sul punto cfr., per tutti, PENNASILICO, M.: "Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi", in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-9-10 maggio 2014, Napoli, 2015, p. 249 ss.; ADDANTE, A.: "I c.d. appalti verdi nel diritto italo-europeo", in PENNASILICO, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 182 ss.

143 Così, invece, D'AMICO, G.: "Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)", cit., p. 460 ss.

144 Sul punto si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., *passim*, ivi ulteriori riferimenti bibliografici, ma vedi anche gli altri autori citati, *infra*, alla nota 146.

145 PERLINGIERI, G.: *o.u.c.*, p. 66 ss.

tra il metodo esegetico, quello casistico e quello sistematico¹⁴⁶. La ragionevolezza è “criterio argomentativo”, “clausola generale” o “principio” secondo il contesto di riferimento e secondo l'espreso utilizzo che ne fa il legislatore. D'altra parte porsi la domanda se la ragionevolezza sia “criterio argomentativo”, “clausola generale” o “principio” diventa inutile là dove si assuma la consapevolezza che ogni interpretazione e concretizzazione di *criteri, clausole o principi* deve avvenire nel rispetto di quei valori (normativi) positivi identificativi del sistema ordinamentale vigente¹⁴⁷.

“La crisi della sovranità territoriale degli Stati non è crisi della sovranità giuridica”¹⁴⁸ e dei principi identificativi della Repubblica (art. 139 cost.), i quali svolgono una funzione di limite e, soprattutto, di fondamento¹⁴⁹.

La crisi del diritto è avvertita là dove i giuristi, appassionati al “mito” della certezza, rimangono prigionieri ora di concetti astratti, trattati come dogmi, ora del mero precedente, senza adeguata attenzione ai perché e alle conseguenze delle soluzioni. Il precedente giurisprudenziale non può divenire, come pure si è affermato, “il garante della certezza del diritto in luogo della norma generale e astratta”¹⁵⁰. Il diritto non contempla i naufraghi del dubbio¹⁵¹, ma neppure i naufraghi delle categorie o del precedente.

146 Infatti se interpretazione sistematica e applicazione si coniugano in un processo unitario (ASCARELLI, T.: “Norma giuridica e realtà sociale”, in *Id.: Problemi giuridici*, I, cit., p. 74; *Id.*: “Antigone e Porzia”, cit., p. 155 ss.), la norma elaborata mediante l'interpretazione “vive solo nel momento nel quale viene applicata”, sì che l'interpretazione sistematica va reiterata ad ogni nuova applicazione per soddisfare una nuova e determinata fattispecie concreta; *Id.*: “Giurisprudenza costituzionale e teoria dell'interpretazione”, (in *Riv. dir. proc.*, 1957, ora) in *Id.: Problemi giuridici*, I, cit., p. 140 ss.; *Id.*: “In tema di interpretazione della legge”, *ivi*, p. 153 ss., spec. p. 154; GIANTURCO, E.: “Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia” (1881), in *Id.: Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 8, con riferimento alla “questione di preferenza tra metodo sistematico e l'esegetico”, osserva che deve essere “riconosciuta l'utilità di entrambi”: occorre, altresì, trovare “il modo di comporli insieme, facendo seguire all'esposizione della dottrina, che avvezza le menti a ricercare i principi, l'esame dei relativi frammenti, dal quale s'impara a conoscere le fonti e a rendersene familiari”; in questa prospettiva v. anche CANARIS, C.W.: *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it. a cura di Varanese, G., Napoli, 2009, *passim*; PERLINGIERI, P.: “Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica”, cit., p. 317 ss.; PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza*, cit., *passim*; *Id.*: *Portalis e i “miti” della certezza del diritto e della c.d. “crisi” della fattispecie*, Napoli, 2018, p. 48 s.

147 PERLINGIERI, G.: “Sul criterio di ragionevolezza”, cit., p. 13 ss.

148 Lo riconosce anche IRTI, N., in PEDRINI, F., “Colloquio su Diritto, Natura e Volontà”, in *Lo Stato*, 2015, p. 169.

149 Sì che la Costituzione non può essere intesa soltanto come *limite formale di legittimità* o semplice insieme di *regole del gioco* formali e sostanziali idonee a costituire un perimetro all'interno del quale potrebbe liberamente esplicarsi la discrezionalità legislativa, ma anche necessariamente come insieme di *valori sostanziali* e di fondamenti, sì che non sarebbe corretto contrapporre l'idea di Costituzione come *ordinamento fondamentale*” (*Grundnorm*) all'idea di Costituzione come *ordinamento di cornice* (*Rahmenordnung*). “Il valore, oltre che limite da definire, è anche potenzialità da realizzare”: così PERLINGIERI, P., in PEDRINI, F.: “Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista a Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017)”, cit., p. 1141. Diversamente PINO, G.: “Costituzione per regole. Costituzione per principi. Costituzione per valori”, in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, cit., p. 7 ss.; nonché LIPARI, N.: “Diritto e sociologia nella crisi istituzionale del postmoderno”, cit., p. 286 s., il quale sembra valorizzare, di là dai limiti consentiti dal principio di legalità costituzionale, l'analisi sociologica.

150 SCODITTI, E.: “Il contratto fra legalità e ragionevolezza”, in *Foro it.*, 2015, V, c. 417 ss.

151 IRTI, N.: “Dubbio e decisione”, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 64 ss.

L'interpretazione è sempre *valutazione*. Giudicare non significa limitarsi all'attività di argomentazione, perché il discorso giuridico necessita soprattutto di fondamenti nella consapevolezza che "ogni tecnica è al servizio di un'ideologia"¹⁵² e non esiste caso senza implicazioni sistematiche e teleologiche. Diversamente *tutto diventa sostenibile*, perché la mera capacità argomentativa e dimostrativa può fondare tanto un'interpretazione meramente letterale, tanto un'interpretazione funzionale, quanto un'interpretazione sistematica e assiologica, con buona pace della scienza giuridica e della *domanda di giustizia*.

Il *ragionamento giuridico* è "una realtà discorsiva" non meramente "deduttiva" o logico-razionale. Di fronte a una scelta, l'interprete deve non soltanto concentrare l'attenzione sulla "tenuta logica" del ragionamento (sulla "mancanza di contraddizione" e sulla "coerenza" della soluzione proposta)¹⁵³, ma porsi anche un altro interrogativo, ossia "in base a che", a quale criterio, preferire una soluzione rispetto a un'altra.-

Tanto nei casi apparentemente facili (in assoluto i più pericolosi perché vengono sottovalutati e consentono l'esaltazione della sussunzione, della prassi, del precedente, del "diritto vivente", che spesso tra l'altro si risolve nella ripetizione statistica di un errore), quanto nei casi difficili la *logica* (anche sotto forma di "coerenza" e non "contraddizione") non basta. Soltanto la valutazione funzionale e assiologica consente di scegliere tra due soluzioni entrambe "coerenti" e, quindi, di evitare che due soluzioni opposte ma logicamente "coerenti" siano considerate per il sistema entrambe ammissibili.

La certezza, intesa come *prevedibilità, controllabilità e verificabilità* delle decisioni, dipende dal costante controllo di compatibilità della soluzione con le regole e i principi fondamentali. La soluzione non può essere, come si vorrebbe, *ripetitiva* e *perpetua*, perché le combinazioni tra principi (e regole) e le specificità di ogni singolo caso sono *a priori* inimmaginabili e il legislatore, come affermava Portalis¹⁵⁴, non può *prevedere tutto* e, anche là dove sia *tutto previsto*, non è possibile trascurare le peculiarità del fatto e la pluralità delle combinazioni tra regole e principi.

Del resto, un ordinamento giuridico perfetto, da applicare mediante ragionamenti meramente razionali, formali e logico-deduttivi, non può esistere e non è mai esistito. Vive soltanto nelle menti di quei giuristi ansiosi di placare le loro paure e insicurezze. Credo che sia soltanto questa la risposta da dare ad

152 PERLINGIERI, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti* (1987), 5ª rist., Napoli, 2007, p. 133.

153 Così invece GENTILI, A.: *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, Torino, 2015, p. 109 s.

154 PORTALIS, J.E.M.: *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it. a cura di Calvo, R., Napoli, 2013, p. 36. Sul pensiero dell'a. si rinvia a PERLINGIERI, G.: *Portalis e i "miti" della certezza del diritto e della c.d. "crisi" della fattispecie*, cit., *passim*.

Emanuele Gianturco quando, criticamente, si chiedeva perché vi fosse “tanta ostinatezza, e – diciamolo francamente – tanta affettazione di noncuranza” nei confronti dei “principii”, che considerava non un orpello ma “le più alte manifestazioni della scienza”¹⁵⁵. Il timore di incertezze o di arbitrio indiscriminato del giudice può essere superato soltanto tramite il serio rispetto dell’obbligo di motivazione, con una giustificazione della soluzione sul piano logico e teleologico. Diversamente si assisterà o a un diritto libero o a un diritto cieco, privo del senso del giusto.

Emilio Betti considerava il positivismo kelseniano una “malattia che ogni giovane degli anni '50 ha attraversato”; mai avrebbe pensato che oggi vi potessero essere giuristi ancora convinti che il diritto si identifichi nella lettera della legge. Il “diritto si spiega” soprattutto “con l’aiuto di criteri assiologici, mancando i quali risulterebbe assolutamente privo di determinazione”¹⁵⁶.

Lo stesso concetto di *bene comune*¹⁵⁷, spesso sopravvalutato, non ha altra funzione se non quella di coniugare e bilanciare l’esigenza di rispetto del vincolo di bilancio da parte degli Stati, oggi sempre più avvertita, con l’esigenza di garantire a tutti la fruizione di certi beni fondamentali¹⁵⁸, anche qualora siano divenuti di proprietà privata, come, ad esempio, l’acqua, *Internet* e gli stessi usi civici¹⁵⁹.

Ogni disposizione legislativa lascia sempre ambiti di discrezionalità nella sua interpretazione-applicazione. Ma rigore e coerenza, da soli, non sono sufficienti. Necessitano di predicati e di fondamenti ed esigono soprattutto di liberarsi definitivamente “dalla falsa convinzione che la decisione” fondata sulla mera “razionalità sussuntiva offra maggiori certezze di quella radicata su [funzioni, interessi e] valori”¹⁶⁰ normativi.

155 GIANTURCO, E.: “Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia” (1881), in Id.: *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 8, il quale significativamente concludeva “io non so di che mai si componga il sistema, se non si compone di principi”.

156 TROISI, B.: “Interpretazione della legge e dialettica” (1982), ora in Id.: *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008, p. 13.

157 Che poi non è altro che una categoria espressione dell’esigenza di tutelare i “beni fondamentali”; in questa direzione anche FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, cit., p. 40 ss.

158 Discorre di beni fondamentali, di recente, anche FERRAJOLI, L.: *o.l.c.*

159 SIRGIOVANNI, B.: “Dal diritto sui beni comuni al diritto ai beni comuni”, in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 240. Secondo una prospettiva funzionale, favorevole al superamento dell’esclusiva logica dell’appartenenza, si è osservato che “l’utilizzo del bene segue non *sic et simpliciter* la titolarità del diritto, ma la peculiare funzione alla quale detto bene è destinato. Tale prospettiva trova conforto e sviluppo nella riflessione sui c.dd. beni comuni, *recte* ad uso comune, destinati alla fruizione collettiva di là dal titolo proprietario. La funzione sociale di tali beni ne determina il regime e legittima un controllo sull’uso che degli stessi faccia il pubblico potere o il privato. La distinzione tra proprietà pubblica e proprietà privata si colora di nuove sfumature, là dove un bene diviene “comune”, ad uso collettivo, in quanto idoneo a realizzare lo sviluppo della persona. Del resto – come chiarito dalla Corte di legittimità – “disquisire in termine di sola dicotomia beni pubblici (o demaniali)-privati significa, in modo parziale, limitarsi alla mera individuazione della titolarità dei beni, tralasciando l’ineludibile dato della classificazione degli stessi in virtù della relativa funzione e dei relativi interessi a tali beni collegati” (PERLINGIERI, P.: “Funzione sociale della proprietà e sua attualità”, in CICCARELLO, S., GORASSINI, A., TOMMASINI, R.: *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 187 ss.).

160 LIPARI, N.: “Presentazione”, in Id.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, cit., p. 4.

BIBLIOGRAFIA.

AA.VV.: Tavola Rotonda "In materia di filiazione" svolta presso l'Università degli Studi di Napoli *Federico II*, il 13 aprile 2016, in *Foro nap.*, 2016, p. 611 ss.

ADDANTE, A.: "I c.d. appalti verdi nel diritto italo-europeo", in PENNASILICO, M. (a cura di): *Manuale di diritto civile dell'ambiente*, Napoli, 2014, p. 182 ss.

ALEXANDER, L., KRESS, K.: *Una critica dei principi del diritto*, trad. it. di La Torre, M., Stamile, N., Napoli, 2014.

ALPINI, A.: "La preferenza nell'assegnazione del bene indivisibile: il criterio dell'interesse prevalente. Il nuovo orientamento della Corte di Cassazione sull'interpretazione dell'art. 720 c.c.", in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 678 ss.

ALPINI, A.: "Ragionevolezza e proporzionalità nel processo di erosione del c.d. meccanismo espulsivo dello straniero", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 47 ss.

ARNAUD, A.-J. : *Governanti senza frontiere*, ed. it. a cura di Caroccia, F., Napoli, 2011.

ASCARELLI, T.: *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, p. 155 ss.

BADIALI, G.: "Ordine pubblico III) Diritto internazionale privato e processuale", in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1990, p. I ss.

BALLARANI, G.: "Nascituro (soggettività del)", in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, IX, Napoli, 2015, p. 137 ss.

BARBA, V.: "L'ordine pubblico internazionale", in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M. (a cura di): *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato. 10-11 novembre 2016, Complesso di S. Andrea delle Dame, Seconda Università di Napoli*, Napoli, 2017, p. 409 ss.

BARBERIS, M.: "Eguaglianza, ragionevolezza e libertà", in VIGNUDELLI, A. (a cura di): *Lezioni Magistrali di Diritto Costituzionale*, III, Modena, 2014, p. 26 ss.

BELLISARIO, E.: "Successione necessaria e famiglie plurinucleari: ancora sul conflitto tra figli e nuovo coniuge del *de cuius*", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 323.

CALÒ, E.: "Vite (e morti) parallele di Michel Colombier e di Maurice Jarre: la colonna sonora dell'ordine pubblico internazionale successorio nel diritto italiano e francese", in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 879 ss.

CANARIS, C.W.: *Pensiero sistematico e concetto di sistema nella giurisprudenza sviluppati sul modello del diritto privato tedesco*, ed. it. a cura di Varanese, G., Napoli, 2009.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "Condizione giuridica dello straniero e legalità costituzionale", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C, Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 477 ss.

CARIMINI, F.: "Nascituro (legge sull'interruzione volontaria della gravidanza e)", in *Enc. bioetica e scienza giuridica*, IX, Napoli, 2015, p. 128 ss.

CARRARO, L.: *Il negozio in frode alla legge*, Padova, 1943

CATAUDELLA, A.: "L'uso abusivo di principi", in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 758 ss.

CHIEPPA, R.: "La giustizia costituzionale nel 2002", in *Giur. cost.*, 2003, p. 3180 ss.

COGNETTI, S.: *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011.

D'AMICO, G.: "Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria "eccessiva", in *Contratti*, 2014, p. 926 ss.

D'AMICO, G.: "Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)", in *Giust. civ.*, 2016, p. 500 ss.

DE NOVA, G.: "Il contratto contrario a norme imperative", in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, p. 435 ss.

DE GIOVANNI, B.: *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 2016.

DE SALVIA, M., ZAGREBELSKY, G. (a cura di): *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, III, Milano, 2007.

DEL PRATO, E.: "Ragionevolezza e bilanciamento", in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 23 ss.

DI SABATO, D.: "Gli smart contracts: robot che gestiscono il rischio contrattuale", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, I, Napoli, 2017, p. 387 ss.

ENGISCH, K.: *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milano, 1970.

- FERRAJOLI, L.: *Costituzionalismo oltre lo Stato*, Modena, 2017.
- GAMBARO, A.: "L'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America", in ID., SACCO, R.: *Sistemi giuridici comparati*, Torino, 2002, p. 217 ss.
- GENTILI, A.: *Senso e consenso. Storia, teoria e tecnica dell'interpretazione dei contratti*, I, Torino, 2015.
- GIANTURCO, E.: "Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia" (1881), in ID.: *Opere giuridiche*, I, Roma, 1947, p. 8 ss.
- GIOVA, S.: *La proporzionalità nell'ipoteca e nel pegno*, Napoli, 2012.
- GRANELLI, C.: "Il c.d. *parto anonimo* ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di *dialogo* fra Corti", in www.juscivile.it, 2016, p. 573 ss.
- GRASSO, B.: *Appunti sull'interpretazione giuridica*, Napoli-Camerino, 1974.
- GUASTINI, R.: *Teoria del diritto: approccio metodologico*, Modena, 2012.
- GUTMANN, T.: *Secolarizzazione del diritto e giustificazione normativa*, Napoli, 2016.
- IRTI, N.: "Dubbio e decisione", in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 64 ss.
- IRTI, N.: *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004.
- IRTI, N.: *La tenaglia. In difesa dell'ideologia politica*, Roma-Bari, 2008.
- IRTI, N.: "La filosofia di una generazione", in PERLINGIERI, P., TARTAGLIA POLCINI, A. (a cura di): *Novecento giuridico: i civilisti*, Napoli, 2013, p. 343 ss.
- IRTI, N., in PEDRINI, F., "Colloquio su Diritto, Natura e Volontà", in *Lo Stato*, 2015, p. 169 ss.
- IRTI, N.: "Per un dialogo sulla calcolabilità giuridica", in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 919 ss.
- IRTI, N.: "Gli eredi della positività", in *Nuovo dir. civ.*, 2016, p. 11 ss.
- IRTI, N.: "Sulla *positività ermeneutica* (per Vincenzo Scalisi)", in www.juscivile.it, 2017, 2, p. 123 ss. _
- LANDI, R.: "L'incerto destino degli embrioni soprannumerari", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 907 ss.

LEPORE, A.: "Prescrizione e ragionevolezza. I danni lungolatenti", in PERLINGIERI, G., LAZZARELLI F. (a cura di): *Secondo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato, 23-24 marzo 2017, Aula Magna – Campus dell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*, Napoli, 2018, p. 605 ss.

LIPARI, N.: "La codificazione nella stagione della globalizzazione", in *Riv. trim.*, 2015, p. 883 ss.

LIPARI, N.: *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017.

LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

LONARDO, L.: "Ordine pubblico", in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M. (a cura di): *Fonti, metodo e interpretazione. Primo incontro di studi dell'Associazione dei Dottorati di Diritto Privato. 10-11 novembre 2016, Complesso di S. Andrea delle Dame, Seconda Università di Napoli*, Napoli, 2017, p. 322 ss.

LONGOBUCCO, F.: "Il regime patrimoniale dei coniugi tra vecchie e nuove norme di conflitto: ragionevolezza nell'uso del *genuine link*", in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 521 ss.

LUCIANI, M.: "Ermeneutica costituzionale e massima attuazione della Costituzione", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 37 ss.

MATTEI, U.: *Il modello di Common law*, 2ª ed., a cura di Antonioli Deflorian, L., Torino, 2004

MAISTO, F.: "Diritto intertemporale", in *Tratt. dir. civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, I, 5, Napoli, 2007.

MENCONI, L.: *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, 1996.

MIGNOZZI, A.: "Le pene private contrattuali nel diritto vivente. Funzione concreta e principio di proporzionalità", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 717 ss.

MOCCIA, S.: *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.

MUSIO, A.: "Misure di tutela dell'embrione", in STANZIONE, P., SCIANCALEPORE, G. (a cura di): *Procreazione assistita. Commento alla legge 19 febbraio 2004, n. 40*, Milano, 2004, p. 205 ss.

NAPPI, A.: *Razionalità complessiva del sistema: il c.d. omicidio stradale al banco di prova dei canoni di proporzione ed offensività*, Napoli, 2016

NAVARRETTA, E.: "Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo", in *Eur. dir. priv.*, 2012, p. 971 ss.

NUZZO, M.: "Abuso del diritto e "nuovo" riparto di competenze tra legislazione e giurisdizione", in *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 968 ss.

PALMIERI, G.: "Ragionevolezza e scelte di incriminazione", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 777 ss.

PANE, R.: "L'adozione piena dei minori tra vecchi e nuovi problemi. Spunti di riflessione in tema di omogenitorialità", in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 451 ss.

PANE, R.: "Unioni same-sex e adozione in casi particolari", in *Dir. succ. fam.*, 2017, p. 479 ss.

PALOMBINO, F.M.: "Laicità dello stato ed esposizione del crocifisso nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Lauts*", in *Riv. Dir. Int.*, 2010, p. 137 ss.

PARENTE, F.: "I diritti umani all'epoca della globalizzazione", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 158 ss.

PARTESOTTI, G.: *La polizza stimata* (1967), rist. Napoli, 2017

PATRONI GRIFFI, A.: "Inizio vita e sindacato di ragionevolezza", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 827 ss.

PEDRINI, F.: "Introduzione. Scienza giuridica e legalità costituzionale: vademecum metodologico per un "ritorno al diritto". Colloquio su (Scienza del) Diritto e Legalità costituzionale. Intervista a Pietro Perlingieri (Napoli, 27 giugno 2017)", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 1127 ss. (e in *Lo Stato*, 2017, p. 187 ss.).

PENNASILICO, M.: "Contratto e promozione dell'uso responsabile delle risorse naturali: etichettatura ambientale e appalti verdi", in *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del 9° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C. in ricordo di G. Gabrielli, Napoli 8-9-10 maggio 2014, Napoli, 2015, p. 249 ss.

PERLINGIERI, G.: "Venticinque anni della Rassegna di diritto civile e la polemica sui concetti giuridici. Crisi e ridefinizione delle categorie", in *Temi e problemi della*

civilistica contemporanea. Venticinque anni della Rassegna di diritto civile. 16-18 dicembre 2004, Grand Hotel Telese – Telese Terme (BN), Napoli, 2005, p. 546 ss.

PERLINGIERI, G.: “La povertà del pragmatismo e la difesa delle ideologie: l’insegnamento di Natalino Irti”, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 601 ss.

PERLINGIERI, G.: “La revocazione delle disposizioni testamentarie e la modernità del pensiero di Mario Allara. Natura della revoca, disciplina applicabile e criterio di incompatibilità oggettiva”, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 739 ss.

PERLINGIERI, G.: “Il controllo di *meritevolezza* degli atti di destinazione ex art. 2645 ter c.c.”, in *Foro nap.*, 2014, p. 54 ss.

PERLINGIERI, G.: “Il *Discorso preliminare* di Portalis tra presente e futuro del diritto delle successioni e della famiglia”, in *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 672 ss.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, G.: “Invalidità delle disposizioni “mortis causa” e unitarietà degli atti di autonomia”, in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 119 ss.

PERLINGIERI, G.: “Sul criterio di ragionevolezza”, in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, I, p. 11 ss.

PERLINGIERI, P.: “Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti”, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss.

PERLINGIERI, P.: “Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto”, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 1 ss.

PERLINGIERI, P.: *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006.

PERLINGIERI, P.: *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti* (1987), 5ª rist., Napoli, 2007.

PERLINGIERI, P.: *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2011.

PERLINGIERI, P.: “L'interesse e la funzione nell'ermeneutica di Domenico Rubino”, in Id., POLIDORI, S. (a cura di): *Domenico Rubino*, I, Napoli, 2009, p. 3 ss.

PERLINGIERI, P.: "Funzione sociale della proprietà e sua attualità", in CICCARELLO, S., GORASSINI, A., TOMMASINI, R.: *Salvatore Pugliatti*, Napoli, 2016, p. 187 ss.

PERLINGIERI, P.: "Controllo e conformazione degli atti di autonomia negoziale", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 207 ss.

PERLINGIERI, P.: "Obbligazioni e contratti", in *Annuario del contratto 2016* diretto da D'Angelo, A., Roppo, V., Torino, 2017, p. 213 ss.

PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", in *Dir. succ. fam.*, 2017, I, p. 183 ss.

PERLINGIERI, P.: "I princípi giuridici tra pregiudizi, diffidenza e conservatorismo", in *Annali S.I.S.Di.C.*, 2017, I, p. 7 ss.

PERLINGIERI, P., AA.VV.: *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2017.

PERLINGIERI, G.: *Portalís e i "miti" della certezza del diritto e della c.d. "crisi" della fattispecie*, Napoli, 2018.

PINO, G.: "Costituzione per regole, Costituzione per princípi, Costituzione per valori", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 7 ss.

PIRAINO, F.: *Buona fede, ragionevolezza e "efficacia immediata" dei princípi*, Napoli, 2017.

POLIDORI, S.: *sub art. 1418*, in PERLINGIERI, G. (a cura di): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, I, Napoli, 2010, p. 1021.

PORTALIS, J.E.M.: *Discorso preliminare al primo progetto di codice civile*, trad. it. a cura di Calvo, R., Napoli, 2013.

RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Napoli, 2016.

ROMANO, SALV.: *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

RUGGERI, A.: "Interpretazione costituzionale e ragionevolezza", in *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. La Corte costituzionale nella costruzione dell'ordinamento attuale. Princípi fondamentali*, Atti del 2° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C., Capri 18-19-20 aprile 2006, I, Napoli, 2007, p. 233 ss.

RUGGERI, A.: "Ragionevolezza e valori attraverso il prisma della giustizia costituzionale", in LA TORRE, M., SPADARO, A. (a cura di): *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 97 ss.

RUGGERI, A.: "Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale", in *Riv. AIC*, 2017, p. I ss.

SCODITTI, E.: "Il contratto fra legalità e ragionevolezza", in *Foro it.*, 2015, V, c. 417 ss.

SIRGIOVANNI, B.: "Dal diritto sui beni comuni al diritto ai beni comuni", in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 240 ss.

TESAURO, G.: "Il dialogo muto con la Corte europea dei diritti dell'uomo e la giustizia internazionale", in PERLINGIERI, P., GIOVA, S. (a cura di): *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale nel decennio 2006-2016*, Atti del 12° Convegno Nazionale S.I.S.Di.C, Napoli 11-12-13 maggio 2017, Napoli, 2018, p. 121 ss.

TESCIONE, F.: "L'anonimato materno: un diritto al banco di prova" (nota a Cass., 9 settembre 2016, n. 22838), in *Rass. dir. civ.*, 2017, p. 673 ss.

TROISI, B.: "Interpretazione della legge e dialettica" (1982), ora in *Id.*: *Il contratto a danno di terzi e altri saggi*, Napoli, 2008, p. 13 ss.

VENOSTA, F.: "Immobili non divisibili, art. 720 c.c. e limiti alla discrezionalità del giudice", in *Corr. giur.*, 2016, p. 1059 ss.

VILLA, G.: *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993.

VITUCCI, M.C.: "Ragionevolezza, consenso e margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani", in PERLINGIERI, G., FACHECHI, A. (a cura di): *Ragionevolezza e proporzionalità nel diritto contemporaneo*, II, Napoli, 2017, p. 1093 ss.

ZAGREBELSKY, G.: "L'idea di giustizia e l'esperienza dell'ingiustizia", in *Id.*, MARTINI, C.M.: *La domanda di giustizia*, Torino, 2003, p. 49 ss.

ZARRA, G.: "Right to Regulate, Margin of Appreciation and Proportionality: Current Status in Investment Arbitration in Light of Philip Morris v. Uruguay", in *Brazilian Journal of International Law*, 2017, p. 108 ss.

ZECCHINO, I.: "La nozione di embrione umano nella giurisprudenza della Corte di Giustizia", in *Dir. succ. fam.*, 2016, p. 503 ss.



TRASCENDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL
DERECHO CIVIL VENEZOLANO

*TRANSCENDENCE OF THE CONSTITUTION IN VENEZUELAN
CIVIL LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 52-91

María
Candelaria
DOMÍNGUEZ
GUILLÉN

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de junio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: El artículo trata la relevancia de la Constitución en el Derecho Civil venezolano. El estudio se divide en dos partes; primeramente se reseña el “Derecho Civil Constitucional” en su noción, antecedentes e instituciones fundamentales (persona, familia y relaciones patrimoniales). Posteriormente refiere “la Constitución en el Derecho Civil”, paseándonos por algunas reflexiones generales, el carácter de las normas constitucionales y la interconexión entre Derecho Público y Derecho Privado. La constitucionalización del Derecho Civil supone incorporar instituciones civiles a la Constitución así como tener presente la Carta Fundamental en su interpretación.

PALABRAS CLAVE: Constitución, Derecho Civil Constitucional, Constitucionalización del Derecho Civil, primacía, trascendencia, persona, familia y patrimonio.

ABSTRACT: *The article refers to the relevance of the Constitution in Civil Law in Venezuela. The study is divided into two parts: the first one review the “Constitutional Civil Law” in its notion, background and some fundamental institutions (person, family and patrimonial relations). The second part, entitled “The Constitution in Civil Law”, takes a look at some general reflections, the nature of constitutional norms and the interconnection between Public Law and Private Law. The constitutionalization of Civil Law entails incorporating civil institutions into the Constitution as well as having the Fundamental Charter as the basis for interpreting the subject.*

KEY WORDS: *Constitution, Constitutional Civil Law, Constitutionalization of Civil Law, primacy, transcendence, Person, Family and heritage relations.*

SUMARIO.- I. EL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL.- 1. Noción.- 2. Antecedentes.- 3. Instituciones fundamentales.- II. LA CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO CIVIL.- 1. Generalidades.- 2. Carácter de las normas constitucionales.- 3. Interaplicación entre el Derecho Público y el Derecho Privado.

I. EL DERECHO CIVIL CONSTITUCIONAL

I. Noción

La Constitución ha penetrado en todas las áreas del Derecho, pues en la interpretación de éste último debe tenerse por norte el carácter superior de las normas y principios constitucionales. De allí que materias de Derecho Público y Derecho Privado estén adicionando a su título la temática “constitucional”, aludiéndose por ejemplo a “Derecho Administrativo Constitucional”¹ o “Constitucionalización del Derecho Administrativo”², que supone utilizar la fuerza caracterizadora de innovación de la Constitución³. Igualmente aparece el “Derecho Civil Constitucional”⁴ o “Constitucionalización del Derecho Civil”⁵. Sobre ello

1 Véase: ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Derecho Administrativo Constitucional*, EJV y CIDEP, Caracas, 2017.

2 Véase: SCHMIDT-ASSMANN, E.: “El concepto de la constitucionalización del Derecho Administrativo”, *La constitucionalización del Derecho Administrativo XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, A. MONTAÑA PLATA y A. F. OSPINA GARZÓN Editores, UEC, Bogotá, 2014, pp. 21-38, Trad. M. L. IBAGÓN IBAGÓN (Véase también en la misma obra colectiva: CORREA HENAO, M.: “La constitucionalización del Derecho Administrativo económico”, pp. 203-229; CASSESE, S.: “Las tres etapas de la constitucionalización del Derecho administrativo”, pp. 281-306); BREWER-CARIAS, A.: “El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia”, *Revista de Derecho Público* núm. 55-56, Caracas, Jul.-Dic.1993, pp. 47-59; BREWER-CARIAS, A.: *Sobre la constitucionalización del Derecho Administrativo en la República Dominicana*, Texto de base preparado para la conferencia sobre el mismo tema en las I Jornada Jurídica, Postgrado, PUCMM, Santo Domingo, 13 al 18 de junio de 2016.

3 SCHMIDT-ASSMANN, E.: “El concepto”, cit., p. 38.

4 Véase entre otros y cuyas ideas fundamentales seguiremos: ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho Civil Constitucional*, Civitas, Madrid, Reimp. 1ª edic. 1986, 1991; PERLINGIERI, P.: “Por un derecho civil constitucional español”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 36, núm. 1, 1983, pp. 1-16. Véase también: CRUZ, E.: “El Derecho Civil Constitucional en el Perú”, *Revista Res Pública* de la Universidad César Vallejo, Trujillo, núm. 1, 1999.

5 Véase entre otros: CORRAL TALCIANI, H.: “Constitucionalización del Derecho Civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno”, *Derecho Civil Constitucional*, Coord. C. VILLABELA ARMENGOL/L.B. PÉREZ GALLARDO/G. MOLINA CARRILLO, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla/ Grupo Editorial Mariel S.C./ Universidad de la Sabana, México, 2014, pp. 1-16; LANDA ARROYO, C.: “La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites”, *Themis 66 Revista de Derecho*, PUCP, 2014, pp. 309-327; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: “La Constitucionalización del Derecho Civil”, *Estudios de Derecho* núm. 151, Universidad de Antioquia, 2011, pp. 51-86; SAGHY, P.: “Reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Civil”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* núm. 146, Caracas, 2008, pp. 497-514; SUÁREZ-MANRIQUE, W. Y.: “La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano”,

• María Candelaria Domínguez Guillén

Abogada/Doctora en Ciencias mención “Derecho”/Especialista en Derecho Procesal. Profesora Titular de Derecho Civil I Personas y Derecho Civil III Obligaciones, Universidad Central de Venezuela. Correo electrónico. mariacandela1970@gmail.com

reflexionaremos, pero dada la amplitud del tema y la obvia multiplicidad de sus posibles contenidos⁶, ofreceremos un somero panorama en el ordenamiento jurídico venezolano.

En la génesis del Derecho Civil Constitucional subyace la idea de la incidencia de la Constitución en el Derecho Civil, cuestión que ya preocupó a ilustres civilistas⁷. Ello comporta el examen de la Carta Fundamental como norma jurídica que superando su carácter programático tiene eficacia directa e inmediata con verdadera supremacía en el ordenamiento jurídico, en el que se encuentra integrada como norma fundamental o superior según expresiones reiteradas⁸. Las normas constitucionales no pueden verse como algo separado del Derecho Civil, sino como infraestructura del mismo⁹.

La Constitución constituye el instrumento normativo de mayor jerarquía en el sistema de normas que integran un orden jurídico. El Derecho Civil o Derecho Privado general, ha de orientar la interpretación de sus normas por la senda que guía la Carta fundamental.

Se afirma que el Código Civil ha perdido la capacidad de seguir siendo la base común del Derecho Civil. La aparición de este fenómeno es casi inaprensible, siendo el resultado de un conjunto de eventos que a través del tiempo han ido desapercibidamente perdiendo al Código Civil como centro de gravedad jurídico del Derecho Civil¹⁰. Surgen así múltiples leyes especiales¹¹, amén de la Constitución¹², que como norma rectora y superior debe ser guía en la interpretación de normas de rango inferior¹³.

El Derecho Civil ha debido asumir la incidencia directa que como norma jurídica, la Constitución proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico, lo cual ha propiciado importantes cambios de rumbo en la jurisprudencia civil para

Vniversitas núm. 129, Colombia, 2014, pp. 317-351; QUINCHE-RAMÍREZ, M.F.: "La constitucionalización y la convencionalización del Derecho en Colombia", *Revista Jurídicas*, 13 (1), 2016, pp. 43-63. Véase cuestionando la terminología: MANTILLA ESPINOSA, F.: "La «constitucionalización» del Derecho Privado", *Revista Oficial del Poder Judicial*, 1/2, 2007, Perú, pp. 245-262.

6 Véase: BARBER CÁRCAMO, R.: "La Constitución y el Derecho Civil", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* núm. 2, 2004, p. 39; GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "La Constitucionalización", cit., p. 55.

7 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 13.

8 *Ibid.*, p. 18.

9 *Ibid.*, p. 19.

10 SAGHY, P.: "Reflexiones sobre", cit., p. 499.

11 Véase: ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 52; BARBER CÁRCAMO, R.: "La Constitución", cit., p. 40.

12 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Sobre la noción de Derecho Civil", *Revista de la Facultad de Derecho* núm. 62-63 2007-2008, UCAB, Caracas, 2010, pp. 96 y 97.

13 RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Las Bases Constitucionales del Derecho Privado", *Derecho Civil Patrimonial*, Editores A. BULLARD GONZÁLEZ y G. FERNÁNDEZ CRUZ, PUCP, 1997, p. 35, la Constitución debe ser guía de interpretación de las normas a ellas subordinadas.

adaptar la interpretación de sus instituciones a los postulados constitucionales¹⁴. El Derecho Civil no cabe desligarlo de la jurisprudencia que afecta a buena parte de su articulado¹⁵.

Dada la incidencia de la Constitución en el Derecho Privado, no existe contradicción terminológica al afirmar la constitucionalización del Derecho Civil¹⁶ o “civilización del Derecho Constitucional”, porque los principios constitucionales actúan en el campo del Derecho Civil¹⁷. El Derecho Civil Constitucional ha de delimitarse a través del examen del contenido jurídico-civil presente en la Constitución¹⁸, el cual es ante todo Derecho Civil y no Derecho Constitucional y de allí tal denominación en dicho orden terminológico¹⁹, la cual compartimos. Por lo que se afirma acertadamente que el Derecho Civil Constitucional es un Derecho Civil puro²⁰. Si el contenido del Derecho Civil viene dado por las instituciones de la persona, la familia y las relaciones patrimoniales²¹, tal será el contenido del Derecho Civil Constitucional. Este se enmarca por su propia especificidad en el sistema de normas constitucionales relativas a la protección de la persona en sí misma, y en sus dimensiones fundamentalmente familiar y patrimonial²².

Ello sin perjuicio de que se pretenda aludir a la “patrimonialización” del Derecho Civil²³, no obstante que el patrimonio encuentra sentido en función de la “persona”, que será por siempre la protagonista y el centro de gravedad del orden jurídico²⁴. Aunque la persona, la familia y el patrimonio no son los mismos hoy que fueron ayer, a pesar de que no rige la idea en la materia que todo tiempo pasado fue mejor²⁵.

14 BARBER CÁRCAMO, R.: “La Constitución”, cit., p. 40.

15 TENA PIAZULO, I.: “El Derecho Civil español: entre lo permanente y su constitucionalización”, *Nuevo Derecho* vol. 8, núm. 10, Colombia, Ene.-Jun. 2012, p. 69.

16 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 33.

17 PERLINGIERI, P.: “Por un Derecho”, cit., p. 6. Véase también: RODNER, J. O.: *Presentación del Libro de María Candelaria Domínguez Guillén Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, ACIENPOL, Caracas, Conferencia 23-11-17, citaba a RUI ROSADO DE AGUIAR, los principios de Derecho contenidos en el Código Civil pueden ser usados para la realización de los valores constitucionales. Esto ha llevado al estudio de los principios constitucionales en el Derecho Civil o la “constitucionalización del Derecho Civil”.

18 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 39.

19 *Ibid.*, p. 185. Véase infra utilizando la denominación en distinto orden: SAGÜES.

20 Véase: RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Las Bases”, cit., p. 30.

21 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Sobre la noción”, cit., pp. 81-97; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., pp. 44-51.

22 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., pp. 176 y 180, alude a Derecho Civil Constitucional: de la Persona, de la Familia y del Patrimonio.

23 Véase: *Ibid.*, pp. 54-56. Véase contrariamente: TENA PIAZULO, I.: “El Derecho”, cit., p. 67, aludiendo a “despatrimonialización” para colocar a la persona humana por encima del interés económico; LLAMAS POMBO, E.: *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2002, pp. 106-110.

24 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., pp. 56 y 71, se precisa reforzar el contenido del Derecho Civil al situar a la persona en su centro de gravedad. La persona física es la base y el centro del Derecho Civil.

25 *Ibid.*, p. 64 y 65.

Se impone una nueva meta denominada “elaboración del Derecho Privado con enfoque constitucional” en el que la construcción científica del Derecho Privado encuentra un complemento adecuado en la perspectiva constitucional que permitirá incorporar nuevos fundamentos de las instituciones²⁶. Ha sido el Derecho Civil quien ha debido ceder frente a la reciente y notable extensión del Derecho Constitucional²⁷. Ello no justifica el temor de algunos civilistas de que el Derecho Constitucional, utilizando categorías del Derecho Público, pueda introducirse en los dominios del Derecho Privado²⁸, pues resulta inevitable la interconexión entre ambas esferas²⁹.

Refería SAGÜÉS que las Constituciones modernas incluyen temas típicos de otras áreas, normalmente de contenido “subconstitucional” (comercial, laboral, civil, etc.). Tal decisión del Constituyente es legítima si es ejercida con prudencia porque equivale a “constitucionalizar” dichas áreas³⁰. En tal caso, la norma fundamental de contenido será constitucional aunque simultáneamente su materia aluda a civil³¹. DUQUE CORREDOR comenta que por la constitucionalización de instituciones del Derecho Privado, este último se ha publicitado (derechos familiares, económicos, sociales y garantías del proceso). Modernamente el Derecho Constitucional es fuente del Derecho Privado que debe desarrollarse legislativamente y ser interpretado conforme a los valores y principios constitucionales³². El Derecho Constitucional penetra en el Derecho Privado y sus principios se propagan a los diversos sectores del ordenamiento jurídico³³. Es posible encontrar “situaciones de mixtura” entre el Derecho Constitucional y el Derecho Privado, cuando ha de realizarse una interpretación en que se relacionan ambos Derechos. El efecto de irradiación de la norma constitucional en el Derecho ordinario, configura a éste constitucionalmente³⁴.

Indica CORRAL TALCIANI que la constitucionalización del Derecho Civil puede tener lugar por tres vías: por reforma legal, por la interpretación conforme con la Constitución y por la aplicación directa de la norma constitucional a un caso de

-
- 26 ARIZA, A.: “Aspectos constitucionales del Derecho Civil”, *Trabajos del Centro*, CIDC, Rosario, 1995, p. 61.
- 27 MERINO ACUÑA, R. A.: “La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado”, *El Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, T. C. Guía 2, Gaceta Jurídica, Perú, 2009, p. 44.
- 28 *Ibid.*, pp. 55 y 56.
- 29 Véase *infra* II.3.
- 30 SAGÜÉS, N. P.: *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 61.
- 31 *Ibid.*, p. 71, el autor lo califica de “Derecho Constitucional Civil”, que constituye una subrama constitucional.
- 32 DUQUE CORREDOR, R.: *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público*, *Temas Constitucionales*, Legis, Colombia, 2008, p. 10; LLAMAS POMBO, E.: *Orientaciones*, *cit.*, p.117, en ocasiones la Constitución eleva instituciones ya contemplados en el Código Civil y leyes especiales.
- 33 BORETO, M.: “La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino”, *Civilistica.com*, Año 4, núm. 2, Río de Janeiro, 2015, p. 4.
- 34 BALAGUER CALLEJÓN, M.L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 44.

conflicto entre particulares a falta de ley sobre esta³⁵. Así, la constitucionalización del Derecho Civil puede entenderse en un sentido estricto o propio como la incorporación de instituciones jurídicas al texto constitucional. Pero también en un sentido amplio o impropio como la interpretación de las normas civiles a la luz del Texto Fundamental³⁶. Supone la “eficacia normativa” de la Constitución en el Derecho Privado³⁷.

Surge así la “constitucionalización” del Derecho Civil³⁸ o del Derecho Privado³⁹, aludiéndose a las bases constitucionales del mismo⁴⁰. La expresión “constitucionalización del Derecho Privado” supone la posibilidad de aplicar las normas de carácter constitucional sin necesidad de realizar una reglamentación de ellas⁴¹. La figura no se limita a la incorporación de instituciones civiles al texto constitucional. Es indudable la penetración del Derecho Constitucional en el Derecho Civil y viceversa⁴². Esta interrelación resultará provechosa no solo para el Derecho Privado, sino que puede enfrentar al Derecho Constitucional con una nueva fisonomía⁴³.

El creciente influjo de la Constitución en el Derecho Privado ha suscitado todo tipo de reflexiones⁴⁴. Para algunos la “constitucionalización” del Derecho cuenta con críticas como la pérdida del propio perfil de la materia o la asunción

- 35 CORRAL TALCIANI, H.: “Constitucionalización”, cit., p. 1, pp. 8-11. Véase también: SCHMIDT-ASSMANN, E.: “El concepto”, cit., pp. 28 y 29, diferencia tres tipos de constitucionalización según pueda irradiar reformas al Derecho ordinario, inferir consecuencias imperativas mediante la interpretación jurídica o mediante la concretización del Derecho que supera la interpretación en sentido estricto o tradicional; ARRUBIA PAUCAR, J.A.: “La constitucionalización del Derecho Privado”, *Nuevo Derecho*, vol. 5, núm. 7, Julio-Diciembre 2010, pp. 47-73, la constitucionalización del Derecho Privado tiene diversos cauces; ARÉVALO GUERRERO, I. H.: *Bienes*, cit., p. 32, este proceso puede presentar diversas formas: por control de la constitucionalidad por parte del Juez o mediante la jurisprudencia constitucional.
- 36 Podría aludirse a la primera como “constitucionalización propiamente dicha, en sentido estricto o directa” y a la última como “constitucionalización impropia, indirecta o interpretativa”.
- 37 Véase en este sentido: MERINO ACUÑA, R. A.: “La tutela”, cit., pp. 47 y 48, la constitucionalización puede entenderse en su sentido tradicional general como la “eficacia normativa material de la Constitución en el ordenamiento privado”. Una acepción distinta supone que es la incorporación al texto constitucional de temas infraconstitucionales del Derecho. Y también alude a una extensión material de la Constitución en las relaciones particulares, cuyos conflictos se resolverían conforme al razonamiento constitucional.
- 38 RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Las Bases”, cit., p. 25; MERINO ACUÑA, R. A.: “La tutela”, cit., pp. 47-51; ALFERILLO, P. E.: *La Constitución Nacional y el Derecho Civil*, Astrea, Buenos Aires, 2011, p. 10.
- 39 ARIZA, A.: “Aspectos”, cit., p. 59.
- 40 Véase: RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Las Bases”, cit., pp. 23-37. Véase también: BREWER-CARIAS, A.: “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela”, *Revista de Derecho Público* núm. 16, Caracas, 1983, pp. 5-19; BREWER-CARIAS, A.: “Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en la República Dominicana”, *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo «Dr. Raimundo Amaro Guzmán»*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., RODRÍGUEZ HUERTAS, O.A., SENDÍN GARCÍA, M.A. y CASTAÑOS GUZMÁN S.T. (Edits.), ADDA/ FINJUS), EJVJ, Panamá, 2015, pp. 9-54.
- 41 ARÉVALO GUERRERO, I.H.: *Bienes Constitucionalización del Derecho Civil*, UEC, 2ª edic., Bogotá, 2017, p. 31.
- 42 Véase: TENA PIAZULO, I.: “El Derecho”, cit., p. 70, no puede negarse que en ocasiones ha sido el Código Civil el precursor de principios que posteriormente se han incorporado a los textos constitucionales.
- 43 ARIZA, A.: “Aspectos constitucionales”, cit., p. 60.
- 44 CALDERÓN VILLEGAS, J. J.: “La constitucionalización de las controversias contractuales”, *Los contratos en el Derecho Privado*, Dir. Acad.: F. MANTILLA y F. TERNERA, Legis-Universidad del Rosario, Colombia, 2008, p. 751.

de tareas legislativas⁴⁵. En la doctrina venezolana SAGHY señala que la figura genera inseguridad jurídica y “aporta más problemas que ventajas”⁴⁶, porque constituye “una intromisión, sin límites, del juez a los asuntos reservados a la autonomía de la voluntad de las partes”, y lleva paradójicamente al establecimiento de un sistema jurídico jurisprudencial⁴⁷. Se asocia a “un fenómeno de desbordamiento del protagonismo judicial”⁴⁸. Sin embargo, la cantidad de sentencias de la Sala Constitucional del Máximo Tribunal con incidencia civil⁴⁹, es solo una consecuencia del fenómeno. Que tales decisiones sean objeto de crítica e incurran en impropiedades, no es un problema relativo a la “constitucionalización”, sino un riesgo latente en cualquier área del Derecho⁵⁰ pues la interpretación en ocasiones no deja de tener un elemento político⁵¹. Ciertamente, la doctrina patria aboga por la prudencia del Juzgador a la hora de penetrar en el análisis de la validez del contrato, dada la intangibilidad de éste⁵². Pero la intervención del Juez en la determinación de los límites la autonomía de la voluntad es un tema recurrente del Derecho Civil Patrimonial⁵³, que no atañe propiamente al dominio del Derecho Civil Constitucional. Este denota la necesaria primacía de la Constitución en la esfera del Derecho Civil. Se recomienda sin embargo que el Tribunal Constitucional procure no desnaturalizar instituciones civiles que no son de su esencia⁵⁴.

45 Véase a propósito del Derecho Administrativo: SCHMIDT-ASSMANN, E.: “El concepto”, cit., pp. 24 y 25.

46 SAGHY, P.: “Reflexiones”, cit., p. 512.

47 Ibid., p. 513, agrega que la constitucionalización del Derecho Civil aporta como primera consecuencia la devaluación de la ley o la pérdida de su valor normativo; merma el valor jurídico de los contratos que según el artículo 1132 del Código Civil tienen fuerza de ley entre las partes. Ello se materializa en una intromisión del Juez; un irrespeto que entorpece la evolución natural de las instituciones. Puesto que la respuesta a los conflictos de constitucionalidad es generalmente categórica y de aporte general, las consecuencias bruscas y los razonamientos jurídicos se ven violentamente modificados. Esto origina avances y retrocesos constantes de la jurisprudencia y con ello la pérdida de la seguridad jurídica anhelada.

48 Véase: MUÑOZ AGREDO, M. F.: “Argumentación jurídica y principios constitucionales: su incidencia en el Derecho Privado”, *Derecho y Realidad* núm. 25, FDCE, UPTC, I Sem. 2014, p. 346.

49 Véase infra I.3.

50 Vale recordar que la interpretación nos permite ver cosas que los demás no ven.

51 Véase: TOSTA, M. L.: “Interpretación ¿Solución jurídica o política?”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* N° 121, UCV, 2001, pp. 437-448; WROBLEWSKI, J.: *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Civitas, Madrid, Reimp. 1ª edic. 1985, 2001, Trad. A. AZURZA, pp. 119-114. Véase citando a éste último autor a propósito del elemento “político” en la interpretación con ponencia de magistrado J. Delgado Ocando: TSJ/SConst, Sent. núm. 179 de 28-3-00. Véase también: ESCOVAR LEÓN, R.: “Interpretación y revisión a la manera constitucional venezolana”, *Revista de Derecho Constitucional* núm. 9, Ene.-Dic. 2004, p. 115, indica que el carácter político de la Sala Constitucional fue proclamada a los cuatro vientos por el Magistrado Delgado Ocando en el discurso de fecha 11-1-01 en que defendió la adhesión de la jurisprudencia de la Sala al “proyecto político progresista”, manera inédita de decir que la Sala tiene que estar subordinada a los intereses de la “Revolución Bolivariana”.

52 Véase: MADRID MARTÍNEZ, C.: “Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados”, *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección de Libros Homenaje núm. 14, F. PARRA ARANGUREN editor, TSJ, 2004, Caracas, T. 1, pp. 757- 814; MADRID MARTÍNEZ, C.: “La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo”, *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Serie Eventos 29, ACIENPOL, Caracas, 2012, pp. 105-140.

53 Véase en múltiples instituciones referencia en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, RVLJ, Caracas, 2017.

54 Véase: BELTRAN PACHECO, J. A.: “Civilmente constitucional: algunas expresiones del Tribunal Constitucional en materia de responsabilidad civil”, *El Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, T. C. Guía 2, G.J., Perú,

Se admite que la constitucionalización es un proceso que se presenta en forma progresiva en un ordenamiento jurídico determinado. No desea poner el acento en la labor del juez ni del legislador, sino que requiere de la Academia⁵⁵. En feliz expresión de PERLINGIERI “es preciso adquirir una sensibilidad constitucional”; se requiere que en los cursos de Derecho estén siempre presentes los valores constitucionales⁵⁶.

En cuanto a los efectos, la constitucionalización propiamente dicha confiere «imperatividad» al instituto incorporado al texto fundamental que solo podrá ser modificado por vía constitucional de reforma o de enmienda. En tanto que la constitucionalización interpretativa o interpretación conforme a la Constitución tiene por efecto la *supremacía jerárquica y actualización de las instituciones*⁵⁷. Ello sin perjuicio de que algunos ven en la figura aspectos negativos⁵⁸.

2. Antecedentes

El Derecho Civil, en su largo trance histórico, más que evolucionar, se ha revolucionado. Ello entre otros factores, es imputable a las transformaciones sociales y a la influencia del constitucionalismo moderno⁵⁹.

La Carta Fundamental típica del constitucionalismo carece de vínculos materiales con el Derecho Privado. El doctrinario alemán HESSE señalaba en junio de 1988⁶⁰ que llamaba la atención que hasta tal fecha había recibido poco tratamiento el tema de la relación entre el Derecho Constitucional con el Derecho Privado⁶¹. La constitucionalización del Derecho Privado es un fenómeno que comienza a conceptualizarse en Alemania en la década de los setenta del siglo pasado. Aunque

2009, pp. 123 y 124; CAPABLANCA, G. J.: “Injusticia para todos”, *Revista de Derecho Administrativo* núm. 7, Caracas, Sep.-Dic. 1999, p. 366, las primeras sentencias de la Sala Constitucional evidenciaron la falta de profundidad técnico-constitucional y la “contaminación de instituciones constitucionales con conceptos civilistas, penalistas, procesales y probatorios en dosis excesivas” (Destacado nuestro).

55 SUÁREZ-MANRIQUE, W. Y.: “La constitucionalización”, cit., p. 343. Véase también: AREVALO GUERRERO, I. H.: *Bienes*, cit., pp. 56 y 57; GARCÍA JARAMILLO, L.: “De la «constitucionalización»”, cit., pp. 141 y 142.

56 PERLINGIERI, P.: “Por un derecho”, cit., p. 16, debe ocupar a toda una generación de juristas, no solo de docentes universitarios sino de operadores de derecho. Esto será posible en la medida en que los estudiantes sean formados mediante una enseñanza impregnada de este espíritu y esta sensibilidad constitucional.

57 Véase distinguiendo entre efectos directos e indirectos: FAVOREU, L. J.: “La constitucionalización del Derecho”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XII, Ag. 2001, pp. 31-43.

58 Véase: ALMANZA TORRES, D. J.: “Conflictos en torno a la Constitucionalización del Derecho Privado”, *Legis.pe*, Enero 2017.

59 TENA PIAZULO, I.: “El Derecho”, cit., p. 65.

60 Introducción y trad. de GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ en: HESSE, K.: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cuadernos Civitas/Thomson Reuters, Reimp. Iª edic. 1995, 2016, p. 10.

61 HESSE, K.: *Derecho*, cit., p. 31.

también fue planteada con fuerza en Italia⁶², bajo la idea de que el Código Civil podría seguir siendo útil, mediante una relectura a la luz de los nuevos valores⁶³.

Históricamente la relación e integración entre Derecho Civil y Derecho Constitucional, tal como hoy la conocemos, comienza a manifestarse en la época moderna. Si bien desde antaño era posible considerar relaciones entre lo público y lo privado; ello se torna evidente cuando surgen las Constituciones que pasan a ocupar la cúspide de la pirámide jurídica⁶⁴.

Y así a la par de la Constitución alemana, tuvo lugar el trascendente desarrollo del Derecho Privado evidenciado a través de las codificaciones modernas⁶⁵. Mientras no existían Constituciones, al Derecho Privado no le quedaba sino seguir su propio camino⁶⁶; el Derecho Constitucional ejercía inicialmente una importancia secundaria⁶⁷, contrariamente a la actualidad⁶⁸.

Surge la primacía de la Constitución, primeramente como una función de guía y luego mediante una función preservadora y protectora: los fundamentos del Derecho Privado ya no resultaban indiscutibles⁶⁹. Dicha primacía constitucional se consagra en la misma Carta Fundamental⁷⁰, según se aprecia del art. 7 de la Constitución Venezolana, cuyo antecedente se remonta a la Constitución de 1811⁷¹. El Tribunal Constitucional alemán amplió el Derecho Privado a la influencia del Derecho Constitucional⁷², a pesar del riesgo de convertirse en el máximo Tribunal de los conflictos jurídico-civiles⁷³. En Venezuela el papel de la Sala Constitucional también suele ser objeto de crítica aunque por razones distintas.

Concluye HESSE que si se resume el desarrollo de las relaciones entre ambos derechos, podría pensarse que el Derecho Constitucional ha de concebirse como un lastre para el Derecho Privado en su avance; pero sería un hallazgo

62 Véase: GUASTINI, R.: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", *Neoconstitucionalismo (s)*, Coord. M. CARBONELL, Trotta-UNAM, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 49-74, Trad. J.M. LUJAMBIO.

63 CORRAL TALCIANI, H.: "Constitucionalización", cit., p. 5; ARÉVALO GUERRERO, I. H.: *Bienes*, cit., p. 34, adjudica su origen a la doctrina alemana; SUÁREZ-MANRIQUE, W. Y.: "La constitucionalización", cit., p. 320, ubicando el origen del fenómeno hacia el fin de la II guerra mundial.

64 ARIZA, A.: *Aspectos*, cit., p. 58.

65 HESSE, K.: *Derecho*, cit., p. 33.

66 *Ibid.*, p. 35.

67 *Ibid.*, p. 38.

68 *Ibid.*, p. 40, la situación se apreciaba especialmente en el pensamiento de juristas como SAVIGNY.

69 *Ibid.*, pp. 47-49.

70 *Ibid.*, p. 55.

71 Véase: PETZOLD RODRÍGUEZ, M.: "Noción de supremacía constitucional, justicia y jurisdicción constitucional", *FRONESIS Revista de filosofía jurídica, social y política* vol. 19, núm. 3, LUZ, FCJP, IFDJMDO, Maracaibo, 2012, p. 380.

72 HESSE, K.: *Derecho*, cit., p. 59.

73 *Ibid.*, pp. 61 y 62, asumiendo un papel que la Constitución no le ha conferido.

completamente superficial, dada la recíproca dependencia de ambos⁷⁴. Ambos sectores aparecen como partes necesarias de un orden jurídico unitario que recíprocamente se complementan. El Derecho Constitucional resulta de importancia decisiva para el Derecho Privado y viceversa⁷⁵. La interrelación entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional no supone pérdida de autonomía entre los dos sectores⁷⁶.

De Alemania e Italia, la idea de la “constitucionalización” del Derecho Privado se extendió a toda Europa con mayor o menor fuerza⁷⁷. La constitucionalización como poder normativo material inmanente y extensivo de la Constitución es un fenómeno relativamente reciente, asociado a la eficacia vinculante de la norma fundamental⁷⁸.

El Código Civil venezolano ha sido modificado 10 veces desde el primer texto de 1862, siendo el último de 1982⁷⁹. Pero su desplazamiento en beneficio de la Constitución es un hecho. A partir de la Constitución venezolana de 1961 la evolución del uso de la Constitución como norma aplicable directamente a la resolución de conflictos civiles ha sido extraordinaria⁸⁰. Refiere SAGHY que el fenómeno de “explotación” del Texto constitucional constituye el punto neurálgico de la pérdida del Código Civil como norma fundamental del ordenamiento privado venezolano y del estancamiento de sus instituciones⁸¹. Aunque la interpretación a tono con la Constitución permite actualizar o refrescar tales instituciones. La Constitución ha desplazado al Código Civil del lugar que ocupaba en otro tiempo⁸².

En Venezuela, a raíz de la Constitución de 1999, cuyo artículo 335 concede a la Sala Constitucional un papel fundamental y vinculante en la interpretación del texto fundamental, muchas han sido las decisiones que por tal vía han afectado el orden jurídico venezolano, de lo que no escapa el Derecho Civil⁸³. Se afirma que dicha Sala actúa como Legislador positivo pues asume obvias funciones

74 Ibid., pp. 69 y 70.

75 Ibid., p. 81.

76 ARIZA, A.: “Aspectos”, cit., p. 60.

77 CORRAL TALCIANI, H.: “Constitucionalización”, cit., p. 6.

78 MERINO ACUÑA, R. A.: “La tutela”, cit., pp. 49 y 50, las Constituciones con carácter normativo aparecen posteriormente a los Códigos Civiles, por lo que el fenómeno no aplica en ordenamientos como el peruano en que el asunto es inverso.

79 Véase en cuanto a la evolución: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011, pp. 24-27, los textos son 1862, 1867, 1873, 1880, 1896, 1904, 1916, 1922, 1942 y 1982.

80 SAGHY, P.: “Reflexiones sobre”, cit., p. 505.

81 Ibid., pp. 505 y 506.

82 TENA PIAZULO, I.: “El Derecho”, cit., p. 69.

83 Véase infra I.3.

legislativas⁸⁴, más allá de sus facultades autónomas interpretativas⁸⁵. Si bien los Tribunales Constitucionales han asumido funciones de creación de normas⁸⁶, el éxito de tales entes depende de diversos elementos⁸⁷, que escapan al presente análisis. En todo caso, cuando amén de tales decisiones judiciales, se interpreta la ley civil a tono con la Constitución, proyectamos la idea que ampara el Derecho Civil Constitucional o la constitucionalización del Derecho Civil. Frecuentemente resulta difícil resolver asuntos asociados al Derecho Civil sin conocer las decisiones básicas de la Sala Constitucional en la materia. Lo que denota -al margen de compartir el fondo de tales sentencias- el impacto de la Constitución en la materia.

A la par que el Código Civil perdía parte de su consideración tradicional, algunos de sus principios han sido asumidos por la Constitución y el Derecho Civil ha tenido que ordenarse en sintonía con los valores y principios constitucionales. En suma, se trata del fenómeno relativo a la “constitucionalización del Derecho Civil”⁸⁸. En sentido semejante se alude a “convencionalización” del Derecho, cuando se incorpora a un ordenamiento principios protectores de la persona consagrados en instrumentos internacionales⁸⁹, lo que en el ordenamiento venezolano tendrá lugar por aplicación del artículo 23 constitucional.

3. Instituciones fundamentales

El Derecho Civil es el Derecho Privado general que regula la persona, la familia y las relaciones patrimoniales⁹⁰, y tales institutos están presentes en la Carta Fundamental venezolana. Aunque su principal objeto es la “persona” como ser de fines⁹¹.

84 Véase: UROSA MAGGI, D.: *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Serie Estudios núm. 96, ACIENPOL, Caracas, 2011; ESCOVAR LEÓN, R.: “Interpretación y”, cit., pp. 105-158.

85 Véase: CARRILLO ARTILES, C. L.: “La asunción jurisprudencial de la interpretación constitucional autónoma por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara*, UCV, IDP, Caracas, 2005, pp.191-223; HERRERA ORELLANA, L. A.: “El «recurso» de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas de la argumentación jurídica”, *Revista de Derecho Público* núm. 113, Ene-Mar. 2008, pp. 7-29; HARO G., J. V.: “La interpretación de la Constitución y la sentencia 1077 de la Sala Constitucional (Un comentario sobre los límites del juez constitucional)”, *Revista de Derecho Constitucional* núm. 2, Ene.-Jun. 2000, pp. 453-476 (el autor critica la sentencia que crea el recurso autónomo de interpretación constitucional); ESCOVAR LEÓN, R.: “Interpretación”, cit., p. 135; TORREALBA SÁNCHEZ, M. A.: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*, Texto, 2ª ed., Caracas, 2007, pp. 537-544.

86 AJA, E. y GONZÁLEZ BEILFUSS M.: “Conclusiones”, *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editor E. AJA, Ariel, Barcelona, 1998, p. 259.

87 Véase: SAGUES, N. P.: “Reflexiones sobre las variables de éxito y fracaso de un Tribunal Constitucional”, *Revista de Derecho Constitucional* núm. 4, Caracas, Ene-Jul. 2001, pp. 349-357, p. 356.

88 TENA PIAZULO, I.: “El Derecho”, cit., p. 71.

89 Véase: GARZÓN BUENAVENTURA, E. F.: “De la supremacía de la Constitución a la supremacía de la Convención”, *Verba Iuris 31*, Bogotá, Ene.-Jun. 2014, pp. 189-204; GARCÍA JARAMILLO, L.: “De la «constitucionalización» a la «convencionalización» del ordenamiento jurídico. La contribución del ius constitutionale commune”, *Revista de Derecho del Estado* núm. 36, UEC, Ene-Jun. 2016, pp. 131-166.

90 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Sobre”, cit., pp. 81-97; HERNÁNDEZ GIL, A.: *El concepto del Derecho Civil*, RDP, Madrid, 1943.

91 TENA PIAZULO, I.: “El Derecho”, cit., p. 66.

Son muchas las normas constitucionales que tienen incidencia en instituciones de Derecho Civil tales como la persona, familia, sucesiones, contratos, bienes y derechos reales, etc.⁹². El constitucionalismo refleja nuevas metas y derechos entre los que descansa la organización de la sociedad, algunos de tales son típicos del Derecho Privado como la libertad, el consumo, la competencia, los derechos económicos, etc.⁹³ Siendo una tendencia la constitucionalización de los derechos del consumidor⁹⁴, como se evidencia del artículo 117 de la Constitución venezolana⁹⁵. La Ley fundamental contiene condiciones para la efectividad real de importantes institutos jurídicos privados, protegiéndolos de una supresión o vaciamiento de la Ley, amén de su importante función interpretativa. Entre tales vale citar también la tutela al matrimonio, la propiedad y el libre desarrollo de la personalidad⁹⁶. Aunque este último se presenta mayormente como un principio que orienta los límites de los derechos en general según el artículo 20 del Texto fundamental venezolano⁹⁷.

Señala la doctrina española que la influencia constitucional de mayor calado se ha producido en sede de la persona aunque también el Derecho Civil patrimonial ha resultado afectado⁹⁸. En Venezuela es difícil precisar cuál área se le ha concedido mayor interés por vía jurisprudencial. Enumeraremos brevemente cada una de las instituciones más relevantes.

3.1. La persona: El sujeto de derecho es el centro de gravedad de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho existe por y para la persona; poco importarían los bienes, las obligaciones y los contratos, sin el sujeto de derecho que conforma la relación jurídica⁹⁹. La persona es lo más trascendente que puede regular cualquier texto constitucional, siendo su primacía indudable en la Carta Fundamental¹⁰⁰. El Derecho Civil aparece como ordenación jurídica referida a la persona y sus derechos¹⁰¹.

92 CORRAL TALCIANI, H.: "Constitucionalización", cit., pp. 6 y 7. Véase también: ANDUEZA, J. G.: "Aspectos Constitucionales en relación con la Reforma del Código Civil", *Revista de la Facultad de Derecho* núm. 32, UCAB, 1981, pp. 115-127.

93 ARIZA, A.: "Aspectos", cit. p. 60.

94 *Ibid.*, pp. 62 y 63.

95 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso*, cit., pp. 35-37.

96 HESSE, K.: *Derecho*, cit., p. 83.

97 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)", *Revista de Derecho* núm. 13, TSJ, Caracas, 2004, pp. 13-40.

98 BARBER CÁRCAMO, R.: "La Constitución", cit., p. 40.

99 Véanse nuestros trabajos: "La persona: ideas sobre su noción jurídica", *Revista de Derecho* núm. 4, TSJ, Caracas, 2002, pp. 317-355; *Manual de Derecho Civil I*, cit., pp. 39-59.

100 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Primacía de la persona en el orden constitucional", *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara*, UCV, IDP, Caracas, 2005, pp. 299-320; BARBER CÁRCAMO, R.: "La Constitución", cit., p. 52, la Constitución Española de 1978 ha empujado a éste a revitalizar y fortalecer su raíz, que es la consideración de la persona en sí misma antes que en sus relaciones patrimoniales.

101 LLAMAS POMBO, E.: *Orientaciones*, cit., p. 89.

La persona y los derechos personalísimos tienen que ser forzosamente emplazados por las perspectiva constitucional¹⁰². Mal podría olvidarla el Constituyente, por lo que su protección se hizo presente en el texto de 1999, con la ratificación de la cláusula enunciativa en materia de derechos de la persona (art. 22) que data del texto constitucional de 1858¹⁰³; la consagración expresa de derechos como la “intimidad” (diferenciándolo de la “privacidad”), la “imagen” (art. 60¹⁰⁴) y la autodeterminación informativa (art. 28), entre otros derechos de la personalidad¹⁰⁵ que encontraron refuerzo en el texto constitucional¹⁰⁶, particularmente en los artículos 43 al 61 que consagran los derechos civiles¹⁰⁷, encabezado por la vida o derecho a vivir, que amén de derecho básico es presupuesto de la personalidad. Múltiples han sido las materias del Derecho de la Persona que han encontrado expresa protección constitucional, como los niños (art. 78), jóvenes (art. 79), ancianos (art. 80), personas con discapacidad (art. 81¹⁰⁸), el nombre civil e inscripción gratuita en el Registro del Estado Civil (art. 56¹⁰⁹), patria potestad (art. 76). Los derechos sociales y de las familias se aprecian en los artículos 75 al 97 y los derechos culturales y educativos en los artículos 98 al 111¹¹⁰.

102 ARIZA, A.: “Aspectos”, cit., p. 62; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999”, *El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, UCAB y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas, 2003, T. I, pp. 215-265.

103 Véanse nuestros trabajos: “Panorama de los Derechos de la persona en las distintas Constituciones de Venezuela”, *Revista de Derecho de la Defensa Pública* núm. 2, Caracas, 2016, pp. 55-88; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: “Primacía”, cit., pp. 309 y 310.

104 Véase: CONTRERAS DE MOY, A. M.: “A propósito del artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Revista de Derecho de la Defensa Pública* núm. 1, Caracas, 2015, pp. 69-113.

105 La expresión alude a la protección civil de los derechos de la persona. Véase respecto al derecho español: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: “Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria”, *Revista Boliviana de Derecho* núm. 23, Enero 2017, p. 59, propone una categoría única y transversal, la de los «derechos fundamentales de la personalidad», en la que confluyan las dos visiones clásicas del fenómeno, aunque los constitucionalistas aludan a derechos fundamentales y los civilistas a los derechos de la personalidad.

106 Véanse nuestros trabajos: “Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* núm. 119, UCV, Caracas, 2000, pp. 17-44; *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, TSJ, 3ª edic., Caracas, 2010, pp. 615-641; “Sobre los derechos de la personalidad”, *Dikaion. Lo Justo, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 17, núm. 12, Universidad de la Sabana, Colombia, 2003, pp. 23-37.

107 PEÑA SOLÍS, J.: *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano. Los derechos civiles*, Paredes, Caracas, 2012, pp. 21 y ss.

108 Véanse nuestros trabajos: “La protección constitucional de los incapaces”, *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, F. PARRA ARANGUREN editor, TSJ, Caracas, 2002, vol. I, pp. 609-658; TORREALBA SÁNCHEZ, M. A. y DOMÍNGUEZ GUILLÉN M. C.: “Régimen legal de la discapacidad en Venezuela (especial referencia al autismo)”, *Personas con discapacidad: miradas jurídicas en clave convencional*, L. PÉREZ GALLARDO (Direct.), C. A. AGURTO GONZÁLES, S.L. QUEQUEJAN MAMANI, B. CHOQUE CUENCA, (Coord), Biblioteca de Derecho Privado en América Latina, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pp. 13-43.

109 Véanse todos de VARELA CÁCERES, E. L.: *El Registro del Estado Civil vol. I Organización y principios sectoriales*, RVLJ, Caracas, 2018, pp. 132-134; *La modificación del nombre propio en los niños y adolescentes*, Serie Trabajos de Grado núm. 17, UCV, FCJP, Caracas, 2008, pp. 37-43; “El nombre civil y la Ley Orgánica de Registro Civil”, *Revista de Derecho* núm. 33, Caracas, TSJ, 2010, p. 254.

110 Véase: GARRIDO VARGAS, V.: “Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la Constitución de 1999 y en el Derecho Internacional”, *Libro Homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.*, Paredes/ UCV, Caracas, 2008, pp. 391-450.

De allí que amplio es el conjunto de derechos que prevé la Constitución a favor de la persona¹¹¹. La interpretación ha de ser favorable a la persona, porque el Derecho existe por y para ella¹¹². La decisión constitucional de priorizar al ser humano en sí mismo, por encima de sus derechos patrimoniales, tiene influencia al momento de adoptar una decisión frente a una hipótesis de conflicto de valores: la hermenéutica debe ser in dubio *pro homini*, siempre en favor del ser humano¹¹³. Se afirma que la noción civilista de “persona” marcadamente abstracta, está siendo sometida a profundos embates que reclaman una apertura a todos los despliegues del sujeto¹¹⁴. Será siempre la persona la noción más importante del Derecho inclusive desde la perspectiva constitucional, pues es presupuesto de las demás instituciones.

La Sala Constitucional presenta importantes decisiones que interesan al Derecho Civil de la Persona, tales como, la diferencia entre el nombre civil y el seudónimo¹¹⁵, la función registral¹¹⁶, el honor¹¹⁷, edad mínima para contraer matrimonio¹¹⁸, patria potestad¹¹⁹, tutela¹²⁰, incapacitación de personas con discapacidad desde la minoridad¹²¹, interdicción legal¹²², protección al concebido¹²³, entre otras tantas¹²⁴.

3.2. La familia: La familia recibe también dimensión constitucional en su estructura fundamental en instituciones como el matrimonio, la filiación y la patria potestad¹²⁵. “Las relaciones familiares se han convertido en parte sustancial de las preocupaciones constitucionales”¹²⁶, por lo que se trata de una institución

111 ARIZA, A.: Aspectos, cit., p. 62.

112 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Primacía”, cit., p. 316.; SPOSITO CONTRERAS, E.: “Homines, personas, sujetos de derecho, personas jurídicas. El problema del quién en el Derecho”, *Revista de Derecho* núm. 35, TSJ, Caracas 2014, T. I, p. 14.

113 ALFERILLO, P. E.: *La Constitución*, cit., p. 9; DUQUE CORREDOR, R.: *Temario*, cit., pp. 120-122, alude a la interpretación constitucional “*pro ciudadano*”.

114 ARIZA, A.: Aspectos, cit., p. 60.

115 Véase: TSJ/SConst, Sent. núm. 1020 de 11-08-00.

116 Véase: TSJ/SConst, Sent. núm. 1710 de 18-12-15; TSJ/SConst., Sent. núm. 767 de 18-6-15.

117 TSJ/SConst., Sent. núm. 1503 de 11-10-11; TSJ/SConst., Sent. núm. 568 de 8-5-12.

118 TSJ/SConst., Sent. núm. 1353 de 16-10-14.

119 Véase: TSJ/SConst., Sent. núm. 1763 de 14-8-07; TSJ/SConst., Sent. núm. 284 de 30-4-14.

120 TSJ/SConst., Sent. núm. 359 de 23-3-12.

121 Véase: TSJ/SConst., Sent. núm. 289 de 18-3-15. Véase: TSJ/SPlena, Sent. núm. 21 de 14-3-17.

122 TSJ/SConst., Sent. núm. 883 de 11-5-07.

123 Véase: TSJ/SConst., Sent. núm. 609 de 10-6-10.

124 Véase las citadas a lo largo de: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual*, cit., in totum.

125 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 72.

126 BURT, R. A.: “La constitución de la familia”, *Derecho, infancia y familia*, Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, M. BELFO (compiladora), Gedisa, Barcelona 2000, Trad. G. PINTO, p. 37. Véase también: ROCA TRIAS, E.: “Familia y Constitución”, *Derecho, Sociedad y Familia: cambio y continuidad. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 10* (2006), Edición a cargo de A. M. MORALES y J. M. MIQUEL, Madrid, 2007, pp. 207-227; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: “La familia en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 58, CEPC, Madrid, 2000, pp. 11-42.

objeto de constitucionalización¹²⁷. La Constitución venezolana no escapa de tal tendencia¹²⁸.

La Constitución de 1999 consagra expresamente la familia (art. 75¹²⁹); la maternidad que incluye al concebido, la paternidad y la obligación de alimentos (art. 76¹³⁰), el matrimonio y la unión de hecho estable (ambos entre un hombre y una mujer, art. 77). Sobre los efectos de la unión de hecho estable equiparables al matrimonio en interpretación de dicha norma, la Sala Constitucional dictó la sentencia líder sobre la materia (1682/2005)¹³¹, no obstante las consideraciones previas de la doctrina¹³². Posteriormente la misma Sala en 2008 considera que la norma no es extensible a las uniones homosexuales sin perjuicio de la posibilidad de la existencia de una comunidad ordinaria¹³³, en tanto que finalmente en 2016, dicha Sala asoma el concepto de “familia homoparental”¹³⁴.

En cuanto a la filiación, la Constitución privilegia la filiación biológica que ha de coincidir con la legal (art. 56)¹³⁵, existiendo sobre la materia importantes decisiones

- 127 Véase: TAPIA RODRIGUEZ, M.: “Constitucionalización del Derecho de Familia (s) El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social”, *Revista Chilena de Derecho Privado* núm. 8, Jul. 2007, pp. 155-199; LATHRO, F.: “Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el Derecho de Familia chileno”, *Estudios constitucionales*, vol. 15, núm. 1, Santiago, 2017; CRIOLLO, J.E.: “Constitucionalización de la normativa familiar. Efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges”, *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas 1994*, PGL S. R. L., Caracas, 1996, T. II, pp. 675-696.
- 128 Véase: WILLS RIVERA, L.: “Protección de los derechos constitucionales de la familia”, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* núm. 20, Caracas, 1998, pp. 107-133; VARELA CÁCERES, E. L.: “El derecho de familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias”, *Revista de Derecho* núm. 31, TSJ, Caracas, 2009, pp. 48-78; RAFFALLI A., J. M.: “La protección de la familia en la Constitución Venezolana de 1999”, *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Libros Homenaje núm. 14, F. PARRA ARANGUREN editor, TSJ, Caracas, 2004, vol. II, pp. 357-384; HERNÁNDEZ, J. I.: “Breves comentarios sobre las bases constitucionales de la familia y el divorcio en Venezuela”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 6 Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, Caracas, 2016, pp. 107-143.
- 129 Su protección data de la Constitución de 1947. Véase nuestro trabajo: “Panorama de”, cit., pp. 78 y 79.
- 130 Véase nuestros trabajos: “Acerca del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela”, *Libro Homenaje al profesor Alfredo Arismendi A., Paredes/UCV, Caracas, 2008*, pp. 317-344; “Situación del nasciturus en la Constitución de 1999”, *Libro Homenaje a Enrique Tejera París, UCV, FCJP, Caracas, 2008*, pp. 133-156.
- 131 Véase sentencia 1682 de 15-7-05; WILLS RIVERA, L.: “Efectos de la unión estable de hecho en la Constitución venezolana”, *Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi A., Paredes-UCV, Caracas, 2008*, pp. 831-854; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, Paredes, 2ª edic., Caracas, 2014, pp. 449-471 (especialmente bibliografía allí citada en las pp. 460 y ss.); DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Más sobre las uniones estables de hecho según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia,” *Revista de Derecho* núm. 27, TSJ, Caracas, 2008, pp. 143-157. Véase sobre Colombia: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: “La constitucionalización de la unión marital de hecho a través de la jurisprudencia”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 10 edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, (en prensa).
- 132 Véase nuestro trabajo: “Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999”, *Revista de Derecho* núm. 17, TSJ, Caracas, abril 2005, pp. 215-247. También en: *Manual de Derecho de Familia*, cit. pp. 415-447.
- 133 Véase sentencia núm. 190 de 28-2-08. Véanse nuestros trabajos: “Más sobre”, cit., pp.157-167 (también en: *Manual de Derecho de Familia*, cit., pp. 472-482, especialmente bibliografía allí citada en la p. 472, nota 102); “Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana”, *Revista Cuestiones Jurídicas*, vol. VII, núm. 1, URU, 2013, pp. 11-40.
- 134 Véase: TSJ/SCConst., Sent. núm. 1187 de 15-12-16; VARELA CÁCERES, E. L.: “La última sentencia de la Sala Constitucional en materia de instituciones familiares: la familia homoparental”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 9, 2017, pp. 225-259.
- 135 Véase: AGUILAR CAMERO, R. A.: *La filiación paterna. Consideraciones sobre el nuevo régimen legal y su fundamento constitucional*, UCV, FCJP, Caracas, 2013.

de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia tales como la criticada posibilidad de reconocimiento del hijo de la mujer casada por un tercero distinto al cónyuge¹³⁶, la impugnación de la paternidad por un sujeto distinto al cónyuge de la madre¹³⁷, la presunción en contra del demandado en caso de negativa a practicarse la experticia filiatoria¹³⁸, la imprescriptibilidad de la acción de inquisición de paternidad o maternidad¹³⁹, el carácter “potestativo” de la regularización de la filiación ante el registro civil¹⁴⁰, reproducción asistida¹⁴¹, autorización para alejarse del hogar común¹⁴², la nulidad del impedimento de *turbatio sanguinis* (art. 75 del CC)¹⁴³, en otras.

Igualmente el instituto del “divorcio” ha sido sustancialmente afectado por las decisiones de la Sala Constitucional en lo atinente al procedimiento del artículo 185A del Código Civil¹⁴⁴, la no taxatividad de las causales de divorcio del artículo 185 del Código Civil¹⁴⁵ y la competencia en materia de divorcio sin procedimiento previo a los jueces de Municipio en aquellos casos asignados originalmente a los jueces de paz comunal¹⁴⁶ por Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal¹⁴⁷.

Se evidencia así que las principales instituciones de Derecho de Familia, amén de encontrar expresa referencia constitucional, han sido notablemente afectadas por las decisiones de Sala Constitucional bajo el argumento de la interpretación o revisión constitucional.

3.3. Las relaciones patrimoniales: El patrimonio y más ampliamente las relaciones patrimoniales, que incluyen las materias relativas a Bienes, Obligaciones y Contratos pueden encontrar una referencia constitucional.

136 Véase: TSJ/SConst., Sent. núm. 1443 del 14-8-08 incluyendo voto salvado; VARELA CÁCERES, E. L.: “La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional núm. 1443 de fecha 14 de agosto de 2008”, *Revista de la Facultad de Ciencias jurídicas y Políticas* núm. 134, UCV, Caracas, 2009, pp. 219-269.

137 TSJ/SConst., Sent. núm. 868 de 8-7-13.

138 Véase: TSJ/SConst., Sent. núm. 1235 de 14-8-12.

139 TSJ/SConst., Sent. núm. 806 de 8-7-14.

140 TSJ/SConst., Sent. núm. 1757 de 22-12-15.

141 Véase: TSJ/SConst., Sent. núm. 1456 de 27-7-06; TSJ/SConst., Sent. núm. 1187 de 15-12-16.

142 TSJ/SConst., Sent. núm. 1039 de 23-7-09.

143 Véase: Sent. núm. 953 de 16-7-13.

144 TSJ/SConst. Sent. núm. 446 del 15-5-14; ESPINOZA MELET, M. A.: “La transformación del artículo 185-A del Código Civil”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 4, Caracas, 2014, pp. 233-250.

145 TSJ/SConst., Sent. núm. 693 del 2-6-15; VARELA CÁCERES, E. L.: “La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia núm. 693 de fecha 2 de junio de 2015)”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 6 Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, 2016, pp. 145-190.

146 TSJ/SConst., Sent. núm. 1710 de 18-12-15.

147 Véase: PELLEGRINO PACERA, C. G.: “Algunos comentarios sobre la (in)constitucionalidad de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de Paz Comunal”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 2, Caracas, 2013, p. 318, las competencias de instituciones familiares son de orden público.

El patrimonio¹⁴⁸ resulta contemplado en la Constitución española delimitado por las coordenadas de la función social y utilidad pública. En ella se puede incluir la libre circulación de los bienes¹⁴⁹. Por su parte, la Constitución venezolana presenta una norma protectora de la propiedad en su artículo 115¹⁵⁰ y la jurisprudencia ha resaltado su función social¹⁵¹, la cual se mantiene en el texto de 1999 no obstante su cambio de redacción, que detalla sus atributos o facultades (uso, goce, disfrute y disposición)¹⁵², constituyendo ello un típico caso de constitucionalización propiamente dicha. Los derechos económicos están consagrados en los artículos constitucionales 112 al 118¹⁵³; apreciamos otras normas constitucionales atinentes al ámbito de Bienes y Derechos Reales¹⁵⁴.

Por su parte, el *Derecho de Obligaciones* es aquella parte del Derecho Civil que estudia la relación jurídica obligatoria y la respectiva responsabilidad patrimonial de la persona¹⁵⁵. La Constitución española se muestra parca en el ámbito de las relaciones jurídicas obligacionales, dado el mayor grado de tecnicismo de este sector. Sin embargo, no le resulta completamente extraño al influjo constitucional¹⁵⁶.

En el Derecho venezolano tuvimos ocasión de analizar la incidencia de la Carta Magna en materia de Obligaciones¹⁵⁷. La extensa protección del crédito, que incluye entre otros la ejecución forzosa en especie, así como por equivalente, constituye en esencia reflejo de la tutela judicial efectiva que tiene expresa consagración en el Texto Fundamental (art. 26)¹⁵⁸. Figuras como la teoría de la imprevisión (dificultad de cumplimiento por onerosidad excesiva) o la corrección monetaria han sido desarrolladas por la doctrina, con fundamento en la “justicia”,

148 Véase: PÉREZ FERNÁNDEZ, C. y DOMÍNGUEZ GUILLÉN M. C.: “Notas sobre el patrimonio en el Derecho venezolano”, *Revista Boliviana de Derecho* núm. 25, 2018, pp. 272-305.

149 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 75.

150 Véase: VILLEGAS MORENO, J. L.: “El derecho de propiedad en la Constitución de 1999”, *Estudios de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo*, TSJ, Caracas, 2001, vol. II, pp. 565-582; GARCÍA SOTO, C.: *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, UCM, FD, Memoria para optar al título de doctor, Madrid, 2015; Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José, art. 21; Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 17.

151 Véase: TSJ/SConst., Sents. núm. 1178 de 13-8-09; núm. 403 de 24-2-06; núm. 881 de 26-6-12; núm 2855 de 20-11-12.

152 VILLEGAS MORENO, J. L.: “El derecho”, cit., pp. 569-573.

153 Libertad de empresa (art. 112), prohibición de monopolios (art. 113), delitos económicos (art. 114), propiedad (art. 115), prohibición de confiscación (art. 116), protección al consumidor (art. 117), cooperativas de trabajadores (art. 118).

154 Véase con relación a la propiedad los artículos 55, 307, y 119. Los derechos intelectuales, artículos 98 y 124. Se aprecia referencia a costas marinas, yacimientos mineros y de hidrocarburos (art.12), las aguas (art. 304), acciones de Petróleos de Venezuela (art. 303), las armas de guerra (art. 324), los ejidos (art. 181).

155 ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J. A.: *Curso de Derecho de Obligaciones. Teoría General de la Obligación*, Civitas, Madrid, 2000, vol. I, p. 21; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso*, cit., pp. 13 y 14.

156 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 76.

157 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 7 Edición Homenaje a José Peña Solís, 2016, T. I, pp. 87-123.

158 *Ibid.*, pp. 92-98.

valor que tiene expresa consagración constitucional en sus artículos 1 y 2¹⁵⁹. No en vano se alude a “justicia contractual”¹⁶⁰. La justicia y la equidad también se citan como soporte de clásicas figuras de Obligaciones, a saber, la compensación, la prohibición de enriquecimiento sin causa y la excepción de incumplimiento, entre otras¹⁶¹. Lo mismo se advierte respecto del deber de no dañar a los demás que encuentra su principal cause civil en el daño moral¹⁶². De allí que se aluda a la constitucionalización del Derecho de daños¹⁶³ y se asocie la Constitución que protege la dignidad de la persona con la contratación y la relación obligatoria¹⁶⁴.

La libertad tiene su máxima expresión en el principio de autonomía de la voluntad¹⁶⁵, citado recurrentemente en materia de Obligaciones, aunque se admite que el citado principio se encuentra en franca crisis o declive, así como su principal manifestación, a saber, el contrato¹⁶⁶. La eficacia interprivada de la Constitución afecta al Derecho Civil: la norma constitucional se integra como límite del orden público en el ámbito contractual¹⁶⁷. La incidencia de la constitucionalización del Contrato es una consecuencia de la más vasta constitucionalización del Derecho Civil¹⁶⁸. Aunque para algunos lo que ha operado irónicamente es una “civilización del Derecho Constitucional”, siendo el mismo fenómeno pero observado desde el ángulo inverso, aunque la diferencia de visión no parece relevante¹⁶⁹. De allí que entre las tendencias modernas del Derecho de Obligaciones se incluya “la primacía de la Constitución”¹⁷⁰. Se afirma que la Constitución suele ocuparse de los fundamentos del Derecho patrimonial, en lo que se ha dado en llamar la “Constitución económica” o el “orden público económico” que no resulta incompatible con principios del Código Civil¹⁷¹.

159 Ibid., pp. 101-106.

160 Ibid., pp. 106 y 107; PINTO OLIVEROS, S.: “El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual”, *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil, Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés*. Caracas, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Française, Coord: J. ANNICCHIARICO, S. PINTO y P. SAGHY, EJV, Caracas, 2015, p. 262, que encuentra su antecedente en la justicia correctiva o conmutativa desarrollada por Aristóteles.

161 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Proyección”, cit., pp. 108-110.

162 Véase: Ibid., p. 100; MARTÍN PÉREZ, J. A.: “El daño patrimonial y el daño moral: criterios para su resarcimiento”, *IV Jornadas Aníbal Domínguez. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*, Salaverría, Ramos, Romero y Asociados, Caracas, 2012, T. I, p. 265, las reglas y principios rectores del Derecho Privado se entienden incluidos en la “justicia” que, en el caso español, constituye, junto con la libertad, la igualdad y el pluralismo político, uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico.

163 Véase: ALFERILLO, P. E.: *La Constitución*, cit., pp. 16 y ss.

164 MORALES HERVIA, R.: “Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil”, *Revista da Ajuris*, vol. 42, núm. 139, Dezembro 2015, pp. 285-311.

165 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Proyección”, cit., pp. 110 y 111.

166 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso*, cit., pp. 26-29.

167 TENA PIAZULO, I.: “El Derecho”, cit., p. 71.

168 MERINO ACUÑA, R. A.: “La tutela”, cit., p. 46.

169 CORRAL TALCIANI, H.: “Constitucionalización”, cit., p. 14.

170 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso*, cit., pp. 31 y 32.

171 LLAMAS POMBO, E.: *Orientaciones*, cit., p. 118, el autor cita a DE CASTRO.

La usura tiene una expresa proscripción constitucional en su artículo 114, y a ella se refirió expresamente la importante sentencia de los créditos indexados¹⁷², pues la idea de orden público y buenas costumbres se convierten en el escudo protector con el que se topa la autonomía de la voluntad¹⁷³. Son muchas las decisiones dictadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que han impactado el área del Derecho Civil de Obligaciones¹⁷⁴. Vale citar entre otras, las relativas a la prescripción¹⁷⁵ y su diferencia con la caducidad¹⁷⁶, el lugar del pago¹⁷⁷, la indexación o corrección monetaria¹⁷⁸, la moneda de pago de las obligaciones¹⁷⁹, tarjetas de crédito¹⁸⁰, protección del consumidor¹⁸¹, la “indivisibilidad” de algunas obligaciones con base al orden público e interés social¹⁸². Conceptos abstractos respecto de los que la doctrina aconseja cautela¹⁸³. Algunas de tales sentencias han sido referidas por la doctrina como casos de control “a posteriori” del Estado (Juzgador) respecto de la autonomía de voluntad¹⁸⁴. También cabe citar la inconstitucionalidad de las “cláusulas abusivas”¹⁸⁵ lejanas a la proporcionalidad.

En legislaciones como la española también se alude al “Estado social de Derecho y la trascendencia de sus principios inspiradores en la contratación moderna”¹⁸⁶, admitiéndose que de conformidad con la Constitución los límites a la libertad están subordinados al bien común de la Nación¹⁸⁷. La Constitución de 1999 alude a un “Estado social de Derecho y de Justicia”, que ha sido referido por algunas de las citadas decisiones judiciales en materia contractual para matizar el tan mentado principio de la autonomía de la voluntad.

172 TSJ/SConst., Sent. núm. 85 de 24-1-02.

173 Véase: DE FREITAS DE GOUVEIA, E.: “La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 1, Caracas, 2013, pp. 37-181; GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ en: HESSE, K.: *Derecho Constitucional*, cit., p. 24, como pone de relieve DE VEGA, no cabe reducir la función constitucional de los derechos a la simple garantía de la autonomía de la voluntad.

174 Véase las citadas en: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: “Proyección”, cit., pp. 116-122.

175 TSJ/SConst. Sent. núm. 854 de 17-7-15.

176 TSJ/SConst. Sent. núm. 06 de 4-3-10.

177 TSJ/SConst. Sent. núm. 1641 de 2-11-11.

178 Véase: TSJ/SConst., Sents. núm. 1494 de 16-7-07; núm. 438 de 28-4-09; núm. 695 de 12-6-13.

179 Véase: TSJ/SConst. Sents. núm. 1641 de 2-11-11; núm. 265 de 13-4-16; núm. 987 de 12-12-16 (Véase siguiendo criterio: TSJ/SCC, Sent. núm. 000831 de 14-12-17).

180 Véase: TSJ/SConst., Sent. núm. 1419 de 10-07-07.

181 TSJ/SConst., Sent. núm. 1049 de 23-7-09.

182 TSJ/SConst., Sent. núm. 903 de 14-5-04.

183 Véase: MERINO ACUÑA, R. A.: “La tutela”, cit., p. 100, los términos “interés social”, “interés general”, “interés público”, “interés ético”, etc., son ambiguos y peligrosos, no hay duda de que en nombre del interés social se han realizado muchas injusticias, por ello el análisis de sus límites debe ser muy cuidadoso.

184 Véase: MADRID MARTÍNEZ, C.: “La libertad”, cit., pp. 128-140.

185 Véase a propósito de contrato abusivo respecto de cantante: TSJ/SConst., Sent. núm. 1800 de 17-12-14, no pueden existir contratos que abiertamente chocan con la Constitución.

186 Véase: SANTOS BRIZ, J.: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992, p. 3.

187 *Ibid.*, pp. 5 y 6.

En lo que atañe al Derecho Sucesorio, por su triple vinculación con la persona, la familia y el patrimonio, tampoco puede estimarse inmune a la influencia constitucional¹⁸⁸. El valor justicia con expresa consagración constitucional, bien puede encontrar justificación en algunas instituciones del Derecho de Sucesiones, tales como la legítima y el orden legal de suceder¹⁸⁹. La libertad se evidencia en el acto testamentario como manifestación de la libre autonomía de la voluntad. Con menor incidencia, la Sala Constitucional se ha hecho sentir en la materia a través de algunas decisiones como la vocación hereditaria de la concubina referida en la citada 1682/2005, la nulidad parcial del artículo 845¹⁹⁰ del Código Civil, la herencia yacente¹⁹¹, así como la que indica que para obtener la declaración de únicos y universales herederos es suficiente el acta respectiva del estado familiar sin precisarse trámite alguno administrativo¹⁹².

Después de este somero panorama no cabe albergar duda sobre la importancia del contenido jurídico-civil en la Constitución. Aun sin profundizar en ello se obtiene la convicción de su cualificada entidad¹⁹³. En Venezuela es indudable el impacto de la norma superior en el Derecho Civil.

II. LA CONSTITUCIÓN EN EL DERECHO CIVIL

I. Generalidades

El Derecho Civil es sin lugar a dudas el área del Derecho que mayor relevancia práctica tiene en el quehacer humano, pues nadie escapa de su cotidiano poder expensivo¹⁹⁴.

Debe sostenerse la trascendencia de la Constitución en la regulación del Derecho Civil, toda vez que las normas constitucionales no pueden verse como algo separado sino como infraestructura del mismo; vendrá a ser el Derecho Civil constitucionalizado. Supone así analizar la eficacia directa, derogatoria, invalidatoria, interpretativa e informadora de la Constitución¹⁹⁵. Por ello, el

188 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 78, se indica que la Constitución española reconoce el Derecho a la herencia; HESSE, K.: *Derecho*, cit., p. 86, cita la herencia, la propiedad, la libertad contractual y de asociación como garantías que precisan ser más desarrolladas por el Derecho Privado.

189 Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Sucesorio*, Texto, Caracas, 2010; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa", *I Jornadas Franco-venezolanas*, cit, pp. 63-89.

190 Véase: Sent. núm. 1342 de 9-10-12.

191 Véase: TSJ/SConst., Sents. núm. 2538 de 8-11-04; núm. 1234 de 13-7-01.

192 Véase: TSJ/SConst., Sent. núm. 242 de 9-4-14.

193 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 83.

194 Desde que nacemos caemos en la esfera del Derecho de la Persona, no podemos escapar al Derecho de Familia y cada día estamos inmersos en el Derecho Civil Patrimonial pues celebramos contratos, contraemos obligaciones y estamos expuestos a las reglas de la responsabilidad civil.

195 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 19.

significado del Derecho Constitucional para el Derecho Privado consiste en singulares funciones de garantía, orientación e impulso¹⁹⁶.

La Constitución ha obligado al Derecho Civil a salir de una especie de letargo dogmático e ideológico. Así, la Constitución ha significado la modernización del Derecho Civil¹⁹⁷. Un panorama de la jurisprudencia venezolana de la Sala Constitucional, al margen de sus críticas¹⁹⁸, evidencia el impacto de la Constitución en el Derecho Civil.

2. Carácter de las normas constitucionales

La Constitución es la norma fundamental del Estado, el centro del ordenamiento jurídico¹⁹⁹; representa el instrumento básico del sistema de derecho, permitiendo orientar cualquier interpretación de normas inferiores a la luz de los principios que orientan su concepción. Constituye según consagra el artículo 7 del texto constitucional venezolano “la norma suprema y el fundamento del orden jurídico”.

La supremacía de la Constitución²⁰⁰ permite teñir de inconstitucionalidad la norma que la contraría. Afrontar el tema de la inconstitucionalidad de la ley debe partir necesariamente de la condición de supremacía jurídica de la Constitución. El carácter de norma jurídica superior de la Constitución es imprescindible para que opere un sistema jurisdiccional de control²⁰¹. Pudiendo en el ordenamiento venezolano acontecer el control difuso de la constitucionalidad que el Juzgador aplica al caso concreto²⁰², o el control concentrado que efectúa el Tribunal Constitucional²⁰³. Al tener la Constitución la consideración de norma suprema, la interpretación de las disposiciones deberá acomodarse a ella²⁰⁴. La Constitución ya no es solo la fuente suprema del Derecho Público sino que sirve también como ley fundamental del Derecho Privado. De allí que el estudio del Derecho Civil exige una permanente perspectiva constitucional²⁰⁵.

196 HESSE, K.: *Derecho*, cit., p. 83.

197 BARBER CÁRCAMO, R.: “La Constitución”, cit., p. 41.

198 Véase entre otros: CANOVA GONZÁLEZ, A.: “La inconstitucionalidad de la ley”, *Revista de la Facultad de Derecho* núm. 60-61, 2005-2006, UCAB, Caracas, 2009 p. 33; UROSA MAGGI, *La Sala*, cit., in totum.

199 BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación*, cit., p. 17.

200 Véase sobre la primacía constitucional: PETZOLD RODRÍGUEZ, M.: “Noción”, cit., pp. 372-387; SAGÚES, N. P.: *Teoría*, cit., pp. 98 y ss.; DUQUE CORREDOR, R.: *Temario*, cit., pp. 91-97; DEL ROSARIO-RODRÍGUEZ, M. F.: “La supremacía constitucional: naturaleza y alcances”, *Dikaion*, Universidad de la Sabana, 2011.

201 CANOVA GONZÁLEZ, A.: “La inconstitucionalidad”, cit., p. 11.

202 Véase: Constitución, art. 334 y Código de Procedimiento Civil, art. 20.

203 *Ibid.*, p. 24. Véase también: PETZOLD RODRÍGUEZ, M.: “Noción”, cit., pp. 381 y 382; FARIAS RODRÍGUEZ, M. G.: “Control difuso y control concentrado de la constitucionalidad de las leyes”, *Revista de Derecho Constitucional* núm. 9, Caracas, Ene-Dic. 2004, pp. 159-187.

204 TENA PIAZULO, I.: “El Derecho”, cit., p. 71.

205 LLAMAS POMBO, E.: *Orientaciones*, cit., p. 121.

En torno al carácter “programático” versus al carácter “autoejecutivo” de las normas constitucionales, vale pronunciarse radicalmente a favor de éste último. Diversas fueron las ideas que pretendían avalar su carácter programático, tales como el alto grado de abstracción de las normas constitucionales, el concepto restringido de Constitución y el poder legislativo como destinatario de las normas constitucionales²⁰⁶. Frente a ello se erige fuertemente la eficacia de las disposiciones jurídicas civiles constitucionales integrada por su aplicación directa, toda vez que la Constitución es una norma de contenido real e integral que no tiene por único destinatario al poder público²⁰⁷; sus preceptos gozan de eficacia, vinculatoriedad y aplicación inmediata²⁰⁸.

Todas las normas y principios constitucionales son susceptibles en mayor o menor medida de generar eficacia informadora en la legislación²⁰⁹. En la actualidad las Constituciones han superado su antiguo carácter programático y gozan de un contenido más amplio que la mera configuración de los poderes del Estado²¹⁰. La norma superior es de aplicación inmediata, obligatoria²¹¹, operativa y su influencia alcanza a toda la normativa inferior (incluyendo al Código Civil)²¹².

Corresponde pues a otro momento histórico cuando se pretendió que las Constituciones sólo tenían valor político y carecían de eficacia vinculante y aplicación directa; una época ya periclitada, en que los Códigos Civiles ocupaban el centro del ordenamiento jurídico. Pero actualmente la primacía de la Constitución no se limita a ostentar un rango formal pues influye en el contenido y valor del Código Civil²¹³. De manera que modernamente ha quedado atrás la idea del sentido programático y meramente declarativo de las normas Constitucionales, imponiéndose su operatividad inmediata²¹⁴, pues la Carta Magna no se reduce a una simple declaración de principio²¹⁵.

206 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., pp. 89-98.

207 *Ibid.*, p. 99-118.

208 *Ibid.*, p. 122 y 123; LLAMAS POMBO, E.: *Orientaciones*, cit., p. 121, compartimos con ARCE la aplicación inmediata de la Constitución.

209 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho*, cit., p. 168.

210 ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: “Incidencia de la Constitución española en el Derecho Civil”, *Homenaje a la Constitución Española XXV Aniversario*, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, Asturias, 2005, p. 75.

211 ARÉVALO GUERRERO, I. H.: *Bienes*, cit., p. 33.

212 ALFERILLO, P. E.: *La Constitución*, cit., p. 31, el punto crucial está focalizado en el cambio del eje que pasó de la preeminencia del patrimonio a la preferencia del ser humano.

213 TENA PIAZULO, I.: “El Derecho”, cit., p. 69, se ha producido una cierta “constitucionalización del Derecho Civil”.

214 Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, 3ª edic., Madrid, 2001, in totum; DOMÍNGUEZ GUILLEN, M. C.: “Las uniones”, cit., p. 226; VARELA CÁCERES, E. L.: “El principio de unidad de filiación”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 2, Caracas, 2013, pp. 180 y ss.; CRIOLLO, J. E.: “Constitucionalización de”, cit., pp. 680 y 681.

215 RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: “Las Bases”, cit., p. 25.

La Constitución es la norma fundamental que garantiza la unidad del sistema. Todo operador jurídico, especialmente los jueces, tendrán como premisa de sus decisiones lo dispuesto en ella²¹⁶. Como afirma PERLINGIERI: el aspecto más interesante de la aplicación de normas constitucionales y la utilización por parte de los civilistas de principios constitucionales, se manifiesta en que a falta de una norma ordinaria expresa, el intérprete está obligado a remitirse a los principios generales del ordenamiento. En otros términos, el intérprete civilista no hace más que utilizar las normas constitucionales en las relaciones entre particulares²¹⁷.

3. Interaplicación entre el Derecho Público y el Derecho Privado

Derecho Público y Derecho Privado son áreas que se complementan pues el Derecho es un sistema de normas que no pueden concebirse aisladamente, especialmente porque todo el orden jurídico gira alrededor de la persona²¹⁸. Su protección no es exclusiva de determinada área o rama del Derecho, sino que contrariamente todos los ámbitos del orden legal confluyen simultáneamente en el cuidado del sujeto de derecho. Cuando la Constitución consagra la protección al honor o a la intimidad de la persona, ello vincula tanto al poder público como a particulares²¹⁹, aunque los límites pudieran ser distintos²²⁰. La protección jurídica de la persona como es lógico, combina el Derecho Público y el Derecho Privado. La persona podrá ser estudiada por los Derechos Humanos, Derecho Constitucional o Derecho Civil²²¹. Las demás ramas del Derecho Civil también pueden ser penetradas por el Derecho Público²²².

216 CORDERO QUINZACARA, E.: "Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno", *Ius et Praxism* Vol.15, núm. 2, Talca 2009.

217 PERLINGIERI, P.: "Por un derecho", cit., p. 11.

218 Véanse nuestros trabajos: "Proyección", cit., p. 90; "Primacía", cit., p. 300.

219 Véase: BELADIEZ ROJO, M.: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público", *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid núm. 21, C. IZQUIERDO SANZ y J.M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, UAM/CNRPME, Madrid, 2017, p. 79.

220 *Ibid.*, p. 87. Véase también sobre la vinculación de los particulares a los derechos fundamentales: DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Eficacia privada de los derechos fundamentales y recurso de amparo", *Revista Boliviana de Derecho* núm. 13, Ene. 2012, pp. 40-59; BILBAO UBILLOS, J.M.: "La consolidación dogmática y jurisprudencial de la drittwirkung: una visión de conjunto", *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid núm. 21, C. IZQUIERDO SANZ y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, UAM/CNRPME, Madrid, 2017, pp. 43-74; HERRERO OVIEDO, M.: "El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación inter privatos de los derechos fundamentales", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Abril 2012, pp. 2-36; MERINO ACUÑA, R. A.: "La tutela", cit., pp. 51-61.; BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación*, cit., p. 45, refiere acertadamente la autora que con los derechos fundamentales no se agota la eficacia constitucional de los efectos a particulares, ni la incidencia de la Constitución en el Derecho Privado.

221 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Primacía", cit., pp. 300-304.

222 MANTILLA ESPINOZA, F.: "La «constitucionalización»", cit., p. 246, la frontera entre Derecho Público y Derecho Privado ya no tiene una delimitación rigurosa ni una impermeabilidad total.

Es obvia la conexión entre Derecho Público y Derecho Privado²²³. Se ha reconocido la importancia del Derecho Civil en el Derecho Público como es el caso del Derecho Administrativo²²⁴, aludiéndose incluso a “Derecho Administrativo Privado”²²⁵.

El Derecho Administrativo no es el único aplicable a la Administración pública, pues también se rige por el Derecho Civil, el cual está en la génesis de tantas de sus instituciones²²⁶. El Derecho Administrativo se presenta como derecho común, no obstante admitirse la tesis del carácter supletorio del Derecho Privado²²⁷. Respecto del contrato administrativo se señala la incidencia del Derecho Civil, con carácter subsidiario²²⁸ e incluso su aplicación directa²²⁹. Se retoma así la interaplicación del Derecho Público y el Derecho Privado que data de la década del 40, perfectamente a tono con la Constitución, cuando la Administración acude al Derecho Privado con subordinación a la Ley²³⁰.

La influencia del Derecho Civil en el ámbito del Derecho Público es obvia en temas como los contratos o la responsabilidad patrimonial²³¹. También se ha incorporado personificaciones privadas para la realización de tareas públicas²³². Se aprecian expresiones que denotan la interconexión entre lo público y lo privado tales como la “huida al Derecho Privado”²³³, “uso y abuso del Derecho Privado

-
- 223 Véase: BREWER-CARIAS, A.: “La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo”, *Las formas de la actividad administrativa. Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 23-73.
- 224 Véase: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, p. 21, el Derecho Civil ha estado tutelar y generosamente presente en todo lo que de más estrictamente jurídico nos ha podido ofrecer la sistematización del Derecho Administrativo.
- 225 Véase: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo S.A., Madrid, 1996, p. 93. Véase también: MEILÁN GIL, J. L.: *Derecho Administrativo revisado*, Andavira, Santiago de Compostela, España, 2016, p. 22, el autor alude a “Derecho Administrativo Privado”.
- 226 BREWER-CARIAS, A.: “La interaplicación”, cit., p. 25.
- 227 ARAUJO-JUÁREZ, J.: *La teoría de la cláusula exorbitante. El tránsito de la cláusula derogatoria a la potestad administrativa contractual en los sistemas de contratación pública*, Colección Monografías núm. 7, EJV y CIDEP, Caracas, 2017, pp. 49-56.
- 228 Véase: HERNÁNDEZ, J. I.: “El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: a propósito del contrato administrativo Un Ensayo crítico”, *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 10 edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, (en prensa); HERNÁNDEZ, J. I.: *Introducción al concepto constitucional de Administración pública en Venezuela*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo UCAB núm. 27, EJV, Caracas, 2011, cit., pp. 184-196.
- 229 Véase: HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: “Régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación”, *Ley de Contrataciones Públicas*, EJV, 4ª edic., Caracas, 2014, p. 61; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: “La formación, trayectoria, significado actual, estado de la doctrina y enseñanza del dominio público en Venezuela”. *El dominio público en Europa y América Latina*, Coord. R. LÓPEZ-RAMÓN y O. VIGNOLO CUEVA, CDA, 2015, pp. 508-511.
- 230 HERNÁNDEZ, J. I.: *Introducción*, cit., p. 195.
- 231 DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso*, cit., p. 16.
- 232 GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Barcelona, 2005, p. 13.
- 233 MEILÁN GIL, J. L.: *Derecho Administrativo*, cit., p. 21; RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 18. Véase también: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El Derecho*, cit., p. 259;

por la Administración Pública²³⁴, “la hipertrofia del Derecho Público”²³⁵, entre otras.

Derecho Público y Derecho Privado parecen diluir sus diferencias cuando se concibe la persona como un *prius* de la Ciencia Jurídica²³⁶. Si bien la materia relativa a la persona es evidentemente multidisciplinaria, ciertas instituciones no pueden ser encasilladas en la estricta esfera de lo público o lo privado (nombre, la filiación, contratos, etc.). Figuras típicas del Derecho Civil no son ajenas al alcance expansivo de la Constitución. La omnipresencia del Estado ha alcanzado al contrato; su intervención en sede contractual privada en razón de la naturaleza del servicio desemboca en la “publicización del contrato”²³⁷, pues la Administración Pública interviene en la relación contractual²³⁸. El Derecho Administrativo ha penetrado en campos tradicionales del Derecho Privado²³⁹, aunque para otros, el fenómeno inverso también da para aludir a “privatización del Derecho Público”²⁴⁰. La interrelación entre el Derecho Público y el Derecho Privado constituye sin duda un principio formativo del Derecho Civil contemporáneo para algunos denominado “constitucionalización del Derecho Privado”²⁴¹.

Siempre ha existido una interaplicación entre el Derecho Público y el Derecho Privado, aunque el problema ha sido determinar la fronteras e intensidad de la misma²⁴². La Carta Fundamental es sin duda el instrumento superior que une al Derecho Público con el Derecho Privado. De allí que PERLINGIERI concluya magistralmente que deben evitarse distancias entre el Derecho Público y el Derecho Privado, pues ambos están orientados por la Constitución²⁴³. “La constitucionalización del Derecho Civil es un proceso que aun no termina”²⁴⁴.

BREWER-CARIAS, A.: “La interaplicación”, cit., p. 26, la aplicación del Derecho Privado a la Administración pública constituye realmente una huida de ésta al Derecho Administrativo que inclusive se ha considerado inconstitucional; HERNÁNDEZ, J. I: *Introducción*, cit., pp. 192 y 193.

234 Véase: RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones*, cit., p.13.

235 Véase: *ibid.*, p. 15.

236 HOYOS CASTAÑEDA, I. M.: *La persona y sus derechos*, Temis, Colombia, 2.000, p. 16; MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A.: “Diferencia de los Derechos inherentes a la personalidad con respecto a los derechos humanos y los derechos fundamentales”, *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, Ago. 2013, “El Derecho de la Persona no es exclusivo ni del Derecho público ni del Derecho Privado”.

237 Véase: BREWER-CARIAS, A.: “La interaplicación”, cit., p. 60; CORREA HENAO, M.: “La constitucionalización”, cit., p. 211, no hay que olvidar la intervención del Estado en la economía.

238 BREWER-CARIAS, A.: “La interaplicación”, cit., p. 60, en materia arrendaticia, bancos y seguro.

239 *Ibid.*, p. 62.

240 MANTILLA ESPINOSA, F.: “La «constitucionalización»”, cit., p. 247.

241 RIOSECO ENRIQUEZ, E.: *El Derecho Civil y la Constitución ante la Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1996, p. 9.

242 BREWER-CARIAS, A.: “La interaplicación”, cit., p. 62.

243 PERLINGIERI, P.: “Por un derecho”, cit., p. 15, el ordenamiento jurídico constituye un todo unitario, debiéndose evitar particiones que son más académicas y didácticas que científicas.

244 LANDA ARROYO, C.: “La constitucionalización”, cit., p. 327.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAMERO, R. A.: *La filiación paterna. Consideraciones sobre el nuevo régimen legal y su fundamento constitucional*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2013.

AJA, E. y GONZÁLEZ BEILFUSS, M.: "Conclusiones generales", *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Editor E. AJA, Ariel, Barcelona, 1998.

ANDUEZA, J. G.: "Aspectos Constitucionales en relación con la Reforma del Código Civil", *Revista de la Facultad de Derecho* núm. 32, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1981, pp. 115-127.

ALFERILLO, P. E.: *La Constitución Nacional y el Derecho Civil*, Astrea, Buenos Aires, 2011.

ALMANZA TORRES, D. J.: "Conflictos en torno a la Constitucionalización del Derecho Privado", *Legis.pe*, Enero 2017, <http://legis.pe/conflictos-en-torno-a-la-constitucionalizacion-del-derecho-privado/>.

ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J. A.: *Curso de Derecho de Obligaciones. Teoría General de la Obligación*, Civitas, Madrid, 2000, vol. I.

ARAUJO-JUÁREZ, J.: *La teoría de la cláusula exorbitante. El tránsito de la cláusula derogatoria a la potestad administrativa contractual en los sistemas de contratación pública*, Colección Monografías núm. 7, Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2017.

ARAUJO-JUÁREZ, J.: *Derecho Administrativo Constitucional*, Editorial Jurídica Venezolana y Centro para la Integración y el Derecho Público, Caracas, 2017.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho Civil Constitucional*, Editorial Civitas S.A., Madrid, Reimpresión de la 1ª edic. de 1986, 1991.

ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: "Incidencia de la Constitución española en el Derecho Civil", *Homenaje a la Constitución Española XXV Aniversario*, Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, Asturias, 2005, pp. 75- 83.

ARÉVALO GUERRERO, I. H.: *Bienes Constitucionalización del Derecho Civil*, Universidad Externado de Colombia, 2ª edic., Bogotá, 2017.

ARIZA, A.: "Aspectos constitucionales del Derecho Civil", *Trabajos del Centro*, Centro de Investigaciones en Derecho Civil, Rosario, 1995, pp. 57-63.

ARRUBIA PAUCAR, J. A.: "La constitucionalización del Derecho Privado", *Nuevo Derecho*, vol. 5, N° 7, Envigado/Colombia, Jul.-Dic.2010, pp. 47-73.

BALAGUER CALLEJÓN, M. L.: *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997.

BARBER CÁRCAMO, R.: "La Constitución y el Derecho Civil", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja* núm. 2, La Rioja, 2004, pp. 39-52.

BELTRAN PACHECO, J. A.: "Civilmente constitucional: algunas expresiones del Tribunal Constitucional en materia de responsabilidad civil", *El Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, T. C. Guía 2, Gaceta Jurídica, Perú, 2009, pp. 111-124.

BREWER-CARIÁS, A.: *Sobre la constitucionalización del Derecho Administrativo en la República Dominicana*, Texto de base preparado para la conferencia sobre el mismo tema en las I Jornada Jurídica, Postgrado, Pontificia Universidad Católica Madre y Maestra, Santo Domingo, 13 al 18 de junio de 2016, <http://allanbrewercarias.net/site/wp-content/uploads/2016/06/1179-1-1125.-Brewer.-Constitucionalizaci%C3%B3n-del-derecho-administrativo-Rep.-Dom..pdf>.

BREWER-CARIÁS, A.: "La bases constitucionales del Derecho Administrativo en la República Dominicana", *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo «Dr. Raimundo Amaro Guzmán»*, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., RODRÍGUEZ HUERTAS, O. A., SENDÍN GARCÍA, M. A. Y CASTAÑOS GUZMÁN, S.T. (Edits.), Asociación Dominicana de Derecho Administrativo (ADDA)/ Fundación Institucionalidad y Justicia (FINJUS), Editorial Jurídica Venezolana International, Panamá, 2015, pp. 9-54.

BREWER-CARIÁS, A.: "La interaplicación del Derecho Público y del Derecho Privado a la Administración Pública y el proceso de huida y recuperación del Derecho Administrativo", *Las formas de la actividad administrativa, Segundas Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías*, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, Caracas, 1996, pp. 23-73.

BREWER-CARIÁS, A.: "El proceso de constitucionalización del Derecho Administrativo en Colombia", *Revista de Derecho Público* núm. 55-56, Caracas, Jul.-Dic. 1993, pp. 47-59.

BREWER-CARIÁS, A.: "Las bases constitucionales del Derecho Administrativo en Venezuela", *Revista de Derecho Público* núm.16, Caracas, 1983, pp. 5-19.

BELADIEZ ROJO, M.: "La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares. Algunas consideraciones sobre el distinto alcance que pueden tener

estos derechos cuando se ejercen en una relación jurídica de derecho privado o de derecho público”, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* núm. 21, C. IZQUIERDO SANZ y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Universidad Autónoma de Madrid con la colaboración del Consejo Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017, pp. 75-97.

BILBAO UBILLOS, J. M.: “La consolidación dogmática y jurisprudencial de la drittwirkung: una visión de conjunto”, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* núm. 21, C. IZQUIERDO SANZ y J. M. RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, Universidad Autónoma de Madrid con la colaboración del Consejo Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2017, pp. 43-74.

BORETO, M.: “La relación entre la Constitución y el Derecho Privado: sus implicancias en la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico argentino”, *Civilistica.com*, Año 4, núm. 2, Río de Janeiro, 2015.

BURT, R. A.: “La constitución de la familia”, *Derecho, infancia y familia*, Colección Biblioteca Yale de Estudios Jurídicos, M. BELFO (compiladora), Gedisa, Barcelona 2000, Trad. G. PINTO, pp. 37-114.

CALDERÓN VILLEGAS, J. J.: “La constitucionalización de las controversias contractuales”, *Los contratos en el Derecho Privado*, Directores Académicos: F. MANTILLA y F. TERNERA, Legis/Universidad del Rosario, Colombia, 2008, pp. 751-769.

CANOVA GONZÁLEZ, A.: “La inconstitucionalidad de la ley”, *Revista de la Facultad de Derecho* núm. 60-61, 2005-2006, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2009, pp. 11-38.

CAPABLANCA, G. J.: “Injusticia para todos”, *Revista de Derecho Administrativo* núm. 7, Caracas, Sep.-Dic. 1999, pp. 361-378.

CARRILLO ARTILES, C. L.: “La asunción jurisprudencial de la interpretación constitucional autónoma por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia”, *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara*, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, pp.191-223.

CASSESE, S.: “Las tres etapas de la constitucionalización del Derecho administrativo”, *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, A. MONTAÑA PLATA y A. F. OSPINA GARZÓN Editores, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 281-306.

CONTRERAS DE MOY, A. M.: "A propósito del artículo 60 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", *Revista de Derecho de la Defensa Pública* núm. 1, Caracas, 2015, pp. 69-113.

CORREA HENAO, M.: "La constitucionalización del Derecho Administrativo económico", *La constitucionalización del Derecho Administrativo XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, A. MONTAÑA PLATA y A. F. OSPINA GARZÓN Editores, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 203-229.

CORRAL TALCIANI, H.: "Constitucionalización del Derecho Civil. Reflexiones desde el sistema jurídico chileno", *Derecho Civil Constitucional*, Coord. C. VILLABELA ARMENGOL/L.B. PÉREZ GALLARDO/G. MOLINA CARRILLO, Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla/ Grupo Editorial Mariel S.C./ Universidad de la Sabana, México, 2014, pp. 1-16.

CORDERO QUINZACARA, E.: "Los principios y reglas que estructuran el ordenamiento jurídico chileno", *Ius et Praxism* vol.15, núm. 2, Talca, 2009, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122009000200002

CRIOLO, J. E.: "Constitucionalización de la normativa familiar. Efectos personales y patrimoniales entre los cónyuges", *Memoria del VIII Congreso Mundial sobre Derecho de Familia Caracas 1994*, Publicidad Gráfica León S. R. L., Caracas, 1996, T. II, pp. 675-696.

CRUZ, E.: "El Derecho Civil Constitucional en el Perú", *Revista Res Pública de la Universidad César Vallejo*, Trujillo, núm. 1, 1999, <https://www.enfoquederecho.com/2013/06/18/el-derecho-civil-constitucional-en-el-peru/>.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Eficacia privada de los derechos fundamentales y recurso de amparo", *Revista Boliviana de Derecho* núm. 13, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz/ Bolivia, Enero 2012, pp. 40-59.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria", *Revista Boliviana de Derecho* núm. 23, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz/ Bolivia, Enero 2017, pp.54-111.

DE FREITAS DE GOUVEIA, E.: "La autonomía de la voluntad en el Derecho de la Persona Natural", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 1, Caracas, 2013, pp. 37-181.

DEL ROSARIO-RODRÍGUEZ, M. F.: "La supremacía constitucional: naturaleza y alcances", *Dikaion*, Universidad de la Sabana, 2011, <http://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1950/2506>.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Curso de Derecho Civil III Obligaciones*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia, Caracas, 2017, www.rvlj.com.ve

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Proyección constitucional del Derecho de Obligaciones", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 7 Edición Homenaje a José Peña Solís N° 7, Caracas, 2016, T. I, pp. 87-123, www.rvlj.com.ve

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Panorama de los Derechos de la persona en las distintas Constituciones de Venezuela", *Revista de Derecho de la Defensa Pública* núm. 2, Caracas, 2016, pp. 55-88.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "La familia: su proyección en la sucesión legal y en la sucesión forzosa", *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil: Nuevas tendencias en el Derecho Privado y reforma del Código Civil Francés*, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Francaise-Editorial Jurídica Venezolana, J. ANNICCHIARICO, S. PINTO y P. SAGHY, coords., Caracas, 2015, pp. 63-89.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho de Familia*, Paredes, 2ª edic., Caracas, 2014.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M.C.: "Breves consideraciones jurídicas sobre las uniones homosexuales en el marco de la Constitución venezolana", *Revista Cuestiones Jurídicas*, vol. VII, núm. I, Universidad Rafael Urdaneta, Maracaibo, 2013, pp. 11-40.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Civil I Personas*, Paredes, Caracas, 2011.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Sobre la noción de Derecho Civil", *Revista de la Facultad de Derecho* N° 62-63 2007-2008, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2010, pp. 81-97.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Ensayos sobre capacidad y otros temas de Derecho Civil*, Tribunal Supremo de Justicia, 3ª edic., Caracas, 2010, pp. 615-641.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: *Manual de Derecho Sucesorio*, Texto, Caracas, 2010.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Más sobre las uniones estables de hecho según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia", *Revista de Derecho* núm. 27, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2008, pp.133-167.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Situación del nasciturus en la Constitución de 1999", *Libro Homenaje a Enrique Tejera París*, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008, pp. 133-156.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Acerca del artículo 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela", *Libro Homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.*, Paredes/ Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pp. 317-344.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Las uniones concubinarias en la Constitución de 1999", *Revista de Derecho* núm. 17, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, abril 2005, pp. 215-247.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Primacía de la persona en el orden constitucional", *El Estado constitucional y el Derecho Administrativo en Venezuela. Libro Homenaje a Tomas Polanco Alcántara*, Universidad Central de Venezuela, Instituto de Derecho Público, Caracas, 2005, pp. 299-320.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Alcance del artículo 20 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (libre desenvolvimiento de la personalidad)", *Revista de Derecho* núm. 13, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 13-40.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Sobre los derechos de la personalidad", *Dikaion. Lo Justo, Revista de Actualidad Jurídica*, Año 17, núm. 12, Universidad de la Sabana, Colombia, 2003, pp. 23-37.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Algunos aspectos de la personalidad jurídica del ser humano en la Constitución de 1999", *El Derecho Constitucional y Público en Venezuela. Homenaje a Gustavo Planchart Manrique*, Universidad Católica Andrés Bello y Tinoco, Travieso, Planchart & Núñez, Abogados, Caracas, 2003, T. I, pp. 215-265.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "La protección constitucional de los incapaces", *Temas de Derecho Administrativo. Libro homenaje a Gonzalo Pérez Luciani*, F. PARRA ARANGUREN editor, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, vol. I, pp. 609-658.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "La persona: ideas sobre su noción jurídica", *Revista de Derecho* núm. 4, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 317-355.

DOMÍNGUEZ GUILLÉN, M. C.: "Innovaciones de la Constitución de 1999 en materia de derechos de la personalidad", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* núm. 119, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2000, pp. 17-44.

DUQUE CORREDOR, R.: *Temario de Derecho Constitucional y de Derecho Público, Temas Constitucionales*, Legis, Colombia, 2008.

ESCOVAR LEÓN, R.: "Interpretación y revisión a la manera constitucional venezolana", *Revista de Derecho Constitucional* núm. 9, Caracas, Ene.-Dic. 2004, pp. 105-158.

ESPINOZA MELET, M. A.: "La transformación del artículo 185-A del Código Civil", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 4, Caracas, 2014, pp. 233-250.

FARÍAS RODRÍGUEZ, M. G.: "Control difuso y control concentrado de la constitucionalidad de las leyes", *Revista de Derecho Constitucional* núm. 9, Caracas, Ene.-Dic. 2004, pp. 159-187.

FAVOREU, L. J.: "La constitucionalización del Derecho", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XII, Ago. 2001, pp. 31-43.

GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, J.: *Derecho administrativo en la contratación entre privados (sociedades, fundaciones, concesionarios y sectores excluidos)*, Marcial Pons, Barcelona, 2005.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, 3ª edic., Madrid, 2001.

GARCÍA JARAMILLO, L.: "De la «constitucionalización» a la «convencionalización» del ordenamiento jurídico. La contribución del *ius constitutionale commune*", *Revista de Derecho del Estado* núm. 36, Universidad Externado de Colombia, Ene. – Jun. 2016, pp. 131-166.

GARZÓN BUENAVENTURA, E. F.: "De la supremacía de la Constitución a la supremacía de la Convención", *Verba Iuris* 31, Bogotá, Ene. – Jun. 2014, pp. 189-204.

GARRIDO VARGAS, V.: "Los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) en la Constitución de 1999 y en el Derecho Internacional", *Libro Homenaje al profesor Alfredo Arismendi A.*, Paredes/ Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pp. 391-450.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El Derecho Administrativo Privado*, Montecorvo S.A., Madrid, 1996.

GUASTINI, R.: "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", *Neoconstitucionalismo (s)*, Coord. M. CARBONELL, Trotta-UNAM, 4ª ed., Madrid, 2009, pp. 49-74, Trad. J.M. LUJAMBIO.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P.: "La Constitucionalización del Derecho Civil", *Estudios de Derecho* núm. 151, Universidad de Antioquia, 2011, pp. 51-86.

HARO G., J. V.: "La interpretación de la Constitución y la sentencia 1077 de la Sala Constitucional (Un comentario sobre los límites del juez constitucional)", *Revista de Derecho Constitucional* núm. 2, Caracas, Ene.-Jun. 2000, pp. 453-476.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *El concepto del Derecho Civil*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.

HERNÁNDEZ, J. I.: "El rapto del Derecho Civil por el Derecho Administrativo: a propósito del contrato administrativo Un Ensayo crítico", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 10 edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, www.rvlj.com (en prensa).

HERNÁNDEZ, J. I.: "Breves comentarios sobre las bases constitucionales de la familia y el divorcio en Venezuela", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 6 Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, Caracas, 2016, pp. 107-143.

HERNÁNDEZ, J. I.: *Introducción al concepto constitucional de Administración pública en Venezuela*, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer-Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello núm. 27, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2011.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "La constitucionalización de la unión marital de hecho a través de la jurisprudencia", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 10 edición homenaje a María Candelaria Domínguez Guillén, 2018, www.rvlj.com (en prensa).

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "La formación, trayectoria, significado actual, estado de la doctrina y enseñanza del dominio público en Venezuela". *El dominio público en Europa y América Latina*, Coord. R. LÓPEZ-RAMÓN y O. VIGNOLO CUEVA, Círculo de Derecho Administrativo, Perú, 2015, pp. 477-528.

HERNÁNDEZ-MENDIBLE, V. R.: "Régimen jurídico del procedimiento de selección y del expediente administrativo de contratación", *Ley de Contrataciones Públicas*, Editorial Jurídicas Venezolana, 4ª edic., Caracas, 2014, pp. 49-92.

HERRERA ORELLANA, L. A.: "El «recurso» de interpretación de la Constitución: reflexiones críticas de la argumentación jurídica", *Revista de Derecho Público* núm. 113, Caracas, Ene.-Mar. 2008, pp. 7-29.

HERRERO OVIEDO, M.: "El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación inter privados de los derechos fundamentales", *InDret Revista para el análisis del Derecho*, Barcelona, Abril 2012, pp. 2-36.

HESSE, K.: *Derecho Constitucional y Derecho Privado*, Cuadernos Civitas/Thomson Reuters, Reimpresión de la 1ª edic. de 1995, 2016, Trad. e Introducción de I. GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ.

LAGUNA NAVAS, R.: "El carácter vinculante de las sentencias de la Sala Constitucional", *Ensayos de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a Nectario Andrade Labarca*, Colección Libros Homenaje núm. 1, F. PARRA ARANGUREN editor, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, vol. I, pp. 917-938.

LANDA ARROYO, C.: "La constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites", *Themis 66 Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú/Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2014, pp. 309-327.

LATHRO, F.: "Constitucionalización y jurisprudencia constitucional en el Derecho de Familia chileno", *Estudios constitucionales*, vol. 15, núm. 1, Santiago 2017, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002017000100011&script=sci_arttext

LLAMAS POMBO, E.: *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho Civil*, Rubinzal-Culzoni Editores, Argentina, 2002.

MADRID MARTÍNEZ, C.: "La libertad contractual: su lugar en el Derecho venezolano de nuestro tiempo", *Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélich Orsini*, Serie Eventos 29, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012, pp. 105-140.

MADRID MARTÍNEZ, C.: "Las limitaciones a la autonomía de la voluntad, el estado social de derecho y la sentencia sobre los créditos indexados", *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección de Libros Homenaje núm. 14, F. PARRA ARANGUREN editor, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, T. I, pp. 757- 814.

MANTILLA ESPINOSA, F.: "La «constitucionalización» del Derecho Privado", *Revista Oficial del Poder Judicial*, ½, Lima/Perú, 2007, pp. 245-262.

MARTÍN PÉREZ, J. A.: "El daño patrimonial y el daño moral: criterios para su resarcimiento", *IV Jornadas Aníbal Domínguez. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange*, Salaverría, Ramos, Romero y Asociados, Caracas, 2012, T. I, pp. 259-288.

MARTÍNEZ GÓMEZ, J. A.: "Diferencia de los Derechos inherentes a la personalidad con respecto a los derechos humanos y los derechos fundamentales", *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, Agosto 2013, <http://caribeña.eumed.net/derechos-humanos/>

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L.: "La familia en la Constitución española", *Revista Española de Derecho Constitucional* núm. 58, CEPC, Madrid, 2000, pp. 11-42.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996.

MERINO ACUÑA, R. A.: "La tutela constitucional de la autonomía contractual. El contrato entre poder público y poder privado", *El Derecho Civil patrimonial en la Constitución*, T. C. Guía 2, Gaceta Jurídica, Perú, 2009, pp. 43-110.

MEILÁN GIL, J. L.: *Derecho Administrativo revisado*, Andavira, Santiago de Compostela, España, 2016.

MORALES HERVIA, R.: "Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Civil", *Revista da Ajuris*, vol. 42, Nº 139, Porto Alegre, Dezembro 2015, pp. 285-311.

MUÑOZ AGREDO, M. F.: "Argumentación jurídica y principios constitucionales: su incidencia en el Derecho Privado", *Derecho y Realidad* núm. 25, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC, I Semestre 2014, pp. 325-348.

PELLEGRINO PACERA, C. G.: "Algunos comentarios sobre la (in)constitucionalidad de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de Paz Comunal", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 2, Caracas, 2013, pp. 303-321.

PEÑA SOLÍS, J.: *Lecciones de Derecho Constitucional Venezolano. Los derechos civiles*, Paredes, Caracas, 2012.

PÉREZ FERNÁNDEZ, C. Y DOMÍNGUEZ GUILLÉN M. C.: "Notas sobre el patrimonio en el Derecho venezolano", *Revista Boliviana de Derecho* núm. 25, Fundación Iuris Tantum, Santa Cruz, 2018, pp. 272-305.

PETZOLD RODRÍGUEZ, M.: "Noción de supremacía constitucional, justicia y jurisdicción constitucional", *FRONESIS Revista de Filosofía jurídica, social y política* vol. 19, núm. 3, Universidad del Zulia, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando, Maracaibo, 2012, pp. 372-387.

PINTO OLIVEROS, S.: "El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual", *I Jornadas Franco-venezolanas de Derecho Civil, Nuevas Tendencias en el Derecho Privado y Reforma del Código Civil Francés*, Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant Des Amis de la Culture Juridique Francaise, Coord. J. ANNICCHIARICO, S. PINTO y P. SAGHY, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2015, pp. 103-118.

QUINCHE-RAMÍREZ, M. F.: "La constitucionalización y la convencionalización del Derecho en Colombia", *Revista Jurídicas*, 13 (1), 2016, pp. 43-63.

RAFFALLI A., J. M.: "La protección de la familia en la Constitución Venezolana de 1999", *Temas de Derecho Civil. Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Colección Libros Homenaje núm. 14, F. PARRA ARANGUREN editor, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, vol. II, pp. 357-384.

RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones Públicas y Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

RIOSECO ENRÍQUEZ, E.: *El Derecho Civil y la Constitución ante la Jurisprudencia*, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1996.

ROCA TRÍAS, E.: "Familia y Constitución", *Derecho, Sociedad y Familia: cambio y continuidad. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid* 10 (2006), Edición a cargo de A. M. MORALES y J. M. MIQUEL, Madrid, 2007, pp. 207-227.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: "Las Bases Constitucionales del Derecho Privado", *Derecho Civil Patrimonial*, Editores A. BULLARD GONZÁLEZ y G. FERNÁNDEZ CRUZ, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1997, pp. 23-37.

SAGÜÉS, N. P.: *Teoría de la Constitución*, Astrea, Buenos Aires, 2001.

SAGÜÉS, N. P.: "Reflexiones sobre las variables de éxito y fracaso de un Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional* núm. 4, Caracas, Ene.-Jul. 2001, pp. 349-357.

SAGHY, P.: "Reflexiones sobre la constitucionalización del Derecho Civil", *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* núm. 146, Caracas, 2008, pp. 497-514.

SCHMIDT-AFMANN, E.: "El concepto de la constitucionalización del Derecho Administrativo", *La constitucionalización del Derecho Administrativo XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, A. MONTAÑA PLATA y A. F. OSPINA GARZÓN Editores, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, pp. 21-38, Trad. M. L. IBAGÓN IBAGÓN.

SANTOS BRIZ, J.: *Los contratos civiles. Nuevas perspectivas*, Comares, Granada, 1992.

GARCÍA SOTO, C.: *La garantía del contenido esencial del derecho de propiedad en los ordenamientos jurídicos de España y Venezuela*, Universidad Complutense de Madrid, Facultad de Derecho, Memoria para optar al título de doctor, Madrid, 2015, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (direct). <http://eprints.ucm.es/28130/1/T35656.pdf>.

SPÓSITO CONTRERAS, E.: "Homines, personas, sujetos de derecho, personas jurídicas. El problema del quién en el Derecho", *Revista de Derecho* núm. 35, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas 2014, T. I, pp. 7-19.

TAPIA RODRÍGUEZ, M.: "Constitucionalización del Derecho de Familia (s) El caso chileno: las retóricas declaraciones constitucionales frente a la lenta evolución social", *Revista Chilena de Derecho Privado* núm. 8, Jul. 2007, pp. 155-199.

TENA PIAZULO, I.: "El Derecho Civil español: entre lo permanente y su constitucionalización," *Nuevo Derecho* vol. 8, núm. 10, Envigado/Colombia, Ene.-Jun. 2012, pp. 65-75.

TOSTA, M. L.: "Interpretación ¿Solución jurídica o política?", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* núm. 121, Universidad Central de Venezuela, 2001, pp. 437-448.

SUÁREZ-MANRIQUE, W. Y.: "La constitucionalización del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano", *Vniversitas* núm. 129, Colombia, 2014, pp. 317-351.

TORREALBA SÁNCHEZ, M. A. y DOMÍNGUEZ GUILLÉN M. C.: "Régimen legal de la discapacidad en Venezuela (especial referencia al autismo)", *Personas con discapacidad: miradas jurídicas en clave convencional*, L. PÉREZ GALLARDO (Direct.), C. A. AGURTO GONZÁLES, S. L. QUEQUEJAN MAMANI, B. CHOQUE CUENCA, (Coord), Biblioteca de Derecho Privado en América Latina, Ediciones Olejnik, Argentina, 2018, pp. 13-43.

TORREALBA SÁNCHEZ, M. A.: *Manual de Contencioso Administrativo (Parte General)*, Texto, 2ª ed., Caracas, 2007.

UROSA MAGGI, D.: *La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como legislador positivo*, Serie Estudios núm. 96, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2011.

VARELA CÁCERES, E. L.: *El Registro del Estado Civil vol. I Organización y principios sectoriales*, Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia C.A., Caracas, 2018.

VARELA CÁCERES, E. L.: "La última sentencia de divorcio de la Sala Constitucional (comentarios a la sentencia núm. 693 de fecha 2 de junio de 2015)", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 6 Edición Homenaje a Arturo Luis Torres-Rivero, Caracas, 2016, pp. 145-190.

VARELA CÁCERES, E. L.: "El principio de unidad de filiación", *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* núm. 2, Caracas, 2013, pp. 173-269.

VARELA CÁCERES, E. L.: "La identidad biológica y la filiación: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional núm. 1443 de fecha 14 de agosto de 2008", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas* núm. 134, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2009, pp. 219-269.

VARELA CÁCERES, E. L.: "El derecho de familia en el siglo XXI: Aspectos constitucionales y nuevas tendencias", *Revista de Derecho* núm. 31, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2009, pp. 48-78.

VARELA CÁCERES, E. L.: *La modificación del nombre propio en los niños y adolescentes*, Serie Trabajos de Grado núm. 17, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2008.

VILLEGAS MORENO, J. L.: "El derecho de propiedad en la Constitución de 1999", *Estudios de Derecho Administrativo, Libro Homenaje a la Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 20 años Especialización en Derecho Administrativo*, Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2001, vol. II, pp. 565-582.

WILLS RIVERA, L.: "Efectos de la unión estable de hecho en la Constitución venezolana", *Libro homenaje al profesor Alfredo Arismendi A*, Ediciones Paredes-Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2008, pp. 831-854.

WILLS RIVERA, L.: "Protección de los derechos constitucionales de la familia", *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República* núm. 20, Caracas, 1998, pp. 107-133.

WROBLEWSKI, J.: *Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Civitas, Madrid, Reimpresión de la 1ª edic. de 1985, 2001, Trad. ARANTXA AZURZA.

CONSTITUIÇÃO E DIREITO PRIVADO NO
ORDENAMENTO JURÍDICO PORTUGUÊS – O CASO DA
DISCRIMINAÇÃO

*CONSTITUTION AND PRIVATE LAW IN THE PORTUGUESE
LEGAL SYSTEM: THE DISCRIMINATION ISSUE.*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 92-123



Sandra
PASSINHAS

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de agosto de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Este artigo visa analisar o fenómeno da discriminação na escolha da contraparte negocial. Pretende-se demonstrar como a recusa de contratar com alguém, ou a contratação em termos que lhe são prejudiciais, pode constituir uma violação do artigo 70.º do Código Civil, que consagra o respeito pela personalidade. Rejeita-se neste texto a aplicação do princípio da igualdade nas relações entre privados nesta sede, porquanto, impondo uma abordagem relacional da discriminação da escolha da contraparte negocial, esta se mostra insuficiente para o seu enquadramento dogmático, para a sua fundamentação e para a compreensão dos seus efeitos.

PALABRAS CLAVE: Constituição; direito privado; discriminação; fornecimento ao público de bens e serviços.

ABSTRACT: *This article focuses on the selection of the counterparty to the conclusion of a contract. It argues that a rejection of a counterparty or a conclusion of the contract in disadvantageous terms, due to personal characteristics of the counterparty, might be considered a discriminatory behaviour, against the principle of respect for the personality set in Article 70 of the Portuguese Civil Code. A relational analysis (towards an equality principle) is rejected in this field.*

KEY WORDS: *Constitution; Private Law; discrimination; access to and supply of goods and services which are available to the public.*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS.- III. NOÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NA ESCOLHA DA CONTRAPARTE NEGOCIAL. - I. O enquadramento dogmático.- 2. O fundamento ou justificação.- 3. Efeitos. IV. Conclusão.

I. INTRODUÇÃO.

A proibição de discriminação na escolha da contraparte comercial está hoje consagrada na legislação portuguesa em vários diplomas avulsos, nomeadamente, na Lei n.º 93/2017, de 28 de Agosto, que estabelece o regime jurídico da prevenção, da proibição e do combate à discriminação, em razão da origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem¹, na Lei n.º 14/2008, de 12 de Março, que proíbe e sanciona a discriminação em função do sexo no acesso a bens e serviços e seu fornecimento, transpondo para a ordem jurídica interna a Directiva n.º 2004/113/CE, do Conselho, de 13 de Dezembro, e na Lei n.º 46/2006, de 26 de Agosto, que proíbe e pune a discriminação em razão da deficiência e da existência de risco agravado de saúde².

Nestes diplomas, são adoptados os conceitos de discriminação directa (em geral, a que ocorre sempre que uma pessoa com a característica protegida seja objecto de um tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou venha a ser dado a outra pessoa em situação comparável) e indirecta (ocorre sempre que uma disposição, critério ou prática aparentemente neutra seja susceptível de colocar pessoas com a característica protegida numa posição de desvantagem comparativamente com outras pessoas)³, bem como o de assédio (um comportamento indesejado, relacionado com a característica protegida da pessoa, com o objectivo ou o efeito de violar a sua dignidade e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo). Estes diplomas

1 Este diploma revogou a Lei n.º 18/2004, de 11 de Maio, que transpôs para a ordem jurídica nacional a Directiva n.º 2000/43/CE, do Conselho, de 29 de Junho, que aplica o princípio da igualdade de tratamento entre as pessoas, sem distinção de origem racial ou étnica, e tem por objectivo estabelecer um quadro jurídico para o combate à discriminação baseada em motivos de origem racial ou étnica.

2 Este diploma não resulta de uma transposição de Directiva europeia. Todavia, Portugal assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, adoptada em Nova Iorque em 30 de Março de 2007 (cfr. Resolução da Assembleia da República n.º 56/2009. D.R. n.º 146, Série I de 2009-07-30).

3 A discriminação indirecta pode ser justificada quando essa disposição, critério ou prática seja objectivamente justificado por um fim legítimo e que os meios utilizados para o alcançar sejam adequados e necessários. A discriminação directa não é passível de justificação.

vinculam todas as pessoas singulares e colectivas, públicas ou privadas⁴, e proibem, designadamente, a recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, colocados à disposição do público, bem como a recusa ou condicionamento de venda, arrendamento ou subarrendamento de imóveis⁵.

O fundamento da proibição de discriminação entre privados encontra-se, para alguma doutrina na Constituição da República Portuguesa (CRP), nomeadamente nos seus artigos 13.º e 26.º, que consagram o princípio da igualdade e o direito a não ser discriminado, respectivamente.

O artigo 13.º, sobre o princípio da igualdade, estabelece no seu n.º 2, que: “Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado, prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual”⁶. O princípio da igualdade é um princípio estruturante do ordenamento jurídico português, que tem o seu fundamento na igual dignidade social de todos os cidadãos. Nos ensinamentos de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, o sentido imediato da igualdade social consiste na proclamação da idêntica validade cívica de todos os cidadãos, independentemente da sua inserção económica, social, cultural e política, proibindo desde logo formas de tratamento ou de consideração social discriminatórias⁷. O princípio da igualdade é, pois, um princípio de disciplina das relações entre o cidadão e o Estado (ou equiparadas), mas igualmente uma regra de estatuto social dos cidadãos, um princípio de conformação social e de qualificação da posição de cada cidadão na colectividade. Ninguém o disse melhor do que BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS: “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”⁸. Partindo da cláusula de igualdade tal como desenhada por DWORKIN, enquanto direito “to equal treatment and a treatment as an equal”⁹, o princípio de igualdade não garante a cada indivíduo o mesmo tratamento ou benefício que é concedido a outros, mas garante-lhe apenas que no processo

4 Cfr. os artigos 2.º da Lei n.º 93/2017, 2.º da Lei n.º 14/2008 e 2.º, n.º 1, da Lei n.º 46/2006.

5 Artigo 4.º, n.º 2, alíneas a) e c), das Leis n.º 93/2017 e 18/2004, e artigo 4.º, alínea a) e b) da lei n.º 46/2006.

6 Este preceito abrange características pessoais em que não há legislação antidiscriminatória aprovada, como, por exemplo, as convicções políticas ou ideológicas, a instrução, a situação económica ou a orientação sexual.

7 GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007, anot. ao artigo 13.º, pp. 337-338, II. No mesmo sentido, MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2012, p. 268.

8 SOUSA SANTOS, B.: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003, p. 56.

9 DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 301.

de formação da vontade política e na concessão de benefícios ou imposição de sacrifícios por parte do Estado ele será tratado com igual preocupação e respeito¹⁰. As medidas de diferenciação serão legítimas apenas quando se baseiem numa distinção objectiva de situações, tenham um fim legítimo e sejam proporcionais à satisfação do seu objectivo. A desigualdade tem de ser justificada materialmente¹¹; o tratamento desigual deve pautar-se por critérios de justiça, exigindo-se, desta forma, uma correspondência entre a solução desigualitária e o parâmetro de justiça que lhe empresta fundamento material.

O artigo 26.º, n.º I, da CRP, com a epígrafe “outros direitos pessoais”, proclama que a todos é reconhecido o direito “à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”¹². Não sendo atribuída grande importância a esta norma pela doutrina - JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS¹³ consideram que este direito “é a expressão subjectivada do princípio da igualdade consagrado no artigo 13.º e nessa medida poderia defender-se que é tautológico” – ela parece, todavia, “impor um dever de legislar sempre que seja necessário tomar medidas para combater as formas de discriminação que a Constituição considera intoleráveis. Por outro lado, contribui para esclarecer e reforçar o sentido e alcance dos outros direitos pessoais”, ainda segundo os mesmos autores.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁴, reconhecendo que não é fácil o recorte jurídico e dogmático deste direito¹⁵, encontram no direito à não discriminação uma dimensão subjectiva e uma dimensão objectiva. Na sua *dimensão subjectiva*, este direito terá conteúdo útil e autónomo como um direito especial de igualdade, dada a natureza de direito pessoal beneficiador do regime jurídico dos direitos,

10 Cfr. o Ac. TC n.º 452/89 [Relator: RAUL MATEUS], de 28 de Junho. Segundo REIS NOVAIS, J.: *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 109-110, esta garantia resulta, em última análise, da incidência da ligação que, em Estado de Direito, existe entre o princípio da igualdade e a dignidade da pessoa humana.

11 Veja-se, por todos, o Acórdão TC n.º 232/03 [Relator: RUI MOURA RAMOS], de 13 de Maio. Sobre quando deve ser activada a suspeição, vide REIS NOVAIS, J.: *Os princípios constitucionais estruturantes*, cit., p. 114. DIAS GARCIA, M.G., “Princípio da Igualdade: Fórmula vazia ou fórmula ‘carregada’ de sentido?”, *Separata do BMJ*, 1987, n.º 358, 1987, p. 37, critica a tese que faz coincidir o princípio da igualdade com o princípio da proibição de discriminações materialmente desrazoáveis. Embora esta concepção do princípio da igualdade já contenha uma abertura a uma ideia material, estas teses afastam a norma ou a decisão jurídica arbitrárias, mas não a norma ou a decisão jurídica injustas.

12 A Constituição contém várias garantias contra discriminação em domínios específicos: cfr. artigo 35.º, n.º 3 (tratamento informático de dados pessoais); 46.º, n.º 4 e 160.º, n.º I, alínea c) (proibição de organizações racistas); 59.º, n.º I, alínea e) (direitos dos trabalhadores); 36.º, n.º 3 (discriminação de filhos nascidos fora do casamento); 55.º, n.º 2 (garantia de direitos dos trabalhadores no exercício da liberdade sindical); 69.º, n.º I (não discriminação das crianças); e 109.º (não discriminação em razão do sexo no acesso a cargos políticos).

13 MIRANDA, J., e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, anot. ao artigo 26.º, p. 294, IX.

14 GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 26.º, pp. 469-470, XII.

15 O enunciado linguístico - direito à protecção legal - suscita, todavia, dificuldades hermenêuticas. Cfr. GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 26.º, p. 470, XIII.

liberdades e garantias, e apresenta-se, ainda, como um direito subjectivo fundamentalmente reconduzível a um direito à prática de não discriminação¹⁶. Na sua *dimensão objectiva*, apontará essencialmente para a efectivação e promoção da exigência de igualdade de tratamento, *id est*, da exigência de protecção com a prática de discriminação. Para estes autores, para além do enunciado ser uma norma autorizativa de medidas legais promotoras da igualdade, é também uma imposição constitucional consagradora do dever de protecção dos poderes públicos para assegurarem, na prática, a supressão ou a neutralização de actos ou comportamentos discriminatórios, ou seja de um típico direito de conteúdo positivo.

Assim, o dever de protecção contra actos de discriminação configura-se, em primeiro lugar, como um dever objectivo de protecção das entidades públicas contra formas de discriminação, e, em segundo lugar, como um direito subjectivo à emanção de medidas (sendo que a admissibilidade de um direito subjectivo concreto à legislação antidiscriminatória está sujeita aos requisitos restritivos da responsabilidade por omissão e da subjectivação dos deveres de protecção de direitos, liberdades e garantias por parte do Estado em relação a terceiros). Na síntese de JORGE REIS NOVAIS¹⁷, “a Constituição cria, ela própria, uma área juridicamente delimitável de livre acesso dos particulares ao bem jurídico, mas o juízo de prognose sobre a oportunidade, os efeitos e a orientação das medidas legislativas a tomar são essencialmente da responsabilidade do poder político democraticamente legitimado”.

A originalidade da Constituição Portuguesa¹⁸ - e o que verdadeiramente confere especificidade à nossa questão - reside, contudo, no seu artigo 18.º, n.º 1, segundo o qual: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”. Cabe, pois, indagar da adequação ou pertinência daqueles preceitos como elementos

16 O direito à protecção contra quaisquer formas de discriminação, segundo GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 26.º, p. 470, XII, perfila-se como direito subjectivo à não discriminação quando existe um tratamento discriminatório directo, assente sobretudo em quaisquer das características protegidas no artigo 13.º, n.º 2, mas também contra as discriminações indirectas, aquelas desigualdades de tratamento que embora não façam apelo a elementos considerados, de forma expressa pela Constituição como discriminatórios, acabam em muitos casos por encontrar fundamento nesses pressupostos. Impõe-se neste último caso um reforço da fundamentação ou das causas de justificação para a adopção de determinadas soluções. A justa medida ou proporcionalidade (necessidade, adequação, proporcionalidade) de um tratamento diferenciado carece de especial justificação. Na jurisprudência, veja-se o Acórdão TC n.º 247/2005 [Relatora: MARIA JOÃO ANTUNES], de 10 de Maio.

17 REIS NOVAIS, J.: *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 135.

18 Concordamos com CANARIS, C-WV: “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha”, em AA.VV.: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pp. 242-243, quando refere que a influência da Constituição pode ser apreendida com algumas poucas figuras argumentativas, provavelmente utilizáveis na maioria dos ordenamentos jurídicos, o que lhes confere uma dimensão internacional. “Mas o perfil da solução dos problemas de cunho material, concretos e individuais, continua sendo em larga escala uma questão a ser solvida no âmbito do respectivo direito nacional”.

regulatórios das relações entre particulares. Estarão os particulares vinculados pelo princípio da igualdade? Devem os particulares obediência ao princípio da não discriminação? Para quem considerar que a resposta há-de ser positiva, a legislação específica que referimos acima tem um efeito meramente concretizador, e em alguns casos até limitador, da ordenação constitucional vinculativa. Para os defensores de uma resposta negativa, a limitação da liberdade da escolha da contraparte negocial não resulta directamente do quadro constitucional, mas antes de restrições impostas ao nível infraconstitucional. Esta diversidade de regimes e de ponderações justifica, por agora, uma breve análise ao problema da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre privados¹⁹, questão intimamente ligada ao problema da constitucionalização do direito privado e à complexidade e diferenciação dos direitos fundamentais.

II. A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES ENTRE PRIVADOS.

Como escreveu GOMES CANOTILHO²⁰, “hoje, um dos temas mais nobres da dogmática jurídica diz respeito às imbricações complexas da irradiação dos direitos fundamentais constitucionalmente protegidos (*Drittwirkung*) e do dever de protecção de direitos fundamentais por parte do poder público em relação a terceiros (*Schutzpflicht*) na ordem jurídico-privada dos contratos”.

Na verdade, desde há muito²¹ que se vêm desenhando as tradicionais posições monistas e dualistas²², e, mais recentemente, tributária destas últimas, a teoria

19 É a questão da aplicabilidade (validade e eficácia) dos preceitos fundamentais relativos aos direitos, liberdades e garantias nas relações entre particulares. Esta questão foi baptizada por IPSEN e exportada sob a veste do problema da *Drittwirkung* (eficácia externa ou efeitos em relação a terceiros) dos direitos fundamentais. Entre nós, VIEIRA DE ANDRADE critica a designação de “eficácia horizontal”, por existirem relações de poder (verticais, *hoc sensu*) entre particulares, e considera adequado falar-se no problema da “validade nas relações entre particulares”. É a sugestão deste autor que seguiremos.

20 GOMES CANOTILHO, J.: “Dogmática de direitos fundamentais e direito privado”, em AA.VV.: Constituição, direitos fundamentais e direito privado (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, p. 400.

21 Veja-se já DE CASTRO, F.: “El Derecho Civil y la Constitución”, *Rev. der. priv.*, 1935, n.º 257, pp. 3 e ss.

22 As posições monistas puras defendem a aplicabilidade directa dos preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais nas relações entre privados (NIPPERDEY e LEISNER) ao passo que as posições dualistas admitem uma relevância apenas indirecta ou a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações entre privados, mediante a intervenção do legislador do direito privado (DÜRIG). Como ensina VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pp. 234 e ss., no espaço determinado por estas posições, surgiram soluções diferenciadas. SCHWABE distingue os direitos de liberdade dos direitos de igualdade (a ofensa dos primeiros seria sempre imputável ao Estado, na ofensa dos segundos, os poderes públicos só poderiam intervir em casos de discriminação grave). HESSE defende que não deve reconhecer-se a eficácia dos direitos em relação a particulares onde esse reconhecimento restrinja liberdade permitida pelo Direito Privado (admitindo, por exemplo, a liberdade de um testador deixar a quota disponível só aos filhos ou só às filhas).

As teorias, partindo de pressupostos distintos ou operando por vias diversas, chegavam ao mesmo resultado prático. Por um lado, as teorias dualistas admitiam de facto a influência das normas de valor dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, através das cláusulas gerais de direito privado, v.g. os bons costumes ou a ordem pública, embora essas cláusulas filtrassem, na sua concretização, o conteúdo das normas constitucionais, mantendo o “espírito jusprivatístico”. Por seu lado, as teorias da aplicação

dos deveres de protecção²³. Estas posições têm sido discutidas em vários países²⁴, mas limitaremos a nossa análise especificamente às respostas que a doutrina portuguesa tem dado ao nosso, específico, artigo 18.º, n.º I da CRP, segundo o qual os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. Na doutrina portuguesa, encontramos posições próximas das teorias da eficácia imediata dos direitos fundamentais, ou da eficácia imediata nas relações entre privados em que um deles seja poderoso, mas também autores que seguem a aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais e a sua tributária teoria dos deveres de protecção. É certo que todas estas opiniões da doutrina jurídica são a refracção da resposta a questões teóricas estruturais, como o significado do instituto jurídico-constitucional dos direitos fundamentais e o do papel do legislador e dos tribunais, enquanto órgãos de fiscalização da constitucionalidade,

directa assumiam que esta não vale para todos os direitos fundamentais, mas que é necessária uma análise em concreto para ver se um específico direito fundamental vincula, e em que medida, o comportamento dos particulares.

De acordo com a primeira teoria, os direitos, liberdades e garantias e direitos de natureza análoga aplicam-se obrigatória e directamente no comércio jurídico entre entidades privadas (individuais ou colectivas). Teriam, pois, uma eficácia absoluta, podendo os indivíduos, sem qualquer necessidade de mediação concretizadora dos poderes públicos, fazer apelo aos direitos, liberdades e garantias. Para a teoria referida em segundo lugar, os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indirecta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exercer-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias.

- 23 Cfr. VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 239 e ss. A teoria que faz apelo aos deveres de protecção estadual perante terceiros molda a sua construção segundo a ideia de que o Estado, além do dever de respeitar os direitos fundamentais, e de criar as condições necessárias para a sua efectivação, tem ainda o dever de os proteger contra quaisquer ameaças, incluindo as que resultam da actuação de outros particulares. Esse dever geral decorre do princípio do Estado de Direito e do correspondente monopólio estadual da autoridade e do uso da força legítima, vista que os particulares, salvo situações excepcionais, só podem evitar ou defender-se das agressões dos seus direitos por outros particulares se os poderes públicos proibirem, prevenirem e reprimirem tais ofensas.

Na expressão de CANARIS, C-W: "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", cit., p. 238: "o Estado ou o ordenamento jurídico estão, em princípio, obrigados a proteger um cidadão contra o outro também nas relações entre si". Alguns autores retiram do monopólio estadual da autoridade a ideia de responsabilidade pública por qualquer agressão, por privados, dos direitos fundamentais de uma pessoa, afirmando que essa ofensa é sempre imputável ao Estado, pois que, ou foi permitida por uma lei, ou pela ausência de uma lei, quando não resultou da falta de prevenção ou de repressão do incumprimento da lei em vigor.

O dever de protecção aparece associado a um princípio de protecção suficiente, formulado negativamente como princípio de proibição do défice (*Untermassverbot*) que, ao contrário do princípio simétrico – princípio da proibição do excesso (*Übermassverbot*), é entendido pela maioria da doutrina como um princípio orientador – não tem de ser visto como uma protecção mínima, mas também não impõe uma protecção máxima, seja na medida em que tem de respeitar o princípio da proporcionalidade quando atinja outros direitos e liberdades ou valores comunitários semelhantes, com relevo especial para a autonomia privada, seja na medida em que há-de respeitar a liberdade constitutiva do legislador, que pode e deve graduar a protecção conforme os valores ou bens jurídicos em causa, a intensidade da ameaça e a possibilidade de autodefesa do particular.

A ideia de liberdade e de responsabilidade individual pela ofensa de direitos fundamentais de outrém vale, quer no âmbito contratual (em que haverá uma autolimitação), quer nas relações extracontratuais (em que a ofensa é directamente imputável ao particular), de modo que o Estado só pode ser corresponsabilizado na medida em que haja incumprimento de um dever específico, seja de um dever específico de protecção do legislador, seja de um dever específico de cumprimento da lei pelo poder administrativo ou judicial.

- 24 Vide PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 348 e ss.

no quadro da divisão de poderes. Vale a pena, cremos, um olhar mais atento a algumas das posições paradigmáticas.

GOMES CANOTILHO²⁵ propõe uma metódica diferenciada na aplicação dos direitos fundamentais nas relações privadas, que deve tomar em consideração a especificidade do direito privado, por um lado, e o significado dos direitos fundamentais na ordem jurídica global, por outro, porquanto a ideia da eficácia imediata em relação a entidades privadas dos direitos fundamentais não pretende que os titulares dos direitos, colocados numa situação de igualdade nas relações verticais com o Estado (princípio da igualdade como princípio vinculativo dos actos dos poderes públicos), tenham, nas relações jurídicas civis, essa mesma situação de igualdade mediante o auxílio do Estado. Assim sendo, relembra-nos²⁶ que autores como Nipperdey, Leisner e Lombardi salientam que a agressão aos direitos, liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de poderes sociais ou privados (associações, empresas, igrejas, partidos). Trata-se, no fundo, de uma refracção da problemática geral do “domínio dos grupos”, da “representação de interesses organizados”, do corporativismo, dos complexos sociais de poder. Na verdade, os direitos, liberdades e garantias não protegem apenas os cidadãos contra os poderes públicos; as ordens jurídicas da liberdade de profissão e da liberdade de empresa, por exemplo, também podem ser perturbadas por forças ou domínios sociais (Bachof), pelo que a função de protecção objectiva dos direitos, liberdades e garantias não pode deixar de implicar a eficácia dos direitos no âmbito das relações privadas caracterizadas pela situação desigualitária das partes. Consequentemente, as leis e os tribunais devem estabelecer normas de conduta e de decisão que cumpram a função de protecção dos direitos, liberdades e garantias.

Também JORGE MIRANDA²⁷ considera que este não é um problema de equacionamento simples. Todavia, “não se compreenderiam uma sociedade e uma ordem jurídica em que respeito da dignidade e da autonomia da pessoa fosse procurado apenas nas relações com o estado e deixasse de o ser nas relações das pessoas entre si”. Não basta, pois, limitar o poder político – o imperium –, mas é preciso também limitar o dominium e assegurar o respeito das liberdades de cada pessoa pelas demais pessoas. A vinculação das entidades privadas depende de certos pressupostos (o reconhecimento da qualidade de valores

25 GOMES CANOTILHO, J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, p. 1289. Neste sentido, também MAC CRORIE, B.: *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005. No sentido da vinculatividade directa, ABRANTES, J.J.: *A vinculação das entidades privadas face aos direitos fundamentais*, AAFDL, 1990, pp. 87 e ss, e BACELAR GOUVEIA, J.: *Manual de direito constitucional*, vol. II, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 1125 (mas apreciando o artigo 18.º *cum grano salis*).

26 GOMES CANOTILHO, J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1291.

27 MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 336 e 337, e MACHADO, J.: *Liberdade de expressão*, Studia Iuridica 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 413 e ss, bem como em “A construção e utilização de locais para o culto: a perspectiva das confissões religiosas minoritárias”, separata da *Revista do Ministério Público*, 1997, n.º 69, pp. 119 e ss.

superiores da ordem jurídica dos direitos, liberdades e garantias, mas igualmente, o reconhecimento da necessidade de um mínimo de separação entre Estado e sociedade civil, bem como da distinção entre Direito Público e Direito Privado e entre inconstitucionalidade da lei e invalidade do contrato), que requerem não tanto uma adequação axiológica quanto uma adequação funcional na vinculação das entidades privadas, e visa cumprir certos objectivos: o equilíbrio, a concordância prática, e, se possível a realização simultânea dos direitos, liberdades e garantias, de um lado, e da autonomia privada, do outro. O autor propõe a consideração de três tipos de situações e relações: relações dentro de grupos, associações, pessoas colectivas, entre os seus membros e os poderes instituídos; relações entre particulares e poderes sociais de facto; e relações entre particulares em igualdade. A aplicação das normas sobre direitos, liberdades e garantias ocorre por identidade de razão nas duas primeiras hipóteses e por analogia na terceira. O autor propõe ainda o tratamento diferenciado (quase tópico) dos vários direitos e situações e a consideração dos problemas em concreto como problemas de escolhas entre os vários bens pelos destinatários (activos e passivos) das normas e como problemas de colisão de direitos²⁸.

VEIRA DE ANDRADE²⁹ entende que só deverá aceitar-se a transposição directa dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, para as relações entre particulares quando se trate de situações em que as pessoas colectivas (ou, excepcionalmente, indivíduos) disponham de poder especial de carácter privado sobre (outros) indivíduos. Em tais casos, estamos perante relações de poder – e não relações entre iguais – e justifica-se a protecção da liberdade dos homens comuns que estejam em posição de vulnerabilidade. O poder em causa não terá de ser necessariamente um poder jurídico, se for um poder de facto inequívoco e objectivamente determinável, como aquele que existe em relações informais, por exemplo, numa situação de monopólio de facto, de cartelização ou de oligopólio, pelo menos de bens essenciais.

28 JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 13.º, p. 127, XI, e anotação ao artigo 18.º, p. 157, XI, concretizam esta posição do seguinte modo: quanto aos particulares, em consonância com a interpretação que os autores dão à regra da vinculação das entidades privadas pelos preceitos sobre direitos, liberdades e garantias, distinguem: (i) no interior de quaisquer pessoas colectivas de direito privado ou de quaisquer associações não personalizadas não poe haver diferenciações arbitrárias entre os seus membros; (ii) as regras específicas de igualdade e diferenciação constantes da Constituição impõe-se às relações entre particulares, nos actos e contratos que nelas directamente se subsumam; (iii) nas relações entre os particulares, nos restantes casos, prevalece a autonomia privada, salvo quando ocorram discriminações que, para lá da cláusula geral do artigo 13.º, n.º 2, da Constituição, atinjam a dignidade das pessoas ou comportem abusos de poder de facto.

29 VEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 245 e ss. Nesta linha, HÖRSTER, H.: *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992, pp. 96 e 97, considera que os direitos vinculam as entidades privadas apenas de uma maneira especial, ou seja, quando elas estão numa situação de poder, ameaçadora da liberdade e igualdade jurídica. A aplicação imediata só se dá quando a lei privada não for suficiente, para dentro dos princípios e normas, já imbuídos pela ordem de valores da Constituição, encontrar uma solução adequada (a lei privada está em contradição com a Constituição, não contém princípios em conformidade com esta ou está lacunosa de todo). No mesmo sentido, PEREIRA DA SILVA, V.: “A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias”, *RDES*, 1987, n.º 29, pp. 259 e ss.

O autor reconhece que as situações de poder social são muitas e diferenciadas e o grau e a medida da aplicabilidade imediata dos direitos, liberdades e garantias têm necessariamente de variar conforme os tipos de situações e as circunstâncias que só em concreto podem em última análise ser determinadas³⁰. O problema da sujeição das entidades privadas poderosas aos direitos fundamentais apenas se põe na medida em que isso se justifique pela natureza da pessoa (normalmente) colectiva e pelo tipo de relação estabelecida, só valendo obviamente no âmbito dessa relação específica de poder³¹. O critério da desigualdade ou do poder social é, sobretudo, um critério teleológico que em concreto permite estender por analogia e graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas. Ter-se-á, portanto, em consideração, tal como nas relações com entes públicos, se e até que ponto os valores ou interesses colectivos que estão na base das diferentes situações de poder exigem e justificam, no caso concreto, a limitação da liberdade³². Os particulares poderão assim, de acordo com a natureza específica,

30 VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 246 e ss., elenca várias situações em que tal pode suceder. Desde logo, certas relações de poder privado são semelhantes às relações especiais de poder típicas do direito administrativo, como acontece, por exemplo, entre os poderes de direcção, regulamentação e disciplina para ordem e eficiência nas empresas ou em colectividades desportivas e os poderes correspondentes dos superiores hierárquicos que caracterizam as chamadas relações especiais de direito administrativo. Igualmente, em situações paralelas de restrição da liberdade, como, por exemplo, proibição de circular, de dar entrevistas sem autorização ou de exprimir certo tipo de ideias ou comentar certos factos, a aplicação de sanções disciplinares, ou, ainda, a obediência que os menores devem aos pais ou tutores.

Outra situação é aquela que resulta dos grupos ou organizações que exercem poderes sobre os seus membros, como os sindicatos e associações em geral, as ordens religiosas, as igrejas, especialmente nos poderes de exclusão ou sancionamento disciplinar.

Noutros casos, as entidades privadas dispõem de um poder económico ou social susceptível de conformar aspectos relevantes da vida dos indivíduos não-membros (por exemplo, as empresas monopolistas ou em situações de quase-monopólio de facto, designadamente as empresas que fornecem bens ou serviços essenciais, os grupos que disponham de influência (isto é, poder) nem zonas da vida social), chegando mesmo a dispor de poderes normativos (mais ou menos vastos), tolerados ou institucionalizados. É o caso das federações desportivas, relativamente ao desporto federado, bem como, em certa medida, o caso dos sindicatos e associações patronais em matéria de contratação colectiva (na medida em que sejam susceptíveis de extensão e em que o respectivo incumprimento configure uma contra-ordenação) ou dos acordos entre empresas sobre condições negociais, na medida em que não afectem as leis de defesa da concorrência. Um caso exemplar de violação de direitos fundamentais seria o das *closed-shops*, em que os empregadores se obrigam a não admitir e até, por vezes, a despedir trabalhadores não inscritos num certo sindicato (como era prática frequente na Grã Bretanha e várias vezes condenada no TEDH). Não será suficiente, em contrapartida, uma dependência psicológica subjectiva ou momentânea, embora esta possa tornar-se relevante por outra via (por exemplo, se determinar um vício da vontade na celebração de um negócio jurídico).

31 Nesse sentido, no que respeita às pessoas colectivas, o artigo 12.º, n.º 2, da CRP poderia ser interpretado no sentido de que estão sujeitas aos deveres correspondentes aos direitos fundamentais que sejam compatíveis com a sua natureza. O artigo 12.º, n.º 2, da CRP, determina que: "As pessoas colectivas gozam dos direitos e estão sujeitas aos deveres compatíveis com a sua natureza". Mas, como acentuam MIRANDA, J., e MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, cit., anot. ao artigo 12.º, p. 113, IV, da titularidade colectiva de direitos fundamentais, "não se segue que a sua aplicabilidade nesse domínio se vá operar exactamente nos mesmos termos e com a mesma amplitude com que decorre relativamente às pessoas singulares". Para os autores, aquele preceito não surge como uma norma de síntese ou de pórtico, mas antes como norma que visa garantir (ou garantir reforçadamente) às pessoas colectivas presentes no ordenamento jurídico português um conjunto de direitos de carácter geral ou comum, com as devidas adaptações. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada I*, cit., anot. ao artigo 12.º, pp. 330-331, IV.

32 VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., p. 247.

a razão de ser e a intensidade do poder exercido³³ (na falta ou insuficiência da lei ou contra ela, se inconstitucional), invocar os direitos fundamentais que asseguram a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos actos e negócios jurídicos que ofendam os princípios constitucionais ou reclamando a indemnização dos danos causados³⁴.

Nas relações entre iguais (as relações privadas típicas), os particulares não devem ser considerados sujeitos passivos dos direitos fundamentais, enquanto direitos subjectivos, com os deveres típicos correspondentes. Entende VIEIRA DE ANDRADE que essa não transposição da figura dos direitos subjectivos fundamentais para a relações de isonomia privada deve valer para todos os direitos, mesmo para os direitos mais intimamente ligados à dignidade humana³⁵. Isso não significa, porém, que os preceitos constitucionais relativos a esta matéria não se apliquem nas relações interprivadas ou que os particulares possam impunemente violar os direitos fundamentais dos outros indivíduos. Em primeiro lugar, os direitos fundamentais incluem faculdades de exigir ao estado a protecção dos bens jurídicos e da liberdade contra a violação por terceiros. Essa protecção jurídica, plasmada sobretudo na legislação penal e civil, é devida pelo Estado, pelo menos no que toca ao núcleo essencial dos direitos fundamentais, na medida em que exprime o princípio da dignidade da pessoa humana - um valor absoluto, que vincula o próprio titular dos direitos - e, a partir desse dever, que exprime a "eficácia vertical" das normas, vai projectar-se nas relações entre particulares: ficam por essa via proibidos todos os actos de pura e simples violação do conteúdo

33 Entendida num contexto de intensidade variável, esta solução teria a vantagem, para o autor, de conferir um sentido útil ou, pelo menos, de corresponder mais fielmente à norma do nosso ordenamento constitucional, que determina a vinculação de entidades privadas, a par da vinculação das entidades públicas. Por outro lado, a objecção do judicialismo (um governo dos juizes, por estes ficarem com a possibilidade de dominar abusivamente a aplicação das normas de direito privado, substituindo-se ao legislador [e, em certa medida, aos próprios particulares], com o fundamento [afinal, um pretexto] da aplicabilidade imediata dos preceitos constitucionais), que sempre se poderá fazer à aplicabilidade directa dos direitos fundamentais, é aqui limitada, às situações de poder (em regra, de pessoas colectivas), e há-de ser entendida como uma vinculação gradativa, pelo que o juiz não pode deixar de ponderar os valores em jogo, tendo em conta o diferente peso dos direitos e da liberdade nas situações concretas. A isto se somará que, no nosso sistema, não deixa de caber em primeira linha ao legislador a regulação imperativa das relações privadas e a resolução dos problemas de colisão entre as liberdades e, em geral, entre os direitos dos particulares nelas envolvidos (VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 248 e 249). O autor considera, na p. 287, que a concepção que nega a vinculação directa, mas admite o dever de protecção estadual contra privados, com intensidade variável, também comporta riscos semelhantes, na medida em que esse dever de protecção recai em última análise sobre o juiz, na falta ou mesmo através ou para além da lei.

34 VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 247-248. Em todo o caso, a vinculação das entidades privadas poderosas pelos direitos fundamentais raramente se produzirá em termos semelhantes à vinculação dos poderes públicos (ou nunca, pois que, desde logo, estão excluídas as faculdades de exigir a protecção activa dos direitos e liberdades, que só podem ter como destinatário o Estado, detentor do monopólio da coacção). Na realidade, as entidades privadas são também, apesar de tudo, titulares de direitos, liberdades e garantias (ainda que, no caso das pessoas colectivas, em termos limitados) e essa circunstância que terá de ser levada em linha de conta, poderá sempre implicar uma ponderação dos direitos ou valores em conflito, ainda que venha a revelar-se mínima, por exemplo, quando se trate da titularidade - que, sublinha o autor, é, em regra, limitada, por se tratar de uma pessoa colectiva - de um direito tipicamente agressivo ou intrusivo.

35 VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 250 e 251.

essencial dos direitos fundamentais. Por outro lado, também o entendimento e a solução normativa da colisão de direitos fundamentais, dado que passam pela limitação recíproca e proporcionada dos direitos em presença, diminuem o espaço de ofensa possível e implicam uma protecção relativa dos direitos nas relações interindividuais, designadamente no plano da aplicação jurisdicional do direito privado e do direito penal.

Sousa Ribeiro³⁶ apresenta uma proposta de aplicabilidade mediata, pressupondo uma intensidade diferenciada dos direitos. Dos artigos 2.º e 9.º, alínea b), o autor retira: “reclama-se do Estado, no próprio domínio dos direitos, liberdades e garantias, uma intervenção nas relações jurídico-privadas, para, em protecção da parte mais fraca, estabelecer um regime limitativo da liberdade contratual do mais forte, em contenção de abusos e excessos. Desejavelmente, por via legislativa, pois só ela faculta um grau satisfatório de precisão e certeza na enunciação de previsão e estatuições. Não só quanto ao se da intervenção, mas também quanto à escolha, de entre o instrumentário diversificado que o direito privado oferece, do meio mais adequado para a concretizar, são as normas de direito ordinário que, em primeira linha, devem ser chamadas a operar. E, entre um mínimo de tutela constitucionalmente exigido e um máximo de ingerência constitucionalmente permitida, é deixado ao legislador um vasto campo de opções, no desempenho da sua competência própria”.

Mais recentemente, Paulo Mota Pinto defendeu que a aplicação, à actividade de entidades privadas, das normas que consagram direitos fundamentais deve ocorrer, em primeira linha, através de normas de direito privado, quer estas se limitem a reproduzir o teor das normas constitucionais, quer contenham conceitos indeterminados ou cláusulas gerais, a preencher e concretizar segundo os valores constitucionalmente consagrados, e, em particular, numa actividade de interpretação conforme aos direitos fundamentais. Estas normas são, pois, como que portas de entrada no domínio privado de valorações subjacentes aos direitos fundamentais, constituindo a forma precípua para a sua efectivação, impendendo, aliás, logo sobre o legislador ordinário o dever de prever mecanismos legais protectores dos direitos fundamentais. É, pois, da própria vinculação de todos os poderes do Estado, designadamente, do legislador e do julgador, que resulta uma obrigação de ‘interpretação conforme aos direitos fundamentais’ do direito ordinário, a qual já levará, normalmente, à congruência de resultados entre direito constitucional e direito privado³⁷ – não desconhece a necessidade de apurar

36 SOUSA RIBEIRO, J.: “Constitucionalização do direito civil”, *BFD*, 1998, n.º 74, pp. 745 e ss. Já se pronunciaram pela aplicabilidade mediata, LUCAS PIRES, F.: *Uma Constituição Para Portugal*, 1975, p. 90, e MOREIRA, I.: *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 90.

37 MOTA PINTO, P.: em “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in *AAVV.: Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado* (coord. por PINTO MONTEIRO, A., NEUNER, J., SARLET, I.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 160 e ss, depois de mencionar vários

como se configura a relação entre os instrumentos dogmáticos dos direitos fundamentais e os do direito infraconstitucional, utilizados para a recepção das valorações daquele, o que requer que se averigue o se e o porquê da continuidade ou da divergência das figuras, dos passos da argumentação e dos resultados, entre a dogmática dos direitos fundamentais e a – muitas vezes menos desenvolvida – doutrina relativa a instrumentos privatísticos como os direitos de personalidade (ou a aplicação da cláusula geral dos bons costumes ou da ordem pública)³⁸.

Seja, porém, como for quanto a este ponto, poderão, ainda assim, existir casos em que o julgador não encontra norma aplicável adequada, ou cláusula geral ou conceito indeterminado ao qual recorrer, ou, ainda, em que deva afastar uma determinada norma ou interpretação – que é a única possível –, por contrária a direitos fundamentais. Tratar-se-á, normalmente, de casos excepcionais, em que, pensa o autor (na esteira de autores como CANARIS, STARCK, NEUNER), ao julgador que pretenda afastar-se de uma determinada norma de direito privado incumbe o ónus da argumentação – o ónus de fundamentar o exercício da faculdade de recusar a aplicação de normas que repete inconstitucionais ou de recorrer directamente às normas constitucionais, aplicando-as, sem mais, às relações de direito privado. Para além deste ponto, julga o autor, porém, que uma aplicação não mediatizada pelas normas de direito privado não será legitimada tanto pelas categorias de “poderes sociais” ou “poderes privados”, e correspondente posição de desigualdade, como pela consideração do sentido nuclear dos direitos fundamentais em questão: nesse núcleo, correspondente aos direitos humanos e que se prende com a dignidade da pessoa humana, tem de afirmar-se que são destinatários dos direitos fundamentais também os particulares, e na mesma medida das entidades públicas. Nesse núcleo essencial e matricial, é evidente que a qualificação do agente e da contraparte só pode ser irrelevante, bem como a pretensa actuação de outras faculdades ou direitos. Fora deste núcleo essencial, porém, o autor considera mais adequada à situação específica das partes nas relações de direito privado uma protecção, pelos entes públicos, de particulares perante outros particulares – que são igualmente titulares de direitos fundamentais – através do apelo à função de protecção dos direitos fundamentais (numa relação triangular lesante-Estado-vítima, portanto). À perspectiva da eficácia horizontal directa perante poderes sociais é, pois, para lá daquele núcleo essencial, preferível uma impositação com base na função dos direitos fundamentais enquanto imperativos de tutela. Consoante a situação de perigo ou de lesão do bem protegido em causa, a sua probabilidade e (se for

acórdãos do TC, defende que a experiência portuguesa de utilização do controlo de normas pela jurisdição constitucional parece mostrar, de modo particularmente claro, que logo pela via da vinculação aos direitos fundamentais do “legislador de direito privado” e da jurisdição “se pode também conseguir resultados que em grande medida se aproximam daqueles gisados por uma solução de ‘eficácia imediata em relação a terceiros’ (‘unmittelbare Drittwirkung’) dos direitos fundamentais – isto é, por uma eficácia imediata e ‘horizontal’, nas relações entre particulares”.

38 MOTA PINTO, P.: “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, in AA.VV.: Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, vol. II, Coimbra Editora, 2005, p. 322.

o caso) previsível ilicitude, a espécie de bem em questão, etc., os deveres de protecção destes direitos – e igualmente dos direitos económicos e sociais – obrigarão, pois, as entidades públicas a intervir nas relações entre particulares, evitando-se a rigidificação e a inflexibilidade da vida jurídico-privada que resultaria de uma verdadeira substituição do direito civil pelo direito constitucional, sem deixar, porém, de obter, com uma conciliação de interesses diferenciada na situação concreta, níveis de protecção adequada às exigências dos direitos fundamentais³⁹.

Neste mesmo sentido, REIS NOVAIS⁴⁰ relembra que “o estado está obrigado, nomeadamente através da mediação do legislador ordinário, mas também, em caso de omissão deste, através da actuação autónoma do poder judicial e da Administração, a uma actuação normativa, judicial ou fáctica tendente a garantir os bens e as actividades protegidas de direitos fundamentais também contra agressões não estatais, ou seja, contra intervenções de terceiros (particulares e entidades públicas estrangeiras, logo, terceiros na relação primária de direito fundamental que se estabelece entre cidadão e Estado) ou contra contingências naturais ou riscos sociais”. Esta obrigação geral de protecção é uma consequência primária da atribuição ao Estado do monopólio da utilização da força que garante a existência da sociedade enquanto ordem de paz e fundamenta-se juridicamente na vinculação geral de todos os órgãos estatais pelos direitos fundamentais e na dimensão jurídico-objectiva autónoma de cada disposição de direito fundamental e nos deveres constitucionais explícitos ou implícitos que dela decorrem.

Se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas traduz um novo horizonte hermenêutico, implicando uma nova leitura do sentido das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais⁴¹, a posição dos vários autores que visitámos tem naturalmente implicações no tema que nos levou a percorrer este caminho: a vinculação dos privados pelo princípio da igualdade, ou, dito de outro modo, saber em que medida se pode considerar, no âmbito de uma relação jurídico-privada negocial, existir um direito a ser tratado de forma igual.

GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA⁴² referem que o problema da eficácia do princípio da igualdade na relação entre particulares consiste em saber se, de princípio objectivo da ordem constitucional, ele pode ser

39 SOUSA RIBEIRO, J.: “Constitucionalização do direito civil”, cit., p. 745, considera que esta doutrina não é compatível com a força jurídica dos preceitos respeitantes aos direitos, liberdades e garantias, pois nas “zonas por si cobertas, ela não admite padrões de conduta e critérios de solução de conflitos em contradição com o conteúdo normativo desses preceitos”.

40 REIS NOVAIS, J.: *As restrições aos direitos fundamentais*, cit., p. 88.

41 SARLET, I.: “Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais”, in AA.VV.: *A constituição concretizada*, (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, p. 160.

42 GOMES CANOTILHO, J., e MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa*, cit., anot. ao artigo 13.º, pp. 346-348, XII.

transformado em princípio objectivo da ordem jurídica privada. A sugestão dos autores parte de dois pressupostos fundamentais: primeiro, na sua qualidade de princípio objectivo essencial da Lei Fundamental, o princípio da igualdade deve considerar-se como princípio informador de toda a ordem jurídica; segundo, a transposição do princípio da igualdade para o direito privado impõe algumas adaptações, de forma a não aniquilar a especificidade das relações jurídico-civis⁴³.

A vinculação do direito privado ao princípio da igualdade pode, talvez, consubstanciar-se, assim, em três dimensões. Em primeiro lugar, existe uma proibição de discriminações com base nas categorias subjectivas enumeradas no artigo 13.º, n.º 2 (salvo no caso de discriminações positivas, constitucionalmente previstas) ou de outras constitucionalmente proibidas (por exemplo, artigo 36.º, n.º 4), em qualquer acto ou negócio jurídico, funcionando, assim, o princípio da igualdade, neste aspecto, como limite externo da liberdade negocial, podendo determinar autonomamente a invalidade de actos ou negócios jurídicos (contratos, testamentos, estatutos de associações, etc), que o infringam ou fundamentar direitos à reparação de danos. Em segundo lugar, o princípio da igualdade impõe um dever de tratamento igual por parte dos indivíduos ou organizações que sejam titulares de posições de poder social (empresas, associações profissionais, igrejas, fundações, etc), vinculando, desde logo, os seus poderes normativos (regulamentos internos de associações, regulamentos de empresas, acordos colectivos, normas de auto-regulação privada, etc.). Em terceiro lugar, propugnam pela aplicação geral do princípio da igualdade, mediante exigência de tratamento igual, nas relações com particulares que explorem serviços ou estabelecimentos abertos ao público (como por exemplo, táxis, farmácias, cinemas, escolas, restaurantes, etc.).

Em qualquer caso, a relevância do princípio da igualdade nas relações privadas, como expressão da “constitucionalização do direito civil”, se é certo que implica uma correspondente limitação da autonomia privada e da liberdade negocial, não pode, porém, ir ao ponto de aniquilar esses esteios básicos do direito civil e da liberdade individual.

Para JORGE MIRANDA⁴⁴, o princípio da igualdade não vincula apenas o Estado e as demais entidades públicas nas relações com os particulares. Estende-se às relações entre particulares, embora seja necessário compatibilizá-lo com o princípio da autonomia da vontade, também ele consagrado constitucionalmente. Considera o autor que a vedação de privilégios e de discriminações do artigo 13.º, n.º 2, é também de aplicação imediata, sem necessidade de lei interposta. O autor exemplifica que perante bens sociais ou em actividades e locais privados de interesse público ou

43 Sobre as características multidimensionais do princípio da igualdade, ver MELO ALEXANDRINO, J.: *Direito Constitucional, Introdução Geral, Princípios*, 2007.

44 MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, cit., pp. 292 e ss.

abertos ao público (sem dúvida, em escolas, hospitais, meios de transporte, hotéis, restaurantes, casas comerciais, etc., e, com ressalvas impostas pela protecção da juventude, da saúde ou do ambiente, em locais de diversão), ninguém pode ser desconsiderado por outros, nem ser tratado arbitrariamente ou afectado nos seus direitos e deveres por algum dos factores ali previstos ou por qualquer outra causa de discriminação. No interior de quaisquer pessoas colectivas ou grupos não personalizados, ninguém pode ser titular de mais ou menos direitos ou deveres devido à raça, ao sexo, à religião, às ideias políticas ou a qualquer outra razão. O autor ressalta ainda a diferenciação que resulta da natureza das coisas. Se se trata de uma associação de fiéis de certa religião, de antigos alunos de uma universidade ou de profissionais de certa área, obviamente só quem integre essa categoria – mas todos quantos a integrem – podem ser sócios. Pelo contrário, se não existem elementos objectivos da distinção, a liberdade de as associações prosseguirem livremente as suas actividades (artigo 46.º, n.º 2) cede perante o direito positivo de associação (artigo 46.º, n.º 1)⁴⁵. Por último, como ideia geral, a autonomia da vontade nas relações entre os particulares não pode legitimar a prática de actos que, por si ou pelos comportamentos que envolvem ou permitem, sejam violadores da dignidade da pessoa humana. Dignidade e igualdade são incindíveis, seja entre pessoas e o Estado, seja entre as pessoas como particulares⁴⁶.

VEIRA DE ANDRADE, em consonância com a posição que descrevemos acima, entende que o princípio da igualdade não é aplicável nas relações privadas [entre entidades não poderosas] enquanto proibição de arbítrio ou imperativo de racionalidade de actuação⁴⁷. Em vez de se pretender impor rigidamente a cada indivíduo que, nas relações com os seus semelhantes, os trate com estrita igualdade, fundamentando sempre juridicamente os seus actos e não actuando senão com a certeza de poder justificar a sua atitude com um valor socialmente igual ou maior, deve tolerar-se um certo espaço de espontaneidade e até de arbitrariedade. Estender aos indivíduos a aplicação do princípio constitucional da igualdade afigura-se, para o autor, em princípio, “impróprio, absurdo e insuportável”. Contudo, o princípio da igualdade já terá de ser aplicado, mesmo entre iguais, enquanto proibição de discriminações que atinjam intoleravelmente

45 O autor dá o exemplo de, numa determinada localidade, haver somente uma ou um número limitado de associações de certo tipo (culturais, recreativas, desportivas, etc.), em que brigaria com o princípio da igualdade reservar o ingresso a ser natural da terra ou da região (embora talvez já não a aí residentes).

46 MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, cit., p. 295.

47 Segundo VEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais*, cit., pp. 258 e ss, quando estejam em causa situações em que certas pessoas colectivas, grupos ou indivíduos detenham uma posição de domínio económico ou social, por gozarem, por exemplo, de uma situação de monopólio, não deve permitir-se que invoquem a liberdade negocial para escolher arbitrariamente a contraparte ou impor a exclusão de terceiros (por exemplo, a única piscina da vila aberta ao público não pode excluir certas categorias de pessoas, atendendo ao sexo, à raça, à língua, à condição social, etc), e também a uma grande empresa, com forte posição no mercado de trabalho, não é lícito recusar admitir um trabalhador apenas por razões religiosas, de raça, etc (ao contrário, por exemplo, deve admitir-se a livre escolha do pessoal que presta serviços domésticos). Aí poderá valer a primazia do dever de respeito pela igualdade sobre a liberdade.

a dignidade humana dos discriminados, máxime, que impliquem uma violação dos seus direitos de personalidade.

O princípio da igualdade de tratamento pode ser imposto por disposições legislativas restritivas da liberdade geral ou negocial. Assim, por força de imposições constitucionais ou de obrigações internacionais ou ainda quando, por força das circunstâncias concretas da sociedade, houver razões sociais fortes para restringir a liberdade dos indivíduos, não permitindo determinados tipos de discriminação, será legítima a imposição por via legislativa de deveres específicos de igualdade de tratamento, na medida em que essas razões o justifiquem. O legislador pode ainda impor obrigações específicas de igualdade de tratamento, por exemplo, como contrapartida da outorga de vantagens ou da concessão de licenças, em qualquer caso, desde que tal imposição se revele adequada, isto é, justificada e razoável⁴⁸. O que importa, pois, na opinião de VIEIRA DE ANDRADE, é que haja uma actuação racional, técnica e eticamente fundada, que não se discrimine por discriminar.

SOUSA RIBEIRO, questionando a relevância do princípio da igualdade nas relações negociais, assume uma posição de extrema reserva, pois o negócio jurídico, sendo um instrumento de autodeterminação, é, por natureza, um meio de exprimir preferências subjectivas, quer em relação aos bens, quer em relação às pessoas, aos outros com quem se deseja ou não contratar. Poder desenvolver livremente a sua personalidade é também “poder manifestar simpatias e aversões, afectos e repulsas, nas disposições que se tomam e nas vinculações que negocialmente se assumem”. Admitir que alguém possa impugnar um acto de alguém que aceita de outrem uma oferta contratual, tendo anteriormente rejeitado uma idêntica, a pretexto de uma pretensa violação do princípio da igualdade, seria atingir no seu cerne e praticamente expropriar a autodeterminação contratual nas suas facetas mais basilares de liberdade de celebração e de escolha da contraparte.

Mas também o autor ressalva que a solução a favor da liberdade deixa de justificar-se quando o seu exercício atenta intoleravelmente contra a dignidade humana do preterido. O facto de cada um, pelo simples facto de ser pessoa, ser devido igual consideração e respeito, implica que a ordem jurídica, incluindo a ordem jurídico-negocial, não possa acolher como lícitas e válidas discriminações que traduzem menosprezo por certos traços individualizadores da pessoa, pela sua identidade física e cultural, pela sua posição social, pelas opções de vida que realizou. Neste sentido, admite o autor que resultam directamente do princípio da igualdade proibições de conduta negocial discriminatória. Mesmo em hipóteses

48 O autor exemplifica com o exercício de actividades destinadas ao serviço do público, como transportes de táxi, exploração de estabelecimentos comerciais, cafés, restaurantes, hotéis, casinos, etc., deve entender-se subordinado ao princípio da igualdade, mesmo fora de situações de monopólio, porque se trata de serviços de interesse directo das populações, que estão sujeitos a licenciamento e em que os particulares estão sujeitos à sua autonomia (e à sua intimidade) ao emitirem declarações gerais de vontade negocial e abrirem as portas ao público.

não cobertas, em rigor, pela cláusula geral dos bons costumes, essas práticas, quando assentam em factores, como os indicados no art. 13.º, n.º 2, forçosamente irrelevantes como critérios de decisão, podem conduzir, conforme as circunstâncias e o maior ou menor grau de ofensa para a dignidade humana, a nulidades negociais, à obrigação de indemnizar e, mesmo, em certos casos, à obrigação de contratar.

Da análise descritiva que vimos fazendo, podemos retirar que, apesar das diversas posições tomadas e das distintas opções dogmáticas que as fundamentam, os vários autores estudados estão de acordo quanto a alguns pontos que são essenciais para a nossa análise⁴⁹. Em primeiro lugar, salientamos o facto de ser consensual que, mesmo para quem admita que os direitos fundamentais têm aplicabilidade directa, o princípio da igualdade não pode ser aplicado no âmbito privado como é na esfera pública, pois tem de ser conformado em consideração da protecção da autonomia pessoal e da liberdade negocial. Em segundo lugar, que os estabelecimentos abertos ao público têm uma maior responsabilidade pelo respeito do princípio da igualdade, seja pelo facto de serem necessários ao público (admitindo-se uma posição mais ou menos dominante ou até de monopólio de facto), seja pelo facto de estarem sujeitos a licenciamento público. Por último, é também unânime entre os autores que a discriminação não pode atingir o núcleo irredutível da dignidade do preterido.

III. NOÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO NA ESCOLHA DA CONTRAPARTE NEGOCIAL

Cabe agora perguntar se o tratamento da questão da proibição da discriminação no âmbito contratual no âmbito da eficácia do *princípio da igualdade entre os particulares* – isto é, da eficácia do princípio da igualdade nas relações entre privados⁵⁰, seja imediata, seja através das cláusulas inderminadas, como os bons costumes ou a ordem pública - consitui o meio adequado para avaliar o problema da discriminação na escolha da contraparte negocial. Como procuraremos demonstrar, a resposta é negativa. A aceitação da vinculação dos particulares pelo princípio da igualdade, constitucionalmente consagrado, não é adequada nem para o enquadramento dogmático da discriminação da escolha da contraparte negocial, nem para a sua fundamentação, nem ainda para a compreensão dos seus efeitos. Pelo contrário, a avaliação de uma situação de discriminação exigirá sempre, por referência, a ofensa da dignidade da pessoa-vítima, prescindindo-se de uma análise relacional da escolha. Vejamos.

49 Já advertia GOMES CANOTILHO, J.: “Dogmática de direitos fundamentais”, cit., p. 357, que em matéria de restrição de direitos, as dogmáticas desenvolvidas a nível do direito constitucional e de direito cível não podiam chegar a conclusões muito diferentes.

50 Excluímos do nosso tema a proibição de discriminação nas relações laborais, por razões que se prendem com a sua especificidade própria.

I. O enquadramento dogmático

No plano dogmático, constatámos acima, e é pacificamente consensual na doutrina, mesmo para os defensores da aplicabilidade directa dos direitos fundamentais nas relações entre privados, que “o princípio constitucional da igualdade não pode sic et simpliciter ser transplantado no direito civil sem ser harmonizado e sem que se torne compatível com o inteiro sistema normativo, segundo a hierarquia de valores, e, portanto, com a funcionalização dos institutos civilísticos fundamentais constitucionalmente garantidos”⁵¹.

No âmbito das previsões, deparamo-nos, desde logo, com várias dificuldades suscitadas pelo dever de igualdade de tratamento das várias, ou de todas, as contrapartes negociais. Em primeiro lugar, se é verdade que a discriminação consiste frequentemente num tratamento diferente (e pior relativamente ao tratamento dado a outras contrapartes negociais), também podemos conceber como dicriminatória a situação em que perante uma proposta contratual, que só uma contraparte aceitou, lhe vem a ser concedido um tratamento pior do que o conteúdo da proposta originariamente dirigida ao público. No prisma da igualdade de tratamento, todavia⁵², a questão colocar-se-á necessariamente na comparação entre o tratamento reservado às diversas contrapartes contratuais do mesmo contraente, pois a diferença de tratamento exige sempre um juízo relacional. Este juízo relacional, todavia, não é necessário em matéria de discriminação da contraparte negocial, na medida em que a recusa a contratar é uma noção não relacional. É certo que A pode recusar negociar com B e negociar com C. Mas se recusa contratar com B e C, a discriminação não é excluída pela igualdade de tratamento, antes pelo contrário, subsiste em ambos os casos. O que é significativo para a análise do comportamento de A é o facto de ele, de acordo com o complexo programa contratual⁵³, ter tratado B de modo diverso de que o trataria se este não apresentasse uma determinada qualidade pessoal, que terá sido determinante para o consenso, rectius, para a falta dele. Na verdade, a existência de discriminação basta-se com um juízo hipotético⁵⁴ do tratamento

51 Parafrazeamos MOTA PINTO, P.: “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, cit., p. 321. No mesmo sentido, GOMES CANOTILHO, J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, cit., p. 1293, e SOUSA RIBEIRO, J.: “Constitucionalização do direito civil”, cit., p. 744, para quem “a aplicação das normas constitucionais tuteladoras de posições subjectivas levanta problemas de ajustamento e de concordância prática (...). As relações interprivadas revestem-se de outra complexidade, surgindo-nos aí, sob formas conflituais muito diversificadas, o entrechoque de vários aspectos da liberdade de um, ou das esferas de liberdade de dois sujeitos”.

52 O conceito de discriminação adoptado pelo nosso legislador parece todavia seguir este entendimento: existe discriminação directa em todas as situações em que uma pessoa seja sujeita a “tratamento menos favorável que aquele que é, tenha sido ou possa vir a ser dado a outra pessoa em situação comparável” (cfr. artigos 3.º, n.º I, alínea b), da Lei n.º 93/2017, o artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 14/2008, e o artigo 3.º, alínea a), da Lei n.º 46/2006), e existe discriminação indirecta quando determinada pessoa seja colocada “numa situação de desvantagem comparativamente com outras pessoas (artigos 3.º, n.º I, alínea c), da Lei n.º 93/2017, o artigo 3.º, alínea b), da Lei n.º 14/2008, e o artigo 3.º, alínea b), da n.º Lei 46/2006).

53 Na expressão de BIANCA, M.: *Diritto Civile*, vol. IV: *L'obbligazione*, Giuffrè, Milão, 1992, p. 13.

54 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007, p. 69.

daquela pessoa se, por exemplo, outra fosse a sua raça ou origem étnica, o seu género, ou não sofresse de uma deficiência ou de um risco agravado de saúde.

Em segundo lugar, a posição que fundamenta a proibição de discriminação no princípio da igualdade ignora que o bem protegido não é a igualdade entre as partes contratantes mas a personalidade, e a dignidade, de cada parte negocial⁵⁵. É certo que esta dignidade tem uma dimensão da igualdade, que não pode de modo nenhum ser excluída. Fazendo apelo aos ensinamentos e aos argumentos de RABINDRANATH CAPELO DE SOUSA⁵⁶, sobre a autonomia da protecção jurídica da igualdade como bem essencial da personalidade humana, “a igualdade juscivilisticamente tutelada não é apenas uma finalidade ou um instrumento de realização do direito, mas também, nos seus aspectos essenciais, um elemento da própria noção de personalidade humana. Até porque ocupando a igualdade humana essencial o centro de gravidade da natureza humana não pode ser deslocada para o horizonte ou para a periferia da convivência social, sob pena de assim não se tutelar devidamente a própria personalidade humana, a qual rectamente concebida implica manifestamente a defesa de tal igualdade, como sua qualidade constitutiva, básica e profunda”.

No âmbito contratual, estamos, pois, perante uma discriminação em todos os casos em que a recusa a contratar por uma parte⁵⁷, ou as condições em que se dispõe a contratar, são determinadas por uma qualidade pessoal (em sentido amplo) da contraparte e, nesse sentido, consubstanciam um desrespeito ou uma diminuição da dignidade do outro. Quando o intuito discriminatório conduz o contraente à recusa, a qualidade pessoal da contraparte tem carácter determinante (ou incidente) em negativo, em via exclusiva, do consenso. Igualmente, quando o intuito discriminatório conduz o contraente a propor condições diversas e desvantajosas, a qualidade da contraparte tem carácter determinante em negativo, em exclusivo do consenso (ou incidente sobre o consenso) na medida em que o contrato teria sido concluído, mas em condições diferentes⁵⁸.

2. O fundamento ou justificação

Um comportamento contratual discriminatório deve, pois, ser sancionado porquanto se apresenta como contrário à dignidade pessoal. O modelo subjacente

55 Neste sentido, MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 23. Curiosamente, esta assumpção é claríssima no conceito de assédio, que, segundo o artigo 3.º, c), da Lei 14/2008, pode ser considerado discriminação quando ocorra um comportamento indesejado, relacionado com o sexo de uma dada pessoa, com o objectivo ou o efeito de violar a sua dignidade e de criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo.

56 CAPELO DE SOUSA, R.: *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, p. 289, nota 704.

57 Sujeitos activos da discriminação podem ser empresas, face a outras empresas (pense-se a discriminação de pequenas empresas de imigrantes) ou a consumidores, ou privados relativamente a outros privados, e pode mesmo ser um sujeito que pertença à mesma raça, etnia, nacionalidade ou território do preterido.

58 Seguimos MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., 2007, p. 71.

a esta posição não é o de um mercado em que todas as contrapartes sejam tratadas de uma maneira igual, mas antes um que visa combater a limitação à liberdade de cada pessoa concreta e assim valorizar e tutelar a dignidade de cada contraparte negocial, a qual é irredutivelmente diferente de qualquer outra⁵⁹. A igualdade que visa o direito antidiscriminatório é a igual liberdade de cada um do preconceito⁶⁰, e assim a igualdade na liberdade, mas não a igualdade no tratamento⁶¹.

O trabalho de reconstrução do significado de proibição de discriminação no âmbito contratual deve, pois, ser conduzido considerando os princípios e as regras do direito dos contratos, e impõe, desde logo, que deva ser considerada a liberdade do contraente de se autodeterminar em função das qualidades pessoais da sua contraparte⁶². A liberdade de escolha da contraparte negocial constitui uma manifestação concreta da liberdade contratual. Mas essa escolha da contraparte negocial há-de ser necessariamente limitada pela proibição de discriminação, que responde à exigência de protecção da dignidade de cada pessoa em concreto.

Com a expressão “igualdade de tratamento”, utilizado pelas leis antidiscriminatórias acima referidas, define-se, para o campo contratual, um preceito de não discriminação, que não proíbe tratar de modo diverso os outros, mas proíbe um tratamento menos favorável com base num preconceito. O artigo 3.º, n.º 2, da Directiva 2004/113/CE, refere expressamente que “a presente directiva em nada prejudica a liberdade de cada indivíduo escolher o outro contraente, desde que essa escolha não seja motivada pelo sexo a que esse contraente pertence”⁶³. Parece que podemos retirar desta norma, como orientador hermenêutico, que a discriminação só é proibida quando constituir motivo do negócio, por contraposição a efeito do próprio negócio. Em abono da nossa posição, veja-se que o artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 93/2017, considera práticas discriminatórias aquelas “em razão dos factores indicados no artigo 1.º [origem racial e étnica, cor, nacionalidade, ascendência e território de origem]”; o artigo 1.º, da Lei n.º 14/2008, define o seu objecto como prevenir e proibir “a discriminação, directa e indirecta, em função do sexo”, e, igualmente no artigo 1.º,

59 MAFFEIS, D.: *idem*, p. 71.

60 O preconceito consiste em fazer derivar de uma qualidade real da contraparte uma qualidade hipotética. Assiste-se, pois, a uma formação da vontade com base exclusiva num facto histórico não conhecido. Cfr. MAFFEIS, D.: *idem*, p. 37.

61 MAFFEIS, D.: *idem*, p. 71.

62 Para mais desenvolvimentos, PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, cit., pp. 433 e ss.

63 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 47, entende que a proibição de discriminação não opera na medida em que a escolha do contraente não se baseie (não se motive) no factor relevante de proibição abrange naturalmente todos os factores cobertos pela legislação antidiscriminação. WIEMANN, J.: “Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)”, *German Law Journal* 11 (2010), pp. 1131-1146, disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1288> delimita a liberdade contratual à liberdade de celebrar um contrato sem discriminar. Vide, ainda, MANTELLO, M.: “La tutela civile contro le discriminazioni”, *Riv. dir. civ.*, 2004, n.º 50, pp. 456-457.

da Lei n.º 46/2006, o legislador se referiu a “discriminação, directa ou indirecta, em razão da deficiência”. As locuções “em razão de” ou “em função de” exprimem, em nossa opinião, o carácter determinante de uma certa qualidade pessoal na tomada ou não da decisão negocial. Portanto, para que haja discriminação, não é necessário que o sujeito aja com o escopo específico de causar um prejuízo patrimonial ou de lesar a contraparte, mas basta que ele configure e queira reservar à contraparte contratual um tratamento prejudicial ou menos favorável do que o inicialmente proposto⁶⁴, tratamento esse resultante da consideração de uma qualidade pessoal discriminatória. É um motivo ilícito o que visa um resultado persecutório ou discriminatório. Note-se, contudo, que não há intenção de discriminar – e portanto não há discriminação – se o contraente se recusa a contratar ou determina condições diferentes e piores porque a contraparte – qualquer que seja a sua raça, etnia, proveniência geográfica, religião, nacionalidade, sexo, ou outra característica – se revelou pouco fiável por ocasião de contratos anteriores.

O motivo discriminatório leva-nos inevitavelmente à questão da coordenação da escolha da contraparte negocial nos contratos *intuitu personae*, ou seja, na definição de GALGANO, os contratos em que “a identidade ou as qualidades de um contraente são determinantes do consenso do outro ou dos outros contraentes”. São contratos em que não está em causa o concluir ou não o contrato, mas antes o concluí-lo com aquela pessoa determinada ou com nenhuma outra. De facto, não podem aceitar-se como discriminatórios todos os casos em que uma qualidade da contraparte – relevante como factor de discriminação – tenha sido determinante do consenso ou da conduta da contraparte. Mas para que a proibição não se aplique, é necessário que a qualidade pessoal incida efectivamente *sobre a prestação*, ou seja, que estejamos em presença de um contrato em que a qualidade pessoal da contraparte contribua para identificar não a função do contrato, mas a prestação devida no contrato⁶⁵. Esta questão é particularmente premente quando é a contraparte a alienar bens ou serviços, mas permite-nos sublinhar que, uma vez assente que a qualidade pessoal da contraparte recai sobre a prestação, a proibição de discriminação não opera (pense-se na contratação de uma ama de origem russa, para que a criança aprenda a língua, na escolha de um determinado jurista como árbitro para um litígio, bem como na recusa da contratação de uma *babysitter* judia, se o serviço for para ser prestado apenas aos fins-de-semana).

Também devemos distinguir o motivo discriminatório dos limites da oferta contratual⁶⁶, sejam os limites imanentes da oferta, sejam os limites que resultam

64 Cfr. MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 161-163.

65 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 166 e ss.

66 ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, 12.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 236, nota 2, considera admissível, contudo, a limitação do âmbito da oferta ao público (exemplo, um restaurante de serviço exclusivo dos alunos de determinada escola, ou dos empregados de certa fábrica), que se afigura válida,

da própria declaração negocial. Os limites imanentes - ou tácitos ou naturais, na classificação de BAVIERA⁶⁷ - são aqueles que resultam dos pressupostos da própria oferta, por exemplo, a existência das mercadorias oferecidas, os lugares disponíveis no meio de transporte, num hotel ou num teatro, o horário numa agenda médica). Quanto aos limites autonomamente determinados, como a recusa de fornecimento de serviços a crianças e a menores, estas são formas de construção de uma clientela que, em nossa opinião, podem ser consideradas como lícitas⁶⁸.

Retomando a nossa premissa fundamental, devem ser consideradas ilícitas, no âmbito das relações negociais privadas, todas aquelas diferenças de tratamento que - em virtude de uma característica pessoal da contraparte, determinaram a não vinculação negocial da contraparte ou determinaram-na em termos diversos do inicialmente previsto num convite a contratar ou numa oferta ao público - atinjam a dignidade pessoal de uma das partes. É no âmbito da defesa da sua dignidade - do seu direito a não ser discriminado, isto é, que uma sua qualidade pessoal seja determinante na escolha negocial da outra parte - que o sujeito encontra a tutela concedida pela proibição de discriminação e a contraparte encontra os limites da sua liberdade de actuação.

O artigo 70.º, n.º I, do CC, afirma a protecção dos indivíduos "contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral". Neste sentido, como bem definiu PEDRO PAIS DE VASCONCELOS⁶⁹, a tutela subjectiva da personalidade é "o direito subjectivo absoluto que cada um tem de defender a sua dignidade como pessoa". Vimos atrás que também as pessoas colectivas podem ser vítimas de discriminação. Ainda que falte o radical axiológico da dignidade da pessoa humana, não é inconcebível que se reconheça que o direito de pessoa colectiva a não ser discriminada encontre tutela no regime dos direitos de personalidade. É certo que o artigo 70.º refere que a lei "protege os indivíduos", o que suscitou a questão de saber se as pessoas colectivas são ou não titulares de direitos de personalidade. A doutrina, que podemos considerar dominante⁷⁰, tem respondido, ainda que com justificações ou fundamentações diversas⁷¹, em sentido afirmativo pelo que também não encontramos aqui um obstáculo à abordagem proposta.

desde que o critério não seja ilícito, ou contrário à moral ou aos bons costumes. Mas, a declaração estereotipada "reservado o direito de admissão", ou equivalente, em rigor, não tem relevância e pode encobrir uma delimitação arbitrária da frequência.

67 BAVIERA, G., *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Società Editrice Libreria, Milão, 1907, p. 82.

68 Desenvolvimentos em PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, cit., p. 426.

69 PAIS DE VASCONCELOS, P.: *O direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 53 e ss.

70 Que merece a oposição de OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *Teoria Geral do Direito Civil I*, Lisboa, 1996, pp. 263 e 264.

71 PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, cit., p. 430.

3. Efeitos

Se o princípio da igualdade de tratamento não é adequado ao nível da previsão das situações de discriminação, nem ao nível da sua fundamentação, também se mostra desadequado ao nível dos efeitos.

Em primeiro lugar, o princípio da igualdade de tratamento entre as contrapartes é inadequado para responder às exigências de igualdade material. O instrumento para a remoção da desigualdade entre as partes não seria a igualdade de tratamento, mas antes a satisfação das necessidades e de todos os interesses da contraparte, o que requereria, inexoravelmente, um tratamento diferenciado para cada uma delas. Seguindo esta linha, *ad absurdum*, o que o ordenamento exigiria ao contraente seria uma tarefa que ultrapassaria em muito os deveres de cooperação entre as partes e que se revelaria incompatível com as regras de mercado, em que é suposto que o contraente aja prosseguindo os seus interesses próprios, não os dos outros.

Em segundo lugar, o princípio geral da igualdade não se mostra adequado a fornecer aos particulares orientações inequívocas quanto às suas obrigações, desde logo porque as várias concepções de igualdade - formal, material, social - podem conduzir a respostas distintas. A proibição de discriminações não significa, pois, uma exigência de igualdade absoluta em todas as situações, nem proíbe diferenciações de tratamento. O objectivo da proibição de discriminação não é, sublinhemos, a remoção de uma desigualdade de facto ou material, mas, pelo contrário, o reconhecimento, num plano de efectividade, da igual dignidade de todas as pessoas, independentemente das suas qualidades pessoais⁷².

A deslocação da questão da proibição da discriminação da escolha da contraparte negocial para o âmbito infraconstitucional, para além do rigor analítico, tem ainda vantagens quanto aos efeitos da solução oferecida. Na verdade, o seu âmbito de aplicação é mais amplo do que aquele expressamente estatuído no artigo 13.º, n.º 2, da CRP⁷³: podem considerar-se como violadoras da dignidade, ou conceber-se a tutela do direito a não ser discriminado por decisões negociais determinadas por características que não aquelas que constem no elenco do artigo 13.º⁷⁴. Pense-se, por exemplo, na idade, no peso ou na disforia de género⁷⁵.

72 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 44.

73 Ainda que este preceito seja meramente exemplificativo, pode colocar-se a questão de saber se uma determinada característica protegida cabe no seu âmbito (por exemplo, a crença).

74 Já assim CAPELO DE SOUSA, R.: *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995, pp. 290 e ss.

75 O idadismo é um problema premente no direito laboral, mas pode não ser subestimado noutros domínios (pense-se, por exemplo, na prestação de cuidados de saúde). O peso é um factor discriminatório que não pode ser negligenciável, se nos recordarmos, por exemplo, daquelas companhias aéreas que pretendiam fixar tarifas diferenciadas consoante o peso dos passageiros. Por último, autonomizamos a disforia de género, porque, em nossa opinião, esta não cabe no âmbito da protecção contra a discriminação baseada no sexo.

Acresce que a nossa proposta permite uma aplicação em extensão mais vasta do que aquela que resulta da legislação avulsa mencionada. É que aqueles diplomas surgem como regulações do mercado, actuando no âmbito da oferta ao público⁷⁶, mas não podemos excluir a possibilidade de ocorrência - e o sancionamento - de comportamentos discriminatórios nos negócios realizados na esfera privada⁷⁷. As leis antidiscriminatórias introduziram um limite textual ao seu âmbito de aplicação, referente à liberdade do contraente que se dirige ao público, quer no que diz respeito à negociação e celebração do contrato, quer no que diz respeito à sua execução. A razão é simples de explicar. O que o direito antidiscriminatório europeu visa é prevenir a exclusão, ou a limitação, de cada pessoa aceder às trocas de mercado, por ser atribuída relevância, exclusivamente, a uma qualidade pessoal sua, que não recaia sobre a prestação. As ofertas ao público ou os convites, como as mensagens publicitárias, podem ser dirigidos a categorias de sujeitos determinadas ou determináveis por força da sua qualidade pessoal. O que é importante sublinhar é que o critério para seleccionar entre os destinatários da declaração não pode ser discriminatório. As leis antidiscriminatórias aplicam-se nos locais abertos ao público, à exposição numa vitrina ou em bancas de venda, nos contratos de self-service ou em venda automática, no comércio electrónico, aos serviços turísticos, aos meios de transporte, aos contratos que surgem numa televenda, aos gritos dos vendedores ambulantes acompanhados da colocação à disposição das mercadorias ou à simples disposição dos produtos, com o preço, no mercado. Para além da natureza inclusiva do contrato, o requisito da oferta ao público tem a ver com a questão da difusão social⁷⁸. As directivas antidiscriminação e a legislação que as transpõem não se interessam pelo episódio singular⁷⁹, o qual não comporta nenhuma relevância negativa em termos de interesse público, mas interessam-se, pelo contrário, pelos episódios de discriminação singulares quando eles são potencialmente difusos: só quando o fenómeno é difuso a contraparte contratual se encontra realmente em dificuldade de satisfazer o seu próprio interesse e é estrangida a custos extra para procurar para si bens ou serviços.

76 A proibição da recusa de contratar opera não apenas com referência à alienação mas também à aquisição de bens e serviços. Pense-se por exemplo na recusa de um comerciante de automóveis usados em adquirir um automóvel de um estrangeiro que se propõe comprar um carro novo.

77 Na verdade, as Directivas antidiscriminação têm como âmbito normativo a oferta, *rectius*, a disposição ao público, ou seja, não se aplicam ao contrato individualizado, quer na fase que precede quer na fase posterior à celebração do contrato concluído após uma proposta, um convite a contratar ou à manifestação individualizada de interesse. A grande opção de fundo do direito antidiscriminatório foi a de limitar a aplicação da proibição de discriminação ao contratos que surjam da declaração ao público, ainda que tácita, como acontece com a maior parte das técnicas para colocar à disposição bens e serviços. Para a transposição, vide o artigo 4.º, n.º 2, alínea a), da Lei n.º 93/2017, que se refere à recusa de fornecimento ou impedimento de fruição de bens ou serviços, colocados à disposição do público; ou o artigo 2.º da Lei n.º 14/2008, que estabelece o seu âmbito de aplicação "às entidades públicas e privadas que forneçam bens e prestem serviços disponíveis ao público a título gratuito ou oneroso".

78 O pressuposto da difusão social significa que a discriminação deve respeitar a mais do que um contraente, sujeito activo da conduta.

79 MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., p. 40.

Ou seja, o âmbito de protecção da legislação antidiscriminação não abrange todas as situações em que a contraparte negocial discrimine⁸⁰; não abrange, desde logo, as situações em que, na contratação individualizada, existam comportamentos discriminatórios ofensivos da dignidade humana – ou seja, que a contraparte não tome uma decisão negocial, ou tome em termos diferentes dos inicialmente previstos, em função de uma qualidade pessoal do preterido.

Em síntese, no âmbito contratual, existe discriminação sempre que a recusa a contratar por uma parte⁸¹, ou as condições em que se dispõe a contratar, sejam determinadas por uma qualidade pessoal (em sentido amplo) da contraparte e, nesse sentido, consubstanciem um desrespeito ou uma diminuição da dignidade do outro. É por referência ao direito de cada um a não ser discriminado com base num preconceito, isto é, à tutela da personalidade, que se deve aferir da existência ou não de uma situação ilícita.

O quadro normativo descrito, com diplomas avulsos para determinadas características protegidas, mostram-nos, contudo, que existem duas vias regulatórias para a determinação em concreto do regime aplicável aos actos discriminatórios. Perante uma situação suspeita, o primeiro passo é, pois, verificar se estamos perante uma característica protegida por uma regulamentação específica, regulada autonomamente pelo legislador nacional, para determinar a aplicação dos efeitos específicos aí previstos (referimo-nos, concretamente à inversão do ónus da prova, à relevância de elementos estatísticos e à possibilidade de participação das associações na defesa dos interesses do discriminando), bem como a aplicação de sanções (a prática de qualquer acto discriminatório constitui *contra-ordenação*, e pode levar à aplicação de uma sanção acessória). O infractor incorre em responsabilidade civil, nos termos gerais⁸², e se a discriminação resultar da omissão de um dever, o infractor está obrigado ao seu cumprimento, se este ainda for possível.

Fora do âmbito das leis antidiscriminatórias não funcionam os remédios específicos. A oferta ao público discriminatória não é nula, mas deve entender-se que se dirige indistintamente ao público, com a consequência de poder ser aceita por qualquer pessoa. A violação de um direito de personalidade, o direito a não ser discriminado, pode convocar a tutela específica prevista nos artigos 878.º a 880.º

80 Sobre a discriminação do consumidor perante o profissional, nomeadamente a questão do boicote, ver, GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.ª ed., CEDAM, Pádova, 2004, p. 361, e MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, cit., pp. 176 e ss. sobre a tutela ressarcitória da empresa.

81 Sujeitos activos da discriminação podem ser empresas, face a outras empresas (pense-se a discriminação de pequenas empresas de imigrantes) ou a consumidores, ou privados relativamente a outros privados, e pode mesmo ser um sujeito que pertença à mesma raça, etnia, nacionalidade ou território do preterido.

82 A recusa de acesso a bens e serviços é uma noção mais ampla do que a recusa a contratar, porque inclui ainda a recusa a cumprir o contrato (depois da sua celebração). A disciplina antidiscriminatória é ainda uma disciplina do incumprimento. Se existir um ilícito discriminatório, podem, pois, concorrer a responsabilidade contratual e a responsabilidade extracontratual.

do CPC, que instituíram um processo especial para a tutela da personalidade, pelo qual podem ser decretadas providências concretamente adequadas a evitar a consumação de qualquer ameaça ilícita e directa à personalidade física ou moral de ser humano ou a atenuar, ou a fazer cessar, os efeitos de ofensa já cometida. Tendo havido a lesão de direitos absolutos, quando intencional e casualmente provocadora de danos, surgirá a obrigação de indemnizar, nos termos gerais da responsabilidade extracontratual. Quanto ao contrato, tendo sido recusada a sua celebração ou, celebrado o contrato, o ofertante se recuse ao seu cumprimento, valerão igualmente as regras gerais.

IV. CONCLUSÃO.

A prática discriminatória afecta negativamente, usando as palavras de FARIA COSTA, *“aquilo que de mais profundo, denso e radical o homem tem: a relação com o outro, ou, se se quiser, a manifestação da ‘minha’ liberdade vivida com a liberdade do outro”*⁸³. A extensão ou delimitação da proibição de discriminação no âmbito contratual não passa por apurar se as normas constitucionais, que reconhecem direitos fundamentais, têm, também, eficácia imediata no domínio das relações jurídico-privadas, impondo-se à vontade das partes nas suas convenções, pois, como pensamos ter demonstrado - numa situação em que o problema da eficácia em relação a entidades privadas dos direitos primeiramente referidos se volve nitidamente num específico problema de colisão entre direitos e princípios constitucionalmente consagrados, de que são titulares entidades privadas – a invocação do princípio da constitucionalidade dificilmente nos pode orientar na determinação dos limites permitidos e nos diálogos a encorajar.

A discriminação na escolha da contraparte negocial, em nossa opinião, prescinde de um juízo relacional, bastando-se com um juízo hipotético do tratamento daquela pessoa se não tivesse uma determinada característica. Existe uma discriminação em todos os casos em que a recusa a contratar por uma parte, ou as condições em que se dispõe a contratar, são determinadas por uma qualidade pessoal (em sentido amplo) da contraparte e, nesse sentido, consubstanciam um desrespeito ou uma diminuição da dignidade do outro.

Um comportamento contratual discriminatório deve, pois, ser sancionado porquanto se apresenta como contrário à dignidade pessoal. O trabalho de reconstrução do significado de proibição de discriminação no âmbito contratual deve, naturalmente, ser conduzido considerando os princípios e as regras do direito dos contratos, e impõe, desde logo, que deva tomar em consideração

83 FARIA COSTA, J.: “O círculo e a circunferência: em redor do direito penal da comunicação”, AA.VV.: Estudos comemorativos de 150.º Aniversário do Tribunal da Boa Hora, Lisboa, Ministério da Justiça, 1995, pp. 185 e ss.

a liberdade do contraente de se autodeterminar em função das qualidades pessoais da sua contraparte, limitada, todavia, pela proibição de discriminação, que responde à exigência de protecção da dignidade de cada pessoa em concreto. Portanto, para que haja discriminação, basta que o sujeito configure e queira reservar à contraparte contratual um tratamento prejudicial ou menos favorável do que o inicialmente proposto, tratamento esse resultante da consideração de uma qualidade pessoal discriminatória. É no âmbito da defesa da sua dignidade – do seu direito a não ser discriminado, isto é, que uma sua qualidade pessoal seja determinante na escolha negocial da outra parte – que o sujeito encontra a tutela concedida pela proibição de discriminação e a contraparte encontra os limites da sua liberdade de actuação, conformada pelo artigo 70.º, n.º I, do CC, que afirma a protecção dos indivíduos “contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”.

O objectivo da proibição de discriminação não é, sublinhemos, a remoção de uma desigualdade de facto ou material, mas, pelo contrário, o reconhecimento, num plano de efectividade, da igual dignidade de todas as pessoas, independentemente das suas qualidades pessoais. A deslocação da questão da proibição da discriminação da escolha da contraparte negocial para o âmbito infraconstitucional, para além do rigor analítico, tem ainda vantagens quanto aos efeitos da solução oferecida. Na verdade, o seu âmbito de aplicação é mais amplo que aquele do artigo 13.º, n.º 2, da CRP: podem considerar-se como violadoras da dignidade, ou conceber-se a tutela do direito a não ser discriminado por decisões negociais determinadas por características que não aquelas que constem no elenco do artigo 13.º, como a idade, o peso e a disforia de género. Acresce que a nossa proposta permite uma aplicação em extensão mais vasta do que aquela que resulta da legislação avulsa mencionada, pois, para além da oferta ao público, abrange os comportamentos discriminatórios nos negócios realizados na esfera privada.

BIBLIOGRAFIA

ABRANTES, J.J.: *A vinculação das entidades privadas face aos direitos fundamentais*, AAFDL, 1990.

ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*, 12.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.

BACELAR GOUVEIA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, vol. II, 3.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.

BAVIERA, G., *L'offerta al pubblico: contributo alla teoria del negozio giuridico*, Società Editrice Libreria, Milão, 1907.

BIANCA, M.: *Diritto Civile*, vol. IV: *L'obbligazione*, Giuffrè, Milão, 1992.

CANARIS, C-W.: "A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha", em AA.VV.: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pp. 223-243.

CAPELO DE SOUSA, R.: *O direito geral de personalidade*, Coimbra Editora, 1995.

DE CASTRO, F.: "El Derecho Civil y la Constitución", *Rev. der. priv.*, 1935, n.º 257, pp. 3-48.

DIAS GARCIA, M.G., "Princípio da Igualdade: Fórmula vazia ou fórmula 'carregada' de sentido?", *Separata do BMJ*, 1987, n.º 358, 1987.

DWORKIN, R.: *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

FARIA COSTA, J.: "O círculo e a circunferência: em redor do direito penal da comunicação", AA.VV.: *Estudos comemorativos de 150.º Aniversário do Tribunal da Boa Hora*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1995, p. 185.

GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, vol II, tomo I, 4.^a ed., CEDAM, Pádova, 2004.

GOMES CANOTILHO, J.: *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2003.

GOMES CANOTILHO, J.: "Dogmática de direitos fundamentais e direito privado", em AA.VV.: *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2003, pp. 339-357.

GOMES CANOTILHO, J./MOREIRA, V.: *Constituição da República Portuguesa Anotada* I, 4.ª ed., Coimbra Editora, 2007.

HÖRSTER, H.: *A Parte Geral do Código Civil Português*, Almedina, Coimbra, 1992.

LUCAS PIRES, F.: *Uma Constituição Para Portugal*, 1975.

MACHADO, J.: *Liberdade de expressão*, *Studia Iuridica* 65, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

MACHADO, J.: “A construção e utilização de locais para o culto: a perspectiva das confissões religiosas minoritárias”, separata da *Revista do Ministério Público*, 1997, n.º 69, pp. 119-152.

MAC CRORIE, B.: *A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2005.

MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Giuffrè, Milão, 2007.

MANTELLI, M.: “La tutela civile contro le discriminazioni”, *Riv. dir. civ.*, 2004, n.º 50, pp. 456-457.

MELO ALEXANDRINO, J.: *Direito Constitucional, Introdução Geral*, Princípia, 2007.

MIRANDA, J.: *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, J./MEDEIROS, R.: *Constituição Portuguesa Anotada*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

MOREIRA, I.: *A solução dos direitos, liberdades e garantias e dos direitos económicos, sociais e culturais na Constituição Portuguesa*, Almedina, Coimbra, 2007.

MOTA PINTO, P.: “Autonomia privada e discriminação – Algumas notas”, in AA.VV.: *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, vol. II, Coimbra Editora, 2005, pp. 313-363.

MOTA PINTO, P.: em “A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado português”, in AAVV.: *Direitos fundamentais e direito privado: uma perspectiva de direito comparado* (coord. por PINTO MONTEIRO, A., NEUNER, J., SARLET, I.), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 145-163.

OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *Teoria Geral do Direito Civil I*, Lisboa, 1996.

PAIS DE VASCONCELOS, P.: *O direito de personalidade*, Almedina, Coimbra, 2006.

PASSINHAS, S.: *Propriedade e personalidade no Direito Civil português*, Almedina, Coimbra, 2017.

PEREIRA DA SILVA, V.: "A vinculação das entidades privadas pelos direitos, liberdades e garantias", *RDES*, 1987, n.º 29, pp. 259-274.

REIS NOVAIS, J.: *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

REIS NOVAIS, J.: *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

SARLET, I.: "Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais", in AA.VV.: *A constituição concretizada*, (coord. por INGO WOLFGANG SARLET), Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2000, pp. 107-163.

SOUSA RIBEIRO, J.: "Constitucionalização do direito civil", *BFD*, 1998, n.º 74, pp. 729-755.

SOUSA SANTOS, B.: *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 2003.

VIEIRA DE ANDRADE, J. C.: *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

WIEMANN, J.: "Obligation to Contract and the German General Act on Equal Treatment (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*)", *German Law Journal* 11 (2010), pp. 1131-1146, disponível em <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=1288>

SOBRE LA INVOLABILIDAD DEL “DOMICILIO
CONSTITUCIONAL”.

*A STUDY ON THE INVOLABILITY OF THE “CONSTITUTIONAL
HOME”*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 124-137



Agustín
LUNA
SERRANO

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de abril de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: La inviolabilidad del domicilio se examina como derecho instrumental respecto de la privacidad, se analiza el concepto de domicilio como ámbito reservado a la intimidad de la persona y se estudian los supuestos de entrada autorizada en el mismo.

PALABRAS CLAVE: Privacidad; domicilio; inviolabilidad; penetración autorizada.

ABSTRACT: *The inviolability of the home is examined as an instrumental right of the privacy, the concept of home is analysed as a sphere reserved to the intimacy of the individual, and cases when the entrance to the home is authorised are studied.*

KEY WORDS: *Privacy; home; inviolability; authorised entrance.*

SUMARIO.- I. LAS DIFERENTES PROYECCIONES JURÍDICAS DEL CONCEPTO DE DOMICILIO.- II. DOMICILIO E INTIMIDAD.- III. DELIMITACIÓN DEL DOMICILIO PROTEGIDO.- IV. CAUSAS DE DECAIMIENTO DEL DERECHO A LA INVIOLABILIDAD.- V. CONCRECIÓN ESPECIFICADORA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.- VI. INUTILIDAD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS CON VULNERACIÓN DE LA INVIOLABILIDAD DOMICILIAR.

I. LAS DIFERENTES PROYECCIONES JURÍDICAS DEL CONCEPTO DE DOMICILIO.

En nuestro ordenamiento, para cualificar el domicilio o centro espacial de ubicación de desenvolvimiento de la persona física a efectos jurídicos, se acoge en la actualidad la idea básica de superar el tradicional criterio personalista o voluntarista del “animus manendi” y de sustituirlo por el más realista o sociológico de la “residencia habitual”, la cual puede ser fijada libremente, según proclama el art. 19.1 de la Constitución, si bien en su caso con el acuerdo del otro cónyuge si se trata del domicilio conyugal, como se desprende de cuanto dispone el artículo 70 del Código civil (sobre la figura relativa a la ubicación de la persona se destaca la contribución de ALVAREZ VIGARAY, R.: “El domicilio”, *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pp. 549 ss). Tal planteamiento de la conceptualización del domicilio resulta claramente del art. 40.1 del propio Código, definidor del mismo, “aunque sólo contiene en forma aproximada lo que debe entenderse por el domicilio de las personas naturales”, puesto que, como se señala luego, “el concepto de domicilio abarca una dimensión plural amplia” (STS 30 enero 1993)¹. La misma idea se evidencia también del art. 149 del mismo Código cuando se refiere a la posibilidad de prestar en su “propia casa” los alimentos debidos el obligado a procurarlos y se refleja igualmente, por lo demás, a propósito del lugar en que han de cumplirse las obligaciones, según refiere el art. 1171.3 del propio cuerpo legal. La concepción naturalista o realista resplandece también cuando el legislador refiere la ausencia a la desaparición de la persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, según señala el art. 183.1 del Código civil.

¹ STS 30 enero 1993 (RAJ 1993, 350), ponente Villagómez Rodil.

• **Agustín Luna Serrano**

Catedrático de derecho civil, Académico de las de Legislación y Jurisprudencia de Aragón y de Cataluña. E-mail: lunagarcia@telefonica.net

La indicada concepción de carácter realista o social trasciende en la acepción del domicilio que determina, en principio, la competencia judicial, que el art. 50.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil refiere al lugar del domicilio del demandado, y asimismo a dicha concepción naturalista y no voluntarista responden igualmente diversos apartados –los enumerados como 2, 3, 4, 6, 9 y 10– del art. 9 del Código civil relativos a la residencia habitual determinante del régimen normativo aplicable en materia de derecho internacional privado.

Por lo demás esta primígena concepción del domicilio determina también ciertos efectos reflejos, como la determinación de la competencia judicial respecto del demandado por el domicilio del actor, según previene el art. 50.2 "in fine" de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o indirectos, como los que se derivan respecto de las disposiciones testamentarias para sufragios y obras piadosas o a favor de los pobres, según es de ver en los artículos 747 y 749 del Código civil.

Ocurre, sin embargo, que conviene a la dimensión pragmática del ordenamiento proyectar en el sistema del mismo diversas concreciones de la idea inicial del domicilio, de cuyo concepto germinal el ordenamiento presenta diversas manifestaciones, ya que, como ha expresado, siquiera en pronunciamiento "obiter dictum", nuestro Tribunal Supremo (STS 10 noviembre 1992)², se encuentran diversas variantes del concepto inicial y, por tanto, genérico del domicilio, "como son el legal, el electivo, el real y el habitual".

Manifestación del domicilio legal sería, en el sentido expresado, el que se atribuye ficticiamente a los diplomáticos en razón de lo dispuesto en el art. 40.2 del Código civil o bien, a través de la misma figura legal de la ficción, la residencia que a su cónyuge atribuye el art. 23.3 del propio cuerpo legal.

Por su parte, del domicilio electivo es ejemplo el que eventualmente el demandante hace constar en la demanda o, en su caso, el que demandado señale una vez comparecido, como se indica en el art. 155.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien el que señalen de mutuo acuerdo los cónyuges residentes en distintos partidos judiciales a que se refiere el art. 679.1 de la propia ley o, en el mismo caso de diferentes residencias y tratándose de procesos sobre guarda y custodia de hijos menores, el que elija el demandante, como previene el art. 769.3 del mismo cuerpo legal o también el señalado en el lugar oficial de ubicación formal de un registro oficial, de una empresa, de una corporación o de una actividad profesional o laboral, como se trasluce del art. 155.3 y 4 de la indicada ley rituarial y asimismo el que determinan los interesados en un determinado negocio prescindiendo de la domiciliación propia para someterse a la que libremente fijan en la relación contractual creada por ellos –"domicilio por designación o afectivo"–,

2 STS 10 noviembre 1992 (RAJ 1992, 10569), ponente Martín-Granizo Fernández.

“produciéndose así un domicilio ficticio y restringido, pero que desempeña función análoga a la del domicilio real en el ámbito jurídico y de relaciones para el que se aportó expresamente y que resulta vinculante, pero no prohibido expresamente en el citado art. 40 del Código civil” (STS 3 enero 1993)³.

Del domicilio real es manifestación el lugar en que se desenvuelve la convivencia conyugal, fijado de común acuerdo o en su caso por el juez, según determina el art. 70 del Código civil, o también el que tienen los litigantes que actúan directamente o, en el caso de tratarse del primer emplazamiento del demandado, según se desprende del artículo 155.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el último común de los cónyuges o el actual de cualquiera de los solicitantes en los procedimientos de separación o divorcio de común acuerdo según establece el art. 769.2 de la misma ley. Parecen referidos básicamente al domicilio real las previsiones sobre averiguación judicial del mismo previstas en el art. 156.1, 2 y 3 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, del domicilio habitual sería buen ejemplo el que se reporta a la “casa” de la persona en que la misma desenvuelve establemente su existencia y que le consiente la opción conferida por el ya señalado artículo 149 del Código civil. Por lo demás, con bastante frecuencia y por comprensibles razones tanto de utilidad como de seguridad jurídica prefiere el Código civil referirse, en vez de al domicilio, a la residencia de la persona en preceptos tales como los arts. 15.1, 21.2 y 4 y 23 en materia de adquisición de la nacionalidad española.

A todas estas indicadas manifestaciones del concepto de domicilio, a veces apegadas a la realidad y otras, por razón de la eficacia del derecho, más o menos radicalmente desligadas de la misma, cabe añadir, con la dimensión que luego se señala, el que se ha configurado jurisprudencialmente como “domicilio constitucional”.

II. DOMICILIO E INTIMIDAD.

Como se ha observado en alguna ocasión por la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento relativamente reciente del derecho a la intimidad es desarrollo de las libertades fundamentales que tradicionalmente se habían venido configurando en las Cartas Magnas como derechos a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, en cuanto que las mismas “tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado”, según ha expresado con acierto nuestro Alto Tribunal garante

3 STS 3 enero 1993 (RAJ 1993, 350), ponente Villagómez Rodil.

de la Constitución (STC 26 noviembre 1984)⁴, que aduce, respecto de esta derivación hacia "el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida", que el mismo está en buena parte determinado por razón del "avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación", lo que "ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada".

En el sentido ahora expresado, es claro que "la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona", de manera que puede sin duda afirmarse que "existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro de un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad (art. 18.1 de la Constitución)" (STC 17 febrero 1984)⁵.

De ello se deriva, sin duda, que el concepto de domicilio elaborado por el Tribunal Constitucional supere el tradicional en orden a la efectividad del derecho fundamental de su inviolabilidad que aparece plasmado en el artículo 18.2 de la Constitución, precepto que "tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada y familiar", "razón por la cual lo protegido a través de este derecho es, más que el mero o estricto espacio físico en sí mismo considerado, lo que en él hay de emancipación de la persona" (STS 30 diciembre 1992)⁶. Esta consideración ha sido objeto de subrayada manifestación en una continuada doctrina del Tribunal Constitucional, en la que se expresa que, mediante el art. 18.2 de la Constitución, cuya proclamación coincide con la contenida en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que se trata de proteger es lo que en el espacio físico que es el domicilio "hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella" (STC 17 febrero 1984)⁷, de manera que este planteamiento se reitera con frecuencia (STC 26 noviembre 1984; 18 julio 1991; 23 febrero 1995; 26 abril 1999; 29 mayo 2000; 29 mayo 2001; 17 enero 2002, entre otras)⁸, señalándose que lo protegido constitucionalmente no es tanto el mero y estricto espacio físico en sí mismo considerado sino lo que hay en él de emanación de la persona y de la

4 STC 110/1984, 26 noviembre (RTC 1984, 110), ponente Latorre Segura.

5 STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

6 STS 10569/1992, 30 diciembre (RAJ 1992, 10569), ponente Martín-Granizo Fernández.

7 STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

8 STC 110/1984, 26 noviembre (RTC 1984, 110), ponente Latorre Segura; 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra; 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende; 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos; 136/2000, 29 mayo (RTC 2000, 136), ponente Jiménez de Parga y Cabrera; 119/2001, 29 mayo (RTC 2001, 119), ponente Jiménez de Parga y Cabrera; 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde, entre otras.

esfera privada de ella. Cabe recordar, por lo demás, que, incluso en una resolución de mero trámite, el propio Tribunal Constitucional, recogiendo tan reiterada doctrina, había hecho delimitación del domicilio a los efectos de su inviolabilidad al “espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí considerado sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella” (ATC 3 abril 1989)⁹.

Todo ello supone que el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio es básicamente negativo, puesto que lo que fundamentalmente se garantiza –de ahí su carácter de instrumental– es la facultad del titular de la vivienda de excluir a los demás de ese ámbito espacial reservado en que desenvuelve su intimidad.

Puede decirse, en definitiva, que, en la consideración de ser la inviolabilidad domiciliaria garantía de la protección eficaz del derecho a la intimidad, el domicilio constitucionalmente protegido “comporta un ámbito de intimidad específico” al que se conecta o del que se desprende “la garantía constitucional de su inviolabilidad”, entendiendo por tal el “ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma que resulta ‘exento de’ o ‘inmune a’ cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos” STC 21 octubre 2013, que recuerda al respecto las ya citadas STC 17 febrero 1984 y 17 enero 2002¹⁰.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo –respecto del que tengan con arreglo a lo dispuesto en el art. 41 del Código civil– a las personas jurídicas (entre otras STC 17 octubre 1985)¹¹, si bien con una menor intensidad de protección por faltar en su caso una estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario de modo que la protección constitucional únicamente debe extenderse a los espacios indispensables para el desarrollo de la actividad de la persona jurídica, a los de ubicación de la dirección o a los destinados a la custodia de documentos o soportes que quedan reservados al conocimiento de terceros (STC 26 abril 1999)¹².

9 ATC 17/1989, 3 abril 1989 (RTC 1989, 17).

10 STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez, que recuerda al respecto las ya citadas STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22) ponente Díez-Picazo y Ponce de León, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde.

11 STC 137/1983, 17 octubre (RTC 1985, 137), ponente Pera Verdagué. Véase también la STC 54/2015, 16 marzo (RTC 2015, 54), ponente González Rivas, que la tiene en cuenta.

12 STC 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos.

III. DELIMITACIÓN DEL DOMICILIO PROTEGIDO.

Cuanto antecede "obliga a mantener, por lo menos «prima facie», un concepto consitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo" (STC 17 febrero 1984)¹³. En este sentido, se considera domicilio el "espacio físico donde la persona desarrolla su esfera privada o libertad más íntima, abarcando no sólo el lugar donde se pernocta habitualmente sino también el ámbito erigido por una persona para desarrollar en él alguna actividad" (STC 17 octubre 1985)¹⁴.

Es evidente, con todo, que no cualquier espacio puede ser considerado domicilio a los efectos del mandato constitucional de su inviolabilidad. Tal ocurre con relación a unas oficinas, a unos almacenes, a unas fábricas o a unos locales comerciales (STC 16 diciembre 1997)¹⁵, a un bar (STC 27 noviembre 2000)¹⁶, o a un automóvil, salvo que se trate de un vehículo tipo caravana en el que se puede desenvolver de una manera estable la vida de la persona (STS 19 septiembre 1994 y 5 febrero 2003)¹⁷. Tampoco pueden considerarse domicilio, a los efectos examinados y a diferencia de las habitaciones (STC 17 enero 2002)¹⁸, las zonas comunes de un hotel, puesto que "el hecho de que estas dependencias hoteleras sean de uso común para todos los huéspedes e, incluso, para terceros, impide su consideración como domicilio a efectos constitucionales", esto es, como aquél lugar en que los "individuos libres de toda sujeción a convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que hay en él de emanación de la persona y de su esfera privada (STC 21 octubre 2013)¹⁹. En relación a una celda carcelaria, aunque la misma puede considerarse que es "espacio apto para desarrollar la vida privada" (STC 27 noviembre 2000)²⁰, no parece que pueda considerarse domicilio, en el sentido constitucional de su inviolabilidad, respecto de la inspección por parte de las autoridades penitenciarias (STC 27 marzo 2006)²¹ y desde luego no habría de valorarse como tal en el supuesto de tratarse

13 STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

14 STC 137/1985, 17 octubre (RTC 1985, 137), ponente Pera Verdager.

15 STC 228/1997, 16 diciembre (RTC 1997, 228), ponente García Manzano.

16 STC 283/2000, 27 noviembre (RTC 2000, 283), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

17 STS -Sala 2ª- 1626/1994, 19 septiembre (RAJ 1994/1626), ponente De Vega Ruiz, e igualmente STS -Sala 2ª- 158/2003, 5 febrero (RAJ 2003/1725), ponente Soriano Soriano.

18 STC 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde, que precisa que "ni la accidentalidad, temporalidad o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de la misma que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculo a su consideración", al ser "espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada". Por su parte, la STC 189/2004, 4 noviembre (RTC 2004, 189), ponente Delgado Barrio, considera igualmente espacio apto para el desarrollo de la vida privada y protegido por el derecho a la inviolabilidad a la habitación en una residencia militar.

19 STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez.

20 STC 283/2000, 27 noviembre (RTC 2000, 283), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

21 STC 89/2006, 27 marzo (RTC 2006, 89), ponente Casas Baamonde.

de reclusos particularmente peligrosos, cuya celda es lógico registrar, o que se encuentren en situación de aislamiento especial, en cuyo caso, según la normativa penitenciaria, “diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos” (STC 21 d mayo 2012)²².

Evidentemente no puede constituir domicilio protegido por la declaración constitucional de inviolabilidad un monte o bosque, aunque puede encontrarse dentro del mismo “un espacio físico susceptible de merecer la calificación de domicilio a los efectos del art. 18.2 de la Constitución”, “en cuanto sirva de morada o habitación a una persona física en la que ésta desarrolla su vida privada, incluso si es de forma esporádica” (STC 22 octubre 2015)²³.

IV. CAUSAS DE DECAIMIENTO DEL DERECHO A LA INVIOABILIDAD.

Con el carácter de fundamental del derecho a la inviolabilidad del domicilio, constitucionalmente establecido para garantizar el ámbito de la privacidad personal, se corresponde el establecimiento de la interdicción de la entrada y del registro domiciliario –del que en realidad la entrada es puramente instrumental–, salvo que medie la circunstancia de flagrante delito sean la entrada y registro consentidos por el titular del domicilio o sean realizados los mismos al amparo de una resolución judicial (STC 10 febrero 2003, que recuerda con acierto las STC 17 febrero 1984, y 17 enero 2002)²⁴, supuestos de autorización de la entrada y registros domiciliarios que, a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano –casos y formas establecidos por la ley– o el alemán –autorización no judicial de entrada forzosa en supuestos de urgencia–, tienen en el nuestro carácter rigurosamente taxativo (STC 25 julio 1995 y 29 mayo 2000, entre otras)²⁵. En efecto, como ha expresado la propia jurisprudencia constitucional, “en el caso de la Constitución española y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado I del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular y de flagrancia delictiva”, “se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial” (STC 18 julio 1991)²⁶.

Como es lógico, el consentimiento del titular del domicilio a la entrada en el mismo, circunstancia que hace decaer su derecho constitucional a su inviolabilidad, debe ser del todo consciente y libre y, naturalmente, prestada por el titular de

22 STC 106/2012, 21 mayo (RTC 2012, 106), ponente Sala Sánchez.

23 STC 214/2015, 22 octubre (RTC 2015, 214), ponente Ollero Tassara.

24 STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón; 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León; y 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde.

25 STC 126/1995, 25 julio (RTC 1995, 126), ponente Jiménez de Parga y Cabrera y 136/2000, 29 mayo (RTC 2000, 136), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

26 STC 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra.

dicho derecho. Un caso especial se plantea respecto del supuesto de la titularidad compartida de dicho derecho, como ocurre en el caso del domicilio conyugal, supuesto en el que cabría pensarse que el consentimiento de uno sólo de los cónyuges es suficiente para legitimar la entrada en el domicilio y registro del mismo (STC 10 febrero 2003)²⁷. Esta apreciación puede considerarse desde luego convincente en el supuesto de que el cónyuge o, en su caso, el conviviente que da la autorización no tenga un interés contrapuesto al del otro con el que vive compartiendo la vivienda, como, por ejemplo, si la entrada en el domicilio tiene por objeto que la fuerza pública, fuera del caso del flagrante delito, se proponga registrar el domicilio para investigar si existen en él más armas pertenecientes a quien anteriormente ha intentado con otras amedrentar a la persona de su esposa o conviviente que consiente dicho registro²⁸.

El consentimiento eficaz del sujeto titular del derecho a la inviolabilidad de su domicilio para la injerencia en el mismo no tiene que ser necesariamente expreso, pudiendo ser también tácito, si bien, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intrusión domiciliar no podrá entenderse como consentimiento tácito (STC 16 marzo 2015)²⁹, con doctrina que se viene reiterando en la jurisprudencia constitucional (STC 17 febrero 1984 y STC 24 septiembre 2007)³⁰.

Al consentimiento habrá de equipararse la falta de reacción procesal tempestiva de la persona o de sus representantes habilitados para ello frente a la resolución judicial autorizante de la entrada y registro eventualmente formulada defectuosamente –por ejemplo, por omisión de la conocida como instrucción de recursos– cuyo defecto se denuncia con posterioridad a la práctica del registro anunciado al interesado, en virtud de la resolución autorizante en que se había hecho la expresada omisión, con suficiente antelación. Como se expresa al respecto por el Tribunal Constitucional, "no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión 'se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de necesaria diligencia o de los profesionales que le representan o defienden.'" (STC 3 noviembre 2014)³¹.

La flagrancia del delito es circunstancia comprensible del decaimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, si bien en razón del carácter fundamental

27 STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

28 Cfr., voto particular a la anteriormente citada STC 22/2003 formulado por Jiménez Sánchez.

29 STC 54/2015, 16 marzo (RTC 2015, 54), ponente González Rivas.

30 STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León y 209/2007, 24 septiembre (RTC 2007, 209), ponente Casas Baamonde.

31 STC 175/2014, 3 noviembre (RTC 2014, 175), ponente Roca Trias, que aduce al respecto, recogiendo sus palabras, las STC 275/2005, 7 noviembre (RTC 2005, 275), ponente Aragón Reyes; 55/2006, 27 febrero (RTC 2006, 55), ponente Pérez Tremps; y 10/2009, 12 enero (RTC 2009, 10), ponente Conde Martín de Hijas.

de tal derecho ha de valorarse de manera exigente y restrictiva en función de la realidad de haber lugar a la misma contemporáneamente al momento mismo de la entrada en el domicilio cuya inviolabilidad se protege constitucionalmente y no en un momento posterior, puesto que en este segundo momento y pasado aquél puede considerarse que ya no tiene lugar que no tiene un delito flagrante, puesto que, como se precisa en relación a una solicitud de amparo, “aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo la flagrancia del mismo cesó” (STC 10 febrero 2003)³².

Respecto de la autorización judicial, cabe subrayar que la misma se concibe en nuestro sistema como “mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no –como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución– a reparar su violación cuando se produzca”. En este sentido, cabe afirmar, que la resolución judicial “aparece para decidir, en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 de la Constitución u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos (STC 18 julio 1991)³³.

La resolución judicial debe ser, desde luego, motivada, de modo que pueda atribuirse a dicha motivación constituir la vía de la verificación de que la actuación judicial ha operado como garantía de la excepcionalidad de la injerencia permitida por el art. 18.2 de la Constitución y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho constitucional (STC 27 septiembre 1999 y 17 enero 2000)³⁴.

Está legitimado para reclamar ante los tribunales ordinarios contra la invasión ilegítima de su domicilio el titular del mismo y legitimado, en su caso, para formular el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional aquél reclamante que no obtuvo satisfacción a través de unas actuaciones judiciales que han llegado al agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo, presupuesto procesal –que cumple únicamente dicha función de agotar la vía judicial (STC 16 marzo 1981)³⁵–, que es claro que “no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fueran imaginables, incluso aquéllos de dudosa viabilidad (STC 28 febrero 2011)³⁶, entre otras, de modo que dicho agotamiento queda cumplido con la utilización de los que “razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos o análisis jurídicos” (STC 21 de julio 2008

32 STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

33 STC 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra.

34 STC 171/1999, 27 septiembre (RTC 1999, 171), ponente Viver Pi-Sunyer; y 8/2000, 17 enero, (RTC 2000, 8), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

35 STC 6/1981, 16 marzo (RTC 1981, 6), ponente Rubio Llorente.

36 STC 11/2011, 28 febrero (RTC 2011, 11), ponente Asua Batarrita.

y 15 junio 2009)³⁷. Cabe decir, en conclusión (como hace la antes recordada STC 21 octubre 2013)³⁸, recogiendo doctrina jurisprudencial anterior), que "no se trata, por tanto, de establecer con total precisión si un recurso es o no procedente, sino decidir si era razonablemente exigible su interposición.

V. CONCRECIÓN ESPECIFICADORA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL.

La sentencia judicial que autorice la entrada en un domicilio privado, además de hacer comprobación de la proporcionalidad de la entrada domiciliar que se solicita en cuanto a la finalidad perseguida, deberá también considerar y, en su caso, precisar las circunstancias temporales de dicha entrada, todo ello con el objeto de que no se restrinja de modo innecesario del derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado (STC 23 febrero 1995 y 26 abril 1999, recordadas al efecto por la STC 4 noviembre 2013)³⁹. Por lo demás, como cualquier otra resolución judicial, también la que autorice la entrada en un domicilio privado, haciendo así dispensa de la regla general de su inviolabilidad, deberá estar adornada de los criterios de ponderación y de proporcionalidad – recurrentes en la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo en tema de inviolabilidad del domicilio (STC 23 febrero 1995; 26 abril 1999; 27 septiembre 1999; 16 mayo 2000; 11 diciembre 2000; 4 noviembre 2013 y STS 27 noviembre 2017)⁴⁰ y, desde luego, de razonabilidad.

Pueden, sin duda, plantearse situaciones de particular delicadeza en aquellos supuestos en que, habiendo menores a los que la pérdida por desalojo del hogar familiar ilegalmente ocupado les pueda colocar en una situación de particular vulnerabilidad, deba entonces tenerse en cuenta la situación personal, social y familiar en que dichos menores puedan encontrarse (STS 23 noviembre 2017)⁴¹ y también en aquéllos en que la entrada en el domicilio se ordene a su desalojo para su posterior demolición y pueda considerarse que en el caso concreto

37 STC 85/2008, 21 julio (RTC 2008, 85) y 142/2009, de 15 de junio (RTC 2009, 142), ponente en ambas Casas Baamonde.

38 STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez.

39 STC 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende; 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos, recordadas al efecto por la STC 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188), ponente López López. En el mismo sentido, la STC 76/1992, 14 mayo (RTC 1992, 76), ponente García-Mon y González-Reguerual señala que la sentencia de autorización de entrada en el domicilio debe apreciar que la misma está fundada en derecho y que es necesaria para alcanzar el fin perseguido y precaver "que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto".

40 STC 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende; 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos; 171/1999, 27 septiembre (1999, 171), ponente Viver Pi-Sunyer; 126/2000, 16 mayo (RTC 2000, 126), ponente Conde Martín de Hijas; 299/2000, 11 diciembre (RTC 2000, 299) ponente Conde Martín de Hijas; 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188) ponente López López; y STS -Sala 3ª- 1797/2017, 27 noviembre (RAJ 2017, 1797), ponente Bandrés Sánchez-Cruzat.

41 STS -Sala 3ª- 1797/2017, 27 noviembre (RAJ 2017, 1797), ponente Bandrés Sánchez-Cruzat, tiene en cuenta los arts 11 y 12 de la Ley orgánica 1/1996, 15 marzo, de protección jurídica del menor y el art. 27.1 y 3 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

concurrir enfrentados entre sí el derecho de la persona a la inviolabilidad del domicilio, el derecho de una corporación pública a la recuperación de la legalidad urbanística, eventualmente en relación a zonas de asentamientos humanos irregulares consolidados (o también cuando haya lugar a una orden de demoler un edificio que amenaza ruina), y el derecho a gozar de una vivienda digna. En relación a casos semejantes se ha postulado, sobre la base de una idea de proporcionalidad, que la autoridad judicial a la que se pide autorización para el ingreso en el domicilio “tenga también en cuenta la realidad social” y considere la oportunidad de coordinar temporalmente la solicitada entrada en el domicilio con la obtención por parte de los interesados afectados por ella de medios alternativos y apropiados de protección, teniendo en todo caso en cuenta la jurisprudencia dictada en casos semejantes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los mismos⁴². El Tribunal de Estrasburgo, en efecto, proclama que las personas que corren el riesgo de perder el hogar familiar han de tener la garantía de que la medida adoptada será proporcionada y razonable y tendrá en cuenta todos los aspectos del caso de carácter social y personal (STEDH 24 abril 2012 y 17 octubre 2013)⁴³.

VI. INUTILIDAD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS CON VULNERACIÓN DE LA INVOLABILIDAD DOMICILIARIA.

Cabe significar, finalmente, por cuanto que la entrada en un domicilio se ordena con frecuencia a la obtención de pruebas, que, si tal entrada no es consentida o autorizada, vulnera el mandato del art. 18.2 de la Constitución, de modo que, consecuentemente y si bien la prohibición de valorar en juicio las pruebas obtenidas con claro desconocimiento de los derechos fundamentales sustantivos no se expresa en ninguna norma constitucional, el no acogimiento de la solución de rechazar la admisión en juicio de dichas pruebas supondría la negación o el desconocimiento de las garantías que deben rodear al proceso, según proclama el art. 26.2 de la Constitución, y chocaría, en definitiva, con la exigencia de un justo proceso al que con frecuencia se refiere la doctrina científica (STC 29 noviembre 1984; 2 abril 1998; 17 marzo 2001 y 11 febrero 2002, entre otras)⁴⁴.

Lógicamente, tal rechazo de la admisión como prueba de lo eventualmente advertido o hallado en el domicilio ilegítimamente invadido alcanza también a las pruebas reflejas que de la misma se deriven –como atestados que documentan la

42 Cfr. al respecto el voto particular formulado por Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita a la citada STC 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188), ponente López López.

43 STEDH 24 abril (PROV 2012, 142849), caso Yordanova y otros c. Bulgaria, y 17 octubre (PROV 2013, 321282), caso Winsterstein y otros c. Francia.

44 STC 114/1984, 29 noviembre (RTC 1984, 114), ponente Díez-Picazo y Ponce de León; 81/1998, 2 abril (RTC 1998, 81), ponente Vives Antón; 69/2001, 17 marzo (RTC 2001, 69), ponente Jiménez Sánchez y 28/2002, 11 febrero (RTC 2002, 28), ponente Gay Montalvo.

actuación judicial y declaraciones de los agentes de las fuerzas de seguridad o de testigos presenciales—, por cuanto que “tales pruebas no son sino una materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental”, dado que “con ellas lo que accedió al juicio fue, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita que, al estar indisolublemente unido a ésta, ha de seguir su misma suerte⁴⁵.

45 Cfr. STC 94/1999, 31 mayo (RTC 1999, 94), ponente Vives Antón; 139/1999, 22 julio (RTC 1999, 139), ponente Conde Martín de Hijas y 161/1999, 27 septiembre (RTC 1999, 161), ponente Vives Antón, recordadas todas ellas en el voto particular formulado por Jiménez Sánchez en relación a la ya citada STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

EL USO DE LA IMAGEN DEL MENOR ESTUDIANTE EN
LOS CENTROS EDUCATIVOS (ESPECIAL ATENCIÓN AL USO
DE LAS REDES SOCIALES)

*HE USE OF THE IMAGE OF THE MINOR STUDENT IN THE
EDUCATIONAL CENTERS (SPECIAL ATTENTION TO THE USE OF
THE SOCIAL NETWORKS)*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 138-179



Pedro
GRIMALT
SERVERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de julio de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: En el presente estudio se analiza el uso de la imagen de estudiante menor de edad por un centro escolar especialmente en las redes sociales. Se analiza si la libertad de educación y la libertad de información pueden justificar el uso de la imagen del menor sin necesidad de recabar consentimiento alguno. También se analiza el uso de la imagen del estudiante por parte del centro escolar con el consentimiento de los menores de edad o el de los representantes legales, así como la intervención del Ministerio Fiscal.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen; menor de edad; redes sociales; centros escolares; libertad de educación; libertad de información; consentimiento del menor de edad; consentimiento de los representantes legales del menor de edad.

ABSTRACT: *In the present study we analyze the use of the image of underage student by a school especially in the social networks. It is analyzed whether freedom of education and freedom of information can justify the use of the image of the child without the need to obtain consent. It also analyzes the use of the student's image by the school with the consent of the minors or that of the legal representatives, as well as the intervention of the Fiscal Ministry.*

KEY WORDS: *Right to self-image; underage; social networks; schools, freedom of education; freedom of information; consent of the minor; consent of the legal representatives of the minor.*

SUMARIO.- I. EL DERECHO DEL MENOR A SU PROPIA IMAGEN EN UN CENTRO DOCENTE: EDUCACIÓN Y DEBER DE VIGILAR DE LOS PADRES.- 1. Consideraciones generales.- 2. ¿Se puede imponer el uso de las redes sociales a los menores en el ámbito escolar en detrimento de su propia imagen?- 3. Las redes sociales como medio para informar a los representantes legales de la educación de sus representados.- 4. ¿La libertad de información puede justificar el uso de la imagen del menor sin el consentimiento del menor o de sus representantes legales?- **II. EL CONSENTIMIENTO.-** 1. Consideraciones generales. El consentimiento debe ser específico.- 2. El consentimiento del menor (I): los 16 años como punto de partida (de momento) - en el marco de los servicios de la sociedad de la información 3. El consentimiento del menor (II): las condiciones de madurez del menor que no ha cumplido los 16 años, siempre que sea mayor de 13 años.- 4. El consentimiento del menor (III): la incidencia de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDDG) en la prestación del consentimiento del menor de edad no emancipado- 5. El consentimiento de los titulares de la patria potestad (o de los tutores).- 6. La intervención del ministerio fiscal.

I. EL DERECHO DEL MENOR A SU PROPIA IMAGEN EN UN CENTRO DOCENTE: EDUCACIÓN Y DEBER DE VIGILAR DE LOS PADRES

I. Consideraciones generales

No descubro nada si empiezo este trabajo afirmando que los menores de edad son titulares del derecho fundamental a la propia imagen¹ (art. 18 Constitución²)

- 1 El alcance del derecho fundamental a la propia imagen se plasma, entre otras, en la STC (Sala Segunda) 176/2013, de 21 de octubre: “[...] Por lo que respecta al derecho a la propia imagen, este Tribunal ha estimado en numerosas Sentencias que no puede ser concebido como una faceta o manifestación más del derecho a la intimidad o el honor, pues si bien todos los derechos identificados en el art. 18 de la Constitución mantienen una estrecha relación, en tanto que se inscriben en el ámbito de la personalidad, cada uno de ellos tiene un contenido propio y específico. Concretamente, el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En definitiva, lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (ATC 28/2004, FJ 3). En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde (SSTC, además de las dos anteriormente citadas, 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2 y 83/2002, de 22 de abril, FJ 4). Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación [...]”.
- 2 El art. 4.1 LOPJM dispone: “*Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así*

• **Pedro Grimalt Servera**

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de las Illes Balears. Correo electrónico: pedro.grimalt@uib.es

y que lo pueden ejercer en todos los ámbitos de su vida, incluido el escolar (obviamente, si los menores de edad no tuvieran capacidad de obrar suficiente, deberían ser los representantes legales quienes decidieran sobre el ejercicio de este derecho).

Ahora bien, “[...] el derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto o incondicionado, de manera que ante determinadas circunstancias la regla general, conforme a la cual es el titular del derecho quien decide si permite o no la captación y difusión de imágenes, queda excluida a favor de los otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos [...]” (STC -Sala Segunda- 18/2015, de 16 de febrero). Siendo esto así, hay que interesarse por el derecho (deber³) fundamental a la educación (art. 27.1 Constitución), del que serían titulares los centros docentes⁴, ya que podría entrar en conflicto con el derecho fundamental a la propia imagen.

En efecto, actualmente, el uso de las redes sociales⁵ puede y debe formar parte del proceso educativo de los menores y no solo porque así se deduzca del muy reciente art. 2.1.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), “El sistema educativo español se orientará a la consecución de los siguientes fines: [...] 1) La capacitación para garantizar la plena inserción del alumnado en la sociedad digital y el aprendizaje de un uso seguro de los medios digitales y respetuoso con la dignidad humana, los valores constitucionales, los derechos fundamentales y, particularmente, con el respeto y la garantía de la intimidad individual y colectiva”⁶, sino porque este derecho/deber educativo ya se desprende de los principios que informan el sistema de protección de los menores y el sistema educativo: así, si se

como del secreto de las comunicaciones” (el subrayado es mío).

- 3 El art. 27.4 Constitución dispone que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita. En nuestro Ordenamiento Jurídico, de acuerdo con el art. 3.3 LOE, constituyen la educación básica, la educación primaria y la educación secundaria obligatoria: “La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad [...]” (art. 4.2 LOE). La obligación de escolarizar a los menores entre los 6 y 16 años, de acuerdo con la STC (Sala Primera) 133/2010, de 2 de diciembre, sería constitucionalmente legítima.
- 4 Así se deduce relacionando el art. 27.6 Constitución, “Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales”, con la siguiente afirmación en “obiter dictum” del Tribunal Constitucional (Sala Primera) en su sentencia 139/1995, de 26 de septiembre: “[...] La Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones. Así, por ejemplo, la libertad de educación está reconocida a los centros docentes (art. 27 C.E.) [...]”.
- 5 El diccionario de la Real Academia Española define red social como “plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios”. Aunque también resultan muy gráficas las definiciones que puede encontrarse por ejemplo en la popular wikipedia, “Una red social es una estructura social compuesta por un conjunto de actores (tales como individuos u organizaciones) que están relacionados de acuerdo a algún criterio (relación profesional, amistad, parentesco, etc.)”, o en concepto.de, “Las redes sociales son sitios de Internet formados por comunidades de individuos con intereses o actividades en común (como amistad, parentesco, trabajo) y que permiten el contacto entre estos, de manera que se puedan comunicar e intercambiar información”.
- 6 Es la disposición final décima LOPDDG, que entra en vigor el 7 de diciembre de 2018, la que incluye el apartado I del art. 2.1 en la LOE.

relacionan, entre otros, los arts. 5.¹⁷ y 9. quáter.³⁸ ambos de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LOPJM)⁹, con los apartados c)¹⁰, k)¹¹ y l)¹² del art. 1 LOE (que establecen algunos de los principios que rigen nuestro sistema educativo) y los apartados e)¹³ y g)¹⁴ del art. 91.1 LOE (que involucran al profesorado en el desarrollo de los alumnos como personas), se permite concluir que el centro docente en general, y el profesorado en particular, deben coadyuvar muy activamente en el aprendizaje del menor en un uso de las redes sociales adecuado (seguro¹⁵) y respetuoso con los derechos y libertades de otras personas.

Además, en la medida en que no es posible sustraerse de la realidad social del tiempo en que resultan de aplicación las normas jurídicas, hay que ser muy consciente de que el uso de las redes sociales, como medio para interactuar entre las personas, actualmente forma parte esencial de nuestra vida; por tanto, para nada hay que descartar el uso de las mismas como medio de comunicación entre el centro docente y el profesorado y los representantes legales en el uso de las potestades de estos últimos, potestades plasmadas fundamentalmente en el art.

- 7 “Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos” (la cursiva es mía).
- 8 “A través del sistema educativo se implantará el conocimiento que los menores deben tener de sus derechos y deberes como ciudadanos, incluyendo entre los mismos aquellos que se generen como consecuencia de la utilización en el entorno docente de las Tecnologías de la Información y Comunicación”.
- 9 No solo la LOPJM presta atención a la educación del menor en la de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación; también lo hace la propia LOE, por ejemplo, en sus arts. 14.5 (educación primaria) y 17.i (educación secundaria).
Art. 14.5 LOE: “Corresponde a las Administraciones educativas fomentar una primera aproximación a la lengua extranjera en los aprendizajes del segundo ciclo de la educación infantil, especialmente en el último año. Asimismo, fomentarán una primera aproximación a la lectura y a la escritura, así como experiencias de iniciación temprana en habilidades numéricas básicas, en las tecnologías de la información y la comunicación y en la expresión visual y musical”.
Art. 17.1 LOE: “La educación secundaria obligatoria contribuirá a desarrollar en los alumnos y las alumnas las capacidades que les permitan: [...] e) Desarrollar destrezas básicas en la utilización de las fuentes de información para, con sentido crítico, adquirir nuevos conocimientos. Adquirir una preparación básica en el campo de las tecnologías, especialmente las de la información y la comunicación”.
- 10 “c) La transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación”.
- 11 “k) La educación para la prevención de conflictos y la resolución pacífica de los mismos, así como para la no violencia en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y en especial en el del acoso escolar”.
- 12 “l) El desarrollo, en la escuela, de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como la prevención de la violencia de género”.
- 13 “Las funciones del profesorado son, entre otras, las siguientes: [...] e) La atención al desarrollo intelectual, afectivo, psicomotriz, social y moral del alumnado”.
- 14 “Las funciones del profesorado son, entre otras, las siguientes: [...] g) La contribución a que las actividades del centro se desarrollen en un clima de respeto, de tolerancia, de participación y de libertad para fomentar en los alumnos los valores de la ciudadanía democrática”.
- 15 Esto es, enseñarles, entre otras cosas, los peligros de presente y de futuro derivados de un mal uso de las redes sociales.

154.1º Código Civil¹⁶, cuando los representantes sean los progenitores, o en el art. 269.2º del Código Civil¹⁷, cuando los representantes sean tutores, pero también en los apartados d)¹⁸ y e)¹⁹ del art. 4.1 y apartados d)²⁰ y e)²¹ del art. 4.2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación y en el art. 118.4 LOE²² (o, más específicamente, en el art. 12.3 LOE²³, para la enseñanza infantil -enseñanza hasta los 6 años).

Pero no solo hay que tener en cuenta el derecho/deber fundamental de educación, también podría resultar relevante el ejercicio de la libertad de información de los centros docentes. Si bien es cierto que es discutible que los centros docentes sean titulares de la libertad de información del art. 20

-
- 16 Es función de los titulares de la patria potestad del menor no emancipado: "Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral".
- 17 "El tutor está obligado a velar por el tutelado y, en particular: [...] 2º. A educar al menor y procurarle una formación integral".
- 18 "A estar informados sobre el progreso del aprendizaje e integración socio-educativa de sus hijos".
- 19 "A participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos".
- 20 "Participar de manera activa en las actividades que se establezcan en virtud de los compromisos educativos que los centros establezcan con las familias, para mejorar el rendimiento de sus hijos".
- 21 "Conocer, participar y apoyar la evolución de su proceso educativo, en colaboración con los profesores y los centros".
- 22 "A fin de hacer efectiva la corresponsabilidad entre el profesorado y las familias en la educación de sus hijos, las Administraciones educativas adoptarán medidas que promuevan e incentiven la colaboración efectiva entre la familia y la escuela".
- 23 "Con objeto de respetar la responsabilidad fundamental de las madres y padres o tutores en esta etapa, los centros de educación infantil cooperarán estrechamente con ello".

Constitución^{24, 25}, en este estudio, sobre la base del carácter dinámico del

- 24 Si bien en el caso se dilucidaba si las personas jurídicas eran titulares del derecho fundamental al honor, las afirmaciones plasmadas en la STC (Sala Primera) 139/1995, de 26 de septiembre, permitirían defender que los centros docentes son titulares de la libertad de información siempre que dicha información se ejercite en relación con los fines propios del centro docente: “La Constitución española no contiene ningún pronunciamiento general acerca de la titularidad de derechos fundamentales de las personas jurídicas, a diferencia, por ejemplo, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, en la que expresamente su art. 19.3 reconoce que los derechos fundamentales rigen para las personas jurídicas nacionales en tanto y en cuanto, por su naturaleza, sean aplicables a las mismas. De todos modos, si bien lo anterior es cierto, también lo es que ninguna norma, ni constitucional ni de rango legal, impide que las personas morales puedan ser sujetos de los derechos fundamentales. [...] La Constitución, además, contiene un reconocimiento expreso y específico de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones. Así, por ejemplo, la libertad de educación está reconocida a los centros docentes (art. 27 C.E.); el derecho a fundar confederaciones está reconocido a los sindicatos (art. 28.1 C.E.); la libertad religiosa se garantiza a las asociaciones de este carácter (art. 16 C.E.) o las asociaciones tienen reconocido el derecho de su propia existencia (art. 22.4 C.E.). [...] Junto a este reconocimiento, expreso o implícito, de titularidad de derechos fundamentales a las personas jurídicas, el texto constitucional delimita una peculiar esfera de protección. Nuestra Constitución configura determinados derechos fundamentales para ser ejercidos de forma individual; en cambio otros se consagran en el Texto constitucional a fin de ser ejercidos de forma colectiva. Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos, más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito [...] colectivo y social. Así se ha venido interpretando por este Tribunal, y es ejemplo reciente de esta construcción la STC 52/1995 por la que se reconoce a la empresa [...], dedicada a la difusión de publicaciones, el derecho a expresar y difundir ideas, pensamientos y opiniones, consagrado en el art. 20.1 a) C.E. [...] Sin embargo, la protección que los derechos fundamentales otorgan a las personas jurídicas no se agota aquí. Hemos dicho que existe un reconocimiento específico de titularidad de determinados derechos fundamentales respecto de ciertas organizaciones. Hemos dicho, también, que debe existir un reconocimiento de titularidad a las personas jurídicas de derechos fundamentales acordes con los fines para los que la persona natural las ha constituido. En fin, y como corolario de esta construcción jurídica, debe reconocerse otra esfera de protección a las personas morales, asociaciones, entidades o empresas, gracias a los derechos fundamentales que aseguren el cumplimiento de aquellos fines para los que han sido constituidas, garantizando sus condiciones de existencia e identidad. [...] Cierto es que, por falta de una existencia física, las personas jurídicas no pueden ser titulares del derecho a la vida, del derecho a la integridad física, ni portadoras de la dignidad humana. Pero si el derecho a asociarse es un derecho constitucional y si los fines de la persona colectiva están protegidos constitucionalmente por el reconocimiento de la titularidad de aquellos derechos acordes con los mismos, resulta lógico que se les reconozca también constitucionalmente la titularidad de aquellos otros derechos que sean necesarios y complementarios para la consecución de esos fines. En ocasiones, ello sólo será posible si se extiende a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales que protejan -como decíamos- su propia existencia e identidad, a fin de asegurar el libre desarrollo de su actividad, en la medida en que los derechos fundamentales que cumplan esta función sean atribuibles, por su naturaleza, a las personas jurídicas. [...] Bajo esta perspectiva destaca la STC 23/1989, en la que se afirma que este Tribunal ‘ha venido considerando aplicable, implícitamente y sin oponer reparo alguno, el art. 14 C.E. a las personas jurídicas de nacionalidad española, como titulares del derecho que en él se reconoce, como se pone de manifiesto, entre otras, en las SSTC 99/1983, 20 y 26/1985 y 39/1986, sin que existan razones para modificar esta doctrina general’ (fundamento jurídico 2º) [...]” (la cursiva es mía). En cualquier caso, véase la nota a pie de página siguiente.
- 25 Si bien es cierto que la STC (Sala Primera) 139/1995, de 26 de septiembre, permite defender que los centros docentes son titulares de la libertad de información (véase nota a pie de página anterior), no lo es menos que tanto la STC (Sala Primera) 244/2007, de 10 de diciembre, como el ATC (Sala Primera) 19/1993, de 21 de enero, permiten llegar a la solución contraria. En la misma línea, también podría incluirse, no sin alguna que otra duda, la STC (Sala Segunda) 69/2006, de 13 de marzo, en la que se analizan unas declaraciones realizadas durante una rueda de prensa por el Secretario de Estado de Hacienda (véase también el voto particular de esta sentencia). En efecto, en la STC (Sala Primera) 244/2007, de 10 de diciembre, en la que se analizaban unas manifestaciones vertidas en rueda de prensa un Gobernador Civil, se afirma: “[...] Ciertamente, tanto la libertad de información como la libertad de expresión en determinadas circunstancias pueden operar como límite al contenido del derecho al honor, descartando el carácter ilegítimo de la intromisión (en este sentido, entre otras muchas, las SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ 2; 81/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 83/2002, de 22 de abril, FFJJ 3 y 4; y 9/2007, de 15 de enero, FJ 4). Sin embargo en el presente caso ha de rechazarse el indicado

contenido esencial de los derechos fundamentales, se va a entender que las actuaciones de los centros docentes podrían venir amparadas por la libertad de información (sin distinguir entre centros docentes de titularidad pública y centros docentes de titularidad privada²⁶). A mi juicio, se puede considerar que la

planteamiento, puesto que como recordamos en nuestra STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 8, atendiendo a la condición subjetiva del emisor de las declaraciones como representante del poder público ‘los sujetos titulares de la libertad de información y del correlativo derecho a recibirla son la colectividad, cada uno de sus ciudadanos y los profesionales del periodismo (SSTC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 4; 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11; 168/1986, de 22 de diciembre, FJ 2; 6/1988, de 21 de enero, FJ 5; 223/1992, de 14 de diciembre, FJ 2, por todas), pero en ningún caso son titulares de los referidos derechos fundamentales las instituciones públicas o sus órganos (en relación con la libertad de expresión, SSTC 185/1989, de 13 de noviembre, FJ 4; 254/1993, de 20 de julio, FJ 7; en relación con las libertades de expresión e información, ATC 19/1993, de 21 de enero) ... Así, con referencia genérica a la libertad de expresión, se ha declarado en la mencionada STC 254/1993, de 20 de julio, que la información que las Administraciones públicas recogen, conservan y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley y ha de ser, además, adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE, siendo aquella información luego utilizada por sus distintas autoridades y organismos en el desempeño de sus funciones, desde el reconocimiento del derecho a prestaciones sanitarias o económicas de la Seguridad Social hasta la represión de conductas ilícitas, incluyendo cualquiera de la variopinta multitud de decisiones con que los poderes públicos afectan a la vida de los particulares (FJ 7). En este sentido, con base en las mismas razones que las esgrimidas en relación con la libertad de expresión, ha de señalarse, en lo que aquí interesa y como se infiere del mencionado Auto, respecto a la titularidad por los instituciones públicas o sus órganos de libertad de información, que la información vertida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1.d CE (ATC 19/1993, de 21 de enero)” [...]. (la cursiva es mía). Y en el auto del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 19/1993, de 21 de enero, en el que se analizaba la difusión, por parte de un Colegio Profesional de Farmacéuticos, se afirma: “[...] 1. Los demandantes de amparo en esta sede constitucional afirman que la Sentencia del Tribunal Supremo ha vulnerado su derecho fundamental a las libertades de expresión y de información, ex art. 20.1 C.E. El fallo judicial les ha condenado a reparar la intromisión ilegítima en el honor de una farmacéutica, causada por la difusión en el ámbito del Colegio Oficial de Farmacéuticos de una nota en la que, al hilo de polemizar acerca de los turnos establecidos por el Colegio para el cierre por vacaciones de las oficinas de farmacia, se daba noticia de que dicha profesional tenía abiertos muchos expedientes deontológicos por diversas circunstancias. [...] La Sentencia impugnada no ha condenado a los actores en cuanto ciudadanos, sino en su calidad de miembros de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Farmacéuticos de Madrid. La demanda civil fue interpuesta contra ellos porque ocupaban los cargos de Presidente del Colegio, de Tesorero y de Vocal encargado de las publicaciones colegiales. Y su responsabilidad civil se funda en que, como titulares de tales cargos, a ellos son imputables la emisión de la nota oficial en cuestión, y asimismo tanto la distribución de una hoja informativa como la edición de la revista profesional que hicieron posible la difusión de la nota dentro de ámbito colegial. Así se destaca en el mismo recurso de amparo, que enfatiza que la Junta de Gobierno del Colegio emitió la nota informativa en relación con una controversia de carácter profesional, en medios de comunicación propios de la corporación, y relatando la existencia objetiva de unos expedientes administrativos cuyo control legal le corresponde reglamentariamente, y que tienen por ende un carácter oficial. [...] Este factor es determinante, y conduce a que la demanda de amparo carezca manifiestamente de contenido que justifique su admisión [art. 50.1 c) LOTC]. [...] 2. En efecto, al tratarse de una información vertida por un Colegio profesional, respecto de uno de sus miembros, y en el que aquél se encontraba en uso de las potestades que la Ley le otorga para ordenar la profesión respectiva, con arreglo al art. 36 C.E., su emisión y publicación caen fuera del ámbito protegido por las libertades de expresión que proclama el art. 20 de la Constitución. En la STC 185/1989, aunque fallamos que la declaración de persona “non grata” emitida por el Ayuntamiento de Priego no había vulnerado el derecho al honor del afectado, no dejamos de subrayar que no puede equipararse la posición de los ciudadanos y la de las instituciones públicas, en el disfrute de las libertades de expresión: pues, mientras aquéllos gozan de libertad para criticarlas, las instituciones encuentran su actuación vinculada a los fines que les asigna el ordenamiento jurídico, entre los que no se encuentra ciertamente el de atribuir calificativos a sus administrados (fundamento jurídico 4.º.4) [...]” (la cursiva es mía).

26 Una interpretación conjunta de las sentencias que se citan en las dos notas a pie de página anteriores permitiría distinguir entre centros docentes de titularidad pública y centros docentes de titularidad privada, resultando que los primeros no serían titulares no ya solo de las libertades del art. 20 Constitución, sino tan siquiera de la libertad de educación. Es cierto que, en virtud del principio de neutralidad ideológica de actuación de las Administraciones Públicas, los centros de educación públicos pueden tener un margen de actuación mucho menor que los centros docentes privados, que pueden tener un ideario, pero no puede dejarse de lado que los centros docentes, públicos y privados, prestan un servicio en el que “ratione materiae” entra en juego la libertad de educación (véase la sentencia del Tribunal Constitucional —

libertad de información es un derecho instrumental en el ejercicio del derecho/deber fundamental de la libertad de educación; es más, incluso el ejercicio de la libertad de información puede venir amparado por el ejercicio del derecho fundamental al honor, desde la perspectiva del prestigio²⁷ del centro docente. Debe recordarse: a) que el contenido esencial de un derecho fundamental no solo lo configuran aquel conjunto de “[...] facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a este tipo [...]” (STC 11/1981 — Pleno—, de 8 de abril²⁸); b) que el contenido esencial de un derecho fundamental también integra aquel conjunto de garantías necesarias para la preservación del derecho, esto es, forma parte del contenido esencial “[...] aquella parte [...] que resulta absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección [...]” (STC 11/1981 — Pleno—, de 8 de abril²⁹); c) que el contenido esencial de un derecho fundamental no es una foto fija, sino que es un contenido dinámico que puede y debe adaptarse a las vicisitudes sociales de toda sociedad democrática: el contenido esencial de un derecho fundamental está “[...] referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos constitucionales [...]” (STC 11/1981 —Pleno, de 8 de abril³⁰). Por tanto, en la medida en que el intercambio de la información es consustancial a la sociedad actual, no solo como derecho, sino también como exigencia de control de las actividades de aquellas entidades, públicas o privadas, que ejercen funciones sociales fundamentales, como por ejemplo la educación, entiendo que

Pleno—253/1991, de 12 de diciembre, aunque referida a las Universidades Públicas, entiendo que sirve para los centros docentes públicos de enseñanza no superior) y, en virtud del art. 20.1c) Constitución, la libertad académica del centro escolar y de los profesores (sin perjuicio de los límites que puedan imponerse); libertad académica que ha sido reconocida expresamente a los docentes de centros públicos y privados de enseñanza no superior en la sentencia del Tribunal Constitucional —Pleno- 5/1981, de 13 de febrero); la clave no está en la naturaleza pública o privada del centro docente, sino en la especial función que realizan ambos: enseñar. Por tanto, entiendo que no resulta procedente distinguir entre centros docentes públicos y centros docentes privados a los efectos de determinar si son titulares del derecho fundamental a la libertad de educación y de las libertades del art. 20 Constitución y del derecho al honor del art. 18 Constitución: a mi juicio, tanto los centros docentes públicos como los privados son titulares de las libertades públicas de educación y de información y del derecho fundamental al honor (véase la nota a pie de página siguiente).

27 La idea del prestigio profesional como parte del contenido del derecho fundamental al honor puede verse, por ejemplo, en las sentencias del Tribunal Constitucional —Pleno- 216/2013, de 19 diciembre, en “obiter dictum”; -Sala Primera- 41/2011, de 11 abril. Puede verse también el auto del Tribunal Constitucional -Sala Segunda- 336/2008 de 27 octubre.

Véase también GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Lustel, Granada, 2007, p. 28.

28 Pueden verse también las sentencias del Tribunal Constitucional, todas ellas del Pleno, 112/2006, de 5 abril; 204/2004 de 18 noviembre; 196/1987, de 11 diciembre; 161/1987 de 27 octubre.

29 Véase nota a pie de página anterior.

30 Véanse en el mismo sentido las sentencias del Tribunal Constitucional referidas dos notas a pie de página antes.

es posible concluir que los centros docentes pueden y deben informar de sus actividades, aunque sea como actividad instrumental en el ejercicio del derecho fundamental a la educación o del derecho fundamental al honor de los centros docentes en el sentido de prestigio -obviamente y sin perjuicio de posibles conflictos entre derechos, el ejercicio de la libertad de información por parte de los centros docentes debe hacerse con absoluto respeto a los derechos de terceras personas. Desde esta perspectiva, los centros docentes pueden estar interesados en divulgar las actividades que realizan o los éxitos de su alumnado, ya sea para informar, ya sea para prestigiar el centro docente; es más, también la sociedad está interesada en conocer cómo se educa en los centros docentes, qué actividades ofrece, ya sea como interés general (doy por sentado que la educación es uno de los pilares de una sociedad avanzada y que, por tanto, es un tema de interés general, se tengan o no hijos en edad escolar), ya sea por interés particular (por ejemplo, y siempre que sea posible, para elegir el centro docente de los hijos). Pues bien, cuando se prevea que una información vaya acompañada de la imagen de un estudiante o de un grupo de estudiantes, salvo que exista consentimiento lícito previo que autorice la publicación de la imagen del menor, deberá analizarse si prevalece el derecho fundamental a la propia imagen del menor o la libertad de información del centro docente.

2. ¿Se puede imponer el uso de las redes sociales a los menores en el ámbito escolar en detrimento de su propia imagen?

Como se ha dicho, los centros docentes deben ser actores fundamentales en la educación de los menores de edad en el uso adecuado y respetuoso de las redes sociales; si esto es así, no resulta difícil colegir que los centros docentes, en general, o determinados docentes, en particular, puedan imponer a sus alumnos el uso de las redes sociales que incluso afecte a la propia imagen del menor, siempre que las competencias que se están desarrollando con el uso de las redes sociales así lo exija o, al menos, lo haga conveniente³¹ (desde la perspectiva de la protección de datos, podría entenderse que es de aplicación el art. 6.1.e³² RGPD (UE) - Reglamento al que me referiré especialmente en el epígrafe II de este estudio).

31 Por ejemplo, el art. 17 LOE establece que la educación primaria (de 6 a 12 años) contribuirá a desarrollar en los niños y niñas las capacidades, entre otras, que les permitan “Iniciarse en la utilización, para el aprendizaje, de las tecnologías de la información y la comunicación desarrollando un espíritu crítico ante los mensajes que reciben y elaboran” (art. 17.i LOE); “Utilizar diferentes representaciones y expresiones artísticas e iniciarse en la construcción de propuestas visuales y audiovisuales” (art. 17.j LOE); o “Desarrollar sus capacidades afectivas en todos los ámbitos de la personalidad y en sus relaciones con los demás, así como una actitud contraria a la violencia, a los prejuicios de cualquier tipo y a los estereotipos sexistas” (art. 17.m LOE). Objetivos que se refuerzan en la educación secundaria obligatoria (de 12 a 16 años) -por ejemplo, véanse los apartados a), d), g), i) del art. 23 LOE, y en el bachillerato -por ejemplo, véanse los apartados b), g), i), j), k) del art. 33 LOE.

32 “1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: [...] e) el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público [...]” (véase también el art. 8.2 LOPDDG).

Ahora bien, cuando se pretenda imponer a los alumnos un uso de las redes sociales que afecte a la propia imagen del menor, en la medida en que, en este concreto supuesto, el uso de las redes sociales restringirá el derecho fundamental a la propia imagen del menor (se limitará el derecho de oposición del alumno a que su imagen sea reproducida y divulgada), resultará absolutamente imprescindible someter dicha imposición al juicio de proporcionalidad para verificar su validez: “[...] para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: “si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto) [...]” (STC -Sala Primera- 207/1996 de 16 diciembre)³³.

Pues bien, este juicio de proporcionalidad exige, cuanto menos, dos reflexiones. En primer lugar, entiendo que resulta absolutamente imprescindible distinguir entre las redes sociales que se limitan a la comunicación entre alumno/s y profesor/centro escolar actuando como una especie de intranet corporativa —a las que me referiré en este trabajo como “redes sociales cerradas/Intranet”—, de aquellas que permitirían el acceso de terceros a la imagen del menor (por ejemplo, “Facebook”³⁴, “Twitter”³⁵, “YouTube”³⁶)³⁷-a las que me referiré en este trabajo como “redes sociales abiertas a terceros”. En efecto, como punto de partida,

33 Véanse también las sentencias del Tribunal Constitucional 23/2014 de 13 de febrero; 170/2013 de 7 octubre; 96/2012, de 7 mayo; 89/2006, de 27 marzo; 89/2006, de 27 marzo.

34 Facebook es “[...] una red social en la cual las personas, luego de crearse un perfil y completar los datos que deseen, pueden realizar diferentes actividades entre las cuales las más populares son buscar y encontrar numerosos contactos de la vida real (s de los cuales pertenecen a momentos pasados de la vida de cada uno), expresar sus opiniones y estados de ánimo, subir y comentar fotos, jugar, crear redes y grupos con diferentes objetivos [...]” (definicionabc.com).

35 “Twitter [...] es un servicio de microblogging [servicio que permite a sus usuarios enviar y publicar mensajes breves], [...] [que] permite enviar mensajes de texto plano [archivo de texto simple, texto sencillo o texto sin formato...que contiene únicamente texto formado solo por caracteres que son legibles por humanos, careciendo de cualquier tipo de formato tipográfico] de corta longitud, con un máximo de 140 caracteres, llamados tweets, que se muestran en la página principal del usuario. Los usuarios pueden suscribirse a los tweets de otros usuarios — a esto se le llama ‘seguir’ y a los usuarios abonados se les llama ‘seguidores’, ‘followers’ y a veces tweeps [...]. Por defecto, los mensajes son públicos, pudiendo difundirse privadamente mostrándolos únicamente a unos seguidores determinados [...]” (Wikipedia).

36 “YouTube [...] es un sitio web en el cual los usuarios pueden subir y compartir vídeos. Aloja una variedad de clips de películas, programas de televisión y vídeos musicales, así como contenidos amateur como videoblogs [...]” (Wikipedia).

37 Es cierto que algunas de las “redes sociales abiertas a terceros” permiten ser configuradas para restringir el acceso de terceros; ahora bien, y sin perjuicio de matices al descender al caso concreto, en la medida en que ello ya implica tener que configurar correctamente la red social para evitar el acceso de terceros y ello ya de por sí ya supone un peligro, entiendo que, mientras existan “redes sociales cerradas/Intranet” que no precisen ser configuradas para ser cerradas y sirvan para conseguir los objetivos perseguidos con la actividad docente, deben utilizarse estas últimas en detrimento de las primeras: las “redes sociales abiertas a terceros” no resultan necesarias por existir alternativas más seguras para el derecho a la propia imagen del menor.

es posible que en algunas ocasiones pueda resultar idóneo el uso de “redes sociales abiertas a terceros” para cumplir con ciertos objetivos educativos, pero me resulta muy difícil que estos mismos supuestos superen el juicio de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto que permitan imponer al menor de edad la utilización de su imagen en una “red social abierta a terceros”: primero, porque muy posiblemente los objetivos se puedan cumplir con el uso de una “red social cerrada/Intranet” y, segundo, porque la exposición de la imagen del menor realizando una actividad escolar en una “red social abierta a terceros” no creo que resulte lo suficientemente beneficiosa para el menor, a efectos educativos, que justifiquen el sacrificio de su derecho fundamental a la propia imagen.

En segundo lugar, también es necesario referirse a los “trabajos voluntarios” de los alumnos; esto es hay que referirse a aquellos trabajos de una asignatura que servirían exclusivamente para “incrementar la nota final de la asignatura”: estos trabajos no resultarían necesarios ni para aprobar ni para obtener la máxima puntuación en una asignatura concreta. Si estos “trabajos voluntarios” obligan al uso de la imagen del menor, siempre desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad, hay que preguntarse si sería lícito “ofrecer” a los alumnos la posibilidad de realizar “trabajos voluntarios” a través de “redes sociales abiertas a terceros”. A mi juicio, ello solo es posible si se cumplen dos requisitos alternativos: a) que el trabajo no tenga ninguna incidencia en la nota de la asignatura en la que se desarrolla la actividad; b) que, teniendo alguna incidencia en la nota del alumno, este disponga de otra alternativa proporcional, pues, en caso contrario, entiendo que no se estaría ante un “trabajo estrictamente voluntario”, sino en una exigencia para obtener ese plus de nota que permite ese “trabajo voluntario”, con lo cual, se estaría exigiendo indirectamente al alumno que sacrificase su derecho a la propia imagen. En todo caso, en la medida en que se esté ante un supuesto en el que no se pueda imponer el uso de las redes sociales, se precisará del consentimiento de los representantes legales del menor -siempre que estos no tengan capacidad de obrar suficiente para decidir- para que el menor pueda utilizar su imagen en una red social a través de un “trabajo voluntario”.

3. Las redes sociales como medio para informar a los representantes legales de la educación de sus representados.

En el ámbito escolar, las redes sociales, como regla general, se usarán con fines pedagógicos y educativos, pero no hay que descartarlas como medio de comunicación entre el centro docente y el profesorado con los representantes legales de los alumnos. Esta comunicación puede incluir tanto imágenes de los alumnos, como fotografías o vídeos de sus actividades (por ejemplo, un vídeo mientras los alumnos están trabajando en el aula o están de excursión). Por tanto, aquí hay que plantearse si el centro docente, en general, o un profesor,

en particular, pueden utilizar las redes sociales para enviar fotografías o vídeos de los alumnos a los representantes legales de estos sin necesidad de recabar el consentimiento de los propios alumnos o el de sus representantes legales.

En estos casos, este uso de las redes sociales debe someterse nuevamente al juicio de proporcionalidad³⁸, debiendo distinguir también entre las “redes sociales abiertas a terceros” y las “redes sociales cerradas/Intranet”. El uso de “redes sociales abiertas a terceros” entiendo que resulta absolutamente inadmisibles si no existe previa autorización del alumno, siempre que tiene capacidad para ello, o de su representante legal, en caso contrario: en este caso me resulta obvio que se pueden obtener los mismos resultados con las “redes sociales cerradas/Intranet”, que resultan mucho menos gravosas para el derecho fundamental a la propia imagen del menor de edad.

En cambio, el uso de las “redes sociales cerradas/Intranet” me parece razonable como medio para informar a los representantes legales de las más diversas actividades de sus representados, siempre y cuando la información (imagen) se incardine en el desarrollo normal de las actividades educativas, la información (imagen) no suponga, por las razones que sean, una minusvaloración de la dignidad del menor y que la divulgación de la información (imagen) se circunscriba a los representantes legales de los compañeros de aula del alumno en cuestión, salvo que, por la propia naturaleza de la actividad, no sea posible discriminar la imagen del menor de otros de otras aulas, por ejemplo, cuando se trate de las imágenes de una excursión en la que participa más de una aula y los alumnos se entremezclan (desde la perspectiva de la protección de datos, podría entenderse que es de aplicación el art. 6.1.f³⁹ RGPD (UE) -Reglamento al que me referiré especialmente en el epígrafe II de este estudio).

En cualquier caso, creo necesario hacer, al menos, dos observaciones. En primer lugar, en la medida en que el uso de la imagen del menor tenga como finalidad informar a los representantes legales de las actividades que desarrollan los menores de edad como alumnos, los representantes legales que accedan a estas imágenes, siempre que en ellas aparezcan alumnos que no sean sus representados legales, no podrán hacer uso de ellas y, por tanto, no podrán difundirlas por ningún medio (salvo que exista consentimiento de los afectados): ya no existiría la causa que justifica el uso de la imagen del menor sin autorización de este o de sus representantes legales.

38 Me he referido al juicio de proporcionalidad en el punto anterior (¿Se puede imponer el uso de las redes sociales a los menores en el ámbito escolar en detrimento de su propia imagen?).

39 “1. El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: [...] f) el tratamiento es necesario para la satisfacción de intereses legítimos perseguidos por el responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño [...]”.

En segundo lugar, si bien entiendo que es posible el uso de “redes sociales cerradas/Intranet” sin necesidad de recabar el consentimiento de los menores de edad o de sus representantes legales, en la medida en que está en juego un derecho fundamental, el derecho a la propia imagen, el centro escolar o el profesor *deben informar previamente*⁴⁰ del tipo de “red social cerrada/Intranet” que se va a utilizar y en relación a qué concretas actividades (información que puede ser más o menos genérica según lo que razonablemente se pueda esperar que ocurra durante la actividad: así, por ejemplo, cuando los alumnos hagan salidas del centro escolar, como pueden implicar situaciones muy variadas, entiendo que los representantes legales deben ser informados específicamente de cada una de ellas; en cambio, de las actividades típicas de aula, basta una referencia genérica –de las actividades extraordinarias de aula sí que debería informarse previamente) -arts. 12⁴¹, 13 y 14⁴², entre otros, RGPD (UE), con el fin de que los propios alumnos o sus representantes legales, si los primeros no tienen capacidad de obrar suficiente⁴³, puedan ejercer el derecho de oposición del art. 21.I RGPD (UE): *“El interesado tendrá derecho a oponerse en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, a que datos personales que le conciernen sean objeto de un tratamiento basado en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f), incluida la elaboración de perfiles sobre la base de dichas disposiciones. El responsable del tratamiento dejará de tratar los datos personales, salvo que acredite motivos legítimos imperiosos para el tratamiento que prevalezcan sobre los intereses, los derechos y las libertades del interesado, o para la formulación, el ejercicio o la defensa de reclamaciones”* (la cursiva es mía). En el caso de que se ejerza el derecho de oposición, deberán ponderarse no solo los intereses del menor afectado, sino también de los intereses de los otros alumnos cuyos representantes legales sí

-
- 40 El deber de informar previamente se deduce del juego de los derechos fundamentales en juego y de los titulares afectados: en efecto, entiendo que, al tratarse de imágenes de un menor, que por tal condición es un sujeto especialmente protegido, que la situación particular del menor o de sus propios representantes legales podrían exigir que se valorasen otros derechos fundamentales, como su integridad física o síquica, y el deber de buena fe en sus actuaciones del centro escolar (art. 7 CC), obligan a un actuar muy cauto por parte del centro escolar y, por tanto, le obligan a informar previamente al menor o al representante legal del menor, según proceda.
- 41 Que regula el principio de transparencia de la información: “El responsable del tratamiento tomará las medidas oportunas para facilitar al interesado toda información indicada en los artículos 13 y 14, así como cualquier comunicación con arreglo a los artículos 15 a 22 y 34 relativa al tratamiento, en forma concisa, transparente, inteligible y de fácil acceso, con un lenguaje claro y sencillo, en particular cualquier información dirigida específicamente a un niño [...]” (art. 12.1).
- 42 Los arts. 13 y 14 regulan, respectivamente, la información que deberá facilitarse cuando los datos personales se obtengan del interesado y la información que deberá facilitarse cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado. En ambos casos se exige que se informe, entre otras cosas, de los fines del tratamiento a que se destinan los datos personales, así como la base jurídica del tratamiento (arts. 13.1.c y 14.1.c), y de los destinatarios o las categorías de destinatarios de los datos personales, en su caso (arts. 13.1.e y 14.1.e). En el primer caso, también se exige que se informe de los intereses legítimos del responsable o de un tercero cuando el tratamiento se base en el artículo 6, apartado 1, letra f) (art. 13.1.d) y, en el segundo caso, de las categorías de datos personales de que se trate (arts. 14.1.d).
- 43 El art. 12.6 LOPDDG dispone: “En cualquier caso, los titulares de la patria potestad podrán ejercitar en nombre y representación de los menores de catorce años los derechos de acceso, rectificación, cancelación, oposición o cualesquiera otros que pudieran corresponderles en el contexto de la presente ley orgánica”.

quieren ser informados mediante imágenes de las actividades que realizan sus representados, pues los intereses de estos últimos podrían prevalecer⁴⁴. En el caso de ser procedente el derecho de oposición, si este se ejercita “a priori”, esto es, antes de reproducir la imagen de los alumnos, el centro escolar deberá evitar que se reproduzca la imagen del menor que ha ejercido el derecho de oposición e, incluso, no podrá “hacer fotografías o vídeos” si resulta imposible “apartar” al menor de la reproducción de las imágenes.

4. ¿La libertad de información puede justificar el uso de la imagen del menor sin el consentimiento del menor o de sus representantes legales?

El conflicto entre los derechos fundamentales del art. 18 Constitución (honor, intimidad y propia imagen) y las libertades públicas del art. 20 Constitución (expresión e información) es un clásico. Centrándonos en nuestro caso, para determinar si debe prevalecer la propia imagen del menor o la libertad de información del centro escolar, deben aplicarse los criterios que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo⁴⁵. Como ya he dicho en otro lugar, “[...] puede afirmarse que si la información que se divulga tiene relevancia pública y es verídica, prevalecerá la libertad de información⁴⁶ sobre los derechos de la intimidad y de la propia imagen (el derecho al honor suele entrar en conflicto con la libertad de expresión). Para determinar si una información tiene relevancia pública o no, deben tenerse en cuenta las siguientes variables: a) si la noticia tiene trascendencia social; b) si ayuda a la “formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político”; c) si afecta a “personalidades públicas que ejercen funciones públicas” (o a personas que resultan implicadas en asuntos de relevancia o interés público), pues ven reducido el ámbito de protección que les otorga el derecho a la intimidad o el derecho a la propia imagen; d) si la información es emitida por los medios de comunicación social, entendidos como prensa, pues gozan de una protección especial en el ejercicio de la libertad de información; e) si la información afecta a víctimas de un delito⁴⁷ o a menores, pues, en cuyo caso su intimidad y su propia imagen están especialmente protegidos. Se puede afirmar

44 Incluso, se podría alegar la libertad de información de los representados/representantes que sí quieren que se reproduzca la imagen del grupo. Imaginemos la más que típica representación final de curso, abierta a “todo el mundo”, en la que los alumnos actúan o reciben algún reconocimiento: es más que razonable que los progenitores o tutores quieran reproducir dicha actuación. ¿Se podría impedir, por ejemplo, que se grabe la actuación del grupo porque alguien ejerce el derecho de oposición? No es posible establecer “a priori” una solución, pues pueden ser muchos los matices en cada caso: imaginemos que en el grupo existe un alumno que ha vivido en un hogar en el que han sufrido violencia tanto él como su madre y que ahora viven “escondidos” del agresor. Si la reproducción pudiera ser perjudicial para este menor y esta madre, ¿no deberían prevalecer los derechos del menor y de la madre sobre el derecho de información de los otros progenitores?

45 Véase GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil*, cit., pp. 85-97, así como la doctrina y jurisprudencia que se cita.

46 Entendida como derecho a investigar y/o divulgar hechos de terceros.

47 Véase al respecto, GRIMALT SERVERA, P.: “La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)”, *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2011, n° 25, pp. 98-106.

que si una información con trascendencia social es divulgada por la prensa afecta a “personalidad pública en el ejercicio de sus funciones públicas y no como menor o como víctima de un delito” y la información coadyuva a la “formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político”, sin duda, prevalecerá la libertad de información; en cambio, si la información es divulgada por un particular no tiene trascendencia social ni coadyuva a la “formación la opinión pública como manifestación del pluralismo político”, y además afecta a un menor o a una víctima de un delito, debe prevalecer el derecho a la intimidad o a la propia imagen sobre la libertad de información. Serían las dos situaciones extremas: en el resto de supuestos, se irán combinando las variables relacionadas, con mayor o menor intensidad, para determinar si debe prevalecer la libertad de información o si debe prevalecer el derecho [...] a la propia imagen [...].”⁴⁸.

Una vez expuestos los criterios jurisprudenciales generales que pueden servir para resolver el conflicto entre la propia imagen del alumno menor de edad y la libertad de información, ahora procede poner de relieve qué parámetros inciden muy especialmente en nuestro caso. En concreto, en el conflicto que se está analizando resulta esencial que: a) la imagen que se va a divulgar por el centro escolar es la de un menor de edad, sujeto especialmente protegido; b) la imagen que se va a divulgar, por regla general, no será la de una “personalidad pública” y mucho menos la de una “personalidad pública que ejerciendo funciones públicas”; c) es posible que ciertas actividades de los alumnos puedan tener cierta trascendencia social y, por tanto, ser susceptibles de ser consideradas informaciones de relevancia pública, pero, “a priori”, no se tratará de informaciones que coadyuven a la “formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político”. Pues bien, si es correcto lo que se acaba de exponer, resulta claro que los parámetros que son clave en la resolución del conflicto se inclinan a favor de la propia imagen del menor, por tanto, esta solo debe ceder ante la libertad de información del centro escolar en situaciones muy puntuales, pues, en nuestro caso, se estaría más cerca de la protección total de la propia imagen que de la prevalencia sin dudas de la libertad de información (recuérdese que lo que se plantea es la posibilidad de divulgar la imagen del alumno menor de edad sin consentimiento bien del menor bien de los representantes legales, según proceda).

Por tanto, no se descarta que el centro escolar pueda informar a través de “redes sociales abiertas a terceros” de las actividades que se desarrollan en el colegio o a través de él y que dichas informaciones vayan ilustradas con las imágenes de sus alumnos; ahora bien, considero que dichas informaciones ilustradas con imágenes, salvo que medie el correspondiente consentimiento del menor o de su representante legal, solo podrán divulgarse en situaciones muy puntuales. Así en primer lugar, hay que referirse a las actividades escolares “sin proyección pública”,

48 Véase GRIMALT SERVERA, P.: “La protección de la dignidad”, cit., pp. 69-70.

esto es actividades que se realizan por y para los alumnos del centro y/o sus representantes legales (entre estos supuestos incluiría excursiones, acampadas, etc., sin perjuicio de matices). En estos casos, a mi juicio, el punto de partida es que no existe relevancia pública suficiente de la información y, en consecuencia, no cabe, en principio, el uso de la imagen del menor “redes sociales abiertas a terceros” bajo el amparo de la libertad de información.

En segundo lugar, cuando la actividad escolar tiene “implicaciones públicas” (por ejemplo, la visita a una institución pública, Parlamento, Ayuntamiento, siendo recibidos por las autoridades públicas; participación en eventos deportivos, culturales o sociales, como colegio integrante de una determinada ciudad), si bien con ciertas dudas, me inclinaría a dar prevalencia a la libertad de información siempre y cuando la imagen del menor fuera accesorio⁴⁹ y no fuera perjudicial para el menor (en su sentido más amplio -no solo pensando en proteger la dignidad personal del menor, sino también siendo conscientes que pueden existir situaciones de violencia de género o de violencia contra el propio menor que exijan una especial protección). Opino que aquí también es exigible que el centro escolar informe, “a priori”⁵⁰, a los representantes legales de dichas actividades si las mismas van a ser divulgadas con imágenes de los alumnos a través de “redes sociales abiertas a terceros”, para que se puede ejercer el derecho de oposición del art. 21.I RGPD (UE), al que ya me he referido en el epígrafe I.3.

En tercer lugar, si la imagen del menor no fuera accesorio, sino que fuere parte relevante de la información, entiendo que la libertad de información del centro escolar solo permitiría la divulgación de la imagen del menor si la información se refiere directamente al propio menor cuya imagen se divulga y dicha información tiene “relevancia pública suficiente”: por ejemplo, me parece razonable que si un alumno obtiene un premio por participar en un evento educativo abierto a todos los colegios de una ciudad o de una Comunidad Autónoma y, posteriormente, dicho premio se entrega en un acto público, el centro docente puede informar, a través de “redes sociales abiertas a terceros”, “a la sociedad” del éxito de su alumno y que dicha información vaya acompañada de la fotografía del menor cuando recoge el premio, todo ello sin perjuicio de que los representantes legales o el propio menor, llegado el caso, pudieran ejercitar el derecho de oposición del art. 21.I RGPD (UE).

49 El carácter accesorio de la imagen del menor se puede entender en un doble sentido: a) Que la imagen de una persona identificable aparezca incidentalmente en una fotografía o en la emisión de unas imágenes. En este caso, la imagen de la persona no puede ser el eje principal de la fotografía o de las imágenes emitidas, sino otra persona u otra realidad. b) Que la información gráfica sea accesorio a una noticia escrita o difundida; aquí el carácter accesorio de la imagen no se analizaría “*ad intra*”, esto es, respecto a la propia información gráfica, sino “*ad extra*”, es decir, en relación con la noticia que se divulga (la imagen de la persona aparece como principal en la información gráfica, pero la información gráfica sería accesorio respecto a la noticia que se divulga). Véase GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil*, cit., pp. 132-135.

50 Véase la nota a pie de página n° 41 de este estudio.

II. EL CONSENTIMIENTO

I. Consideraciones generales. El consentimiento debe ser específico

En aquellos casos en los que el uso de la imagen del menor no esté autorizada por la Ley o venga justificada por la aplicación de ciertos principios o por el ejercicio de algunos derechos que, en el caso concreto, prevalezcan sobre el derecho a la propia imagen del menor, será imprescindible la autorización del menor, siempre que este tenga capacidad de obrar suficiente o, en caso contrario, de los titulares de la patria potestad (o del tutor o de los tutores) del menor para que el uso de la imagen del menor pueda considerarse como lícita.

Para determinar el cómo debe ser el consentimiento, resulta imprescindible tener en cuenta el RGPD (UE)⁵¹, pues el RGPD (UE), que resulta de aplicación directa⁵² y preferente (en virtud del principio de primacía de las normas de la Unión Europea en el marco de sus competencias⁵³) en el Ordenamiento Jurídico español, regula el uso de cualquier dato personal, entre ellos, por tanto, el uso de la imagen de una persona -art. 1.1⁵⁴ en relación con el art. 4.1)⁵⁵, ambos del RGPD (UE).

El art. 4.II RGPD (UE) define el consentimiento del interesado como “toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el interesado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen”. De los requisitos exigidos por el art. 4.II RGPD (UE), me quiero centrar en uno concreto: el consentimiento tiene que ser específico. ¿Cuál es el alcance de este requisito? Para dar mi opinión al respecto, partiré de un ejemplo habitual de solicitud de consentimiento: el

51 El RGPD (UE) resulta de aplicación desde el 25 de mayo de 2018, de acuerdo con lo previsto en su art. 99.2 RGPD (UE).

52 Art. 99.2, segundo párrafo, RGPD (UE): “El presente Reglamento será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

53 Art. 16.2, primer párrafo, en relación con el art. 288, segundo párrafo, ambos del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -TFUE, a partir de ahora.

Art. 16.2, primer párrafo, TFUE: “El Parlamento Europeo y el Consejo establecerán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, las normas sobre protección de las personas físicas respecto del tratamiento de datos de carácter personal por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, así como por los Estados miembros en el ejercicio de las actividades comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, y sobre la libre circulación de estos datos. El respeto de dichas normas estará sometido al control de autoridades independientes”.

Art. 288, segundo párrafo, del TFUE: “El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro”.

54 “El presente Reglamento establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y las normas relativas a la libre circulación de tales datos”.

55 El art. 4.1) RGPD (UE) define dato personal como “toda información sobre una persona física identificada o identificable (“el interesado”); se considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona” (la cursiva es mía).

consentimiento para publicar imágenes en las redes sociales de las actividades que realizan los alumnos (por ejemplo, de las excursiones). ¿Es suficiente con solicitar el consentimiento para publicar imágenes de los alumnos en “las redes sociales” sin más especificaciones? ¿Es suficiente con solicitar el consentimiento para publicar imágenes de los alumnos hechas “durante las excursiones del centro” sin más especificaciones?

Para determinar cuándo se concreta suficientemente la finalidad del tratamiento para que pueda considerarse que se adecua al art. 4.II RGPD (UE), me parece muy razonable el planteamiento que tiene las agencias españolas de protección de datos al respecto: “Deben evitarse prácticas tales como incluir finalidades demasiado genéricas o inespecíficas, que puedan conducir a tratamientos posteriores que excedan las expectativas razonables del interesado”⁵⁶.

Pues bien, teniendo en cuenta la doctrina que se acaba de exponer y sin dejar de tener presente, primero, que se está ante un supuesto en el que no prevalece ni el derecho/deber fundamental de educación, ni los derechos de los representantes legales, ni por la libertad de información, y, segundo, que la imagen que se ve afectada es la de un menor de edad, sujeto especialmente protegido, entiendo que se debe ser razonablemente exigente en la concreción de las finalidades de recogida de la imagen del menor. Así, en el caso solicitar el consentimiento para divulgar la imagen a través de las redes sociales, la persona que presta el consentimiento tiene que ser muy consciente de las concretas redes sociales en las que autoriza que se divulgue la imagen del menor: entiendo que el consentimiento para divulgar la imagen del menor en “las redes sociales”, sin más consideración, no sería válido, habida cuenta de su diversidad y heterogeneidad, salvo que lo entendamos circunscrito a aquellas redes sociales que está utilizando el centro educativo en el momento de recabar el consentimiento del menor (o de sus representantes legales), siempre que fueran conocidas por el que presta el consentimiento. Tampoco sería válido recabar el consentimiento para divulgar imágenes de los alumnos hechas “durante las excursiones del centro” sin más especificaciones: cada excursión puede tener sus propias características (no es lo mismo una excursión a un museo que una excursión que pueda terminar con un chapuzón en la playa), por lo que cada una de ellas precisaría de un consentimiento específico para publicar la imagen del menor en las redes sociales del centro escolar.

56 Guía para el deber de informar, p. 7 (guía conjunta de la Agencia Española de Protección de Datos, de la Autoritat Catalana de Protecció de Dades, y de la Agencia Vasca de Protección de Datos).
Fuente: <https://www.aepd.es/media/guias/guia-modelo-clausula-informativa.pdf>

2. El consentimiento del menor (I): los 16 años como punto de partida (de momento) - en el marco de los servicios de la sociedad de la información.

El RGPD (UE) es el punto de partida para determinar si el menor de edad tiene capacidad de obrar suficiente para autorizar que su imagen sea utilizada por el centro docente, pues considera que los menores de 16 años tienen capacidad para consentir válidamente en el tratamiento de sus datos personales en los servicios de la sociedad de la información. Esto supone que los menores, cuando cumplan los 16 años, serán los que deban decidir si sus datos pueden ser tratados o no en las redes sociales: “Cuando se aplique el artículo 6, apartado 1, letra a)⁵⁷, en relación con la oferta directa a niños de servicios de la sociedad de la información, el tratamiento de los datos personales de un niño se considerará lícito cuando tenga como mínimo 16 años [...]” (art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE)).

Antes de continuar, creo que resulta absolutamente necesario especificar que el criterio de los 16 años se establece para consentir en relación con los servicios de la sociedad de la información, no en otros casos. Por ejemplo, si la imagen del menor no se va a utilizar en las redes sociales o en aplicaciones que puedan suponer un servicio de la sociedad de la información, el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), no resultaría de aplicación, siendo plenamente aplicables las normas españolas.

Ahora bien, entiendo que el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), que permite a los menores que hayan cumplidos los 16 años decidir si sus datos pueden ser tratados en las redes sociales, colisiona con el art. 4.3 LOPJM: “Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”.

En efecto, como he defendido recientemente, entiendo que el art. 4.3 LOPJM impide que el consentimiento de los menores de 18 años (o el de sus representantes legales)⁵⁸ sirva para justificar una intromisión en su derecho al

57 “El tratamiento solo será lícito si se cumple al menos una de las siguientes condiciones: [...] a) el interesado dio su consentimiento para el tratamiento de sus datos personales para uno o varios fines específicos”.

58 “[...] El art. 4.3 LOPJM no distingue entre menores emancipados y menores no emancipados, por lo que surgen dudas de si los menores de edad emancipados también están sujetos a las limitaciones de capacidad que impone este precepto, pues la LOPJM también les resultaría de aplicación ex art. 1 LOPJM [...]: ‘La presente Ley y sus disposiciones de desarrollo son de aplicación a los menores de dieciocho años que se encuentren en territorio español, salvo que en virtud de la ley que les sea aplicable hayan alcanzado anteriormente la mayoría de edad’. Sin embargo, dos argumentos concatenados permiten entender que los menores emancipados están excluidos del ámbito de aplicación del art. 4.3 LOPJM: a) la propia finalidad del art. 4.3 LOPJM, pues se configura como una norma complementaria (no entra en colisión) [...] de la LO 1/1982, y en concreto de las reglas que regulan la prestación del consentimiento de los menores de edad no emancipados (del art. 3.2 LO 1/1982); si la finalidad del art. 4.3 LOPJM es la de reforzar la protección que

honor, en su intimidad personal o familiar o en su propia imagen, siempre que dicha intromisión se lleve a cabo a través de una red social “con vocación de ser pública y sin fronteras”⁵⁹ y suponga un menoscabo en la honra o en la reputación del menor.

Esta colisión entre el RGPD (UE) y la LOPJM puede resolverse de dos formas distintas. En primer lugar, podría interpretarse el art. 4.3 LOPJM únicamente en relación con el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), lo que llevaría a restringir la aplicación del art. 4.3 LOPJM a aquellos supuestos en los que el menor no haya

configura la LO 1/1982 en relación con el consentimiento que pueden otorgar los menores no emancipados, entonces cabe concluir que el art. 4.3 LOPJM no es de aplicación a los menores emancipados (siempre en el bien entendido que los menores emancipados están excluidos del art. 3.2 LOPJM); b) en caso de duda interpretativa, puede acudirse al principio plasmado en el art. 2.1, primer inciso del segundo párrafo, LOPJM, ‘Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva [...]’ y resolver siempre a favor de la mayor capacidad del menor [...]. Los argumentos anteriores me parecieron suficientes en su momento para entender que los menores de edad emancipados estaban excluidos del ámbito de aplicación del art. 4.3 LOPJM; sin embargo, hoy, otros dos argumentos vinculados, me llevan a pensar que los menores emancipados están sujetos a lo previsto en el art. 4.3 LOPJM: a) en primer lugar, si bien es cierto que el art. 2.1, segundo párrafo, dispone que las normas limitativas de la capacidad del menor se interpretarán restrictivamente, no lo es menos que en el actual inciso final de este segundo párrafo (de 2015), dispone que las limitaciones de capacidad se interpretarán de acuerdo con el interés superior del menor, pero añade este precepto que dicha interpretación será ‘en todo caso’ y ‘siempre’, por tanto, se trataría de una regla que tiene que aplicarse incluso aunque entre en contradicción con la primera (las limitaciones de capacidad del menor se interpretarán restrictivamente): como ya se ha indicado, en la medida en que las actuaciones del menor en las redes sociales pueden tener unos efectos personales devastadores, de presente y de futuro, en la medida en que las autorizaciones que pueda dar al menor en su propio menoscabo, como regla general nunca no le van a suponer beneficio alguno (y mucho menos un beneficio, personal o económico, que compense el menoscabo personal sufrido) [...], en la medida en que esa especial protección del menor de edad pueda entenderse que forma parte del contenido esencial de sus derechos fundamentales (como el honor, la intimidad o la propia imagen), pues recuérdese que ese contenido está conformado por dos parámetros, siendo uno de ellos ‘[...] aquella parte [...] que resulta absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos [...]’ (es decir, las garantías necesarias para la preservación del derecho son parte de su contenido esencial), permiten interpretar que los menores emancipados también están sujetos al art. 4.3 LOPJM; b) esta interpretación no es extraña en nuestro Ordenamiento Jurídico, pues el CP, después de disponer en su art. 183quater que ‘El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez’ (por tanto, después de reconocerle capacidad general para decidir sobre sus relaciones sexuales), el art. 189.1.a) CP dispone ‘El que capture o utilice a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas’, siendo una agravante el utilizar menores de dieciséis años (art. 189.2.a) CP): es decir, aunque se reconoce la capacidad, a partir de los dieciséis años, de decidir en el ámbito de la libertad sexual, esta libertad se restringe cuando su ejercicio pueda derivar en un “menoscabo intolerable” en la dignidad del menor de 18 años (emancipado o no), no admitiéndose el consentimiento del menor de 18 años como causa de justificación de la conducta descrita en el art. 189.1.a) CP [...]’ (GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Granada, 2017, pp. 48-50).

- 59 Respecto a la que debe entenderse por medio de comunicación a los efectos del art. 4.3 LOPJM, y definiendo una red social como una “plataforma digital de comunicación global que pone en contacto a gran número de usuarios” (RAE), entiendo que si sería “[...] posible calificar las redes sociales como medios de comunicación, pero la cuestión es si se pueden equiparar a la idea de medio de comunicación del art. 4.3 LOPJM, en el sentido “de eco” de lo que implica como medio de comunicación la prensa escrita, la radio o la televisión. No creo que se pueda generalizar la consideración de medio de comunicación a los efectos del art. 4.3 LOPJM a toda red social, pero sí que entiendo que aquellas que ‘tienen vocación de ser públicas y sin fronteras’, como por ejemplo *Facebook* o *Twitter*, pueden ser equiparadas, pues pueden tener el mismo eco que pueda tener un medio de comunicación tradicional, mientras que las que tienen vocación de redes restringidas, como *WhatsApp*, no responderían a los criterios de medio de comunicación del art. 4.3 LOPJM, por lo que no les resultaría de aplicación. En cualquier caso, es una cuestión que genera sus dudas entre la doctrina [...]’ (GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 47-48).

alcanzado los 16 años. Esto significaría que los menores con 16 años cumplidos podrían autorizar el uso de sus datos en cualquier tipo de red social, aunque ello supusiera un menoscabo en su honra o reputación.

Ahora bien, y en segundo lugar, no solo se puede interpretar el art. 4.3 LOPJM con el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), sino también se puede (y entiendo que se debe) interpretar el art. 4.3 LPJM con el art. 9, apartados 1⁶⁰ y 2.a)⁶¹ RGPD (UE), en cuyo caso se podría entender que el consentimiento del menor para el tratamiento de sus datos en las redes sociales es válido, aunque la información que autorice a tratar suponga un menoscabo en su dignidad, salvo que los datos merezcan una protección especial (“categorías especiales de datos”): esto es, los que “[...] revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales [...]” del menor. Entiendo que interpretar el art. 4.3 LOPJM con el art. 8.1, primer inciso, RGPD (UE), y con el art. 9, apartados 1 y 2.a) RGPD (UE), es la interpretación adecuada, no solo porque la misma permite un adecuado encaje entre el vigente art. 4.3 LOPJM y el RGPD (UE); sino porque dicha interpretación es la que mejor se adecua, a mi juicio, a uno de los principios que emana del art. 2.1, segundo párrafo, LOPJM: “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, *siempre en el interés superior del menor*”⁶². En cualquier caso, el tratamiento de fotografías no podrá considerarse un tratamiento de datos especialmente protegido “per se” (no se integra “per se” en las “categorías especiales de datos”): “[...] El tratamiento de fotografías no debe considerarse sistemáticamente tratamiento de categorías especiales de datos personales, pues únicamente se encuentran comprendidas en la definición de datos biométricos cuando el hecho de ser tratadas con medios técnicos específicos permita la identificación o la autenticación unívocas de una persona física [...]” (considerando 51 del RGPD (UE)).

60 “Quedan prohibidos el tratamiento de datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las *orientaciones sexuales* de una persona física”.

61 “El apartado 1 no será de aplicación cuando concurra una de las circunstancias siguientes: [...] a) el interesado dio su consentimiento explícito para el tratamiento de dichos datos personales con uno o más de los fines especificados, *excepto cuando el Derecho de la Unión o de los Estados miembros establezca que la prohibición mencionada en el apartado 1 no puede ser levantada por el interesado*” (la cursiva es mía). Si un Estado miembro permite prohibir por completo su tratamiento, puede limitar la prohibición al tratamiento de los datos de categorías especiales de los menores: “quien puede lo más, puede lo menos”.

62 La cursiva es mía.

3. El consentimiento del menor (II): las condiciones de madurez del menor que no ha cumplido los 16 años, siempre que sea mayor de 13 años. Panorama legislativo antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDDG)

De acuerdo con el art. 8.1, segundo inciso del primer párrafo, RGPD (UE), si el menor de edad no ha alcanzado los 16 años, corresponderá a sus representantes legales decidir sobre el uso de la imagen del menor: “[...] el niño es menor de 16 años, tal tratamiento únicamente se considerará lícito si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó”

Ahora bien, el art. 8.1, segundo párrafo, RGPD (UE) permite a los Estados “rebajar” a los 13 años la edad a partir de la cual los menores de edad puedan consentir válidamente sobre el uso de sus datos y, por tanto, de su imagen: “Los Estados miembros podrán establecer por ley una edad inferior a tales fines, siempre que esta no sea inferior a 13 años”. Siendo esto así, hay que tener presente lo que dispone el art. 3.1 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen -LO 1/1982- (en relación con el art. 162.1 Código Civil⁶³): “El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. Entiendo que el art. 3.1 LO 1/1982 sigue estando en vigor; pues no entra en conflicto con el RGPD (UE), salvo en un detalle: los menores que no hayan cumplido los 13 años no podrán decidir válidamente sobre el uso de su imagen; por tanto, ya no cabrá plantearse si un menor que no ha alcanzado los 13 años tiene las condiciones de madurez suficientes para emitir un consentimiento válido que justifique el tratamiento de sus datos en una red social.

Pero no solo se pueden tener en cuenta las condiciones de madurez del menor que ha cumplido los 13 años, pero no aún los 16 años, para determinar si este puede decidir válidamente sobre el uso de su imagen, también cabe plantearse si se pueden tomar como referente los 14 años, y no tanto por lo que disponía el art. 13.1 RPDP⁶⁴, pues de forma reiterada venía defendiendo que no podía

63 “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. [...] Se exceptúan: [...] 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo. [...] No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”.

64 “Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores” (art. 13.1 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal).

tomarse como referente⁶⁵, sin perjuicio de que en la práctica fuese la norma de referencia para determinar la capacidad del menor en materia de “protección de datos”, sino por lo que cabría deducir de la LORPM, al conjugar la idea de responsabilidad por culpa con capacidad de obrar suficiente para decidir. Esto es, si al menor que no ha cumplido los 16 años, pero sí 14 años, se le puede considerar responsable penal (art. 1.1 LORPM⁶⁶) y civil (art. 61.3 LORPM⁶⁷) por los daños causados a la imagen (y al honor y a la intimidad) de terceros por una conducta delictiva⁶⁸, el Ordenamiento Jurídico vendría a reconocer que el menor de edad tiene condiciones de madurez suficientes para entender el alcance de sus actos y, por tanto, de acuerdo con el art. 3.1 LO 1/1982, podría decidir sobre el uso de su imagen. En efecto, como ya he dicho en otro lugar: “[...] Otro posible criterio a tener en cuenta son los 14 años como edad a partir de la cual entender que el menor tiene madurez intelectual y volitiva suficiente para comprender el alcance de sus actos, pues a partir de los 14 años la LORPM no

65 Decía en GRIMALT SERVERA, P.: “Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 188-189, esta norma “[...] a mi juicio, viene a distorsionar todo el sistema normativo en cuanto a la capacidad del menor para tomar decisiones: se trata del [...] [RPDP]. El art. 13.1 RPDP dispone que autoriza el tratamiento de los datos personales de los mayores de 14 años si consta el consentimiento de éste: “Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores”; datos personales que en el RPDP se definen como: “cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquiera otro tipo” (art. 5.1.f RDPD). El primer inciso de este art. 13 RPDP permitiría que menor mayor de 14 años pudiera autorizar el tratamiento de su información gráfica, fotográfica, permitiría a un menor de edad de 14 años y 1 día autorizar que una fotografía suya, en situaciones totalmente comprometidas, pudiera ser tratada por una tercera persona; ahora bien, creo que el primer inciso del art. 13 RPDP pierde toda eficacia respecto a los datos íntimos y a la propia imagen cuando dispone que a partir de los 14 años se tendrá capacidad para consentir el tratamiento de sus datos “[...] salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela [...]”. Pues bien, tanto la LO 1/1982 como el Código Civil exigen que para el menor pueda ejercitar los derechos de la personalidad el menor tenga condiciones de madurez suficientes, incluso, si aplicamos la LOPJM el consentimiento del menor no sería válido en ningún caso si ese consentimiento resulta contrario a sus intereses. Es por eso que, a mi juicio, cuando se trate de una información íntima del menor o de su propia imagen, serán las condiciones de madurez suficiente del menor que determinarán la validez del consentimiento del menor (1/1982 y el Código Civil) o simplemente el consentimiento no será válido si la información debe emitirse para un medio de comunicación y la información es perjudicial para el menor (LOPJM [...]). “[...] Problemas distintos presenta la obtención del consentimiento del menor cuando los datos no son íntimos o no afectan a la propia imagen del menor. Creo que la aplicación del art. 13.1 RDPD dependerá de cómo se configure el derecho a la protección de datos personales. ¿Es un derecho de la personalidad? Si la respuesta es afirmativa, entonces opino que lo procedente es la aplicación del art. 162.1 CC; si no es un derecho de la personalidad, entonces sí que cabe plantearse la aplicación del art. 13.1 RDPD [...]”.

66 “Esta Ley se aplicará para exigir la responsabilidad de las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho por la comisión de hechos tipificados como delitos o faltas en el Código Penal o las leyes penales especiales”.

67 “Cuando el responsable de los hechos cometidos sea un menor de dieciocho años, responderán solidariamente con él de los daños y perjuicios causados sus padres, tutores, acogedores y guardadores legales o de hecho, por este orden. Cuando éstos no hubieren favorecido la conducta del menor con dolo o negligencia grave, su responsabilidad podrá ser moderada por el Juez según los casos” (la cursiva es mía).

68 No más que habituales las conductas que menoscaban en las redes sociales la dignidad humana; conductas que, pudiendo implicar el uso ilícito de imágenes de un tercero, como el “ciberbullying”, el “ciberbaiting”, el “sexting”, el “child grooming”, el “sextorsion”, podrían llegar a calificarse como delito: por ejemplo, injurias (art. 208, primer párrafo, Código Penal), calumnias (art. 205 Código Penal), revelación de secretos (art. 197.1 Código Penal), coacciones ilícitas o *stalking* (art. 172.ter.1 Código Penal), delitos contra la libertad sexual o identidad sexual (art. 183.ter Código Penal), o delitos contra la integridad moral (art. 173.1, primer párrafo, Código Penal). Véase GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 6-8.

solo entiende que puede responder penalmente, sino también civilmente por los daños causados (art. 61.3 LORPM)⁶⁹. [...]. Con ello, qué se quiere decir: parece muy claro que nuestro Ordenamiento Jurídico considera que las personas que han cumplido 14 años tienen capacidad para entender el “disvalor” de las conductas descritas como delitos y tienen capacidad volitiva suficiente para decidir no llevar a cabo esas conductas calificadas como delitos; ahora bien, cabría preguntarse si esto es trasladable a todas las “conductas extracontractuales” de la vida del menor, ya que, muy posiblemente, se pueda afirmar que existen conductas que, por su complejidad o por simple falta de experiencia o madurez, no permiten al menor vislumbrar todas las consecuencias negativas de ello (aunque no creo que esto se trasladable a los daños que causen a través de las redes sociales, sin perjuicio de alguna excepción: por ejemplo, cuando los daños hayan sido fruto de la intervención de un tercero en forma de hacker). Esto no significa que si la conducta no es delictiva no se puedan tomar como referente los 14 años para determinar la imputabilidad civil del menor, pero como presunción: esto es, se puede presumir que, a partir de los 14 años, los menores de edad pueden ser responsables civiles ex art. 1902 CC, salvo que se acredite que sus condiciones de madurez no eran suficientes para poder entender el alcance de su conducta⁷⁰. En cambio, si la conducta puede ser calificada como delito, haya o no sentencia penal condenatoria, entonces sí que hay que concluir que el Ordenamiento Jurídico considera a los menores con facultades de discernimiento suficientes para ser responsables civiles (y penales); en consecuencia, no cabría el criterio de corrección de las condiciones de madurez suficientes, salvo casos excepcionales (entiendo,

69 Así, la Audiencia Provincial de Barcelona afirma, en “obiter dictum”, la responsabilidad civil de los menores de edad que hayan cumplido los 14 años: “[...] Sin duda esa capacidad de discernimiento (capacidad natural) se presupone a los menores de edad desde que cumplen los catorce años, ya que desde ese momento se les considera responsables penal y civilmente de los hechos que puedan cometer (artículo 1 LORPM [...]) y también se les habilita entre otras cosas para prestar declaración en juicio (artículo 361 LEC) [...]” (SSAP Barcelona -sección 16^a- 25 julio 2012 -JUR 2012, 293975- y 19 enero 2012 -JUR 2012, 92111). En cualquier caso, es necesario puntualizar que las aseveraciones que se acaban de transcribir son “obiter dicta” en las SSAP Barcelona, pues en una condena a unos menores de doce años y en otra absuelve a un menor con trastorno mental.

70 Sin perjuicio de lo que se ha expuesto sobre el art. 13.1 RPDP en la nota a pie de página 65 de este estudio, también decía en relación con ese art. 13.1 RPDP: “[...] no deberían ser los 14 años los que determinasen la capacidad del menor para otorgar consentimiento válido para que un tercero trate sus datos, sino sus condiciones de madurez. Ahora bien, sí que es cierto que tener 14 años o más, en virtud del principio de normalidad, puede suponer una presunción de madurez suficiente para otorgar el consentimiento que exige la LOPD y tener menos de 14 años permite una presuponer de que no se tiene esa madurez, pero solo se trataría de una presunción: un menor con menos de 14 años maduro podría otorgar consentimiento, pero un menor con más de 14 años inmaduro, no podría otorgar consentimiento [...]” (GRIMALT SERVERA, P.: “El consentimiento y el tratamiento con fines publicitarios y prospección comercial”, en AA.VV.: *El Reglamento de Protección de Datos. Aspectos clave*, UOC, Barcelona, 2008, pp. 74-75). Véase también BATUECAS CALETRIO, A.: “El control de los padres sobre el uso de que sus hijos hacen de las redes sociales”, en AA.VV.: *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2015, pp. 152-153. Además, si se tiene en cuenta del actual art. 1.2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor -LRCSVM, a partir de ahora, podría decirse que existe una tendencia a considerar los 14 años como punto de inflexión para poder atribuirles capacidad de discernimiento suficiente para distinguir entre conductas diligentes o negligentes. En efecto, el art. 1.2 LRCSVM considera relevante la culpa de los menores con 14 años, como culpa de la víctima, a los efectos de poder reducir la indemnización a la que tendría derecho el menor como víctima de un accidente de circulación.

aunque con dudas, que podrían ser los mismos que permiten la exoneración de la responsabilidad penal por inimputabilidad, porque en estos casos, el legislador considera que el menor no tiene capacidad para entender el alcance de sus actos) [...]”⁷¹.

En definitiva, y sin perjuicio de lo que se dirá en el epígrafe II.4 siguiente, a mi juicio, en relación con los menores de edad que aún no han cumplido los 16 años, hay que aplicar las siguientes reglas: A) si el uso de la imagen del menor en las “redes sociales abiertas a terceros” supone un menoscabo de su honra o de su reputación, o es contraria a sus intereses, ese uso en ningún caso puede venir legitimado por el consentimiento ni del menor ni de sus representantes legales. B) Si el menor no ha cumplido los trece años, en todo caso, corresponde a los representantes legales decidir sobre el uso de la imagen del menor (art. 8.2 RGPD (UE)), sin perjuicio de algún que otro matiz al que me referiré más adelante. C) A partir de los 14 años se puede presumir que, en abstracto, el menor tiene capacidad de obrar suficiente para decidir sobre el uso de la imagen (principio general que cabría deducir de nuestro Ordenamiento Jurídico): C1) ahora bien, si en el caso concreto se desvela que el menor no tenía las condiciones de madurez suficiente para entender el alcance de su consentimiento, este no será válido; C2) y a la inversa: si se pudiera probar que el menor con 13 años cumplidos podía entender el alcance de su consentimiento, al ser sus condiciones de madurez suficientes, se podría plantear la validez de su consentimiento (art. 3.1 LO 1/1982)⁷² - aunque, como se dirá en el II.4, es muy posible que la recién LOPDDG impida que un menor de 13 años pueda consentir por sí solo.

4. El consentimiento del menor (III): la incidencia de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDDG) en la prestación del consentimiento del menor de edad

El pasado 7 de diciembre de 2018 entró en vigor la LOPDDG, por lo que resulta imprescindible analizar cómo incide dicha norma en la capacidad de obrar del menor no emancipado. Pues bien, el punto de partida debe ser el art. 7 LOPDDG que regula cuándo un menor de edad podrá autorizar por sí solo el tratamiento de sus datos personales. El art. 7 LOPDDG distingue entre los menores que han cumplido 14 años y menores que no han cumplido aún los 14 años.

En relación con los menores que han cumplido los 14 años, el art. 7.1, primer párrafo, LOPDDG dispone: “El tratamiento de los datos personales de un menor de edad únicamente podrá fundarse en su consentimiento cuando sea mayor de catorce años”. Por tanto, de este primer párrafo del art. 7.1 LOPDDG se

⁷¹ GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil*, cit., pp. 40-42.

⁷² Véanse las sentencias citadas en la nota a pie de página 69 de este estudio.

deduce que los menores de edad que hayan cumplido 14 años podrán autorizar el tratamiento de sus datos por sí solos. Ahora bien, el segundo párrafo del art. 7.1 LOPDDG entiendo que modifica muy significativamente la “extensión literal” del primer párrafo del art. 7.1 LOPDDG, pues dispone: “Se exceptúan los supuestos en que la ley exija la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela para la celebración del acto o negocio jurídico en cuyo contexto se recaba el consentimiento para el tratamiento”.

Pues bien, de la interpretación conjunta de los dos párrafos del art. 7.1 LOPDDG, creo que pueden sacarse las siguientes conclusiones: 1) Los menores de edad emancipados pueden prestar su consentimiento siempre por sí solos, pues no están sometidos ni a patria potestad ni a tutela. 2) En la medida en que, a mi juicio, el segundo párrafo del art. 7.1 LOPDDG tiene su sentido respecto a las regulaciones ya existentes, pues para las normas posteriores a la LOPDDG no haría falta, ya que en virtud del principio de posterioridad o el de especialidad resultaría clara su aplicación preferente respecto a este art. 7.1 LOPDDG, y en la medida en que dicho párrafo se refiere tanto a actos como a negocios jurídicos, hay que entender que en el mismo se integran situaciones en las que el menor que ha cumplido 14 años preste su consentimiento tanto unilateralmente (por ejemplo, autorizaciones que incidan en su vida privada o en su propia imagen) como en un negocio jurídico bilateral (contrato), por lo que resultan de aplicación tanto el art. 162.1 CC como el art. 3.1 LO 1/1982 y el art. 4.3 LOPJM, siempre interpretados en relación con el RGPD (UE) (véase epígrafe II.3 de este estudio): esto significa que, en aquellos casos en los que los datos a tratar afecten al honor, a la intimidad o a la propia imagen del menor que ya ha cumplido los 14 años, su consentimiento solo será válido si tiene las condiciones de madurez suficientes, aunque, de acuerdo con el art. 162 CC, “los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”, intervención o control que se refuerza en el art. 84.1. LOPDDG, cuando los menores hagan uso de internet: «Los padres, madres, tutores, curadores o representantes legales procurarán que los menores de edad hagan un uso equilibrado y responsable de los dispositivos digitales y de los servicios de la sociedad de la información a fin de garantizar el adecuado desarrollo de su personalidad y preservar su dignidad y sus derechos fundamentales»⁷³ 3) En consecuencia a lo expuesto justo ahora, la aplicación del art. 7.1, primer párrafo, LOPDDG se circunscribiría exclusivamente a aquellos datos que no fueran íntimos o que no afectasen a la propia imagen del menor o a su dignidad (honor).

73 Aunque este precepto podría ser contrario a la RGPD (UE), pues permite el control del consentimiento que preste un menor de edad emancipado (cuando se trata de menores de edad, la existencia de un curador solo es posible cuando el menor de edad está emancipado); esto es, cuando el menor de edad ya ha cumplido 16 años.

A mayor abundamiento, incluso la inexistencia del segundo párrafo del art. 7.1 LOPDDG podría no haber sido significativa a la hora de aplicar los arts. 162 CC, 3 LO 1/1982 y el art. 4.3 LOPJM. En efecto, desde hace tiempo vengo entendiendo que tanto la LO 1/1982 como la LOPJM eran de aplicación preferente en relación con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) por el principio de especialidad⁷⁴; esto es, la regulación de la LO 1/1982 y de la LOPJM podían coexistir con la regulación de la LOPD. Partiendo de la idea anterior, y habida cuenta que la LOPDDG no prevé ni la modificación ni la derogación expresa de los art. 3.1 LO 1/1982 y 4.3 LOPJM, y que no puede inferirse la derogación tácita de las mismas a través de la disposición derogatoria única.3 LOPDDG “Asimismo, quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan, o resulten incompatibles con lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2016/679 y en la presente ley orgánica”, pues como ya se ha dicho en el epígrafe II.3 que, por un lado, ni la LOPJM⁷⁵ ni la LO 1/1982 resultan incompatibles (ni se oponen) al RGPD (UE), y que, por otro lado,

74 Hace ya unos cuantos años, estando vigente la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal (LORTAD), yo afirmaba que en el caso de que un tratamiento de datos vulnerase la intimidad o la propia imagen era de aplicación preferente el art. 17.3 LORTAD [precepto que regulaba la responsabilidad civil del responsable del fichero por los daños causados por un tratamiento automatizado de datos personales], pues consideraba que la LORTAD era norma especial respecto a la LO 1/1982 (aunque, eso sí, también decía que el bien jurídico protegido por la LORTAD eran los derechos del art. 18.1 Constitución). Pues bien, la entrada en vigor de la LOPD (ley que derogó la LORTAD) ha tenido unos “efectos expansivo” sobre todo lo que sea “uso de datos personales”; en efecto, las amplísimas concepciones que maneja la LOPD de “dato personal” y de “tratamientos de datos” transmiten la idea de que “todo lo que suponga uso de datos, por irrelevante que sea, está sujeto a la LOPD”, idea que no solo ha sido atemperada, sino que, en general, se ha visto reforzada por cómo se ha venido interpretando y aplicando ley, convirtiendo así a la LOPD en la norma general de tratamiento de datos, ley que, además, ya no se limitaría a proteger unos bienes jurídicos concretos (fundamentalmente la intimidad), sino que protegería los datos *per se*. Esto a mi juicio, como ya he tenido la oportunidad de expresar en otro lugar, tiene una consecuencia inmediata: frente a la regulación general de protección de datos, existe una regulación específica que puede solaparse con la anterior y que sí protege bienes concretos: la intimidad, el honor y la propia imagen; por tanto, entiendo que la LO 1/1982 es ley especial respecto a la LOPD y por tanto de aplicación preferente (GRIMALT SERVERA, P.: “La necesaria reconducción del régimen jurídico de la protección de datos personales desde la perspectiva de los conflictos y solapamientos con otros derechos y libertades en internet”, en AA.VV.: *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 74-75).

A mayor abundamiento, previamente ya había afirmado: “[...] “Otra cuestión que creo que es menester destacar es la “evolución” del llamado “derecho a la protección de datos” desde la derogada Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (a partir de ahora, LORTAD). En efecto, creo que la configuración del “derecho a la protección de datos” por parte del Tribunal Constitucional y su regulación en la LOPD (pero sobre todo por la aplicación que desde diferentes ámbitos se hace de ella) han hecho que, en estos instantes, resulte muy complicado considerar a la LOPD una norma especial de tutela la intimidad frente a los tratamientos de datos insertos en ficheros, sino que se trata de una norma general que regula el tratamiento de datos (regula cualquier uso de datos de terceros con independencia de si son íntimos o no) para la tutela de todos los derechos. La LOPD es la norma general de regulación del uso de datos, íntimos o no, de terceros; por tanto, a mi juicio, el principio de especialidad posiblemente no podrá jugar a favor de la LOPD cuando su regulación entre en conflicto con otras normas que también regulen ‘tratamientos de datos’ [...]” (GRIMALT SERVERA, P.: “El consentimiento”, cit., pp. 52-54).

75 La propia LOPDDG no se olvida del art. 4 LOPJM (de su apartado 2, en concreto), pues el art. 84.2 LOPDDG dispone que “La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”; aunque sí que hay que decir que este art. 84.2 LOPDDG, por sí solo no refuerza la vigencia del art. 4.3 LOPJM, pues por intromisión ilegítima podría entenderse que la intromisión ilegítima se produce simplemente cuando faltase el consentimiento ex art. 7.1, primer párrafo, LOPDDG.

la derogada LOPD, y la LOPJM y la LO 1/1982 coexistían en virtud del principio de especialidad. Por tanto, para determinar si un menor de edad podrá consentir válidamente sobre el uso de su propia imagen también habría que estar, en primer lugar, al art. 4.3 LOPJM y, en su defecto, a la LO 1/1982, ambos preceptos siempre interpretados en relación con el art. 8.1 RGPD (UE).

En cuanto a los menores de edad que no han cumplido los 14 años, el art. 7.2 LOPDDG dispone que “El tratamiento de los datos de los menores de catorce años, fundado en el consentimiento, solo será lícito si consta el del titular de la patria potestad o tutela, con el alcance que determinen los titulares de la patria potestad o tutela”. La redacción de este precepto obliga a plantearse lo que se ha expuesto en el epígrafe II.3 sobre los menores de edad con 13 años. En efecto, en el epígrafe II.3 se ha afirmado: 1) Los “[...] menores que no hayan cumplido los 13 años no podrán decidir válidamente sobre el uso de su imagen; por tanto, ya no cabrá plantearse si un menor que no ha alcanzado los 13 años tiene las condiciones de madurez suficientes para emitir un consentimiento válido que justifique el tratamiento de sus datos en una red social [...]”; idea que hay que mantener porque se deduce del RGPD. 2) Si “[...] se puede probar que el menor con 13 años cumplidos podía entender el alcance de su consentimiento, al ser sus condiciones de madurez suficientes, su consentimiento será válido (art. 3.1 LO 1/1982)”. Pues bien, tengo muchas dudas de si esta afirmación es admisible con lo dispuesto en el art. 7.2 LOPDDG (precepto compatible con el RGPD), ya que si es cierto que entiendo que la LO 1/1982 es ley especial respecto a la LOPDDG, me resulta complicado justificar que un simple tratamiento de datos que no incida ni en la imagen, ni en la intimidad ni en la dignidad del menor solo pueda ser autorizado por el propio menor cuando haya cumplido los 14 años y, en cambio, pueda entenderse que un menor con 13 años tenga madurez suficiente para autorizar intromisiones en su intimidad, en su imagen o en su dignidad. En este caso concreto, la coherencia del sistema en el que prohibido lo menos, prohibido lo más, obliga a pensar que los menores de edad con 13 años tampoco podrán, por sí solos, prestar válidamente su consentimiento para el tratamiento de sus datos, afecten o no a sus derechos de la personalidad.

5. El consentimiento de los titulares de la patria potestad (o de los tutores⁷⁶)

76 De acuerdo con el art. 236 CC, el cargo de tutor, como regla general, será ejercido por una sola persona, aunque el propio art. 236 CC prevé que en algunos casos pueda existir una pluralidad de tutores (art. 236 CC), en cuyo caso, deberán actuar conjuntamente, esto es, de forma mancomunada: los tutores no podrán actuar independientemente, sino que las decisiones deberán ser tomadas por mayoría (art. 237 CC), salvo que los padres de un menor hubieran previsto en testamento o en documento público notarial una pluralidad de tutores en caso de su fallecimiento o de su incapacidad y que la actuación de los mismos fuera solidaria (en cuyo caso, cualquiera de los tutores podría ejercer independientemente las funciones inherentes de la tutela). Sobre el funcionamiento de la tutela conjunta o solidaria, véase DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: “Comentario al art. 237 del Código Civil”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo II,

Cuando el alumno menor de edad no tiene capacidad de obrar suficiente para prestar su consentimiento, corresponde a los titulares de la patria potestad el autorizar la captación y divulgación de la imagen de su hijo. En estos casos, como regla general, corresponde a ambos progenitores autorizar el uso de la imagen de su hijo, pues el art. 156, el primer inciso del primer párrafo, CC, dispone que la patria potestad se ejerza conjuntamente por ambos progenitores. Por tanto, si consta el consentimiento válido de ambos progenitores, el centro escolar podrá utilizar la imagen del menor, sin perjuicio de algunas matizaciones que se harán más adelante sobre la necesidad de que intervenga el Ministerio Fiscal. Si la patria potestad solo recae en un progenitor (o, por las razones que sean, el otro está imposibilitado de hecho o de derecho para ejercerla⁷⁷ o incluso privado de dicho ejercicio⁷⁸), obviamente, corresponde solo a este autorizar el uso de la imagen de su hijo.

Sin embargo, no siempre será preciso que concurren ambos consentimientos. A continuación, voy a distinguir varias situaciones en las que no sería necesario el consentimiento de ambos progenitores

Primera situación: supuestos de autorización expresa (no escrita), tácita o presunta. Como se ha dicho, cuando la patria potestad recae sobre dos

Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 2195-2201; LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: "Comentario al art. 237 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, volumen I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1108-1111.

77 "En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro" (art. 156, penúltimo párrafo, CC). Cuando medie sentencia que declara la ausencia o la incapacidad de uno de los progenitores, el centro escolar tendrá muy fácil constatar que corresponde al otro progenitor autorizar el uso de la imagen del menor; si no existe sentencia, en las situaciones de hecho, pueden plantearse problemas de prueba que deberían ser valorados por el centro escolar antes de reproducir y divulgar una fotografía del estudiante con el único consentimiento de uno de los progenitores por estar el otro imposibilitado de hecho para prestar el suyo.

En todo caso, véanse las observaciones tanto de DÍAZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 156 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1600-1602; como las de YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario al art. 156 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, volumen I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 777.

Véanse también las sentencias citadas por DÍAZ GARCÍA, H.: "Comentario al art 156", cit., pp. 1600-1601.

78 Muy recientemente la disposición final 2 del Real Decreto-ley 9/2018, de 3 de agosto, de medidas urgentes para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, ha introducido el siguiente párrafo en el art. 156 CC: "Dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de éste para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente. Si la asistencia hubiera de prestarse a los hijos e hijas mayores de dieciséis años se precisará en todo caso el consentimiento expreso de éstos".

En el Preámbulo de dicho Real Decreto-Ley se afirma que "[...] el presente real decreto-ley incluye una modificación en el artículo 156 del Código Civil para dar cumplimiento a la medida 148, del Informe de la Subcomisión del Congreso que propone, desvincular la intervención psicológica con menores expuestos a violencia de género del ejercicio de la patria potestad. En concreto la reforma que afecta al artículo 156 del Código Civil tiene como objetivo que la atención y asistencia psicológica quede fuera del catálogo de actos que requieren una decisión común en el ejercicio de la patria potestad, cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos e hijas de ambos [...]".

progenitores, los dos tienen que autorizar el uso de la imagen del menor⁷⁹. Ahora bien, en el primer inciso del primer párrafo del art. 156 CC se dispone que uno de los progenitores podrá ejercer la patria potestad siempre que exista autorización expresa o tácita del otro progenitor; por tanto, si al centro escolar le consta esa autorización expresa o tácita, sería suficiente con recabar el consentimiento de uno de los progenitores para captar y divulgar la imagen de su alumno menor de edad.

Ahora bien, el centro educativo, salvado “el escollo” de un solo consentimiento por existir autorización expresa o tácita del otro progenitor, no puede obviar los problemas de prueba que se pueden presentar en casos de conflicto: ¿Qué ocurriría si el progenitor, cuyo consentimiento no consta, siempre que resulte necesario, niega la autorización expresa (no escrita) o tácita? Ante tal situación, es preciso preguntarse si podría ser de aplicación la presunción que establece el art. 156, cuarto párrafo, CC: “En los supuestos de los párrafos anteriores⁸⁰, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro”. Esto es, cabe preguntarse si el centro escolar, siempre que un actuar diligente le permita afirmar que desconoce la existencia de conflictos entre los progenitores o que desconoce las situaciones de hecho o de derecho que impidan el ejercicio de la patria potestad por parte de uno de los progenitores⁸¹, puede presumir “iure

79 Si los progenitores no se pusieran de acuerdo, y uno de ellos tuviera especial interés en autorizar al centro escolar la reproducción y divulgación de la imagen del menor a través de las redes sociales, podría instar la autorización judicial: “En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle la total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años” (art. 156, tercer párrafo, CC).

80 Entiendo con DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., pp. 1598-1599, que la presunción del art. 156, párrafo cuarto, CC, en principio, podría circunscribirse a supuestos en los que resulta necesario el consentimiento de ambos progenitores; pues de lo contrario, si el consentimiento lo ha prestado el progenitor legitimado para ello, dicho consentimiento resulta suficiente, y si el consentimiento lo ha prestado un progenitor que no está legitimado (por estar incapacitado judicialmente, por resultar de aplicación el segundo párrafo del art. 156 CC, etc...), el consentimiento es directamente nulo. Ahora bien, también creo que la presunción del art. 156, párrafo cuarto, CC, resulta de aplicación a supuestos en los que el autorizante es el progenitor que no está legitimado para ejercer la patria potestad por razones que no le constan o que no le pueden constar al centro escolar con un actuar diligente. La buena fe del centro escolar desaparece cuando un progenitor informa de la falta de legitimación del otro por concurrir algunos de los supuestos que le impiden ejercer la patria potestad (lo que a su vez plantea un problema que afecta a la intimidad de este último progenitor: ¿hasta qué punto uno de los progenitores puede informar de situaciones de hecho del otro progenitor sin que ello suponga vulnerar su intimidad? -simplemente dejo anotada la pregunta, pues se escapa de los objetivos y de los límites de este trabajo). En cualquier caso, el alcance de la aplicación de la presunción del art. 156, cuarto párrafo, CC resulta discutida: véase DÍAZ GARCÍA, H., ob. cit., pp. 1598-1600; YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario al art. 156”, cit., pp. 779-782.

81 Para que el tercero se pueda beneficiar de la presunción se requiere que sea de buena fe. Si el centro escolar conoce la existencia de conflictos en la pareja (por ejemplo, que sepa que están separados o divorciados) no puede presumir que uno de los titulares de la patria potestad actúa con consentimiento del otro. Es lógico pensar que, si entre los titulares de la patria potestad no existen conflictos aparentes, existe una relación de confianza suficiente entre ellos que autoriza la presunción del cuarto párrafo del art. 156 CC; en cambio, rota la pareja o cuando constan desavenencias en la misma, es muy difícil sostener que existe confianza suficiente entre ellos que permita presumir que los progenitores actúan con la anuencia del otro. Esto no significa que, dadas las circunstancias del caso concreto, los propios actos de la pareja

et de iure⁸² que cada uno de los progenitores actúa con el consentimiento del otro. Pues bien, a los efectos que ahora interesa, la clave para aplicar la presunción está en el actuar en el ejercicio ordinario de la patria potestad: si el progenitor está actuando en el ámbito ordinario de la patria potestad, es de aplicación la presunción del art. art. 156, cuarto párrafo, CC. Inmediatamente surge la siguiente pregunta: ¿la autorización para que el centro escolar pueda reproducir y divulgar la imagen del menor supone un ejercicio ordinario de la patria potestad o es más bien una decisión de carácter extraordinario y, por tanto, que impide aplicar la presunción?

El reciente auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018⁸³ distingue entre el ejercicio ordinario y el extraordinario de la patria potestad: “[...] Cabe distinguir con base en lo preceptuado en los párrafos 1º y 3º del art. 156 CC, entre actos de ejercicio ordinario de la patria potestad [...] y actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, que precisan el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial, entendiéndose por tales actos extraordinarios los referidos a las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y no pueden calificarse como ordinarias o habituales en el seno de la familia por resultar excepcionales conforme a los usos sociales. Entre estas últimas se consideran, desde luego, la elección del lugar de residencia del menor y la de traslado de domicilio del mismo, así como la elección del colegio, al margen igualmente las decisiones relativas a la salud física o psíquica del menor; el sometimiento a terapias o tratamientos (fisioterapia, quimioterapia, rehabilitación, etc.), intervención quirúrgica, o inclusive actividades de ocio o deporte de riesgo o extraescolares que constituyen un gasto extraordinario, que deban abonarse por ambos progenitores por mitad [...]”.

Pues bien, si se relaciona lo afirmado en el auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018⁸⁴, con la segunda de las situaciones que se va a analizar, “Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”, sería razonable entender que la autorización para que un centro escolar divulgue la imagen de un estudiante menor de edad se integra en el ejercicio ordinario de la patria potestad, salvo que la finalidad perseguida por el centro escolar con la divulgación de la imagen del menor no esté relacionada con las funciones propios de un centro educativo. En cualquier

rota creen, en el centro escolar, una apariencia de confianza tal que permitan la aplicación del cuarto párrafo del art. 156 CC.

Respecto al requisito de la buena fe exigible en el tercero para aplicar este cuarto párrafo del art. 156 CC, véase DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 1599.

82 En este mismo sentido, DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 1599.

83 Auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018 (JUR 2018, 184538). Puede verse también la resolución de la DGRN 10 octubre 1994 (RAJ 1994, 10616).

84 Auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018 (JUR 2018, 184538). Puede verse también la resolución de la DGRN 10 octubre 1994 (RAJ 1994, 10616).

caso, mientras no exista un grupo de sentencias que claramente afirme que la autorización para reproducir y divulgar la imagen del menor es ejercicio ordinario de la patria potestad, yo recomendaría al centro escolar recabar el consentimiento de ambos progenitores.

Segunda situación: “Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad”.

El último inciso del primer párrafo del art. 156 CC prevé el ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores cuando los usos sociales y las circunstancias lo permitan o cuando exista una situación de urgente necesidad que impida recabar la autorización del otro progenitor.

En el primero de los supuestos, siempre atendiendo a las circunstancias del caso y a todos los intereses en juego, y siguiendo a DÍEZ GARCÍA, “[...] cabe entender que resultará admisible la actuación aislada de uno de los progenitores cuando resulte también usual en la sociedad que determinados actos no se realicen por ambos padres conjuntamente; a veces, simplemente por su sencillez, por resultar cotidianos o por no afectar esencialmente a derechos e intereses relevantes de los hijos [...]”⁸⁵. A los efectos que ahora interesan, no va resultar sencillo justificar la ausencia del consentimiento de uno de los progenitores para que un colegio utilice la imagen del menor sobre la base de los usos sociales y de las circunstancias, aunque no cabe desdeñar tal posibilidad: por ejemplo, quizás podría ser suficiente la autorización de uno de los progenitores para que el menor pudiera participar en la “tradicional foto de aula”, pero dudo mucho que quepa justificar la ausencia del consentimiento de uno de los progenitores cuando se trate de divulgar la imagen del menor a través de las redes sociales.

Sin embargo, si se traslada la doctrina que contiene la SAP de Barcelona (sección 13ª) 22 de enero de 2018⁸⁶ al art. 156 CC, sería suficiente el consentimiento de uno de los progenitores para el uso de la imagen del menor en ciertos casos: “[...] Aunque, añade el artículo 236.8.2.c) del mismo texto legal que en los actos de necesidad urgente y en los que, de acuerdo con el uso social o las circunstancias familiares, normalmente realiza una persona sola, cualquiera de los progenitores puede actuar indistintamente, siendo un hecho notorio, como tal no necesitado de especial prueba, que las autorizaciones del tipo que es objeto de los presentes autos es habitual que se otorguen por el progenitor que realiza la inscripción en el curso, club deportivo, excursión, o actividad escolar o extraescolar del menor [...]” (en el caso la progenitora autorizó expresamente que la imagen de su hijo pudiera aparecer en fotografías correspondientes a actividades organizadas por

85 DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 1594.

86 SAP de Barcelona (sección 13ª) 22 de enero de 2018 (JUR 2018, 84325).

un club deportivos y que fueran publicadas en su página web o en diferentes publicaciones informativas; en cambio, el progenitor se opuso a ello).

En el segundo de los supuestos, se entiende suficiente el consentimiento de los progenitores cuando concurra una situación de urgente necesidad. La idea sería la siguiente: dados los intereses del menor en juego, un progenitor puede decidir sin tener que contar con la opinión del otro progenitor cuando, dadas las circunstancias, la decisión tiene que tomarse de forma inmediata porque en caso de no tomarse va a resultar perjudicial para los intereses del menor. Se entiende que, en estos casos de urgente necesidad, el tiempo que habría que esperar para conocer la opinión del "progenitor no presente" resulta perjudicial para los intereses del menor⁸⁷. También aquí me resultaría muy difícil apreciar situaciones de urgente necesidad en el uso de la imagen del menor por parte del centro escolar. Imaginemos el siguiente caso: un menor se ha olvidado recabar la autorización de sus progenitores para que su imagen obtenida en una excursión organizada por el colegio pueda ser divulgada a través de las redes sociales del centro escolar. Al llegar al autobús que le llevará de excursión acompañado de uno de sus progenitores, uno de los profesores le solicita al "progenitor presente" su autorización para reproducir y divulgar la imagen del menor. Si no es posible contactar en ese momento con el "progenitor no presente", ¿cabría entender que se está ante una situación de urgente necesidad? En principio, y sin perjuicio de analizar todas las circunstancias concurrentes, yo respondería que no se está ante un supuesto de urgente necesidad, pues, en este concreto supuesto, ni la reproducción y la divulgación de la imagen del menor suponen "a priori" un beneficio para el menor ni la falta de autorización supone un perjuicio para el menor. En cualquier caso, si se atendiera a la citada SAP de Barcelona (sección 13^a) 22 de enero de 2018⁸⁸, podría entenderse que, atendidas las circunstancias, los usos sociales autorizan al progenitor presentar consentir por sí solo la captación y divulgación de la imagen del menor si necesidad de recabar el consentimiento del progenitor "no presente".

Es evidente que se está ante unas reglas que generan mucha inseguridad jurídica, por lo que el centro escolar debería tenerlo muy presente si pretende justificar el uso de la imagen del menor, especialmente en las redes sociales, en el consentimiento de uno de los progenitores atendiendo a los usos sociales y a las circunstancias o a la urgente necesidad.

Tercera situación: separación legal o divorcio (y ruptura de la convivencia matrimonial admitida la demanda de separación o de divorcio).

87 Véase DÍAZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 156", cit., pp. 1593-1594; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario al art. 156", cit., p. 775.

88 SAP de Barcelona (sección 13^a) 22 de enero de 2018 (JUR 2018, 84325).

En aquellos casos en los que los progenitores se separen legalmente o se divorcien, el quién ejercerá la patria potestad debería quedar fijada bien en el convenio regulador (art. 90.I.a⁸⁹) bien en la sentencia que decreta la separación legal o el divorcio (art. 91 CC⁹⁰)⁹¹.

También hay que tener presente que la interposición de una demanda de separación o divorcio (o nulidad) obliga al Juez a resolver provisionalmente sobre las cuestiones relativas a la patria potestad (art. 103 CC⁹²); incluso es posible que el Juez haya tenido que decidir sobre el ejercicio de la patria potestad antes de la interposición de la demanda si uno de los cónyuges solicita medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio: “El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio” (art. 771.I, primer párrafo, LEC).

Cuarta situación: separación de hecho o inexistencia de convivencia entre los progenitores. Cuando los progenitores no conviven “de hecho”⁹³, en principio

89 “I. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, *el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos [...]*” (la cursiva es mía).

90 “En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

91 Véase en este sentido, DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 1603; YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 778.

92 “Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes: [...] I.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía [...]”.

93 Si bien la literalidad del último párrafo del art. 156 CC permitiría incluir tanto las separaciones de hecho como las legales, habría que circunscribir su aplicación a las separaciones de hecho, pues si la separación es legal resultan de aplicación los art. 90 y 91 CC: “[...] habiéndose establecido en un proceso de separación matrimonial por la Sentencia judicial que lo decidió, una medida consiguiente a la de separación en sí, como es la de atribución de la patria-potestad de los padres sobre los hijos comunes menores de edad, la modificación de esta medida, a petición de parte, sólo puede hacerse por la vía de los arts. 90 y 91 del C. civil, lo que aquí no se ha hecho, aplicando equivocadamente el Juzgador de instancia el art. 156, último párrafo, que afecta a las relaciones paterno-filiales cuando los cónyuges viven separados de hecho, en cuyas situaciones no serían, por el contrario, aplicables aquellos preceptos [...]” (STS 2 julio 2004 -RAJ 2004, 5584).

También resulta de interés resaltar que la literalidad del último párrafo del art. 156 CC permite incluir tanto separaciones de hecho entre cónyuges como cualquier tipo de supuesto de falta de convivencia entre progenitores no casados. Que los progenitores estén casados no es relevante a los efectos de ejercer la patria potestad; por tanto, no aprecio motivo alguno para no poder aplicar este último párrafo del art. 156 CC a todos los supuestos en los que no existe convivencia efectiva entre los progenitores (no distingue, DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., pp. 1602-1603; sin embargo, véanse las observaciones de YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Comentario al art. 156”, cit., p. 778).

y de acuerdo con el último párrafo del art. 156 CC, la patria potestad debe ser ejercida por aquel con quien el hijo conviva.

De la literalidad del último párrafo del art. 156 CC se deduce que el ejercicio de la patria potestad por parte del progenitor con quien el hijo conviva se extiende tanto al ejercicio ordinario como al extraordinario de la patria potestad. Ahora bien, en la medida en que las reglas del art. 156 CC no estarían encaminadas a privar del ejercicio de la patria potestad a uno de los progenitores, sino a facilitar su ejercicio, me parece razonable restringir la aplicación del último párrafo del art. 156 CC al ejercicio ordinario, pues, de lo contrario, la falta de convivencia entre los progenitores impediría intervenir de facto a uno de ellos en la toma de decisiones trascendentales del menor⁹⁴. En este sentido, el reciente auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018⁹⁵: “[...] Cabe distinguir con base en lo preceptuado en los párrafos 1º y 3º del art. 156 CC, entre actos de ejercicio ordinario de la patria potestad, que puede realizar válidamente uno solo de los progenitores (el que ejerce la guarda y custodia de hecho o en virtud de resolución judicial) sin necesidad de recabar el consentimiento del otro, y actos de ejercicio extraordinario de la patria potestad, que precisan el consentimiento de ambos progenitores o, en su defecto, resolución judicial, entendiendo por tales actos extraordinarios los referidos a las decisiones más importantes que pueden adoptarse en la vida de un menor y no pueden calificarse como ordinarias o habituales en el seno de la familia por resultar excepcionales conforme a los usos sociales [...]”.

En cualquier caso, el progenitor con quien no conviva el menor siempre puede acudir al Juez para que clarifique el cómo y el quién debe ejercer la patria potestad en estos supuestos: “[...]]E]l Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio” (último inciso del último párrafo del art. 156 CC). También se puede plantear la custodia de los menores: “Si los padres viven separados y no decidieren de común acuerdo, el Juez decidirá, siempre en beneficio de los hijos, al cuidado de qué progenitor quedarán los hijos menores de edad [...]” (art. 159 CC).

6. La intervención del Ministerio Fiscal

El art. 3.2 LO 1/1982 dispone que en aquellos casos en los que el consentimiento para autorizar una intromisión en los derechos fundamentales del art. 18.1

⁹⁴ Véase DÍAZ GARCÍA, H.: “Comentario al art. 156”, cit., pp. 1602-1603.

⁹⁵ Auto de la AP de Córdoba (sección 1ª) 9 abril 2018 (JUR 2018, 184538). Puede verse también la resolución de la DGRN 10 octubre 1994 (RAJ 1994, 10616).

Constitución de un menor corresponda a los progenitores, estos previamente deben comunicar su decisión al Ministerio Fiscal: “En los restantes casos⁹⁶, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez⁹⁷”.

Una aplicación literal de este precepto obligaría a que cualquier autorización para reproducir la imagen del menor del representante legal del menor sea sometida a la opinión del Ministerio Fiscal: por ejemplo, si el abuelo quiere una simple foto con su nieto, la literalidad del art. 3.2 LO 1/1982 obligaría a los representantes legales a comunicar al Ministerio Fiscal que van a autorizarla. Resulta evidente que esta interpretación literal no es nada razonable y que para nada se adecua a la realidad social del tiempo en el que se deben aplicar las normas jurídicas.

Pues bien, siendo evidente que la intervención del Ministerio Fiscal puede resultar trascendente para proteger los intereses del menor, no resulta nada clara cuál podría ser la consecuencia jurídica de infringir la obligación de los representantes legales de comunicar previamente al Ministerio Fiscal su voluntad de autorizar el uso de la imagen del menor. Salvo error por mi parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es concluyente al respecto⁹⁸: es cierto que existe alguna que otra sentencia que considera la intervención del Ministerio Fiscal como requisito de eficacia del consentimiento otorgado por los representantes legales⁹⁹, pero también lo es que también existe alguna que otra sentencia que contiene una expresión que parece indicar que la ausencia de intervención del Ministerio Fiscal

96 Esto es, en aquellos casos en los que los menores e incapaces no puedan prestar por ellos mismos el consentimiento porque sus condiciones de madurez no lo permiten (art. 3.1 LO 1/1982, “a contrario”).

97 Los arts. 59 y 60 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regulan el procedimiento a seguir cuando el Ministerio Fiscal se hubiera opuesto al consentimiento otorgado por el representante legal de un menor.

98 Aunque véase PÉREZ DÍAZ, R.: *La imagen del menor en las redes sociales*, fuente: Westlaw (BIB 2018, 6534), p. 4 (entiendo que las sentencias que cita, salvo error, se refieren a la intervención del Ministerio Fiscal ex art. 4 LOPJM: este precepto prevé la intervención del Ministerio Fiscal en el supuesto de apreciar intromisión ilegítima en la difusión de la información o por el uso de la imagen de un menor, por tanto, no prevé, como se dirá, una intervención “a priori” sino “a posteriori” del Ministerio Fiscal).

99 “[...] cuando se trata de menores sin condiciones de madurez para prestar el consentimiento, como es un niño de tres años, entonces sólo puede manifestar el consentimiento su representante legal (artículo 3.2). Pero este consentimiento por sí solo no basta para la validez del acto de disposición. Es necesario, además, para que surta eficacia, el consentimiento del representante legal y la cooperación del Ministerio Fiscal, cuya intervención actúa a modo de asentimiento, autorización o ratificación. El representante legal del menor deberá otorgar el consentimiento por escrito, pero previamente está obligado a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (artículo 3.2). Sólo con la intervención de éste el consentimiento surte efecto o, en caso de oponerse el Fiscal, mediante resolución judicial que lo apruebe [...]” (STS 7 octubre 1996 -RAJ 1996, 7058) -aunque se podría discutir si las afirmaciones referentes a la intervención del Ministerio Fiscal son “obiter dicta”, pues no en el caso no constaba el consentimiento de los representantes legales, por lo que la intervención del Ministerio Fiscal ex art. 3.2 LO 1/1982 no resultaba procedente.

no afecta a los terceros que han obtenido el consentimiento del representante legal¹⁰⁰.

En el epígrafe 3.3 de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo, se dispone que los fiscales se abstendrán de utilizar el cumplimiento de estas exigencias formales (creo que se refiere tanto al consentimiento por escrito como a la intervención del Ministerio Fiscal) para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses de los menores. Pues bien, en el supuesto de entender que la intervención del Ministerio Fiscal es preceptiva ex art. 3.2 LO 1/1982 para validar el consentimiento de los representantes legales, debería reiterar lo ya expuesto en otro lugar: “[...] La decisión práctica adoptada por la Fiscalía [...] me parece correcta, pues el sistema previsto en el art. 3 de la LO 1/1982 llevado a sus últimas consecuencias, en mi opinión, puede resultar completamente absurdo y alejado de la realidad con resultados seguramente no queridos por el legislador. [...] No puede olvidarse que la finalidad de exigir [...] la intervención del Ministerio Fiscal es la protección de los intereses del menor. [...] A mi juicio, la finalidad de la norma (la protección del interés del menor), los ‘usos sociales’ del art. 2.2 de la LO 1/1982 y la doctrina del abuso de la nulidad por motivos formales deben presidir la aplicación de la norma. Pero claro, ahora viene el problema: ¿cómo puede saberse si tiene que intervenir el Ministerio Fiscal o no? Pues, no hay fórmula mágica (no la conozco), sólo se puede poner sentido común y pensar que cualquier actuación alejada de lo habitual, de lo normal, o que implique una prestación del menor debe ser puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal (por ejemplo, hacer un anuncio, participar en una película o en un programa televisivo, enviar una cinta/cd/dvd a un programa de televisión en el que se ve a un menor dándose un trompazo, etc.) [...]”¹⁰¹.

Ahora bien, la opinión mantenida años atrás merece unas matizaciones. En efecto, como ya he dicho la posición que se expresa en la citada Instrucción de la Fiscalía General del Estado no solo me parece muy razonable, sino que, a mi juicio, es acorde con lo que cabe deducir del art. 4.2 LOPJM. En efecto, este precepto prevé que el Ministerio Fiscal intervenga cuando se difunda información o se utilicen imágenes o el nombre de un menor en los medios de comunicación cuando ella pueda implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación o resulte contraria a sus intereses¹⁰² (aunque, en el supuesto del art. 4.2 LOPJM, si el

100 “[...] Tanto lo que se dice, como la imagen que aparece, se hace en presencia y con consentimiento de la madre, representante legal del menor; es cierto que debería haber otorgado el consentimiento por escrito y haberlo puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, tal como obliga el artículo 3.2 de la Ley de Protección del Derecho al Honor, Intimidad e Imagen, cuyo incumplimiento le afecta a ella, no a los demandados [...]” (STS 26 marzo 2003 -RAJ 2003, 2596) –la cursiva es mía.

101 GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil*, cit., pp. 115-116 (en nota a pie de página nº 281).

102 En cuanto a la intervención del Ministerio Fiscal ex art. 4.2 LOPJM, puede verse RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: “La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal”, *Foro*, 2015, vol. 18, nº 2, pp. 202-210.

uso de las imágenes del menor resulta contraria a sus intereses, debe considerarse “ipso iure” una intromisión ilegítima ex art. 4.3 LOPJM). Entiendo que el art. 4.2 LOPJM permite deducir lo siguiente: a) Que se está ante supuestos en los que es más que probable que no haya intervenido previamente el Ministerio Fiscal, pues de lo contrario el Ministerio Fiscal se supone que ya habría valorado si el uso de la imagen en cuestión del menor supone una intromisión ilegítima en los derechos del menor; b) El Ministerio Fiscal debe intervenir si aprecia intromisión ilegítima en los derechos del menor; por tanto, “a contrario”, no lo debe hacer si considera que no ha existido intromisión ilegítima. A partir de las dos reflexiones anteriores, y relacionando los arts. 3.2 LO 1/1982 y 4.2 LOPJM, “a fortiori”, si en los casos en los que el legislador considera que el menor precisa de una mayor protección (art. 4 LOPJM), el Ministerio Fiscal no puede intervenir si no ha existido intromisión ilegítima, tampoco debería hacerlo en los casos en los que la protección es menor (art. 3.2 LO 1/1982¹⁰³).

Todo lo expuesto en el párrafo anterior, me lleva a entender que la intervención previa del Ministerio Fiscal no puede considerarse como requisito esencial para la validez del consentimiento de los representantes legales: la intervención del Ministerio es de simple control, de garantía para los intereses del menor, incluso puede suponer una protección para los terceros e incluso para los representantes legales, pero en ningún caso validaría el consentimiento otorgado por los representantes del menor ni tan siquiera lo imposibilitaría. En efecto, en un posible control previo, si el Ministerio Fiscal se opusiera a la reproducción y divulgación de la imagen del menor, no por ello el uso de la imagen del menor devendría ilegítima, pues los progenitores llegado el caso podrían acudir al Juez para que confirmase la licitud de su autorización (art. 3.2 LO 1/1982). Es más, si el Ministerio Fiscal, previa consulta del representante legal, no se opusiera al consentimiento proyectado para autorizar el uso de la imagen del menor, no por ello se validaría la intromisión en los derechos del menor, pues nada impediría, por ejemplo, que el otro progenitor pudiera demandar al progenitor autorizante e incluso a los terceros que reprodujeran y divulgasen la imagen del menor por intromisión ilegítima y correspondería a los órganos jurisdiccionales determinar si se ha producido tal ilicitud. En este caso, la intervención previa para del Ministerio Fiscal, no oponiéndose al consentimiento proyectado por uno de los representantes legales, quizás podría servir para exonerar de responsabilidad (o mitigarla) en sistemas basados en la culpa del agente del daño -más complicada sería la exoneración en sistemas objetivos de responsabilidad- tanto al representante legal que ha otorgado su consentimiento como a los terceros que han confiado en la intervención del Ministerio Fiscal.

¹⁰³ En relación con el art. 3.2 LO 1/1982, el art. 4 LOPJM es norma especial; por tanto, el art. 3.2 LO 1/1982 se aplica todos aquellos supuestos que no se integran en el art. 4 LOPJM.

Una vez expuesta mi opinión, hay que tener muy presente que mi opinión puede calificarse perfectamente de muy minoritaria¹⁰⁴ y que está alejada de algunas afirmaciones “obiter dicta” del Tribunal Supremo; por tanto, cuando menos, yo recomendaría a los centros escolares instar la intervención del Ministerio Fiscal antes de divulgar la imagen de uno de sus estudiantes si el uso de la imagen del menor pudiera ser contraria a su interés del menor o el uso de la imagen del menor se refiera a una actuación alejada de lo habitual, de lo normal, o implique una prestación del menor o se utilice en beneficio exclusivo del centro escolar (por ejemplo, utilizar la imagen del menor para promocionar el colegio, obtener ingresos extra, etc.), aun cuando se cuente con el consentimiento de los representantes legales -y más sabiendo que el Ministerio Fiscal debe responder en poco tiempo, pues solo dispone de 8 días, ex art. 1/1982, para oponerse al consentimiento proyectado por los representantes legales-.

104 Véase el análisis de la doctrina que, sobre la intervención del Ministerio Fiscal ex art. 3.2 LO 1/1982, se hace en PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el Siglo XXI*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 92-97.

BIBLIOGRAFÍA

BATUECAS CALETRÍO, A.: "El control de los padres sobre el uso de que sus hijos hacen de las redes sociales", en AA.VV.: *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Comares, Granada, 2015.

DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C.: "Comentario al art. 237 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

DÍAZ GARCÍA, H.: "Comentario al art. 156 del Código Civil", en AA.VV.: *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.

GRIMALT SERVERA, P.: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Granada, 2007.

GRIMALT SERVERA, P.: "La protección de la dignidad de las víctimas de un delito (la reforma de la Ley Orgánica 1/1982 por la Ley Orgánica 5/2010)", *Revista de Derecho Privado y Constitución*, 2011, nº 25.

GRIMALT SERVERA, P.: *La responsabilidad civil por los daños causados a la dignidad humana por los menores en el uso de las redes sociales*, Granada, 2017.

GRIMALT SERVERA, P.: "Los menores e internet: capacidad versus protección de la vida privada", en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil en homenaje al profesor Joaquín José Rams Albesa*, Dykinson, Madrid, 2013.

GRIMALT SERVERA, P.: "El consentimiento y el tratamiento con fines publicitarios y prospección comercial", en AA.VV.: en *El Reglamento de Protección de Datos. Aspectos clave*, UOC, Barcelona, 2008.

GRIMALT SERVERA, P.: "La necesaria reconducción del régimen jurídico de la protección de datos personales desde la perspectiva de los conflictos y solapamientos con otros derechos y libertades en internet", en AA.VV.: *La protección de los datos personales en Internet ante la innovación tecnológica*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2013.

LÓPEZ SUÁREZ, M.A.: "Comentario al art. 237 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, volumen I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

PÉREZ DÍAZ, R.: *La imagen del menor en las redes sociales*, fuente: Westlaw (BIB 2018, 6534).

PÉREZ DÍAZ, R.: *Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor en el Siglo XXI*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018.

RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, F.: "La protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor con suficiente madurez: entre el respeto a sus decisiones y la intervención del Ministerio Fiscal", *Foro*, 2015, vol. 18, nº 2.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Comentario al art. 156 del Código Civil", en AA.VV.: *Código Civil Comentado*, volumen I, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

EXPOSICIÓN PRENATAL A DROGAS: ACTUACIONES DE
PROTECCIÓN DESDE EL DERECHO CIVIL

*PRENATAL EXPOSURE TO DRUGS: WAYS TO PROTECT FROM
THE CIVIL LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 180-197



Javier
BARCELÓ
DOMÉNECH

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de septiembre de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Los niños expuestos prenatalmente a drogas pueden ser considerados un caso especial de infancia en riesgo. La exposición prenatal a drogas se asocia a un amplio rango de complicaciones obstétricas y alteraciones neuroconductuales infantiles. Este trabajo analiza los diferentes mecanismos de protección de menores en situación de riesgo o desamparo que ofrece el Derecho civil, con especial referencia a las últimas reformas de 2015 que modifican la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, completando el estudio con las normas autonómicas existentes en la materia.

PALABRAS CLAVE: Menor; riesgo; desamparo; interés superior del menor.

ABSTRACT: *Infants prenatally exposed to drugs can be considered to be a special case of infancy at risk. Prenatal drug exposure can be associated with a wide range of obstetrical complications and neurobehavioral disturbances in infants. This paper analyses the different mechanisms offered by civil law to protect children against risk and neglect, with special reference to the latest reforms of 2015 that modify the Child Protection Act 1/1996, being this study completed with the regional norms in this field.*

KEY WORDS: *Minor; risk; neglect; best interest of the child.*

SUMARIO.- I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO.- II. RIESGO PRENATAL. LA REFORMA DE 2015 DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.- I. La situación de riesgo.- 2. Previsión específica de intervención en caso de riesgo prenatal.- III. OTRAS ACTUACIONES DE PROTECCIÓN.- I. La declaración de desamparo del recién nacido.- 2. La declaración preventiva de desamparo.- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. RAZÓN DE ESTE TRABAJO.

Las líneas que siguen corresponden a la versión escrita de la comunicación presentada en el Congreso *Vulnerabilities, Law and Rights*, celebrado los días 6 y 7 de Noviembre de 2017 en la Universidad de Coimbra (Portugal).

El tema atrajo mi atención unos meses antes, cuando se publicó el 26 de julio de 2017 en el Diario Información de Alicante¹ una noticia que llevaba por título “El *Consell* retira cada semana la tutela de cuatro bebés en la provincia al dar positivo en drogas en el embarazo”, con el subtítulo “La *Generalitat* se ve obligada cada vez más a proteger a recién nacidos cuyos progenitores consumen estupefacientes durante la gestación”. Dejando a un lado las incorrecciones cometidas al titular la noticia, algo bastante habitual en los medios de comunicación cuando se trata de cuestiones jurídicas, lo que ponía de manifiesto la lectura de la información, con datos aportados desde la propia Dirección Territorial de Alicante, era la magnitud del problema, pues la media de casos por semana es ciertamente preocupante, entre otras razones, porque consumir drogas durante el embarazo es un desprecio absoluto por la vida del hijo, siendo más que evidente que se pone en riesgo el normal desarrollo del feto y la salud del recién nacido², siendo el efecto más

1 Véase la noticia en <http://www.diarioinformacion.com/noticias-suscriptor/elche/2017/07/26/consell-retira-semana-tutela-cuatro/1920547.html>

2 Incluimos también al alcohol, cuyo consumo durante el embarazo puede dar lugar al denominado síndrome alcohólico fetal y a otros cuadros de riesgo de afectación fetal. Así, la SAP Barcelona 9 marzo 2018 (ROJ: SAP B 645/2018) nos presenta un caso de consumo de opiáceos y alcohol en el que el *Institut Català de l'Adopció* acuerda el desamparo preventivo con suspensión de la patria potestad y dispone la retención hospitalaria. El hospital había detectado consumo de alcohol durante el embarazo y bajo peso, talla y perímetro craneal en el menor; la madre había consumido cocaína y opiáceos durante el embarazo y el menor presentaba fonotipo con síndrome de alcoholismo fetal.

De gran interés, para conocer la situación de alto riesgo que deriva del consumo de drogas por la mujer embarazada, resulta el *Protocol de coordinació d'actuacions per a la prevenció i l'abordatge del maltractament prenatal*, *Secretaria d'Infància i Adolescència, Generalitat de Catalunya*, Barcelona, 2010, disponible en <http://studylib.es/doc/8188303/protocol-de-coordinaci%C3%B3-d-actuacions-per-a-la-prevenci%C3%B3-i-l>

• Javier Barceló Doménech

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Alicante. Correo electrónico: j.barcelo@ua.es

importante del consumo de drogas sobre el feto el síndrome de abstinencia del recién nacido³.

El objeto de este estudio es analizar los mecanismos de protección del *nasciturus* (y, por extensión, del recién nacido) que ofrece el Derecho civil, sin olvidar tampoco la perspectiva constitucional. La protección concedida por el art. 39 CE a la familia tiene continuas referencias a los hijos y la orientación de la legislación ordinaria responde a la consagración en el plano constitucional e internacional del interés del menor como principio superior que debe presidir cualquier resolución en materia de protección de menores⁴.

Como veremos, hay necesidad de clarificar el panorama de las decisiones que afectan al *nasciturus* expuesto a las drogas. En particular, convendrá distinguir y situar correctamente, en sus justos límites, las situaciones de riesgo y de desamparo, a la luz del importante desarrollo y modificación que han tenido con la reforma de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Hay que ser extremadamente cuidadosos en el ejercicio de las potentes y contundentes potestades que tiene la Administración en el sistema español de protección de menores, y este es un caso ciertamente muy delicado, donde directamente se puede pasar a estar en manos de la Administración desde la planta de maternidad del hospital. Es necesario evitar decisiones graves e irreversibles, que no respondan a una adecuada valoración de las circunstancias.

II. RIESGO PRENATAL. LA REFORMA DE 2015 DE LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN JURÍDICA DEL MENOR.

I. La situación de riesgo.

La reforma de 2015 de las instituciones de protección a la infancia y la adolescencia cambia notablemente la regulación de la situación de riesgo. Frente al anterior art. 17⁵, que se limitaba a dar el concepto y encomendar genéricamente

3 Vid. el antes citado *Protocol de coordinació d'actuacions per a la prevenció i l'abordatge del maltractament prenatal*, Secretaria d'Infància i Adolescència, Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2010, p. 21.

4 Conforme al art. 39 CE: "1. Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

En el ámbito internacional, destaca la Convención sobre los Derechos del Niño, 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, y la Resolución A 3-0172/92, del Parlamento Europeo, que aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.

5 El texto original del art. 17 LOPJM decía:
"En situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, que no requieran la asunción de la tutela por ministerio de la Ley, la actuación de los poderes públicos deberá garantizar en todo caso los derechos que le asisten y se orientará a disminuir los factores de riesgo

a la Administración el control de la situación de riesgo, el nuevo art. 17 detalla más las situaciones y los instrumentos que puede emplear la Administración para su valoración y declaración.

La definición de la situación de riesgo se encuentra en el art. 17.1: "... aquella en la que, a causa de circunstancias, carencias o conflictos familiares, sociales o educativos el menor se vea perjudicado en su desarrollo personal, familiar, social o educativo, en su bienestar o en sus derechos de forma que, sin alcanzar la entidad, intensidad o persistencia que fundamentarían su declaración de situación de desamparo y la asunción de la tutela por ministerio de la ley, sea precisa la intervención de la administración pública competente, para eliminar, reducir o compensar las dificultades o inadaptación que le afectan y evitar su desamparo y exclusión social, sin tener que ser separado de su entorno familiar...".

Cabe destacar de esta definición que se trata de una situación de desprotección efectiva, no eventual o potencial, pues la ley dice que la misma "perjudica" al menor; lo que justifica que exista una actuación protectora; y, a la vez, el perjuicio, siendo efectivo, no es de tal gravedad como para recurrir a la declaración de desamparo y asunción de la tutela del menor por la Entidad Pública y consiguientemente a la separación del menor; siendo, en este sentido, una actuación preventiva, pues se pretende evitar la separación del menor de su familia⁶.

Tras la definición, el propio art. 17.1 LOPJM concreta dos indicadores de riesgo: "el tener un hermano declarado en tal situación salvo que las circunstancias familiares hayan cambiado de forma evidente" y "la concurrencia de circunstancias o carencias materiales". Respecto de este último indicador, se matiza que "nunca podrá desembocar en la separación del entorno familiar", lo cual es coherente con lo que se dice en el art. 18.2.II LOPJM cuando, al regular el desamparo, señala que "la situación de pobreza de los progenitores, tutores o guardadores no podrá ser tenida en cuenta para la valoración de la situación de desamparo".

2. Previsión específica de intervención en caso de riesgo prenatal.

y dificultad social que incidan en la situación personal y social en que se encuentra y a promover los factores de protección del menor y su familia.

Una vez apreciada la situación de riesgo, la entidad pública competente en materia de protección de menores pondrá en marcha las actuaciones pertinentes para reducirla y realizará el seguimiento del menor en la familia".

6 Vid. el análisis de MARTÍNEZ GARCÍA, C.: "El sistema de protección de menores en España", en *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 391.

El riesgo prenatal no es un indicador o factor de riesgo, sino una situación de riesgo para la que se establece una previsión específica de intervención por su propia particularidad⁷.

Con la reforma de 2015 de la LOPJM se regula por primera vez, a nivel estatal, la situación de riesgo prenatal⁸. El legislador presta atención al periodo previo al nacimiento, pero no prevé una declaración de desamparo, sino simplemente una situación de riesgo⁹. Este dato es crucial, pues convendría acabar con interpretaciones forzadas cuando, en ausencia de una norma que expresamente lo diga, se acude a declarar el desamparo con carácter preventivo; incluso debería también servir para abrir la reflexión en aquellas regulaciones autonómicas que sí contemplan específicamente el desamparo del *nasciturus*. Más adelante profundizaremos en los argumentos, pero conviene apuntar ya que el legislador ha situado la cuestión en el terreno de la situación de riesgo, por lo que si se considera más adecuado el desamparo deberá constatarse que efectivamente el caso tiene la gravedad suficiente que aconseja la separación del menor de su ámbito familiar.

Conforme al art. 17.9, “la administración pública competente para intervenir en la situación de riesgo adoptará, en colaboración con los servicios de salud correspondientes, las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. A tales efectos, se entenderá por situación de riesgo prenatal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o el consumo abusivo de sustancias con potencial adictivo, así como cualquier otra acción propia de la mujer o de terceros tolerada por ésta, que perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales al recién nacido. Los servicios de salud y el personal sanitario deberán notificar esta situación a la administración pública competente, así como al Ministerio Fiscal. Tras el nacimiento se mantendrá la intervención con el menor y su unidad familiar para

7 Al respecto, MARTÍNEZ GARCÍA, C.: “El sistema”, cit., p. 392.

Se considera que en la nueva regulación se le otorga un tratamiento individualizado al estado específico del riesgo prenatal: sobre el particular, SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 150.

8 Sobre su calificación dentro del riesgo físico, vid. ARGELICH COMELLES, C.: “Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo”, *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4, 2017, pp. 127.

9 Se observa, dice ORDÁS ALONSO, M.: “El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio”, *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2016, p. 60, cómo el legislador adopta medidas de protección ante una situación de estas características, pero no a través de la declaración de desamparo del *nasciturus*, sino mediante la declaración de una situación de riesgo prenatal.

La situación de riesgo, como ocurría antes de la reforma, no aparece contemplada en el Código civil, ni tampoco sus efectos jurídicos, a diferencia de la situación de desamparo. Al respecto, TEJEDOR MUÑOZ, L.: “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, en *Protección Jurídica del Menor* (coords. M.P. Pous DE LA FLOR y L. TEJEDOR MUÑOZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 153.

que, si fuera necesario, se declare la situación de riesgo o desamparo del menor para su adecuada protección”¹⁰.

Como vemos, el precepto define el riesgo prenatal y diseña un sistema en el que debe intervenir la Administración competente en la situación de riesgo, normalmente los entes locales¹¹, en colaboración con los servicios de salud. En la práctica¹², son los servicios de salud y el personal sanitario los que detectan la situación de riesgo prenatal y notifican a la Administración y al Ministerio Fiscal. Una vez comprobada tal situación, la Administración adoptará las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, para evitar una posterior declaración de situación de riesgo o, en los casos más graves, una declaración de desamparo del recién nacido. No se especifican medidas concretas, pero parece lógico aventurar que las que se adopten se orientarán a disminuir y acabar con la situación de riesgo.

En el caso de riesgo prenatal, no se dicta resolución administrativa declarándolo, sino que se establecen las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido. Es un régimen peculiar dentro de la situación de riesgo del art. 17 LOPJM.

10 Por su parte, el Preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño tiene presente que este “por su falta de madurez, física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección, tanto antes como después del nacimiento”. Hay, pues, una referencia expresa a la situación anterior al nacimiento.

Este Preámbulo, que ahora citamos como referencia normativa internacional del art. 17.9 LOPJM, ha servido también para justificar el desamparo del *nasciturus* que expresamente dispone la legislación catalana, a la que luego nos referiremos. Así, la STSJ Cataluña 31 marzo 2011 (ROJ: STSJ CAT 2682/2011) dice: “Desde el punto de vista de la normativa internacional, tampoco podría considerarse un supuesto arbitrario y, mucho menos, contrario a los tratados internacionales – el Preámbulo de la CNUDN tiene presente que “como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño, el niño, por su falta de, madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” – la declaración de desamparo de un *nasciturus*, admitida expresamente por nuestra legislación a título preventivo (art. 2.1 Llej 37/1991), que, por lo demás, ha tenido cierto reflejo en la jurisprudencia de nuestras Audiencias provinciales. Así, la SAP Girona 8 septiembre 2005 (ROJ SAP GI 1113/2005) acuerda el desamparo del *nasciturus* hijo de madre toxicómana a la que le habían sido retirados otros cuatro hijos anteriores. La SAP Barcelona (18ª) 3 junio 2004 (JUR 2004, 209029) que reconoce el desamparo de un *nasciturus* por tener sus padres las facultades mentales limitadas y haber fracasado el intento de que cumplieran un plan de mejora. La SAP Barcelona (18ª) 15 diciembre 2005 (RPJ AAP B 6356/2005) se refiere a un *nasciturus* hijo de una madre incapacitada y sometida a tutela y de un padre enfermo mental (esquizofrenia paranoide). Finalmente, la SAP Barcelona (18ª) 11 octubre 2006 (ROJ SAP B 10301/2006) que valora especialmente una falta de atención higiénica y médica, una alimentación precaria y una falta de capacidad de protección para justificar el desamparo”.

11 Hay que remitirse a lo que disponga la legislación estatal y autonómica sobre la Administración competente para las situaciones de riesgo.

12 Otra cosa será la inexistencia de control en el embarazo, que no permitirá a los servicios sanitarios detectar la situación de maltrato prenatal. Convendría también tomar nota de los casos que, asociados o no al consumo de drogas, constatan una falta de control médico del embarazo, a fin de evitar, precisamente, el conocimiento del mismo por los Servicios Sociales. Así sucede en la SAP Barcelona 11 octubre 2006 (ROJ: SAP B 10311/2006), donde valora especialmente la falta de higiene y atención médica, una alimentación precaria y una falta de capacidad de protección para justificar la declaración de desamparo; en el caso de autos, sin embargo, no había consumo de drogas durante la gestación.

La definición de riesgo prenatal es lo suficientemente amplia para englobar toda la variedad de casos que pueden darse. Si el consumo de sustancias con potencial adictivo no es “abusivo” (cuestión esta que puede plantear un problema de interpretación), siempre cabrá acudir a las otras dos alternativas: la “falta de cuidado físico de la mujer gestante” o “cualquier otra acción propia de la mujer”, si a ello cabe añadir el requisito final de que “perjudique el normal desarrollo o pueda provocar enfermedades o anomalías físicas, mentales o sensoriales del recién nacido”. Son formulaciones muy amplias, que permiten una gran adaptación al caso concreto.

El diseño del sistema de protección del art. 17.9 LOPJM puede presentar problemas de aplicación en la práctica, sobre todo cuando la situación se detecta con el ingreso hospitalario para el parto¹³. Un gran inconveniente es que el tiempo es limitado, si atendemos a la estancia medida por parto, lo que puede derivar en una imposibilidad de realizar un estudio de la situación de riesgo; habrá, pues, que indagar en otros servicios a la hora de realizar el diagnóstico y ver los antecedentes previos al ingreso hospitalario, algo que muchas veces no será posible.

Más bien parece un sistema diseñado para elaborar con tiempo y poner en marcha un proyecto de intervención social, en el que expresamente se avise a la madre gestante de los riesgos de no acabar con el consumo de drogas y las repercusiones que el mismo tiene sobre el *nasciturus*; se deduce de la lectura del art. 17.9 LOPJM que el sistema tiende a la prevención, cuando dice que la Administración adoptará “las medidas adecuadas de prevención, intervención y seguimiento, de las situaciones de posible riesgo prenatal, a los efectos de evitar con posterioridad una eventual declaración de situación de riesgo o desamparo del recién nacido”. El recién nacido continuará con la madre (y con su familia de origen) si se ha seguido el proyecto y se ha cumplido con sus objetivos, y contará todavía, si es necesario, con los apoyos sociales y de los diferentes equipos implicados. En caso contrario, se mantendrá la intervención del menor, pudiéndose declarar, además de la retención hospitalaria, la situación de riesgo o el desamparo; ahora bien, llegados a este punto, conviene apuntar que el TEDH tiene declarado que el hecho de apartar a un menor de su madre en el momento del alumbramiento debe ser excepcional y por razones extraordinariamente imperiosas¹⁴; no quiero dejar de señalar que debe hacerse un profundo y adecuado análisis, para no incurrir en declaraciones de desamparo que, sin una base realmente fundamentada (es decir, siendo situaciones más de riesgo que de desamparo), acaben separando definitivamente al menor, por el tiempo transcurrido y a pesar de haber mejorado

13 Lógicamente, si hay control de la gestante durante el embarazo, será más fácil el seguimiento del caso y la valoración de los casos de riesgo.

14 Sobre el tema, MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 226, que cita la STEDH 7 agosto 1996, caso Johansen contra Noruega (TEDH 1996, 31) y 16 julio 2002, caso P.C. y S. contra Reino Unido (JUR 2002, 181257).

las condiciones, de su familia de origen; la indudable gravedad del hecho del consumo de drogas por la madre gestante no debe impedir un concienzudo examen de las circunstancias del caso; la Administración, sin decisiones precipitadas, debe hacer todo lo posible para que la situación sea reversible y si lo es debe ser muy prudente con las decisiones que aparten al menor de la familia biológica o impidan el contacto. La situación de desamparo tiene un carácter subsidiario y ha de enjuiciarse con una interpretación restrictiva¹⁵, y no se olvide que la reforma de 2015 ha optado por definir una situación específica de riesgo, la de riesgo prenatal, y por ubicarla en el art. 17 LOPJM¹⁶.

III. OTRAS ACTUACIONES DE PROTECCIÓN.

I. La declaración de desamparo del recién nacido.

Ni la LOPJM, que acabamos de ver, ni el Código civil (art. 172), hacen referencia alguna a la posibilidad de declarar el desamparo con anterioridad al nacimiento.

Tras la reforma de 2015, el art. 18.I.IV LOPJM enumera las situaciones en las que se entiende que existe situación de desamparo. Entre ellas, el apartado c) se refiere al riesgo para la vida, salud e integridad física del menor y señala, en particular, que “también se entiende que existe desamparo cuando se produzcan perjuicios graves al recién nacido causados por maltrato prenatal”. La norma toma como referencia al “recién nacido”, por lo que claramente la situación que contempla es la de un recién nacido que, a causa de los graves perjuicios causados por el maltrato prenatal, se encuentra privado de la necesaria asistencia, dándose así el otro requisito del art. 172 CC que se acumula al del incumplimiento de los deberes y permite la declaración de desamparo.

En línea de principio, se piensa, pues, en una declaración de desamparo que se producirá siempre tras el nacimiento y, ciertamente, antes y después de la reforma de 2015, son muy frecuentes los casos judiciales en que se declara el desamparo de recién nacidos con síndrome de abstinencia o con analítica positiva en cocaína y opiáceos.

15 Al respecto, BENAVENTE MOREDA, P.: “Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia”, *Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, p. 25; DIEZ GARCÍA, H.: en *Comentarios al Código Civil (art. 172)*, t. II (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1787.

16 Convendría tomar nota de la reflexión de CALVO BOTELLA, H.: “Maternidad, infancia y drogas: implicaciones clínicas”, *Adicciones*, 2004, vol. 16, núm. 4, p. 15: “En el momento del embarazo, se recomienda evitar enfoques condenatorios sobre la futura madre y realizar intervenciones de corte emocional. Cuando se trata de intervenciones sobre familias ya formadas, debe recordarse el principio del “interés superior del niño”, sin que ello suponga, nuevamente, la condena o reproche automático sobre la familia. Aun cuando parezca reiterativo dado que se trata de una indicación clásica en el ejercicio de la práctica profesional, es obligatoria una cuidada evaluación de cada caso particular, en la que se exploren los aspectos concretos de la drogodependencia materna, el vínculo afectivo materno-filial, las pautas educativas, los apoyos sociales, la problemática presentada por el menor, etc. Todo ello considerado el aprovechamiento y desarrollo de las potencialidades de los individuos objeto de la intervención”.

Una primera referencia la proporciona la SAP Cádiz 19 septiembre 2006¹⁷. A diferencia de las sentencias que citaremos después, que versan sobre una declaración de desamparo, aquí la cuestión objeto de debate se circunscribe a determinar si los padres biológicos del menor se encuentran o no incursos en causa de privación de la patria potestad por incumplimiento de los deberes inherentes a la misma, pero al hilo de esto vemos, como antecedentes del caso, la situación de maltrato prenatal del menor que, tras un embarazo no controlado, nació dando la analítica de tóxicos en orina positiva a cocaína y anfetaminas, lo que provocó la intervención urgente de la administración acordando el desamparo del menor y asumiendo la tutela un mes más tarde de su nacimiento.

En la SAP Sevilla 5 febrero 2007¹⁸, la recién nacida presentaba síndrome de abstinencia por el que se encontraba ingresada desde su nacimiento, debido a la adicción de la madre a la heroína y cocaína y su tratamiento con metadona, siendo retirada del hospital con alta voluntaria a pesar del riesgo que suponía para la menor, con detección de una afección cardíaca y negándose la madre a ingresarla en un centro hospitalario.

En el caso de la SAP Barcelona 13 mayo 2016¹⁹, tras nacer el menor con síndrome de abstinencia dado el consumo de la madre de drogas tóxicas durante el embarazo, se declaró su desamparo y se acordó su retención hospitalaria, ordenando en una resolución posterior su guarda en familia de urgencia y de diagnóstico.

La SAP Tarragona 27 mayo 2016²⁰ es otro ejemplo: el menor nació el 28 de agosto de 2011, decretándose el desamparo dos días después y permaneciendo ingresado 6 meses, hasta el 3 de febrero de 2012. Había nacido prematuro (26 semanas de gestación) por un embarazo no controlado y maltrato prenatal, siendo su progenitora consumidora de sustancias tóxicas y estupefacientes durante el embarazo, presentando graves problemas de salud el menor al tiempo del nacimiento, con parada cardíaca y análisis positivo en orina y opiáceos. La resolución que acuerda el desamparo fue desencadenada por la comunicación que efectuaron los servicios sanitarios al tiempo de atender el nacimiento del menor.

En el caso de la SAP Zaragoza 7 diciembre 2016²¹, la menor nació con síndrome de abstinencia, declarándose su desamparo. El embarazo no fue controlado y la menor tuvo que ser sometida a tratamiento hospitalario tras nacer.

17 SAP Cádiz 19 septiembre 2006 (ROJ: SAP CA 1150/2006).

18 SAP Sevilla 5 febrero 2007 (ROJ: SAP SE 577/2007).

19 SAP Barcelona 13 mayo 2016 (ROJ: SAP B 4912/2016).

20 SAP Tarragona 27 mayo 2016 (ROJ: SAP T 792/2016).

21 SAP Zaragoza 7 diciembre 2016 (ROJ: SAP Z 2121/2016). La sentencia presenta interés, porque refiriéndose a una sentencia anterior de la misma Audiencia, de 4 de enero de 2010, afirma que es posible apreciar

En la SAP Palma de Mallorca 11 mayo 2017²², la menor llevaba tutelada por el *Institut Mallorquí d'Àfers Socials* desde los cuatro días de vida, habiendo dado positivo en cannabis. Había nacido con falta de peso y se le dio de alta cuando subió de peso, encontrándose al cuidado de una familia “canguro”.

El relato de los casos anteriores pone de manifiesto que viene declarándose por la Administración el desamparo del recién nacido. Con los datos normativos actuales, vendría a encajar la situación, siempre que la valoración de las circunstancias haya sido correcta, en el “inadecuado ejercicio de los deberes de protección”²³, causa a la que alude el art. 172 CC y que tendría su origen en maltrato prenatal (no se olvide que el supuesto que consideramos es el de un desamparo de recién nacido) al que expresamente alude el art. 18.I.IV apartado c) LOPJM, ya visto con anterioridad.

2. La declaración preventiva del desamparo.

¿Cabe una declaración preventiva (esto es, anterior al nacimiento) de desamparo del *nasciturus*?

El tema es ciertamente complicado, sobre todo a la luz de la legislación estatal y de la autonómica, cuando esta última tampoco contempla expresamente esta posibilidad; si leemos la noticia que nos servía de introducción, vemos que desde la Administración valenciana se afirma que “hemos declarado desamparo del gestante (sic) incluso desde antes de nacer y desde el primer día de su vida”, lo que significa que, en la práctica, existe tanto el desamparo del recién nacido como el del *nasciturus*²⁴.

la situación de desamparo incluso por conductas anteriores al nacimiento del niño “si se apreciaba el imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes, incluso para el futuro, derivado de la conducta de la madre antes del nacimiento”. En realidad, no se trata de una sentencia de Audiencia, sino del TSJ de Aragón. Es la STSJ Aragón 4 enero 2010 (ROJ: STSJ AR 301/2010), donde se declara el desamparo nada más nacer, poniendo de manifiesto que la situación de la madre antes del parto la convertía en incapaz de cuidar a su hijo (minusvalía, carencia de ingresos suficientes, escasa estabilidad emocional, carencia de apoyos familiares y rechazo de los apoyos sociales ofrecidos); *vid.* el comentario crítico de MAYOR DEL HOYO, M.V.: “Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y de *lege ferenda*”, RDCA, 2013, XIX, pp. 13 y ss.

22 SAP Palma de Mallorca 11 mayo 2017 (ROJ: SAP IB 936/2017).

23 Sobre este concreto encaje en el “inadecuado ejercicio de los deberes de protección”, *vid.* SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: “Las nuevas instituciones de protección del menor”, en *Protección de menores en el Derecho civil español* (dir. M. SERRANO RUIZ-CALDERÓN), Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2018, p. 203.

24 La declaración de desamparo se hace con anterioridad al nacimiento y producido el nacimiento se acuerda la retención hospitalaria y posteriormente la guarda del menor en una familia de urgencia y diagnóstico. Estamos hablando de un acogimiento de urgencia (que se corresponde con menores de 6 años y con una duración temporal que no podrá superar los 6 meses, plazo en el que se decidirá la medida de protección más adecuada para el menor): art. 173 bis CC.

La Comunitat Valenciana no está, precisamente, entre las Comunidades que expresamente (esto es, en la letra de la ley) recogen el desamparo, con carácter preventivo, del *nasciturus*. Aquí, la lista es corta: Cataluña y La Rioja.

En Cataluña, la posibilidad de declarar antes de nacer el desamparo está prevista ya desde hace varias décadas, desde la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre protección de los menores desamparados y la adopción. Actualmente, la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades en la infancia y la adolescencia, señala en el art. 110.4 que “la declaración preventiva de desamparo antes del nacimiento es procedente cuando se prevé claramente la situación de desamparo del futuro recién nacido”, añadiendo que “en el supuesto de maltrato prenatal, el órgano competente en materia de protección de los niños y los adolescentes puede pedir a la autoridad judicial las medidas necesarias en relación con la madre para hacer efectiva la futura protección del recién nacido”.

La SAP Girona 8 septiembre 2005²⁵ presenta un caso de desamparo de un *nasciturus*. La declaración se hace en base a los arts. 2.1 y 2.2 de la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre protección de los menores desamparados y la adopción, donde se preveía, concretamente en el art. 2.1, que “el organismo competente a que se refiere el artículo 1 tomará las medidas necesarias para conseguir la protección efectiva de los menores desamparados y, preventivamente, antes de nacer, cuando se prevea claramente la situación de desamparo del futuro bebé”. La Audiencia, confirmando la sentencia de primera instancia que avaló la resolución administrativa de desamparo, constata que concurría una situación de peligro para el *nasciturus*: la madre gestante era portadora del virus VIH y consumidora de heroína y cocaína, así como de alcohol.

En La Rioja, el art. 32.4 de la Ley 1/2006, de 28 de febrero, de protección de menores, contiene la siguiente disposición: “La Consejería competente en materia de Servicios Sociales tomará las medidas necesarias para conseguir la efectiva protección de los menores desamparados, incluso antes de nacer, cuando se prevea claramente que el concebido, cuando nazca, se encontrará en situación de desamparo”. La norma se ubica dentro del Capítulo I, “Disposiciones generales” del Título II, “De las situaciones de desprotección social de los menores”. Podría, pues, dar apoyo la norma a una declaración con carácter preventivo del desamparo del *nasciturus*.

Menos explícita, y por eso cabe la duda razonable de añadirla al grupo de las dos anteriores, es la Ley vasca 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. Los términos son muy genéricos y no aparece la mención expresa al desamparo en el art. 52.2, conforme al cual: “Cuando las

25 SAP Girona 8 septiembre 2005 (SAP GI 1113/2005).

administraciones públicas competentes tengan conocimiento de que peligrará el normal desarrollo del *nasciturus*, lo pondrán en conocimiento del ministerio fiscal a fin de que adopte las medidas oportunas para garantizar su bienestar hasta el momento del nacimiento. Todo ello, sin perjuicio de los supuestos contemplados en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de Interrupción Voluntaria del Embarazo”.

La pregunta es obvia: ¿puede adoptarse, en ausencia de disposición expresa en la ley (estatal o autonómica), la declaración de desamparo antes de producirse el nacimiento?

Hay sólidos argumentos en contra. Hace tiempo, con anterioridad a la reforma de 2015, DÍEZ GARCÍA²⁶, que postulaba la situación de riesgo para estos casos, afirmaba que los propios presupuestos del desamparo impiden su utilización con carácter preventivo, pues el *nasciturus* no tiene personalidad jurídica ni está sometido a potestad alguna, por lo que difícilmente puede haberse esta incumplido o ejercido inadecuadamente, y, en sentido estricto, no puede decirse que esté privado de la necesaria asistencia moral y material.

A nuestro juicio, y a pesar del peso de los argumentos contrarios, creemos que sí existe base para la declaración preventiva de desamparo del recién nacido, con la cautela, tantas veces repetida, de ponderar adecuadamente las circunstancias y no ir al desamparo si no reviste una gravedad suficiente.

No se trata de acudir a argumentos forzados, como son los que sugieren apreciar una futura desprotección y un futuro incumplimiento o imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección²⁷. En realidad, el argumento

26 El razonamiento completo de DÍEZ GARCÍA, H.: en *Comentarios*, cit., p. 1796 es el siguiente: “De otra parte, estos presupuestos del *desamparo* – privación de la necesaria asistencia moral y/o material originado por el incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección legalmente establecidos – impiden, a mi modo de ver y, en atención a su misma naturaleza subsidiaria que, como se vio excluiría su utilización *preventiva*, pues para ello está la situación de *riesgo*, reputar desamparado al *nasciturus*, aunque así se entienda en algunas decisiones judiciales y se reconozca en algunas leyes autonómicas. Ni el *nasciturus* tiene personalidad jurídica, ni está aún sujeto a *potestad alguna*, por lo que malamente puede ésta haberse incumplido o ejercido inadecuadamente. Además, *todavía* estrictamente no está privado de la necesaria asistencia moral y/o material si no ha nacido. Aparte de estas razones, el inmediato alejamiento del nacido de su entorno puede llegar a constituir una forma de eludir la norma cautelosa establecida en el art. 177.2°, ap. 2°, III que impide el asentamiento de la madre a la adopción antes de que transcurran treinta días desde el parto, pues bastaría con declarar el desamparo por anticipado e inmediatamente después se podría proceder a la adopción del ya nacido sin contar con el asentamiento de la madre – que se reputaría ordinariamente incurso en causa de privación – aun antes de ese plazo. Por eso mismo tampoco creo lógicamente que cupiera admitir un consentimiento por anticipado a un eventual acogimiento familiar”.

27 El argumento, en línea con la STSJ Aragón 4 enero 2010 que citábamos en una nota anterior, vendría a ser el siguiente: si tomamos como base la definición de situación de desamparo que contiene el art. 172.I.II CC (y se reproduce el art. 18.2.I LOPJM), veremos que se exige que se produzca una desprotección (“... queden privados de la necesaria asistencia moral o material”) a causa “del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores”. Por ello, basta con que se prevea claramente en el futuro que se darán los requisitos del art. 172.I.II CC para proceder a una declaración preventiva de desamparo. La conducta anterior al nacimiento del hijo, el maltrato prenatal, hace ya posible apreciar la futura desprotección y el futuro incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección.

lo proporciona el art. 29 CC, la vieja regla inspirada en cuestiones sucesorias, pero que se formula con tal grado de generalidad que nada impide su extensión a cualquier otro ámbito patrimonial o personal. Por ser un efecto favorable y previa adecuada ponderación y valoración de las circunstancias, la protección del *nasciturus* del art. 29 CC es la razón para extender la declaración de desamparo a un momento anterior al nacimiento.

Entre los “efectos que le sean favorables” del art. 29 CC estaría, a nuestro juicio, la declaración preventiva del desamparo, no siendo obstáculo que se pudiese aducir que no se refiere a un supuesto patrimonial propiamente dicho. No está claro que la voluntad del legislador fuese reducir la protección civil del *nasciturus* a supuestos estrictamente patrimoniales. La regla del art. 29 CC es lo suficientemente general para entender que abarca tanto intereses patrimoniales como personales²⁸.

En consecuencia, esta omisión no debe entenderse en el sentido de que no sea posible declarar, de manera preventiva, el desamparo cuando se constata el riesgo prenatal y la situación reviste un grado de gravedad tal que aconseja que desde el instante mismo del nacimiento la Administración asuma la tutela automática del recién nacido.

Por último, conviene señalar que, como alternativa a la declaración preventiva de desamparo y en la dirección de evitar un vacío en la protección del menor que acaba de nacer, podría plantearse también como solución la guarda provisional, figura que constituye una novedad introducida por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²⁹. En este caso, sin necesidad de declarar el desamparo, puede darse también inmediata protección al recién nacido³⁰.

28 Al respecto, ALISTE SANTOS, T.J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 159 y ss.; VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de Derecho civil. Derecho civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 209.

29 Conforme al art. 172.4 CC. “En cumplimiento de la obligación de prestar la atención inmediata, la Entidad Pública podrá asumir la guarda provisional de un menor mediante resolución administrativa, y lo comunicará al Ministerio Fiscal, procediendo simultáneamente a practicar las diligencias precisas para identificar al menor, investigar sus circunstancias y constatar, en su caso, la situación real de desamparo. Tales diligencias se realizarán en el plazo más breve posible, durante el cual deberá procederse, en su caso, a la declaración de la situación de desamparo y consecuente asunción de la tutela o a la promoción de la medida de protección procedente. Si existieran personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, pudieran asumir la tutela en interés de éste, se promoverá el nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias. Cuando hubiera transcurrido el plazo señalado y no se hubiera formalizado la tutela o adoptado otra resolución, el Ministerio Fiscal promoverá las acciones procedentes para asegurar la adopción de la medida de protección más adecuada del menor por parte de la Entidad Pública”.

30 Esta vía tiene también sus inconvenientes. Por un lado, y reiterando lo tantas veces dicho, hay que ponderar y valorar adecuadamente la situación y si es de riesgo no está autorizado acudir al desamparo o a la guarda provisional. Por otro, la poco acertada redacción del art. 172.4 CC, con sus grandes sombras, como las relativas a la falta de concreción del plazo para determinadas actuaciones, que puede generar inseguridad jurídica; sobre ello, vid. TEJEDOR MUÑOZ, L.: “La guarda”, cit., pp. 153 y 154.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Confluyen en la protección del *nasciturus* (y del recién nacido) diversas medidas. Tienen semejanzas, pero también claras divergencias.

La declaración de desamparo, que históricamente ha monopolizado en la práctica la solución a estos casos, tiene que ser observada e interpretada con un tono de excepcionalidad, toda vez que representa la pugna entre dos principios: el interés del menor y la prioridad de la familia natural.

El art. 11.2 b) LOPJM, entre los principios rectores de actuación de los poderes públicos en relación con los menores, expresamente contempla el mantenimiento en su familia de origen, salvo que no sea conveniente para su interés.

El art. 2 LOPJM, en su redacción originaria de 1996, establecía, bajo la rúbrica "Principios generales", que "en la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir". Este precepto, ahora titulado "Interés superior del menor", se vio afectado por la reforma de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, encontrándose la siguiente justificación en la Exposición de Motivos: "Los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el artículo 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero, además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral".

El interés del menor³¹ debe inspirar cualquier medida que se adopte, y la decisión se toma “caso a caso”, debiendo motivarse con especial referencia a la razón por la que se adopta una solución y no otra. Partimos del art. 17.9 LOPJM, que sugiere una intervención en el seno familiar por la situación de riesgo, por lo que deberán valorarse de manera muy prudente, proporcional y ajustada las circunstancias que puedan determinar una declaración de desamparo si la Administración estima que concurre la situación de desprotección que requiere la separación del menor de su ámbito familiar.

31 Sobre el nuevo art. 2 LOPJM *vid.*, entre otros, MARTÍN GARCÍA, M.L.: “Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores”, *RDP*, 2017, núm. 6, pp. 81 y ss.; MARAÑÓN ASTOLFI, M.: “El interés del menor en los sistemas español y anglosajón. De la tradicional divergencia a la actual convergencia entre sistemas jurídicos”, *RDP*, 2018, núm. 2, pp. 82 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ALISTE SANTOS, T.J.: *Tutela judicial efectiva del nasciturus en el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2011.

ARGELICH COMELLES, C.: "Hacia un sistema armonizado de protección de menores en situación de riesgo y desamparo", *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 4, 2017, pp. 123 y ss.

BENAVENTE MOREDA, P.: "Desamparo, acogimiento y retorno a la propia familia", *Derecho privado y Constitución*, 2009, núm. 23, pp. 11 y ss.

CALVO BOTELLA, H.: "Maternidad, infancia y drogas: implicaciones clínicas", *Adicciones*, 2004, vol. 16, núm. 4, pp. 1 y ss.

DÍEZ GARCÍA, H.: en *Comentarios al Código Civil (art. 172)*, t. II (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1781 y ss.

MARAÑÓN ASTOLFI, M.: "El interés del menor en los sistemas español y anglosajón. De la tradicional divergencia a la actual convergencia entre sistemas jurídicos", *RDP*, 2018, núm. 2, pp. 65 y ss.

MARTÍN GARCÍA, M.L.: "Reflexiones en torno a la responsabilidad patrimonial de la Administración en los casos de privación de la patria potestad: los supuestos de acogimiento y adopción de menores", *RDP*, 2017, núm. 6, pp. 77 y ss.

MARTÍNEZ GARCÍA, C.: "El sistema de protección de menores en España", en *Tratado del menor. La protección jurídica a la infancia y la adolescencia* (coord. C. MARTÍNEZ GARCÍA), Aranzadi, Pamplona, 2016, pp. 379 y ss.

MAYOR DEL HOYO, M.V.: "Análisis de los problemas jurídicos de aplicación del desamparo de menores en Aragón y propuestas hermenéuticas y de *lege ferenda*", *RDCA*, 2013, XIX, pp. 9 y ss.

MÚRTULA LAFUENTE, V.: *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016.

ORDÁS ALONSO, M.: "El nuevo sistema de protección de menores en situación de riesgo o desamparo como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio", *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9, 2016, pp. 43 y ss.

SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C.: *El sistema de protección a la infancia y la adolescencia (Análisis crítico desde la perspectiva de su eficacia para evitar la exclusión social)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M.: “Las nuevas instituciones de protección del menor”, en *Protección de menores en el Derecho civil español*, dir. SERRANO RUIZ-CALDERÓN, M., Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2018, pp. 201 y ss.

TEJEDOR MUÑOZ, L.: “La guarda, acogimiento y desamparo de menores”, en *Protección Jurídica del Menor*, coords. M.P. POUS DE LA FLOR y L. TEJEDOR MUÑOZ) Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 147 y ss.

VERDERA SERVER, R.: *Lecciones de Derecho civil. Derecho civil I*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

A TRANSEXUALIDADE NO DIREITO PRIVADO

THE TRANSEXUALITY IN PRIVATE LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 198-223

As making sense of gender cuts across many different areas of our lives and cultures, the closest I have come to an overview of the subject is the image of six blindfolded scientists in white coats trying to describe an elephant. Each of them, touching only one of six parts (trunk, horn, tail, ear, leg, flank), understandably mistakes the part for the whole. I have come to appreciate that any understanding of this subject requires a capacity to 'hold complexity' and tolerate the anxiety of uncertainty (Jack Drescher).



Nelson
ROSENVALD

ARTÍCULO RECIBIDO: 11 de mayo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: O direito fundamental dos transexuais a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero decorre de um amplo horizonte de conquistas civilizatórias que se iniciam no reconhecimento da dignidade como valor intrínseco de todo ser humano; passam pela dignidade como autonomia de todo indivíduo e alcançam o dever constitucional do estado democrático de proteger as minorias. Por essa perspectiva multicêntrica, o ato cirúrgico adquire novo significado. Ao invés de pré-requisito clínico para a alteração do registro civil, converte-se em uma fase de um longo processo de conformação de seu sexo ao seu gênero, progressivamente revelada nos gestos, vestes, tratamentos hormonais e na teia de relações afetivas e sociais construídas pelo sujeito à procura de uma vida boa. Seguindo essa linha argumentativa, os documentos serão fiéis a condição humana e a alteração do prenome se justificaria em um momento anterior aquele em que o procedimento de adequação corporal se materialize pelas mãos dos médicos. O direito à identidade perpassa o argumento da imutabilidade cromossômica ou a presença de certo aparelho genital, o que equivaleria a enclausurar o gênero no elemento morfológico.

PALABRAS CLAVE: transexualidade; trans; fato jurídico; direito fundamental; dignidade; ato cirúrgico; adequação corporal; direito à identidade; minorias; pluralismo.

ABSTRACT: *The fundamental right of transsexuals to be socially treated according to their gender identity originates from a wide array of civilizing conquests, which began by the recognition of dignity as an intrinsic value of every human being; they have passed through dignity such as the autonomy of every individual, having arrived at the constitutional duty of the democratic state to protect minorities. Because of this multi-centric point of view, the surgical act acquires a new meaning. Instead of clinical prerequisite for changing one's civil registry, it has been converted into a phase of a long process of conforming one's sex to one's gender, progressively revealed in gestures, clothing and hormone treatment and in the web of affective and social relationships constructed by the person in his/her quest for a good life. Following this line of argumentation, the documents will be faithful to one's human condition, and changing the first name is justified in a prior moment to that when the procedure of physical adequacy materializes in the hands of the physicians. The right to identity passes through the argument of chromosome immutability or the presence of certain genitals, which is the equivalent of confining gender in its morphological element.*

KEY WORDS: *Transsexuality; trans; legal fact; fundamental right; dignity; surgical act; physical adequacy, right to identity; minorities; pluralism.*

SUMARIO.- I. INTRODUÇÃO.- II. O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DA PESSOA TRANS.- III. DO TRANSEXUALISMO À TRANSEXUALIDADE.- IV. A TRANSPOSIÇÃO: DA ILICITUDE AO DIREITO DA PERSONALIDADE.- V. O FATO JURÍDICO TRANSEXUALIDADE E O SEU PLANO DE EFICÁCIA.- VI. CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO

As pessoas trans possuem um sexo atribuído no nascimento que difere de sua identidade ou expressão de gênero atual. A sua autopercepção não corresponde ao seu sexo biológico. A diversidade da população trans desafia qualquer caracterização simplória em termos de taxonomia, evidenciando diferenças na expressão de gênero, apresentação, identidades sexuais e comportamentos, além de expressivas distinções étnicas, culturais e geográficas. A linguagem em torno de sua identidade tende a evoluir das primordiais nomenclaturas “transexual” ou “travesti” para “transgênero” ou simplesmente “trans”, em uma redação mais contemporânea, talvez um esforço para se criar uma terminologia mais inclusiva, considerando as “pessoas em não conformidade de gênero”. O guarda-chuvas da abrangente expressão engloba em um sentido amplíssimo desde *drag queens*, transformistas, *crossdressers* (gênero como funcionalidade), a uma concepção mais restrita de transexuais e travestis (gênero como identidade). Nessa multiplicidade de matizes que escapam ao binário, encontramos desde aquelas que anseiam pela adequação do sexo ao gênero e outras pessoas que não se identificam com o status de seu gênero, todavia anseiam por se misturar na sociedade, preservando a sua intimidade em uma vida com discrição¹.

Uma estimativa acurada do número de pessoas transgênero é essencial para lastrear decisões, políticas e financiamentos públicos. Subestimá-las significa reduzir fundos para cuidados com a saúde e serviços sociais. Relatórios históricos nos Estados Unidos estimam variações entre 1 em 4000 até 1 em 50000 pessoas.

1 O termo “transgênero” é abrangente e se aplica a qualquer pessoa cujo comportamento se distancia de maneira significativa das regras aceitas para o gênero indicado pela anatomia dessa pessoa ao nascer. O termo “transexual” normalmente se aplica ao indivíduo que se submeteu a cirurgia ou tomou hormônio para ajustar o corpo a um gênero diverso daquele com que nasceu. O termo “travesti” se refere a alguém que gosta de usar roupas em geral reservadas a pessoas de outro gênero. Embora esses termos todos sejam usados em diversos contextos, “transgênero” e sua abreviatura *trans* são os mais amplamente aceitos pela comunidade trans. Um homem *trans* nasceu mulher e se tornou homem; uma mulher *trans* nasceu homem e se tornou mulher. Intersexual é o termo que se aplica à pessoa nascida com genitália ambígua ou que, de alguma outra forma física, é ao mesmo tempo homem e mulher ao nascer. As pessoas *trans* em geral se referem aos não *trans* como cisgêneros, tomando de empréstimo a distinção entre *cis* e *trans* da química. O prefixo latino “cis” significa do mesmo lado. SALOMON, A.: *Longe da árvore*, Companhia das Letras, São Paulo, 2015, p. 695.

Contudo, estudos mais recentes encontraram aumentos de 10 a 100 vezes na medida dessa população².

Em diversos domínios, essas pessoas vêm recebendo inédita atenção e cuidado. Evidentemente, o sistema jurídico também evoluiu para garantir a sua visibilidade, mediante a proteção e promoção de direitos fundamentais. Porém muito há a ser feito, pois a fluidez e diversidade da população trans exige uma interseção entre direito e política, reconhecendo-se parâmetros objetivos de identidade, como pressuposto para a deflagração de consequências jurídicas e políticas públicas que influenciem decisivamente na saúde dessas pessoas.

Pela própria delimitação do tema, centralizaremos o debate na questão do direito fundamental à identidade de gênero no âmbito da transexualidade e a sua intrínseca repercussão no plano eficaz do registro de pessoas naturais, apesar de reconhecermos a importância de uma outra série de consequências jurídicas da afirmação identitária da pessoa transexual no direito de família como o casamento, união estável, poder familiar, parentesco, alienação parental, procriação e adoção.

II. O DIREITO FUNDAMENTAL À IDENTIDADE DA PESSOA TRANS

Toda sociedade é por definição “excludente”, por deliberadamente selecionar aqueles que se amoldam a um padrão de normalidade. Em um primeiro momento, as religiões cumpriam essa função social, prescindindo das pessoas com deficiência, seja mediante um modelo eugênico (Grécia e Roma) ou de marginalização (idade média), no qual a exclusão das pessoas tidas como “diferentes” era a única resposta social aceitável. Posteriormente, com o advento dos iluminismos este papel foi paulatinamente delegado à medicina-psiquiatria. Como o ideal da modernidade se amparava no cientificismo e no progresso, fundou-se o modelo da reabilitação, cujo objetivo era normalizar as pessoas que não se adaptavam à sociedade. No sistema privado herdado da matriz europeia das codificações, a pessoa se diluí no indivíduo – abstrato sujeito de direitos e deveres -, polo de relações jurídicas e centro de interesses que se relacionam. A ideia de personalidade se vincula à titularidade. Em cada relação jurídica a atuação do homem é delimitada por um personagem que atua frente a um objeto. Não há *gente* - de *carne e osso* -, somente o subjacente *agente*, centro de interesses econômicos: o proprietário, o contratante, o testador, o marido e o pai. Ao sistema neutro do direito clássico não

2 Conforme MB. Deutsch, quanto a devida mensuração da população trans, nos EUA é indicado o método dos dois passos (*two-step method*). Esse método envolve a indagação universal tanto da identidade de gênero como do sexo de nascimento, sendo as pessoas trans identificadas como aquelas em que há distinção entre eles. Na sequência, 16% dos transgêneros se identificavam como homens ou mulheres e 56% se identificavam como andrógenos ou que não se identificava com homens ou mulheres. Portanto, uma larga percentagem de pessoas trans formam um subgrupo que não procura ou não se encaixa em critérios de intervenções de afirmação de gênero. DEUTSCH, MB.: *Making it count: improving estimates of the size of transgender and gender nonconforming populations*, LGBT Health. 2016 Jun. p. 181.

interessava a singularidade do comportamento e nuances de cada ser humano. Ao ideal de segurança jurídica só convinha dialogar com aqueles que desempenhassem adequadamente os papéis determinados pela legislação, basicamente relacionados a uma adequada performance produtiva. Se por um lado, a construção do sujeito abstrato teve o mérito de liberar formalmente a pessoa da servidão inata da sociedade estamental, permitindo-a nascer e permanecer formalmente igual em coletividade perante a norma, por outro, revelou ordenamentos jurídicos especialmente intolerantes com a diversidade.

Transpondo a ideologização do sujeito abstrato para o campo da sexualidade, vê-se que o binário (homem-mulher/masculino-feminino) atendia plenamente o conceito de segurança jurídica fundado na lógica da “normalidade”, tal como o binômio capaz/incapaz (só agora superado no plano interno pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência). A cultura ocidental aprecia a dualidade: a vida parece menos aterrorizadora quando estabelecemos as dicotomias bem/mal, certo/errado -aqui fundadas em um binarismo de gênero-, neutralizando todas as distinções entre sexo, sexualidade e gênero, mediante a compulsória segregação da identificação da pessoa em seu sexo morfológico. A concordância da identidade de gênero do indivíduo com a sua configuração hormonal e genital de nascença não se tratava de uma oscilação entre o cisgênero e transgênero, pois o desvio na identidade de origem era socialmente interdito, condicionando-se de forma vitalícia a expressão do ser à radiografia clínica da anatomia aparente de um recém-nascido, quando sabemos que a real identidade poderá se afirmar na paulatina descoberta do gênero.

Há de se diferenciar o sexo da sexualidade: o sexo não tem história, pois se baseia no funcionamento do corpo, sendo o domínio do biológico; a sexualidade, a seu turno, como produção cultural, produto do meio-ambiente, possui uma história. Enquanto o sexo é algo ínsito a maior parte das espécies, a sexualidade se refere à categorização desses atos e quem os pratica. Sempre existiram instintos sexuais dentro do mundo animal (sexo), mas em algum ponto os homens começaram a conceder significado a esses instintos (sexualidade). Quando tratamos de heterossexualidade, homossexualidade ou transexualidade, lidamos com sexualidade. Todavia, as pessoas não interrogam as origens da heterossexualidade, pois isso lhes parece algo natural, que já está posto, como “da natureza das coisas”, em função do padrão vigente da heteronormatividade.

Em uma analogia com as gerações (ou dimensões) de direitos fundamentais, a primeira fase de luta pelos direitos de gênero se deu pela igualdade plena de direitos e deveres entre homens e mulheres; uma segunda frente de batalha já estabelecida de algum tempo envolve a questão da orientação sexual, superando a perspectiva da pseudomoralidade da heteronormalidade, tal como se vê no

juízo do STF na Adin. n. 4277. A esta segunda geração de conquistas na seara da igualdade de gênero, segue a terceira, vinculada a identidade de gênero – na qual surgem as figuras da intersexualidade e transexualidade – atrelada ao conceito de pertencimento de cada um, na sua sensação ou percepção pessoal quanto ao qual seja o seu gênero (masculino ou feminino) independentemente de sua constituição física ou genética³.

Enquanto o sexo heterossexual é tão antigo quanto à humanidade, o conceito de heterossexualidade como identidade é uma invenção relativamente recente⁴. O divórcio entre o desejo sexual e a reprodução que em poucos anos propiciou a resignificação da heterossexualidade de “mórbida” para “normal” e mais recentemente definiu uma identidade homossexual com a consequente afirmação de direitos fundamentais perante o estado e a sociedade, requer um passo a mais, que consiste na compreensão do direito da personalidade à identidade de gênero, desvinculada do direito fundamental à orientação sexual. Apesar de, em sentido *lato*, a construção da identidade sexual conglobar o sexo físico, o gênero, a orientação sexual e o sexo psicológico, mostra-se redutora a mistura entre sexualidade e gênero, pois a orientação sexual concerne ao interesse afetivo-sexual de cada pessoa, ou a “forma pela qual o indivíduo vai viver a sua sexualidade”⁵, seja ela heterossexual, homossexual, bissexual ou assexual. Não é a recusa do sexo de atribuição que leva um sujeito a vivenciar a sua sexualidade para além da heterossexualidade. A fluidez sexual comporta múltiplos desejos, que como todos os nossos desejos, reorientam-se em toda a nossa vida.

Contudo, o gênero decorre de uma percepção social e psicológica do indivíduo sobre a sua condição sexual, uma elaboração cultural no qual o par feminino/masculino transcende ao fenotípico ou anatômico. A questão da transexualidade não concerne a um desejo de pertencer a outro sexo, mas da evidência da pessoa de que ela pertence ao outro sexo. A bissexualização psíquica é a regra, pois todos temos traços, gestos e comportamentos que a cultura atribui ao outro sexo e que toleramos razoavelmente. Os transexuais são completamente intolerantes nesse âmbito e não se consideram homossexuais quando sentem atração por pessoas do mesmo sexo biológico, dados que este não define para eles a sua identidade: eles são heterossexuais. Apesar de serem variáveis independentes, eventualmente a linha entre gênero e sexualidade conflui – tal como nas relações

3 REINALDO DA CUNHA, L.: *Identidade e Redesignação de Gênero*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 19.

4 Assim como se produz farta literatura sobre a construção identitária da homossexualidade, poucos sabem que o mesmo fenômeno despontou com a heterossexualidade no primeiro quartel do século XX. O Dicionário Médico de *Dorland* de 1901 definiu a heterossexualidade como um “apetite anormal ou pervertido em relação ao sexo oposto”. Mais de duas décadas depois, em 1923, o dicionário de Merriam Webster definiu-a de forma similar como “paixão sexual mórbida por um do sexo oposto”. Apenas em 1934, a heterossexualidade foi agraciada com o significado que conhecemos hoje: “manifestação de paixão sexual por um do sexo oposto; Sexualidade normal”.

5 CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF, A.: *Curso de bioética e biodireito*, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 249.

homo ou bissexuais entre pessoas transexuais – porém, urge demarcar que o gênero é uma construção pertencente à dimensão autobiográfica e a sexualidade é fluida e independente do gênero⁶.

Com efeito, a transexualidade não é um fator condicionante da sexualidade. O gênero se relaciona com quem a pessoa é; a sexualidade com que ele a exerce. Homossexuais e bissexuais não acreditam pertencer a um gênero distinto do seu sexo físico. Em sentido diverso, não obstante biologicamente perfeito⁷, o indivíduo transexual tem a convicção de pertencer ao sexo oposto, diverso ao sexo morfológico e deseja afirmar a sua identidade de gênero, como modo de proteger e promover a sua intimidade, integridade psicofísica, enaltecendo o livre desenvolvimento da sua personalidade para além do determinismo biológico do dado cromossômico e físico. O sentimento de pertencimento a determinado gênero sexual é o fator prevaletente na manifestação identitária pessoal, pois é até mesmo objetivamente viável a alteração do sexo biológico, todavia, é impraticável a modificação do gênero, que é efetivamente a vontade e o reconhecimento mais intersubjetivo que alguém tem e faz de si mesmo, ou seja, o gênero é um efeito da existência⁸.

O sujeito pós-moderno é conceituado como não detentor de uma identidade fixa, essencial ou permanente. A identidade torna-se uma celebração móvel, fazendo com que o indivíduo assuma em diferentes momentos, identidades diferentes, fazendo surgir uma “busca de identidade”, que no caso do transexual irrompe como uma adequação entre a identidade estática – surgida no nascimento – e a concepção psicossocial, dinâmica, a partir da interação entre o indivíduo e a sociedade e que pode sofrer modificações⁹.

III. DO TRANSEXUALISMO À TRANSEXUALIDADE

É patente a razão pela qual a homossexualidade se tornou mais visível que a transexualidade. A aceitação da homossexualidade não envolve gêneros, apenas a sexualidade, permanecendo no interno do sacrossanto sistema binário. A

6 BENTO, B.: *O que é Transexualidade*. Brasiliense, São Paulo, 2017, p. 58.

7 Fator que diferencia a transexualidade da intersexualidade ou hermafroditismo, na qual o indivíduo apresenta características externas que em alguns aspectos se assemelham às características masculinas e, em outros às características femininas. O transexual possui consciência de sua perfeita conformação anatômica, porém a identidade sexual psíquica diverge do gênero vinculado ao sexo físico.

8 SALIH, S.: *Judith Butler e a Teoria Queer*, Autêntica, São Paulo, 2012, p. 70.

9 CLEBER DA SILVA CHOERI, R.: *O conceito de identidade e a redesignação sexual*. Renovar, Rio de Janeiro, 2004, p. 25. Aduz o autor que a identidade humana se apresenta sob dois aspectos, “um estático e outro dinâmico. O primeiro reúne todos os atributos e características não modificáveis do ser humano ou modificáveis sob restritas condições, como genoma (identidade genética), sexo biológico, nome, imagem, impressões digitais, voz, dados pessoais, elementos de objetiva e imediata identificação individual. O segundo aspecto reúne todos os atributos e características psicossociais, a historicidade individual, compreendida pelo patrimônio ideológico e herança cultural da pessoa, como o sexo psicossocial”, op. cit, p. 28.

transexualidade, a seu turno, rompe a causalidade entre sexo, gênero e desejo, violando um sistema desenhado na construção da sexualidade pela natureza do corpo. Evidentemente o trânsito entre gêneros conflita com as normas sociais estabelecidas sobre gênero, sexo morfológico e sexualidade. A reação imediata para comportamentos desviantes é a de considerar a pessoa transexual como doente, tornando-a cativo de seu próprio corpo.

No espaço do direito, o transexualismo é localizado no plano da ilicitude, como uma manifestação de sexualidade antijurídica, desconforme ao ordenamento e, conseqüentemente duplamente sancionada: seja pela desconsideração de quaisquer efeitos jurídicos à divergência entre o gênero e o sexo registral, como também pela segregação social da personalidade desviante, o quê ao longo da história da civilização se deu pelos mais diferentes métodos.

A passagem do *transexualismo*¹⁰, entidade patológica, ao “fenômeno transexual”, manifestação sexual que seria revela uma afirmação de identidade, destaca a fabricação do gênero e o apagamento do sexo, exteriorizando a controvérsia entre o inato e o adquirido. Essa tensão entre natureza e cultura procurou extrair a pessoa trans do rótulo da anormalidade¹¹.

Com efeito, progressivamente, pesquisadores e juristas se afastam de um modelo médico de doença, eximindo a “disforia de gênero” da condição de psicose, neurose, perversão ou psicossomatização. Não há delírios, alucinações e angústias intensas, apenas o relato de uma profunda infelicidade com o corpo que nasceram (“os transexuais estão entre as pessoas mais infelizes que já encontrei”, escreveu Harry Benjamin). Em todos os domínios que não se referem à difusão de sua identidade, o sentido do real se acha intacto na pessoa transexual. A transexualidade é uma problemática do ser, que apenas encontrará guarida em um modelo baseado em identidades plurais, no qual prevalece o exercício da autonomia existencial da pessoa trans no sentido de promover a sua identidade

10 O termo “transexualismo” se desenvolveu em três etapas: inicialmente, Magnus Hirschfeld, um sexólogo alemão a utilizou em 1923 sob a forma de transexualismo da alma ou psíquico, a propósito dos intersexuados. Mais tarde, D.O. Cauldwell, em 1949, de a um artigo o título “Psychopatia transexualis” e relatou um caso que correspondia ao que se veio denominar transexualismo feminino versus masculino. Por fim, Harry Benjamin deu à palavra a forma transexualismo, que se imporia em cerca de dez anos, para definir uma condição bastante particular, diferente do travestimento ou eonismo.

11 Explica Henry Frignet que: “Importado por John Money em 1955, retomado em patologia por Fisk e Laub em 1973, o uso do conceito de gênero será em seguida consagrado por Stroller. Substituir o sexo pelo gênero permite propor uma explicação elegante ao transexualismo: haveria de um lado o sexo real, imposto pela natureza, consagrado em geral pela aparência e quase sempre aceito pelo indivíduo; e , de outro, o registro subjetivo do gênero que, na maioria dos indivíduos, concordaria com o sexo, o transexualismo, no entanto, mostrando a possibilidade de uma discordância. Tal hiato, insuportável para o sujeito, levaria o transexual a querer uma modificação de seu sexo para pôr este de acordo com seu gênero. Com efeito, este último, trazido pelo desejo do sujeito, prevaleceria em relação às exigências estritamente reais do sexo”. FRIGNET, H.: *O transexualismo*, trad. Procópio Abreu, Companhia de Freud, Rio de Janeiro, 2002, p. 88.

de gênero, tendo doutrina e tribunais a tarefa de demarcar o conteúdo jurídico do direito à autodeterminação sexual¹².

Um dos erros ao se patologizar e universalizar a transexualidade é que cada pessoa trans possui uma bagagem cultural, genética e psicológica diferente, não sendo plausível afirmar que a transexualidade é um fenômeno que atinge um indivíduo da mesma forma do que outro. O ser é único, e justamente por isso o correto seria individualizar e personalizar a transexualidade, despatologizando-a, uma vez que cada transexual reage à sua identidade de forma distinta^{13 14}.

Busca-se libertar a variação de gênero da narrativa da patologia (o fenômeno recebe um diagnóstico e um código específico), substituindo-a pela narrativa da normalidade (sem diagnóstico e estima ligado ao fenômeno), própria à variabilidade da natureza. O grupo de trabalho na classificação de transtornos sexuais da organização mundial de saúde (OMS) alterou o ICD-II, a fim de representar transexualismo como uma questão de direitos fundamentais, levantando-se os transtornos de identidade de gênero da lista de transtornos mentais e comportamentais, assegurando uma reclassificação não-patologizante do fenômeno trans. Com efeito, a combinação entre a estigmatização de ser transgênero e receber um diagnóstico de transtorno mental, cria uma dupla opressão para os membros desse grupo, afetando negativamente a sua saúde e a fruição de direitos humanos. Ilustrativamente, as pessoas trans tendem a sofrer privação de cuidados médicos em geral, por uma falsa percepção de que necessitam de especialistas em saúde mental, mesmo quando relatam patologias que em nada se relacionam ao fato de ser transgênero. Em uma perspectiva histórica, a classificação do diagnóstico de identidade de gênero como transtorno mental parece acidental, baseado em atitudes sociais prevalentes em meados do século XX e não em evidências científicas¹⁵.

12 A fim de reduzir a discriminação que recai sobre as pessoas trans a Associação Psiquiátrica Americana substituiu a expressão “desordem de identidade de gênero” por “disforia de gênero”, apesar da reação de muitos que acreditam que a nova nomenclatura não afasta a indevida conclusão de que ser transgênero seria uma espécie de desordem mental. Quando psiquiatras criam expressões que aproximam a variações de gênero a uma espécie de desordem mental, apenas estigmatizam e causam danos a indivíduos que já se encontram em situação de alta vulnerabilidade.

13 VEIGA JR, H.: *O direito de pertencer a si mesmo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016, p. 32.

14 Há vinte anos, a maior parte dos transexuais desejava fazer uma mudança total de gênero. Hoje em dia, os limites entre as categorias estão mais borrados. Alguns transexuais vivem em sigilo, ou seja, todos os que os rodeiam acreditam que eles nasceram no gênero que adotaram. Outros vivem as claras como homens ou mulheres trans. Algumas pessoas adotam um gênero ambíguo, não se identificando nem como homens, nem como mulheres. Outros tem gênero flutuante: alguns dias masculino, outros, feminino, às vezes nenhum, às vezes ambos. Alguns são exibicionistas, outros são recatados ao extremo”. SALOMON, A.: *Longe da árvore*, cit., p. 697.

15 DRECHER, J.: *Controversies in Gender Diagnoses*. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/264672703_Controversies_in_Gender_Diagnoses. Acesso em 25 abr. 2018, p. II. Discorre o autor sobre a tensão entre o estigma e o acesso ao cuidado pela pessoa trans. Por um lado, deseja-se remover o preconceito, afastando-se diagnósticos de disforia de gênero, sem, contudo, olvidar a necessidade de se manter o acesso à rede de saúde, o que requer a existência de um diagnóstico que permita a obtenção de tratamento médico coberto pelo tesouro. “Reconciliar a linguagem” não é uma tarefa simples.

Em paralelo com o que vem se edificando no modelo social de deficiência –internalizado no Brasil pela via de convenção internacional com estatura de norma constitucional-, percebe-se que os maiores problemas das pessoas trans resultam basicamente da atitude social com que se deparam. Nessa senda, o desafio do jurista é o de transpor o fato jurídico “trans” dos confins da medicina e da ilicitude do desvio patológico para um viés de difusão de identidade, em uma ordem pluralista que enalteça direitos fundamentais e promova simultaneamente estratégias de acessibilidade, combate à discriminação, insira essa população em um ambiente que permita o desenvolvimento de suas potencialidades.

IV. A TRANSPOSIÇÃO: DA ILICITUDE AO DIREITO DA PERSONALIDADE

É de sabença geral que uma das missões do direito civil contemporâneo é revisitar o ser humano subjacente ao indivíduo. Em Estados plurais e antropocêntricos, não obstante imersa na abstração e anonimato das massas, cada pessoa é titular de especial dignidade, cláusula geral assecuratória de direitos fundamentais na esfera privada e salvaguarda dos direitos da personalidade que irradiam sobre sua integridade psicofísica. O princípio e cláusula geral da Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, CF) assume dupla dimensão. Primeiramente, uma eficácia negativa, fundada no dever de proteção, pela qual a pessoa será merecedora de respeito e consideração por parte do Estado, sociedade e família. O repaginado direito de proteção recusa a heteronomia e se funda no imperativo categórico, impedindo a instrumentalização da pessoa para fins alheios, pois a dignidade é uma condição inata da pessoa humana, independentemente de seu aporte comunitário. Nada obstante, a dignidade transcende a condição de valor intrínseco do ser humano, revelando-se também como autonomia para a edificação das escolhas existenciais. Aqui, enfatiza-se a eficácia positiva da Dignidade da Pessoa Humana, na qual não está em jogo a tradicional liberdade negativa de distanciamento de uma ordem heterônoma (seja por parte do Estado, sociedade e família), porém o direito fundamental à inserção em sociedade, na qual a diversidade não será um óbice para que as pessoas elejam e promovam as suas escolhas de vida, tornando-se protagonistas de suas biografias¹⁶.

16 No final de 2015 o STF iniciou julgamento de recurso extraordinário (RE-845779/SC) em que se discute a reparação de danos morais a transexual que teria sido constrangida por funcionário de “shopping center” ao tentar utilizar banheiro feminino. O Relator, Ministro Roberto Barroso, propôs a seguinte tese para efeito de repercussão geral: “Os transexuais têm direito a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero, inclusive na utilização de banheiro de acesso público”. Ressaltou que o princípio da dignidade da pessoa humana incluiria valor intrínseco de todos os seres humanos. Portanto, o transexual teria o direito fundamental de ser reconhecido e de ser tratado pelo seu valor intrínseco, por sua dimensão ontológica. O valor intrínseco geraria um conjunto de direitos entre os quais se destacaria o direito à igualdade. Portanto, toda pessoa teria o mesmo valor intrínseco que a outra e conseqüentemente teria o mesmo direito ao respeito e à consideração. Sublinhou que a ótica da igualdade, como reconhecimento, visaria justamente combater práticas culturais enraizadas que inferiorizariam e estigmatizariam grupos sociais. Enfatizou que o papel do Estado, da sociedade e de um tribunal constitucional, em nome do princípio da igualdade materializado na Constituição, seria restabelecer ou proporcionar, na maior extensão possível, a igualdade dessas pessoas, atribuindo o mesmo valor intrínseco que todos teriam

Infelizmente, a civilística não introjetou o direito da personalidade à identidade sexual em um enfoque de direitos humanos, porém apenas efetuou um tímido “lifting” na leitura médica da temática, o que impacta sobremaneira na extração das consequências jurídicas do fenômeno da transexualidade. De fato, o paradigma clássico da pessoa trans, fundado em abordagem exclusivamente clínica é respaldado no direito privado pelo elastério concedida pela doutrina e tribunais ao art. 13 do CC: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Apesar do dispositivo silenciar no tocante à transexualidade, editou-se o enunciado 276 do Conselho de Justiça Federal, legitimando a redesignação do estado sexual pela pessoa trans na referida norma: “O art. 13 do Código Civil, ao permitir a disposição do próprio corpo por exigência médica, autoriza as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, e a consequente alteração do prenome e do sexo no Registro Civil”. Infere-se do exposto que a doutrina encontrou no artigo 13 do Código civil um escoadouro para libertar a pessoa trans das amarras do sexo de origem (o que é justificável) sem se aperceber, contudo, que essa hermenêutica reforça a compreensão da pessoa trans no enfoque assistencialista e paternalista da discricionariedade médica, ao invés de simplesmente edificar uma interpretação constitucional fundada em seu traço identitário particular.

Esse “estado de coisas” é preocupante, indicando a preferência por um modelo biomédico de “transexualismo”, no qual se deseja curar, tratar e eliminar o desvio sexual de um ser humano marcado por uma tragédia pessoal (não mais uma doença), mediante técnicas assépticas que a moldem a um certo “padrão”. Contudo, para além de uma prometeica crença na infalibilidade científica, a persistência em uma vertente ideologizada de saúde repercute sobre todo o discurso normativo a ela subjacente. Vale dizer, em um sentido de coerência e integridade, todas as consequências jurídicas deferidas ao fato jurídico da identidade trans demandarão uma prévia escolha entre persistir em enuclear a pessoa “desconforme” em uma variante de um distúrbio psíquico, ou então alforriá-la do padrão médico, para

dentro da sociedade. Destacou que outra dimensão da dignidade da pessoa humana seria a dignidade como autonomia do indivíduo, o que consubstanciaria no livre arbítrio das pessoas, na autodeterminação, na capacidade de fazer suas escolhas existenciais essenciais e de desenvolver sua personalidade. Assim, deixar de reconhecer a um indivíduo a possibilidade de viver a sua identidade de gênero seria privá-lo de uma das dimensões que dariam sentido a sua existência. Frisou que a mera presença de transexual feminina em áreas comuns de banheiro feminino poderia gerar algum constrangimento a mulheres, porém não seria comparável àquele suportado por um transexual que não teria a sua condição respeitada pela sociedade. Consignou que um Estado democrático teria o dever constitucional de proteger as minorias. Observou que a democracia não teria apenas a dimensão formal de ser o governo das maiorias, mas também uma dimensão substantiva que seria a proteção dos direitos fundamentais das pessoas. Até a revisão desse artigo (março de 2018), não obstante o endosso ao voto pelo Ministro Edson Fachin, o julgamento foi interrompido e “concluso ao relator” desde 4.9.2017, conforme <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4657292>.

encontrar um sentido ético capaz de legitimar a sua autodeterminação no campo da afirmação de uma identidade sexual. Questões cruciais para a tutela existencial da pessoa trans, tais como a possibilidade de se realizar a alteração do prenome ou sexo mesmo antes da cirurgia de transgenitalização ou, a maior ou menor publicidade dos dados remetidos ao registro de pessoas naturais, demandarão um prévio exame acerca do significado (ou resignificação) de como o ordenamento qualifica as pessoas que se identificam para além do sexo de nascimento.

Já é hora de uma correção de rota: devemos compreender a passagem do transexualismo para a transexualidade não como fetiche ortográfico, porém como corte de um paradigma médico de reatribuição hormonal-cirúrgico para um modelo promocional dos direitos fundamentais à intimidade, integridade psicofísica e liberdade, lastreado no princípio da dignidade da pessoa humana. O direito da personalidade à identidade de gênero se amolda a cláusula geral de tutela à pessoa humana, cuja abertura e porosidade permite uma constante atualização do rol aberto e dúctil de direitos da personalidade.

“Dentro de nós há uma coisa que não tem nome, essa coisa é o que somos”. O escritor José Saramago demonstra a incongruência de se fraturar o valor unitário da pessoa humana. Tal e qual se vê na recente afirmação do direito da personalidade ao cuidado (decorrente da responsabilidade parental), ao esquecimento (no contexto da intimidade na era do superinformacionismo) e à orientação sexual (não como opção, mas como destino), a atualização da dignidade da pessoa humana permite que venham à tona dimensões até então inomináveis das múltiplas manifestações do ser, dentre as quais se afirma a inserção da pessoa em sua identidade pessoal¹⁷.

Tal como qualquer categoria de pessoas vulnerada por uma configuração social de menos valia (assim como idosos, crianças, deficientes) a compreensão do que ocorre com as pessoas *trans* exorbita o plano de uma igualdade formal – absoluta em termos jurídicos e alheia as circunstâncias pessoais –, atribuindo-se a ela um sentido material, como vedação à tratamento arbitrário pela via de critérios intrinsecamente injustos e ofensivos a dignidade da pessoa humana. A concepção da igualdade como reconhecimento sanciona comportamentos que estigmatizam grupos sociais minoritários de forma a lhes denegar o valor intrínseco reconhecido a outras pessoas. Muito além de uma discussão sobre adequação psicofísica, a trajetória da transexualidade como direito fundamental se inicia pela rejeição da família e de seus pares, passa pelo *bullying* escolar e negativa de acesso a banheiros apropriados, estendendo-se na idade adulta à discriminação ao local de trabalho, incluindo a perda de empregos ou recusa de contratação. Para além da maior

17 Nessa linha segue o Anteprojeto do Estatuto de Diversidade Sexual que garante a livre orientação sexual e a identidade de gênero como direitos fundamentais (art. 5.).

vulnerabilidade psíquica da comunidade trans¹⁸, no limite do estigma, a exclusão se transmuta em violência física extrema¹⁹.

A dimensão material da igualdade se amplia no constitucionalismo contemporâneo para forjar uma igualdade social ou de fato, apta a agasalhar um dever de compensação de desigualdades em prol de determinados grupos de pessoas, versados em cláusulas especiais de igualdade, como a que se insere no art. 3º, IV, da CF, demarcando dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. Com efeito, políticas de ação afirmativa (ou discriminação inversa) são fundamentais para a promoção do direito à identidade sexual diante de uma discriminação indireta, verificável no momento em que medidas aparentemente neutras do ponto de vista discriminatório, acarretam efeitos nocivos e especialmente desproporcionais quando de sua incidência em detrimento de determinadas categorias de pessoas²⁰.

Dá o imperativo de um giro transcendente para um modelo de direitos humanos que concilie a autonomia e a vulnerabilidade da pessoa trans. Apesar da aparente contradição dos referidos vocábulos, quer-se afirmar que as pessoas marcadas por uma fragilidade estrutural -seja ela psicológica ou social-, não são incapazes e podem viver com autonomia, reivindicando a realização de suas potencialidades inatas, apesar da vulnerabilidade lhes expor a discriminação. Cabe ao ordenamento garantir o direito à antidiscriminação e promover ações de igualdade positiva capazes de inibir a potencialização de efeitos negativos que se agreguem à loteria natural de Rawls.

-
- 18 Mental health problems represent a serious health concern for transgender people. Studies have found higher prevalence of suicide ideation and attempts in transgender people compared to non-transgender people, in addition to high burden of substance use and abuse. Several studies have noted the importance of social and familial networks on the health of transgender people. With respect to HIV services and primary care services, studies have reported negative experiences with providers and healthcare systems, including being denied medical care. Finally, studies have reported extensive transgender-related prejudice, including stigma, discrimination, and transphobia. In: *The time is now: Attention increase to transgender health*. Sarah MacCarthy, Sari L. Reisner, Amy Nunn, Amaya Perez-Brumer, and Don Operario.
- 19 Segundo uma pesquisa da organização não governamental ‘Transgender Europe’ (TGEU), rede europeia de organizações que apoiam os direitos da população transgênero, o Brasil é o país onde mais se mata travestis e transexuais no mundo. Entre janeiro de 2008 e março de 2014, foram registradas 604 mortes no país.
- 20 Gabrielle Bezerra Salles e Ingo Wolfgang Sarlet explicam as três fases do princípio da igualdade e explicam que “desenvolvida no âmbito da jurisprudência norte-americana, a assim chamada teoria do impacto desproporcional, levou à adoção gradativa de políticas de ação afirmativa, de modo especial, na esfera da discriminação racial, ao passo que em outros ambientes, como foi o caso da Europa, se desenvolveu particularmente no campo da discriminação em razão do gênero, passando a ser adotada em outras áreas em que se registra o fenômeno. O que importa ao fim e ao cabo, é que independentemente da demonstração da intenção de discriminar, o impacto real de medidas em si neutras, não venha, de modo desproporcional, sob determinados grupos, colocando-os em situação de efetiva desvantagem em relação aos demais segmentos sociais. Pena de tais medidas serem incompatíveis com o princípio da igualdade”. BEZERRA SALLES, G.; WOLFGANG SARLET, I.: “O Princípio da Igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência”, in BEZERRA DE MENEZES, J. (Org.): *Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas*, Processo, Rio de Janeiro, 2016, p. 147.

V. O FATO JURÍDICO TRANSEXUALIDADE E O SEU PLANO DE EFICÁCIA

Na Classificação Internacional de Doenças – CIM -10, diz-se o transexualismo como “o desejo de viver e ser aceito como pessoa pertencente ao sexo oposto. Esse desejo é habitualmente acompanhado de um sentimento de mal-estar ou de inadaptação ao próprio sexo anatômico e da vontade de submeter-se a uma intervenção cirúrgica ou a um tratamento hormonal a fim de tornar o corpo na maior conformidade possível com o sexo desejado”.

Aí reside o pecado original: a indevida sobreposição entre o fato da recusa ao sexo de atribuição e o eventual desejo do transexual de se submeter a uma transição pela via da intervenção cirúrgica e/ou tratamento hormonal. A constatação clínica quanto a identificação intensa e persistente com o outro sexo, evidenciada por uma peremptória recusa do sexo de atribuição é o fato jurídico *stricto sensu* que desencadeia irreversivelmente o plano eficaz da transexualidade. Todavia, a vontade ou o desejo de experimentar uma readequação hormonal-cirúrgica, com objetivo terapêutico, cuida-se apenas de uma eventual consequência oriunda de um categórico estado de fato de uma pessoa que possui a inabalável convicção de pertencer a outro sexo. Nas palavras de Collete Chiland, não se trata a transexualidade de um mal-estar ou um desconforto, “porém, desde sempre, o sujeito só se sentiu existir como membro do outro sexo. Em seu sexo de atribuição, o sujeito se sentiu a *stranger in one's body*...ele fala de seu corpo como um invólucro estranho que flutua em torno dele e no interior do qual se encerra seu verdadeiro “self”, seu verdadeiro eu²¹.

Com base na aparência dos órgãos genitais externos, a identidade civil situa o sexo macho/fêmea, não obstante equivocadamente persista em registrar o gênero masculino/feminino. Ao indevidamente aglutinar o biológico (sexo) e o psicológico (gênero), esse acaba se tornando uma consequência natural daquele. Por isso, um diagnóstico superveniente de transexualidade acarreta a ineficácia da identidade sexuada morfológica constante do assento de nascimento, desencadeando uma ruptura com a realidade jurídica de origem, autorizando a repercussão das consequências legais que se relacionem as vicissitudes daquela pessoa. Destarte, uma eficácia variável, não apenas pelo fato de que transexuais são muito diferentes uns dos outros (nem sempre se desejará uma adequação de nome e sexo), mas principalmente pelo fato de que ao longo da vida da pessoa, a premissa genética e física do sexo de atribuição provavelmente desencadeou uma série de efeitos que repercutiram sobre a órbita de terceiros (v.g. casamento, filiação, parentesco, poder familiar, etc.).

21 CHILAND, C.: *O transexualismo*, trad. Maria Stela Gonçalves, Edições Loyola, São Paulo, 2008, p. 43.

O Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1955/10, permitindo, independentemente de autorização judicial, a realização de cirurgias de mudança de sexo (transgenitalização), em casos de transexualismo comprovado, fixando rígidos critérios: o paciente deve ser maior de 21 anos, não deve possuir características físicas inapropriadas para a cirurgia e deve ter diagnóstico médico de transgenitalismo, indicando o cabimento da cirurgia, após avaliação realizada por uma equipe multidisciplinar constituída por psiquiatra, cirurgião, endocrinologista, psicólogo e assistente social durante o período mínimo de dois anos. Em qualquer caso, o procedimento cirúrgico independerá de autorização judicial. Nesse particular, há um avanço elogiável: a cirurgia é mutiladora (mesmo que o transexual a considere reparadora), mas o consentimento informado quanto à decisão de reatribuição cirúrgica do sexo jamais pode ser submetida a discricionariedade de um magistrado.

Realizada a cirurgia, não há mais oscilações jurisprudenciais sobre o cabimento da redesignação do estado sexual e do nome nas varas de família, modificando-se o assento público, sem qualquer referência a condição sexual originária da pessoa. Pode-se afirmar que aqui há uma convergência entre os paradigmas médico e social, de direitos fundamentais do transexual, a medida em que a adequação psicofísica reflete o recurso ao princípio da segurança jurídica – consubstanciado na publicidade e veracidade do registro – pois a sociedade poderá identificar uma harmonia entre o sexo interno e a sexualidade exibida pela pessoa, e, simultaneamente, a pessoa trans será tutelada em sua intimidade; integridade psicofísica, passando a ser tratada socialmente de acordo com a sua identidade de gênero²².

22 STJ. Informativo 415. Período 9 a 13 de novembro de 2009. A questão posta no REsp cinge-se à discussão sobre a possibilidade de retificar registro civil no que concerne a prenome e a sexo, tendo em vista a realização de cirurgia de transgenitalização. A Turma entendeu que, no caso, o transexual operado, conforme laudo médico anexado aos autos, convicto de pertencer ao sexo feminino, portando-se e vestindo-se como tal, fica exposto a situações vexatórias ao ser chamado em público pelo nome masculino, visto que a intervenção cirúrgica, por si só, não é capaz de evitar constrangimentos. Assim, acentuou que a interpretação conjugada dos arts. 55 e 58 da Lei de Registros Públicos confere amparo legal para que o recorrente obtenha autorização judicial a fim de alterar seu prenome, substituindo-o pelo apelido público e notório pelo qual é conhecido no meio em que vive, ou seja, o pretendido nome feminino. Ressaltou-se que não entender juridicamente possível o pedido formulado na exordial, como fez o Tribunal *a quo*, significa postergar o exercício do direito à identidade pessoal e subtrair do indivíduo a prerrogativa de adequar o registro do sexo à sua nova condição física, impedindo, assim, a sua integração na sociedade. Nesse contexto, tendo em vista os direitos e garantias fundamentais expressos da Constituição de 1988, especialmente os princípios da personalidade e da dignidade da pessoa humana, e levando-se em consideração o disposto nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, decidiu-se autorizar a mudança de sexo de masculino para feminino, que consta do registro de nascimento, adequando-se documentos, logo facilitando a inserção social e profissional. Destacou-se que os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, além do que deve haver segurança nos registros públicos. Dessa forma, no livro cartorário, à margem do registro das retificações de prenome e de sexo do requerente, deve ficar averbado que as modificações feitas decorreram de sentença judicial em ação de retificação de registro civil. Todavia, tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar, nas certidões do registro público competente, nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco de que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, evitando, assim, a exposição do recorrente a situações constrangedoras e discriminatórias. REsp 737993-MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 10/11/2009.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu a Repercussão Geral da questão suscitada no RE 670422/RS²³. Some-se a isso a Ação Direta de Inconstitucionalidade apresentada pela Procuradoria-Geral da República, com base no artigo 58 da Lei 6015/1973. Em suma, tratou-se de decidir se a cirurgia de modificação do fenótipo é ou não requisito inafastável para a admissão da alteração do gênero e prenome do transexual. De acordo com a decisão do STF de 13/2018, todo cidadão tem direito de escolher a forma como deseja ser chamado, reconhecendo por unanimidade que pessoas trans podem alterar o nome e o sexo no registro civil sem que se submetam a cirurgia. O princípio do respeito à dignidade humana foi o mais invocado pelos ministros para decidir pela autorização. Todavia, houve divergência sobre requisitos necessários para a mudança e a necessidade de autorização judicial para a alteração de registro, sendo certo que a maior parte dos ministros acompanhou a fundamentação dada pelo Ministro Edson Fachin²⁴, no sentido de tornar dispensável a autorização judicial ou laudos médicos e psicológicos para que a mudança seja efetivada (proposta originária do relator da ADI, Ministro Marco Aurélio Mello) vez que há equacionamento na própria lei dos registros públicos: se surgir uma situação objetiva que possa eventualmente caracterizar prática fraudulenta, ou abusiva, caberá ao oficial do registro das pessoas naturais a instauração do procedimento administrativo de dúvida.

Superou-se, portanto, a tradicional resposta pela negativa. Em abordagem exclusivamente clínica do transexualismo como disforia de gênero, o ato cirúrgico se colocava como *conditio sine qua non* para a alteração do prenome e gênero. A disposição permanente da integridade física se legitimava por uma exigência médica, tal e qual requer o art. 13 do CC. A transformação morfológica como precedente necessário à redesignação do estado sexual, se justificava pelo fato de que mesmo com os avanços da cirurgia, transexuais não seriam capazes de adquirir todas as características do sexo oposto ao que nasceram, não possuindo os órgãos genitais artificialmente constituídos as mesmas características e funcionalidades dos naturais, sendo imutável o aspecto cromossômico. A segurança jurídica não toleraria que alguém do sexo A pudesse procriar como um indivíduo do sexo B. Restaria averbar no registro de nascimento do recorrente sua condição de transexual, admitindo-se tão somente a alteração do prenome, sem prejuízo na identificação da pessoa, haja vista que utiliza documentos de identidade dos quais não consta o gênero do portador.

23 Antes havia a ADI 4275, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, protocolada no ano de 2009, pelo qual a Procuradoria Geral da República pleiteava o reconhecimento do direito de transexuais alterarem seu prenome e sexo jurídico no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização. Posteriormente, foi afetado ao regime da repercussão geral o RE 670422/RS, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, contando com a presença de Maria Berenice Dias como a advogada da recorrente, bem como de Rodrigo da Cunha Pereira como advogado representante (e presidente) do *amicus curiae* IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família.

24 O Ministro Luis Edson Fachin destacou: “Compreendo que, independentemente da natureza dos procedimentos para mudança de nome, exigir via jurisdicional é limitante incompatível e entendo que pedidos podem estar baseados no consentimento livre informado pelo solicitante”.

Entretanto, condicionar a afirmação do gênero à prévia mutação do sexo é uma falácia em diversos planos, a começar pela própria impossibilidade científica de alteração do sexo, seja ele físico ou biológico, por via de uma intervenção cirúrgica. Não há como se modificar o corpo ou a carga cromossômica. A “cura” é inviável. Se por um lado a mutilação é uma via importante para amenizar o sofrimento de transexuais, não se pode esperar que os progressos da cirurgia transformem por completo um homem em uma mulher ou vice-versa, modificando a morfologia, o código genético e os órgãos internos. Mesmo que isso fosse possível, não se apagaria a história vivida²⁵.

Sob o prisma jurídico a incongruência de se submeter a modificação de prenome e gênero ao ato cirúrgico pode ser justificada no interno da teoria do fato jurídico. Há de se repisar que, antes e acima de tudo, a transexualidade é uma condição humana, inequivocamente uma questão de identidade, completamente divorciada do dado físico. Na linguagem *junguiana*, trata-se de um processo de totalização da personalidade, denominado “individualização”, que conduzirá a pessoa fragmentada entre o sexo civil e o gênero a um novo centro psíquico – o *self* –, desfrutando a partir de então de sua completude. “Todo fato, é, pois, mudança no mundo”, já sentenciava Pontes de Miranda²⁶. Se em um passado não muito distante, a constatação clínica da verdade biográfica da pessoa transexual era um fato natural indiferente ao direito, isto é, desprovido de qualquer eficácia jurídica, atualmente não se pode mais afirmar que a aferição do sexo psicossocial em divergência com a identidade estática do assento registral, ainda seja reduzido a mero acontecimento neutral do ponto de vista do ordenamento jurídico.

Em uma perspectiva cultural, evidencia Marcos Bernardes de Mello, “o direito valora os fatos e, através das normas jurídicas, erige à categoria de fato jurídico aqueles que tem relevância para o relacionamento inter-humano”²⁷. A relevância jurídica da tutela da identidade humana traduz-se não apenas na produção de efeitos do fato jurídico *stricto sensu* do nascimento, mas igualmente na ineficácia superveniente da verdade registral quando o fato jurídico da transexualidade revela uma diversa configuração somático-psíquica do indivíduo – que se traduz em um sentimento do indivíduo quanto à sua identificação como do gênero masculino ou feminino –, tornando digno de proteção o interesse da pessoa de ser fielmente representada na vida de relação com a sua verdadeira identidade, tal e

25 Collete Chiland confessa que “alguns pacientes admitem que ‘seria necessário que os médicos se tornassem capazes de mudar o que há na cabeça’. Seria um tratamento mais satisfatório, pois pouparia uma mutilação, a transformação de um organismo sadio em um organismo enfermo. O paciente não teria de enfrentar em sua história essa ruptura que cria para ele tantas dificuldades sociais e pessoais. Mas não se pode obter um tratamento desse tipo”. In *O Transexualismo*, cit., p. 62.

26 CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F.: *Tratado de direito privado*, 3ª ed., vol. 1, Max Limonad, São Paulo, 1947, p.5.

27 BERNARDES DE MELLO, M.: *Teoria do fato jurídico*, Plano da existência, 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 8.

qual a sua personalidade se exterioriza no âmbito comunitário. A final, o nome que damos a alguma coisa determina a percepção que temos dela.

Destarte, condicionar a alteração do prenome e sexo da pessoa trans a um procedimento jurídico, significa qualificar essa particular condição humana de plasticidade de gênero como mero fato material ou ajurídico, preservando-se, paradoxalmente, a tutela de uma aparente identidade biológica (genética/anatômica/fisiológica) que não reflete a verdade dos valores do ser humano. A perplexidade surge do fato de que no período que medeia a constatação da transexualidade e a adequação cirúrgica, o ser humano se situará em um limbo jurídico: subjetiva e oficialmente machos e fêmeas, mas na prática nem homens nem mulheres.

O sistema jurídico constrange uma pessoa a se submeter a um procedimento mutilador, que não tem o condão de modificar o seu sexo genético – mas apenas altera a sua aparência -, como evento subordinante para a adequação entre o seu “eu “ e a sua documentação. Atrevo-me a dizer que há uma subversão valorativa no ato de constituir uma intervenção médica como elemento deflagrador de direitos fundamentais, como se os efeitos de uma cirurgia que tornem alguém estéril fossem capazes de ditar a maior ou menor intensidade de proteção e promoção à cidadania. A morte é uma *conditio juris* para a eclosão dos efeitos jurídicos do negócio jurídico testamento (art. 1784 CC); o casamento é uma *conditio juris* para a eficacização do pacto antenupcial (art. 1653 CC). Em ambos os casos os eventos subordinantes da alteração de status são adequados aos fatos jurídicos que lhe concedem significado. Todavia, qual é a justificativa para converter uma transformação plástica-reconstrutiva da genitália externa e interna e dos caracteres secundários da pessoa trans em fator de eficácia de estabilização identitária? Direitos não se determinam pelo status cirúrgico pessoal.

Poder-se-ia aceitar esse raciocínio para os casos de intersexualidade, nas quais o indivíduo ostenta má-formação congênita e desvios de diferenciação genital que originam uma sexualidade ambígua. Assim, tratando-se de uma questão exclusivamente biológica, aceita-se a cirurgia como “reparadora” para fins de posterior alteração do sexo jurídico, na medida em que o procedimento é requisito necessário para reconduzir o indivíduo a um dos dois sexos, fixando-se o sexo do indivíduo em consonância com o seu sexo dominante para que possa ser funcional (Aliás, nos intersexuais a intervenção cirúrgica não importará necessariamente em uma redesignação de sexo, pois pode a inscrição no registro civil ter sido feita pelo seu sexo verdadeiro)²⁸. Contudo, essa narrativa é completamente diversa da do transexual, em cuja perspectiva o sexo jurídico atribuído corresponde ao sexo

28 PAULA ARISTON BARION PERES, A.: *Transexualismo. O direito a uma nova identidade sexual*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 159.

biológico, porém discrepa do sexo psicossocial. Para ele, a cirurgia não alterará a sua percepção sexual, pois muito antes da intervenção já se considerava como pertencente ao sexo oposto ao dado registral.

Se o transexual se reconhece e é reconhecido como pertencente a determinado gênero, qual seria a necessidade de um “aval” cirúrgico legitimando o seu sexo psicossocial? Se, contudo, optarmos por um critério ético, cambiamos o apelo reducionista à dupla patologia/cura, por um viés pluralista na qual o direito da personalidade à identidade de gênero torna-se incondicionalmente merecedor de tutela, através do reconhecimento imediato dos efeitos jurídicos registraes desse relevante fato jurídico. Não custa perguntar, se já superamos a necessidade de um magistrado autorizar a cirurgia de transgenitalização, já não seria hora de eliminarmos a própria barreira da cirurgia como pressuposto indeclinável para o enquadramento do transexual em uma pretensa condição de normalidade social? Já é hora de decidirmos se queremos uma “integração” do transexual à sociedade, respeitando os nossos padrões majoritários calcados na segurança jurídica de repelir um homem/mulher que ainda possa reproduzir como macho/fêmea, ou, então, sejamos capazes de promover uma “inserção” da pessoa transexual na vida comunitária simplesmente respeitando o seu direito da personalidade à identidade de gênero.

Com efeito, transpondo a teoria do fato jurídico e migrando para o horizonte mais amplo de uma teoria de direitos fundamentais, deve-se entender a cirurgia de transgenitalização – tal como qualquer procedimento médico – como uma intervenção no corpo alheio que requer o consentimento informado do paciente (art. 15 CC), a fim de que não se vulnere a intangibilidade psicofísica da pessoa transexual. O assentimento consciente refletirá um ato de autodeterminação quanto aos benefícios e riscos da transformação das genitais (art.6., Resol. CFM 1955/10). Ora, haverá uma transmissão coercitiva de direitos fundamentais quando, ao invés de um sereno exercício da esfera de intimidade e liberdade, esse negócio (bio) jurídico surja unilateralmente da *potestade* de um médico ou única e exclusivamente de uma aquiescência à pressão estatal de entronizar a cirurgia como pré-requisito para mudança do sexo civil e conseqüente inserção plena na comunidade, em uma espécie de “manipulação do corpo”, mesmo que o próprio paciente não sinta a necessidade pessoal da “adequação”²⁹.

Some-se aos argumentos jurídicos a empírica constatação médica de que a cirurgia não é uma terapia ideal para todos os casos de transexualidade,

29 Pietro Perlingieri afirma que “a intervenção sobre a pessoa para a mudança de sexo é legítima desde que corresponda ao interesse da pessoa, que assim é não por capricho seu, mas porque constitui o resultado da avaliação objetiva das suas condições. Seria antijurídico o comportamento do médico que intervisse para provocar uma modificação numa pessoa de sexo unívoco completamente sã. PERLINGIERI, P.: “Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso, Relazione al convegno di studi sul tema”, Napoli, in *dir. giur.*, 1970, p. 43.

tratando-se apenas de um dos recursos terapêuticos possíveis em prol da pessoa transexual. Mesmo entre os transexuais a efetivação da redesignação física de sexo é controversa, vez que existem aqueles que têm a intervenção hormonocirúrgica como um ato indispensável para o seu reconhecimento pessoal como alguém com identidade de gênero perfeitamente adequada, enquanto outros não vislumbram as mudanças físicas como indispensáveis, bastando um tratamento psiquiátrico e a adequação de sua identidade civil³⁰. Pesquisas recentes demonstram que apenas uma pessoa entre cinco ou dez que experimentam extremo desconforto com seu gênero de nascimento se dispõe a fazer a cirurgia genital. Não obstante a costumeira rejeição do transexual ao seu corpo, muitas vezes não por parte da pessoa a vontade de modificar a sua estrutura genital. Por outro lado, a precariedade financeira impele muitos transexuais a não se submeter a cirurgia, bem como o receio de sofrer dor, riscos e discriminação nos pouquíssimos hospitais preparados para enfrentar a complexidade do procedimento no Sistema único de Saúde³¹. Enfim, para os transexuais viver como mulher ou homem parece ser mais importante. O sexo do corpo não determina a identidade; é o sexo da alma que o faz, embora se reconheça a importância para a maior parte deles em obter uma marca corporal da mudança de identidade, tamanha é a força da pressão da biologia em nossa cultura, à custa da fala e da simbologia³².

O direito fundamental dos transexuais a serem tratados socialmente de acordo com a sua identidade de gênero decorre de um amplo horizonte de conquistas civilizatórias que se iniciam no reconhecimento da dignidade como valor intrínseco de todo ser humano; passam pela dignidade como autonomia de todo indivíduo e alcançam o dever constitucional do estado democrático de proteger as minorias. Por essa perspectiva multicêntrica, o ato cirúrgico adquire novo significado. Ao invés de pré-requisito clínico para a alteração do registro civil, converte-se em uma fase de um longo processo de conformação de seu sexo ao seu gênero, progressivamente revelada nos gestos, vestes, tratamentos hormonais e na teia de relações afetivas e sociais construídas pelo sujeito à procura de uma vida boa. Seguindo essa linha argumentativa, os documentos serão fiéis a condição humana e a alteração do prenome se justificaria em um momento anterior aquele em que o procedimento de adequação corporal se materialize pelas mãos dos médicos. O direito à identidade perpassa o argumento da imutabilidade cromossômica ou

30 REINALDO DA CUNHA, L.: *Identidade e Redesignação de Gênero*, cit., p. 103.

31 A Portaria 2.803 de 2013, estabelece que os transexuais masculinos tenham as cirurgias de retirada das mamas, do útero e dos ovários cobertas pelo sistema público. Eles também têm direito à terapia hormonal para adequação à aparência masculina. Já as transexuais femininas também terão um tratamento adicional coberto pelo SUS: a cirurgia de implante de silicone nas mamas. Desde a Portaria 457/2008, elas também têm direito a terapia hormonal, cirurgia de redesignação sexual – com amputação do pênis e construção de neovagina – e cirurgia para redução do pomo de adão e adequação das cordas vocais para feminilização da voz.

32 CHILAND, C.: *O transexualismo*, cit., p. 31.

a presença de certo aparelho genital, o que equivaleria a enclausurar o gênero no elemento morfológico³³.

A fratura entre a norma posta e a realidade é evidenciada pelo respeito cada vez maior ao “nome social”, aquele pelo qual a pessoa é “chamada” pela sociedade, em contradição ao nome que lhe foi “declarado”, independentemente do câmbio desse nome registral. Se na origem o apelido público notório a que se refere o art. 58 da LRP era circunscrito às hipóteses em que Maria era conhecida Joana em seu meio social, a referida norma da Lei n. 6015/73 foi plasticizada para promover tratamento antidiscriminatório em prol da pessoa transexual, reconhecendo-se o uso do nome que reflete a sua identidade de gênero em estabelecimentos de ensino, hospitais e repartições públicas, por meio de resoluções, portarias e decretos, sem que em qualquer momento se exija a cirurgia de transgenitalização como premissa para a adoção de um nome que respeite a história de vida do transexual e a sua esfera de intimidade e integridade psíquica³⁴.

Acabar com o gênero na certidão de nascimento constitui um avanço na consagração da pessoa humana emancipada de uma lógica binária do sexo, que não corresponde necessariamente com a vida e o sentir das pessoas. O sexo deixa de ser um dado da ordem pública para se converter numa informação da privacidade (*privacy*) e justamente a *privacy* que se caracteriza pela sua dimensão íntima e subjetiva³⁵.

33 Todos os transexuais, inclusive os que não se submeteram à cirurgia transgenital, têm o direito de mudar o gênero no registro civil. Assim entendeu a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em 9/5/2017, ao reformar decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que negou a alteração do sexo e autorizou apenas um novo prenome a uma pessoa que se identifica como mulher. Para o colegiado, a identidade psicossocial prevalece em relação à identidade biológica, não sendo a intervenção médica nos órgãos sexuais um requisito para a alteração de gênero em documentos públicos. O voto vencedor foi do relator do caso, ministro Luís Felipe Salomão. O julgamento do recurso especial sobre o tema começou a ser julgado pelo colegiado ano passado, mas foi suspenso por pedido de vista do ministro Raul Araújo. Araújo discordou do relator e ficou vencido na sessão desta terça. Na visão de Araújo, é responsabilidade do Judiciário “evitar constrangimento social”. “O sujeito vive o gênero ao qual sente pertencer. É indiscutível que referida intervenção cirúrgica não vai além de mudar o aspecto morfológico, sem mudar questões biológicas, genéticas, cromossômicas.” Por maioria, a turma deferiu a mudança do registro. Para Salomão, à luz do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, o direito dos transexuais à retificação do sexo no registro civil não pode ficar condicionado à exigência de realização da operação de transgenitalização, “para muitos inatingível do ponto de vista financeiro, ou mesmo inviável do ponto de vista médico”. Na avaliação dele, o chamado sexo jurídico não pode se dissociar do aspecto psicossocial derivado da identidade de gênero autodefinido por cada indivíduo. “Independentemente da realidade biológica, o registro civil deve retratar a identidade de gênero psicossocial da pessoa transexual, de quem não se pode exigir a cirurgia de transgenitalização para o gozo de um direito.” RE 1626739/RS.

O caso envolve uma pessoa que se identifica como transexual mulher e quer a retificação de registro de nascimento — tanto a troca de prenome e como da referência ao sexo masculino para o feminino. Ela narrou que, embora nascida com a genitália masculina e tenha sido registrada nesse gênero, sempre demonstrou atitudes de criança do sexo feminino.

Ao acompanhar o voto do relator, a ministra Isabel Galotti, presidente da turma, disse que a aparência externa do autor do pedido não pode ser considerada no pedido de mudança do registro. “O rigor do sexo biológico não se prenderia apenas à visão externa. É uma questão genética.”

34 Na Inglaterra, o *Gender Recognition Act* de 2004 impõe que o diagnóstico da transexualidade, por si só, conduzirá a mudança dos documentos, independentemente da realização de prévia intervenção cirúrgica.

35 Daniel Borrillo e Heloisa Helena Barboza: Sexo, gênero e direito: considerações à luz do direito. Explicam os autores que “a resposta para a pergunta, se é justo (pertinente) classificar as pessoas do gênero humano em dois sexos poderá ser sim ou não, pois depende do objetivo da classificação: não será justa, quando

O ideal seria reproduzir bons exemplos do direito comparado. Na Alemanha, desde 2013 (PStG, §22, 3), para além do binário masculino/feminino, há a opção do “indefinido”, mas apenas para os casos de hermafroditismo. Austrália e Nova Zelândia vão além, permitindo indiscriminadamente a aposição do “x” na certidão de nascimento. Já na Espanha, a Lei 3/07 permite a alteração de nome e sexo na documentação sem necessidade não apenas do processo, mas também de prévia cirurgia de transgenitalização³⁶. A qualificação sexual que “etiquete” a pessoa a uma constatação morfológica de origem não é desnecessária sob o ângulo da segurança jurídica (tal como seria a obrigatória inserção da religião e raça do recém-nascido), pois só interessa a intimidade do indivíduo ou à dimensão da privacidade daqueles que lhe são mais próximos, como inclusive se extraí de enunciado do Conselho de Justiça Federal³⁷. Ademais, a supressão dessa informação eliminaria toda uma sorte de problemas para indivíduos intersexuais e transexuais³⁸.

VI. CONCLUSÃO

O fenômeno absolutamente natural da desconformidade de uma pessoa ao sexo de nascimento não cabe no percurso da autonomia da vontade pavimentado por Thomas Hobbes, Adam Smith ou mesmo Immanuel Kant. Não obstante o inegável mérito dos pais do conceito moderno de autonomia (respectivamente a política, econômica e ética), libertando o indivíduo da heterônoma submissão à virtude comunitária da *polis* (Grécia antiga) ou da transcendente razão divina (no medievo), fato é que até pouco tempo o conceito de dignidade da pessoa

a categoria sexo é imposta pelo Estado para identificar as crianças logo depois do nascimento; será justa, quando o sexo serve como categoria de proteção contra a discriminação e como medida corretiva que favoreça a diversidade, mas com a condição de que seja uma noção geral e abrangente (transexual, hermafrodita, práticas sexuais, etc.) e permita ao mesmo tempo proteger e promover todas as dissidências sexuais”. BORRILLO, D.; HELENA BARBOSA, H.: “Sexo, gênero e direito: considerações à luz do direito”, *Revista Eletrônica Civilística*, Ano 5, n. 2, 2016, p. 14.

- 36 “Artículo 4. Requisitos para acordar la rectificación: 2. No será necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual”
- 37 Enunciado 404 do Conselho de Justiça Federal, aprovado na V Jornada de Direito Civil, em 2012: “A tutela da privacidade da pessoa humana compreende os controles espacial, contextual e temporal dos próprios dados, sendo necessário seu expresso consentimento para tratamento de informações que versem especialmente o estado de saúde, a condição sexual, a origem racial ou étnica, as convicções religiosas, filosóficas e políticas”.
- 38 No Brasil podemos citar 3 esforços de promoção da identidade de gênero: a) Anteprojeto do Estatuto da Diversidade Sexual (Projeto de Lei de iniciativa popular) que em seu artigo 41 dispõe que “É reconhecido aos transexuais, travestis e intersexuais o direito à retificação do nome e da identidade sexual, para adequá-los à sua identidade psíquica e social, independentemente de realização da cirurgia de transgenitalização”; b) Encaminhado à Comissão de Direitos Humanos e Minorias (CDHM) e pronto para ser debatido, o Projeto de Lei 5002/13, denominado “Lei João Nery” dispõe sobre o direito à identidade de gênero. “O PL contribui para a mudança de mentalidade e permite que a pessoa trans seja autônoma para decidir sobre seu prenome e gênero, de acordo com a sua vivência interna e individual; c) em 14.05.2014 foi realizada a I Jornada de Direito à Saúde, do Conselho Nacional de Justiça, aprovando o Enunciado 42. Quando comprovado o desejo de viver e ser aceito enquanto pessoa do sexo oposto, resultando numa incongruência entre a identidade determinada pela anatomia de nascimento e a identidade sentida, a cirurgia de transgenitalização é dispensável para a retificação de nome no registro civil. Em complemento, o Enunciado 43. *É possível a retificação do sexo jurídico sem a realização da cirurgia de transgenitalização.*

humana se ajustou a um senso estético de perfeição na ordem de mercado que neutralizava narrativas edificadas em estilos diferenciados de *modus vivendi*. Atualmente, prevalece nos Estados Democráticos de Direito uma concepção freudiana de autonomia “afetiva”, pelos quais a pessoa se legitima às suas predileções e interesses, deles se apropriando como essenciais à realização em sua história de vida. John Rawls e Ronald Dworkin perseguem idêntica linha individualista, reconhecendo o primado da pessoa em construir para si uma ordem racional em conformidade as suas preferências, de modo a organizar um projeto de “vida boa” em um ambiente de liberdade de desenvolvimento para ser a si, incluindo-se a aptidão para cultivar preferências sexuais³⁹. No âmbito específico da transexualidade, essa lição é percebida pela necessidade de uma educação inclusiva, de consideração e tolerância com as escolhas minoritárias, assim como o definitivo papel da família de encorajar os seus filhos, caso essa seja a sua orientação sexual, a persistir em seu estilo de vida, mesmo que a escolha seja bizarra aos olhos do restante da coletividade.

Respeitáveis intelectuais conservadores como Theodore Dalrymple assumem que, apesar do “triunfo do dionisíaco sobre o apolíneo”, a revolução sexual não produziu tranquilidade mental, mas confusão, contradição e conflito. Pela primeira vez na história, testemunha-se uma negação em massa de que as questões sexuais demandam uma reflexão moral, ou que deva ser governada por restrições morais. Uma manobra retórica seria a da dissolução das fronteiras sexuais, ao argumento de que todo comportamento sexual é, por natureza, um contínuo. A identidade sexual não seria fixada pela biologia, mas socialmente construída, um produto da convenção e do costume. Se o sexo não tem fronteiras naturais, toda proibição legal seria arbitrária e ilegal e, portanto, moralmente insustentável. Abrem-se as portas para o livre arbítrio em matéria de identidade sexual e das “microditaduras” das minorias. Assim, renovadas exigências por tolerância e compreensão tornam-se cada vez mais estridentes e mandatórias. Segundo o psiquiatra britânico todos acreditavam que a infelicidade humana era única e exclusivamente o resultado das leis, costumes e tabus. Porém, quando fracassa a chegada da esperada felicidade, a análise do problema e as soluções propostas são sempre as mesmas: mais licenciosidade, menos autocontrole. O único julgamento permitido na sociedade educada passa a ser aquele que diz que nenhum julgamento é permitido. Em questões difíceis, Dalrymple - em verdade, pseudônimo do médico psiquiatra britânico Anthony Daniels - afirma que “por experiência, sei que os transexuais exalam uma superioridade moral triunfalista, conscientes de terem forçado o mundo a aceitar o que, anteriormente, era tido como inaceitável”.

39 No particular, indica-se o texto “A Capacidade nas Democracias Contemporâneas”, no qual Natércia Sampaio Siqueira aborda várias concepções que se construíram para o homem no decorrer da história do pensamento ocidental, para ao final se fixar no período contemporâneo.

O contraponto se faz necessário para que um “caminho do meio” possamos abraçar o pensamento do John Gray. Herdeiro das avançadas concepções de Stuart Mill e Isaiah Berlin, o filósofo inglês enfatiza que o que vale a pena defender nas sociedades liberais não é a sua crença no progresso, mas a prática da tolerância – em outras palavras, a tentativa de alcançar um *modus vivendi* civilizado entre diferentes modos de vida. Como herdeiros desse projeto, precisamos de um ideal que não esteja baseado em um consenso racional sobre o melhor modo de vida, mas no fato de que seres humanos sempre terão razões para viver diferenciadamente e escolhas trágicas não podem ser eliminadas da vida ética. O *modus vivendi*, assentado no pluralismo de valores, expressa a crença de que existem muitas formas de vida nas quais os seres humanos podem desenvolver-se e prosperar. Elas não surgem etiquetadas e não há como circunscrevê-las em um hipotético *numerus clausus*. Entre essas, há algumas cujo mérito não pode ser comparado, pois as necessidades humanas criam exigências conflitantes. Alguns bens que são essenciais para alguns modos de vida estão ausentes em outros. Onde tais modos de vida são rivais, não existe um deles que seja melhor. As pessoas que se engajam em diferentes modos de vida, não precisam ter divergências, pois não há uma solução certa para esses conflitos, pelo contrário, há muitas. Não precisamos de valores comuns para vivermos juntos em paz. Precisamos de instituições comuns, nas quais muitas formas de vida possam coexistir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENTO, B.: *O que é Transexualidade*, Brasiliense, São Paulo, 2017.

BERNARDES DE MELLO, M.: *Teoria do fato jurídico*, Plano da existência, 16ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010.

BEZERRA SALLES, G.; WOLFGANG SARLET, I.: “O Princípio da Igualdade na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação à luz da Convenção Internacional e do Estatuto da Pessoa com Deficiência”, in BEZERRA DE MENEZES, J. (Org.): *Direito das Pessoas com Deficiência Psíquica e Intelectual nas Relações Privadas*, Processo, Rio de Janeiro, 2016.

BORRILLO, D.; HELENA BARBOSA, H.: “Sexo, gênero e direito: considerações à luz do direito”, *Revista Eletrônica Civilística*, Ano 5, núm. 2, 2016.

CALDAS DO REGO FREITAS DABUS MALUF, A.: *Curso de bioética e biodireito*, Saraiva, São Paulo, 2013.

CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, F.: *Tratado de direito privado*, 3ª ed., vol. I, Max Limonad, São Paulo, 1947.

CHILAND, C.: *O transexualismo*, Trad. Maria Stela Gonçalves, Edições Loyola, São Paulo, 2008.

CLEBER DA SILVA CHOERI, R.: *O conceito de identidade e a redesignação sexual*, Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

DALRYMPLE, T.: *Nossa cultura ou o que restou dela*, Realizações, São Paulo, 2015.

DEUTSCH, MB.: *Making it count: improving estimates of the size of transgender and gender nonconforming populations*. *LGBT Health*. 2016 Jun. 3(3):181-5

DRECHER, J.: *Controversies in Gender Diagnoses*. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/264672703_Controversies_in_Gender_Diagnoses. Acesso em 25 abr. 2018

FRIGNET, H.: *O transexualismo*, Trad. Procópio Abreu, Companhia de Freud, Rio de Janeiro, 2002.

GRAY, J.: *A anatomia de Gray*, São Paulo: Record, 2011.

MACCARTY, S.; REISNER, S. L.; NUNN, A.; PEREZ-BRUMER, A.; OPERARIO, D.: *The time is now: Attention increase to transgender health*. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4716649/>. Acesso em 25 abr. 2018.

REINALDO DA CUNHA, L.: *Identidade e Redesignação de Gênero*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015.

PAULA ARISTON BARION PERES, A.: *Transexualismo. O direito a uma nova identidade sexual*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.

PERLINGIERI, P.: "Note introduttive ai problemi giuridici del mutamento di sesso, Relazione al convegno di studi sul tema", Napoli, in *dir. giur.*, 1970.

SALIH, S.: *Judith Butler e a Teoria Queer*, Autêntica, São Paulo, 2012.

SALOMON, A.: *Longe da árvore*, Companhia das Letras, São Paulo, 2015.

VEIGA JR, H.: *O direito de pertencer a si mesmo*, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE
OBRAR COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LAS
PERSONAS MÁS VULNERABLES

*JUDICIAL MODIFICATION OF THE CAPACITY TO ACT AS A
SYSTEM FOR THE PROTECTION OF MORE VULNERABLE PEOPLE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 224-281

* El presente artículo se encuadra dentro del Proyecto I+D - Programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia. Subprograma estatal de generación de conocimiento: "La mujer en la Literatura y Jurisprudencia clásicas" (DER2016-78378-P).

Josefina
ALVENTOSA
DEL RÍO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de mayo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: En los últimos tiempos, en virtud de lo dispuesto en la CE, y por influencia de la Convención de Naciones Unidas sobre las personas con discapacidad, tanto la regulación de la incapacitación como la interpretación de la misma por nuestros tribunales, ha sufrido en nuestro derecho una importante evolución como sistema de protección de las personas, que ha determinado incluso un cambio en la terminología, denominándose personas con la capacidad modificada judicialmente. Nuestra legislación dispone que solo se puede limitar la capacidad de las personas en sentencia judicial por las causas señaladas en la ley, siendo fundamental la imposibilidad de gobernarse por sí mismas. En la sentencia se establecerá el alcance de la limitación de la capacidad de la persona, existiendo actualmente una tendencia a adecuar a las necesidades de la misma dicha limitación, y pudiendo modificarse en un nuevo proceso si varían las condiciones físicas o psíquicas y de autogobierno del incapaz, ya que la sentencia no tiene eficacia de cosa juzgada. Aunque ha de advertirse que se ha presentado un Anteproyecto de Ley sobre reforma de la legislación en materia de discapacidad que propone la supresión de la incapacitación y su sustitución por determinadas medidas de apoyo al discapacitado.

PALABRAS CLAVE: Modificación judicial de la capacidad; incapacitación; discapacidad; internamiento involuntario; autogobierno.

ABSTRACT: *In recent times, under the provisions of the EC, and the influence of the United Nations Convention on persons with disabilities, both the regulation of incapacitation and the interpretation of it by our courts has suffered in our law an important evolution as a system of protection of persons, that has even determined a change in the terminology, being called persons with the capacity modified judicially. Our legislation provides that you can only limit the capacity of people in court for the reasons indicated in the law, being fundamental the impossibility of governing themselves. The sentence will establish the scope of the limitation of the person's capacity, there is currently a tendency to adapt to the needs of the same limitation, and can be modified in a new process if the physical or mental conditions and self-government of the incapable, since the sentence does not have the efficacy of res judicata. Although it should be noted that a Draft Law on the reform of the legislation on disability has been presented which proposes the elimination of incapacitation and its replacement by certain measures to support the disabled*

KEY WORDS: *Judicial modification of capacity; incapacitation; disability; involuntary commitment; self-government.*

SUMARIO.- I. CONSITUCIÓN ESPAÑOLA Y MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR COMO SISTEMA DE PPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.- II. REGULACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN.- III. CAUSAS QUE PERMITEN MODIFICAR LA CAPACIDAD DE LA PERSONA.- IV. PERSONAS A LAS QUE SE PUEDE MODIFICAR JUDICIALMENTE LA CAPACIDAD DE OBRAR.- V. PROCEDIMIENTO POR EL QUE SE MODIFICA JUDICIALMENTE LA CAPACIDAD DE OBRAR.- 1. Competencia del Juez.- 2. Establecimiento de medidas cautelares.- 3. Legitimación activa y pasiva en el procedimiento de incapacitación.- 4. Intervención del Ministerio Fiscal.- 5. Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación.- 6. Sentencia dictada en el procedimiento de incapacitación.- VI. ALCANCE DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.- 1. Extensión y límites de la modificación judicial de la capacidad. Constitución de las instituciones tutelares en interés del incapacitado.- 2. Internamiento de la persona.- A) Consideración general.- B) Internamiento del incapacitado determinado en la sentencia.- C) Régimen específico del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.- 3. Consecuencias jurídicas de los actos realizados por un incapacitado limitados en la sentencia de incapacitación.- VII. PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD. VIII. PERSPECTIVAS DE FUTURO. REFERENCIA A LA NUEVA REGULACIÓN PROYECTADA SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS.

I. CONSITUCIÓN ESPAÑOLA Y MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR COMO SISTEMA DE PPROTECCIÓN DE LAS PERSONAS VULNERABLES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

En nuestra realidad social se dan situaciones en las que existen personas que por las especiales circunstancias en las que se encuentran pueden ver mermados sus derechos o el ejercicio de los mismos. Muchas son las circunstancias que pueden determinar estas situaciones, pero no todas desembocan en una situación de modificación de la capacidad de las personas que se encuentran en las mismas; sin embargo, algunas de estas circunstancias pueden determinar esta modificación; así, la minoría de edad, el padecimiento de determinadas enfermedades, la discapacidad, o la ancianidad, entre otras. La modificación de la capacidad de estas personas se produce en nuestro sistema jurídico a través de la institución de la denominada tradicionalmente incapacitación, institución cuya regulación ha sufrido reformas importantes, sobre todo, en cuanto a la interpretación de los valores y principios que la informan, en atención a la normativa internacional que se ha producido en relación a las personas vulnerables.

La Constitución Española garantiza la protección desde distintos puntos de vista de las personas que se pueden encontrar en situación de vulnerabilidad. En principio, cabe destacar el fundamental art. 10 que consagra la dignidad de la

• **Josefina Alventosa del Río**

Profesora Titular de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: josefina.alventosa@uv.es

persona, los derechos inherentes a la misma y el libre desarrollo de la personalidad, así como el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamento del orden político y de la paz social; igualmente es esencial el principio de igualdad sancionado en el art. 14 que impide todo tipo de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Principios fortalecidos por el reconocimiento de los derechos fundamentales de la persona consagrados recogidos en los arts. 15 y siguientes de la misma.

En particular, en relación a los menores, el art. 39 dispone que los poderes públicos deben asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, estableciendo la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y garantizando la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos. Derivado de este mandato se ha producido una extensa regulación que ha incidido en la protección jurídica, social y familiar de los mismos, especialmente a través de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, modificada por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, a través de la normativa contenida en el Código civil, y de otra legislación estatal y autonómica sobre protección de la infancia y de la adolescencia, y de otras normativas de carácter penal y laboral que establecen protección de los menores en situaciones más específicas.

Por su parte, la protección de las personas que padecen enfermedades se ha garantizado mediante la consagración del derecho a la vida y a la integridad física como derechos fundamentales en el art. 15 CE y del derecho a la protección a la salud en el art. 43 CE. Dicha protección se realiza a través de la legislación sanitaria, fundamentalmente, entre otras muchas, en la Ley 14/1986, de 25 abril, General de Sanidad, donde se recogen los derechos de los pacientes y usuarios del sistema nacional de salud, y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y legislación autonómica concordante.

Particular atención se ha prestado a las personas discapacitadas siguiendo las directrices de los organismos internacionales que abogan por la defensa de sus intereses y de una mayor integración en la sociedad. Nuestra Constitución dispone en el art. 49 que "Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos". En su virtud, se promulgaron la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad; la Ley 41/2003, de

18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria (modificada a su vez por la Ley 1/2009, de 25 de marzo), que se publicó con la finalidad de proteger la masa patrimonial de las personas con discapacidad, vinculándola a la satisfacción de las necesidades vitales de las mismas, e introdujo por primera vez en nuestro Derecho la figura de la autotutela; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad; la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación. Para armonizar toda esta regulación, se publicó el Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, que refunde, aclara y armoniza la normativa anterior (Ley 13/1982, de 7 de abril; Ley 51/2003, de 2 de diciembre, y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, que quedan derogados), y revisa los principios legislativos contenidos en las mismas adaptándolos a la Convención Internacional de 2006. Por último, cabe señalar que también se ha desarrollado en las Comunidades Autónomas una abundante normativa sobre protección de las personas con discapacidad¹.

En este ámbito es norma fundamental, entre la normativa internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, realizada en Nueva York, y firmada por España el 30 de marzo de 2007². Esta Convención considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos, estando los poderes públicos obligados a garantizar que el ejercicio de estos derechos sea pleno y efectivo, cosa que ya se recoge en nuestra Constitución, como se acaba de ver. La ratificación de esta Convención por España ha determinado la publicación en nuestro país de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- 1 En particular, y a título de ejemplo, en la Comunidad Valenciana cabe destacar la Ley 9/2018, de 24 de abril, de modificación de la Ley 11/2003, de 10 de abril, sobre el Estatuto de las Personas con Discapacidad; en la Comunidad de Castilla-La Mancha, la Ley 7/2014, de 13 de noviembre, de Garantía de los Derechos de las Personas con Discapacidad; en la Comunidad de Castilla-León, la Ley 2/2013, de 15 de mayo, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad; y en la Comunidad de Andalucía, la Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad.
- 2 Véase en relación con dicha Convención los estudios, entre otros, de CAMPO IZQUIERDO, A.: "Los procesos judiciales de capacidad a la luz de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad", *La Ley. Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 2, 2014 (Ejemplar dedicado a: Protección jurídica de personas vulnerables), pp. 2-7; GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España", *Anuario de derecho civil*, Vol. 66, núm. 1, 2013, pp. 59-147; LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Incapacitación y derechos fundamentales: La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coords. F. de P. BLASCO GASCÓ), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1325-1326.

Por su parte, el art. 50 CE también presta especial consideración a las personas de la tercera edad, mayores o ancianas, estableciendo expresamente que “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad. Asimismo, y con independencia de las obligaciones familiares, promoverán su bienestar mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”.

Algunas de estas situaciones pueden determinar que la persona que se encuentra en estas circunstancias tenga limitaciones para desenvolverse con plena autonomía en las relaciones sociales y jurídicas o, incluso, que se encuentren ante la imposibilidad de gobernar su vida con independencia.

Estas situaciones tienen en nuestro país una cobertura jurídica importante. En el caso de existencia de limitaciones, la protección de dichas personas se encuentra garantizada a través de la legislación ya reseñada; en el caso de imposibilidad de autogobierno, la protección de las mismas se realiza a través de la modificación judicial de la capacidad, que deja bajo la guarda de las instituciones tutelares a la persona con dicha imposibilidad.

La modificación judicial de la capacidad de obrar de la persona, denominada usualmente incapacitación, terminología utilizada aún en nuestros textos legales, supone la limitación de la capacidad de obrar de una persona declarada por sentencia judicial por las causas establecidas en la ley (arts. 199 y 200 CC)³, previendo el juez, una vez declarada, un régimen de protección de la persona y de los bienes del incapacitado, a través de la constitución de la tutela, de la curatela o de la guarda de la persona incapacitada.

A la vista de las situaciones en que pueden encontrarse las personas, como se acaba de ver, se observa que existe una interrelación entre la incapacitación con otras figuras que se interconectan entre sí en determinados planos: la incapacidad natural, la discapacidad y la dependencia.

La incapacidad natural es una situación de hecho en la cual la persona carece de la aptitud de entender y querer, núcleo de la capacidad de obrar. Sin embargo, la incapacitación, basándose en la falta de esta aptitud, supone el paso de la situación de hecho a una situación jurídica, pues implica una declaración judicial a través de la cual se dota a la persona incapacitada de un sistema de protección concreto de la que carece un incapaz natural⁴.

3 Véase en este sentido la STS 30 junio 2004 (Tol 483.303), entre otras.

4 Ello no significa que todos los actos que realice un incapaz natural sean válidos jurídicamente, pues nuestro ordenamiento prevé la ineficacia de los mismos con diverso alcance en distintos ámbitos (así, arts. 1300 y ss, 56 y 663 CC).

Por su parte, discapacidad y dependencia, a las que se han dedicado concretas normas legales, son situaciones de la persona que han experimentado una notable evolución desde la óptica social y jurídica⁵.

Señala la doctrina que el concepto actual de lo que se entiende por persona con discapacidad, tanto a nivel internacional como a nivel nacional, viene definido en el art. 1 de la citada Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que dispone: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁶.

Por otro lado, hay también una correlación entre discapacidad y dependencia. Como ya se advierte en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, en España los cambios demográficos y sociales están produciendo un incremento progresivo de la población en situación de dependencia, por un lado, por el importante crecimiento de la población de más de 65 años, y, por otro lado, por el aumento del colectivo de población con edad superior a 80 años (fenómeno demográfico denominado “envejecimiento del envejecimiento”), lo que conforma una nueva realidad de la población mayor que conlleva problemas de dependencia en las últimas etapas de la vida para un colectivo de personas cada vez más amplio. Por otra parte, se advierte en dicha Exposición, que diversos estudios ponen de manifiesto la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad. Además, a esta realidad debe añadirse la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se ha incrementado en los últimos años por los cambios producidos en las tasas de supervivencia de

5 Así, sus conceptos han sufrido una evolución desde el año 1980 en el que la Organización Mundial de la Salud (OMS) estableció una clasificación general (CIDDM: Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidades y Minusvalías), que iba desde las causas médicas y de salud hasta llegar a las manifestaciones últimas en la vida diaria, pero que no satisfacía la concepción y los intereses de las personas discapacitadas, por lo que la OMS decidió someterla a una revisión y reformulación conceptual que se recogió en la CIDDM-2 o CIF (Aprobada por Resolución WHA54.21), en la que se introdujo el documento denominado “Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud”. Véase al respecto, AA.VV.: *Aspectos jurídicos de interés para familiares de personas con alzheimer* (Coord. Rodrigo Marrero Macías), 2010, pp. 9-10; y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: “Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación”, *Revista de Derecho de la UNED*, 2011, pp. 83-92.

6 Los principios fundamentales que se recogen en dicha Convención en relación a las personas discapacitadas son el principio de respeto a la autonomía individual de las personas con discapacidad psíquica, a la libertad de tomar las propias decisiones y al derecho a participar plena y efectivamente en la vida social (art. 3), el reconocimiento de la capacidad jurídica de dichas personas en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, la obligación de los Estados de adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso y apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, y la imposición a los Estados de proporcionar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos, respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona afectada, y siendo proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la personas, y revisables (art. 12). Esta perspectiva de las personas discapacitadas determina, según MARÍN CALERO, C.: *El Derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013, p. 134, cambios de diseño en los recursos públicos y en las instituciones públicas. Pero estas personas conservan la dignidad y el reconocimiento de los derechos esenciales que corresponde a todas las personas. Véase DÍAZ ALABART, S.: “La dignidad de las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho privado*, núm. 94, 2010, pp. 87-88.

determinadas enfermedades crónicas y alteraciones congénitas y, también, por las consecuencias derivadas de los índices de siniestralidad vial y laboral.

En la legislación específica de carácter estatal, se definen las situaciones de discapacidad y dependencia⁷.

Concretamente, la Ley 41/2003, señala, en el art. 2.2, que son personas con discapacidad las personas con una minusvalía psíquica igual o superior al 33% y las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%. Y esta definición se produce con independencia de que tales personas discapacitadas puedan ser incapacitadas, como señala la propia Exposición de Motivos de la Ley, pues esta definición de la discapacidad se realiza para poder beneficiarse de las posibilidades que ofrece la norma⁸. Por su parte, el Texto refundido del Real Decreto Legislativo 1/2013 dispone en su art. 2, a) que la discapacidad “es una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (Véase también art. 4, 1 y 2, del TR). Cabe señalar que en este ámbito se ha cuestionado la terminología utilizada para denominar a las personas que se encuentran en esta situación; ha sido habitual utilizar los términos discapacitados, inválidos, minusválidos para designar a tales personas, terminología que se ha utilizado en nuestros textos legales; la Convención de Nueva York, como se ha visto, utiliza el término personas con discapacidad, término que se ha incorporado a los recientes textos legislativos españoles en materia de discapacidad; sin embargo, en 2005 el Foro de Vida Independiente y Diversidad propuso la utilización de la expresión personas con diversidad funcional, pues dicha terminología ofrece una nueva visión de la situación de estas personas que no es negativa ya que no implica referencia al origen de dicha diversidad⁹.

De otro lado, para la Ley 39/2006, en su art. 2.2, la dependencia es “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones

- 7 En relación a las diferencias entre las figuras reseñadas, GARCÍA GARNICA, M.C.: “Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurídica”, en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II (dir. M^a.C. GETE ALONSO, coord. J. SOLÉ RESINA), Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 184, ha señalado que cuando se alude a la incapacitación se está teniendo en cuenta de manera fundamental la seguridad jurídica y la protección del tráfico jurídico; y cuando se hace referencia a la discapacidad y dependencia se apunta a la protección de los derechos fundamentales de la persona, a su dignidad y a la aplicación del principio fundamental de igualdad real de oportunidades.
- 8 Véase AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. SOFÍA DE SALAS MURILLO), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010; y AA.VV.: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (coord. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, M. PEREÑA VICENTE), I, *La Ley Actualidad*, Madrid, 2011; DÍAZ ALABART, S.: “Principios de protección jurídica del discapacitado”, *REGAP. Revista galega de administración pública*, núm. 38, 2004, pp. 15-32.
- 9 Sin embargo, MARÍN CALERO, C.: *El Derecho a la propia discapacidad. El régimen de la discapacidad de obrar*, cit., pp. 58 y 57, que la Convención de Nueva York no sigue el modelo de la diversidad, sino que lo que pretende dicha Convención es integrar, incorporar, incluir, acoger y dar la bienvenida a las personas con discapacidad, en iguales condiciones que las demás, como otros miembros más de la sociedad.

derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal". Dicha conceptualización se realiza también para determinar los sujetos a los que se aplica esta Ley, para el reconocimiento de los derechos que allí se citan (art. 4.2) y las prestaciones y servicios a los que pueden acceder (art. 4.1).

Como se observa, estas figuras, aunque interrelacionadas entre sí, son esencialmente distintas¹⁰.

Toda esta normativa y la nueva perspectiva que va introduciendo en nuestra sociedad y en nuestro sistema jurídico acerca de las personas vulnerables y de su integración y actuación en el seno de la sociedad, ha determinado una paulatina evolución en la interpretación de la regulación de la incapacitación, cuya última reforma se ha producido por virtud de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, que ha reforzado la protección a las personas discapacitadas¹¹.

En su Preámbulo se señala que para adaptarse a las normas que establece la Convención de Nueva York, se debe modificar la terminología empleada para designar a las personas incapacitadas "en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente" (apartado III, párf. 5^o)¹².

- 10 Señala DÍAZ PARDO, G.: "La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores", *La Ley. Derecho de familia*, núm. 2, abril-junio 2014, p. 5, que estas tres figuras diferentes cubren aspectos jurídicos distintos, con una función tuitiva también diversa, de manera que la protección del discapacitado "tiene un acentuado carácter administrativo, con un aspecto más patrimonial que personal, y con la previsión de la concesión de una serie de ayudas para mitigar los efectos negativos que su enfermedad pudiera ocasionarle", y en el caso del dependiente, "también estamos en un ámbito de marcado carácter administrativo con ayudas fundamentalmente de carácter asistencial, con el objetivo de ayudar a que el día a día de ese enfermo y de su familia sea más llevadero y pueda llegar a normalizarse una situación que está inhabilitando a la persona a realizar actos de la vida cotidiana". En el mismo sentido, SAN PASTOR SEVILLA, Y.: "Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: Perspectivas de reforma", *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, coord. M. PEREÑA VICENTE), *La Ley*, Madrid, 2011, p. 213.
- 11 Esta norma ha sido modificada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en relación al derecho de las personas con discapacidad para contraer matrimonio en igualdad de condiciones.
- 12 Dicha medida se ha aplicado en la propia Ley 15/2015 (así, en los arts. 61 ss. y 87 ss.), y en algunos artículos del Código civil, modificados por dicha Ley (por ejemplo, en materia de filiación, el art. 137, y en materia de contratos, el art. 1263.2^o). Sin embargo, esta modificación terminológica no se ha producido en todas las normas que regulan o se refieren a la incapacitación; así, no se ha modificado la terminología del CC precisamente en materia de incapacitación (arts. 199-201), en cuyo Título IX se sigue manteniendo la rúbrica "De la incapacitación"; incluso en materia de filiación, aún cuando se ha modificado algún precepto, se sigue manteniendo el término incapacitado en los arts. 121 y 125; curiosamente tampoco se ha reformado la terminología en las normas relativas al procedimiento de incapacitación (arts. 756 ss LEC). Dicha modificación en la terminología ha sido comentada por la doctrina manifestando opiniones diferentes; así, SERNA MEROÑO, E.: "El actual modelo de protección de las personas con discapacidad y sus exigencias legales", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 51, 2017, pp. 96-97, estima que el lenguaje utilizado en la actual legislación no siempre es el más adecuado y conlleva un importante efecto discriminatorio, pues el lenguaje no es neutro, y la utilización de las nuevas expresiones tendría que poner

Esta ley ha incorporado medidas que dan mayor amparo a las personas discapacitadas y a las personas con la capacidad modificada judicialmente. Así, se establece que en materia de tramitación de expedientes de jurisdicción voluntaria, se debe garantizar la intervención de tales personas en términos que le sean accesibles y comprensibles (arts. 17 y 18.2); que la audiencia de las personas con la capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencia de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal (art. 18); y se permite al Juez o al Letrado de la Administración de Justicia tener en cuenta cualesquiera hechos de los que se hubiese tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocados por el solicitante ni por otros interesados (art. 19.2). En ella, además, se establece como principio prioritario que en los expedientes de jurisdicción voluntaria, en las comparecencias en juicio o para nombramiento de defensor judicial y en la protección de su patrimonio, prima el interés superior de la persona con capacidad judicialmente modificada (arts. 26 y 27)¹³.

A la vista de todo lo expuesto, hay que poner de relieve muy significativamente que tanto la discapacidad, la ancianidad, o la enfermedad, así como las situaciones de dependencia a que pueden dar lugar, no son por sí mismas situaciones que puedan determinar la incapacitación de las personas que se encuentran en dichas situaciones¹⁴. Pero suelen ser circunstancias de la persona que pueden llegar a determinar la imposibilidad de autogobierno, que es el núcleo esencial de la incapacitación.

de manifiesto el respeto a la autonomía individual y a la libertad de decidir de las personas afectadas; por su parte, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, The Global Law Collection, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 30-31, señala que la cuestión terminológica es importante, pero no es esencial, pues el cambio terminológico no resuelve por sí solo los problemas de discriminación, ni debe ser usado como una coartada que encubra la ausencia de medidas eficaces contra ella; el problema es de actitud de los terceros y de la sociedad ante una persona con discapacidad, concluyendo que es más importante realizar una labor de pedagogía social que lleve a modificar dicha percepción. De otra parte, LAFUENTE TORRALBA, A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", *REDUR*, 10 diciembre 2012, p. 125, señala que se debería abandonar la expresión proceso de incapacitación, sustituyéndola por "proceso de determinación de la capacidad", que vendría a reflejar con mayor nitidez la dimensión esencialmente graduable de la capacidad de obrar, sugiriendo, además, otros cambios terminológicos en dicho procedimiento (solicitud o petición por demanda, solicitante por demandante, beneficiario o afectado por demandado).

- 13 Véanse las medidas introducidas por la Ley en VIEIRA MORANTE, F.J.: "Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 30, 2016, pp. 377-379, quien analiza estas diversas medidas, y también otras en relación a la protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y a la realización de actos de disposición, gravamen y otros de la persona con la capacidad judicialmente modificada, en relación a los expedientes de jurisdicción voluntaria, en materia de familia y en relación a las peticiones de conciliación.
- 14 Así lo subraya también SAN PASTOR SEVILLA, Y.: "Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: Perspectivas de reforma", cit., p. 212.

Por tanto, cabe señalar que nuestro ordenamiento configura la incapacidad no como una limitación de derechos de la persona¹⁵ sino como un sistema de protección de la misma cuando ésta es incapaz de proteger sus intereses¹⁶.

Esta idea ha sido subrayada por el Tribunal Constitucional, que ha tenido oportunidad de manifestarse en relación a la incapacidad de las personas en relación a la interpretación de las normas que regulan la modificación judicial de la capacidad de obrar de las personas, y respecto a la protección de los derechos de la persona incapacitada, como más adelante se verá. También el Tribunal supremo ha puesto de relieve esta idea señalando que una regulación específica de la situación jurídica del incapaz deber estar de acuerdo con los valores constitucionales, de modo que una medida de protección como la incapacidad, con independencia del nombre con el que se designe dicha situación, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona (STS 29 abril 2009, Pte. Encarna Roca Trías, FD 5.4º)¹⁷.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en diversas sentencias, especialmente a partir de la fundamental resolución de 29 de abril de 2009¹⁸, ha ido incorporando los valores y principios establecidos en la Convención de Nueva York en la interpretación de las normas sobre modificación de capacidad

15 En nuestra realidad social, la incapacidad se contempla con cierta reticencia por algún sector de la sociedad, que tiene a su cargo personas incapaces, pues supone privar a una persona de su capacidad de obrar y esto implica una limitación a su libertad, que en nuestra Constitución se contempla como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1 CE). Así lo señala CALPARSORO DAMIÁN, J.: "La actuación del Ministerio Fiscal en defensa de las personas declaradas incapaces", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005, pp. 45-46.

16 Prueba de ello es el sistema de garantías que rodea el proceso de incapacidad regulado en la LEC: interviene el presunto incapacitado con su propia defensa y representación, y si no es así, asumirá su defensa el Ministerio Fiscal; el Juez tiene el deber de examinar al presunto incapaz; es fundamental oír el dictamen de los facultativos (y no sólo oír a los parientes), y el Juez puede acordar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias. Y así lo han reconocido las Asociaciones y Fundaciones que tienen como objetivos la atención y el cuidado de personas que presentan deficiencias en el autogobierno de sí mismas, bien debido a su ancianidad, bien a enfermedades o a problemas de salud mental. Actualmente en España, entre los profesionales dedicados a estas personas preocupa la incidencia de la demencia en los mayores de 65 años, preocupación que se centra, por un lado, en procurar un sistema de protección efectivo para los mismos, y, por otro lado, en evitar la utilización de la incapacidad para defraudar los derechos de las personas mayores. En este sentido, en nuestra jurisprudencia se han rechazado muchas demandas de incapacidad de personas mayores porque los Tribunales han considerado que el hecho de ser mayores no significa que no tengan capacidad: entre ellas, SSAP Álava 15 julio 1993 (AC 1993, 1537), Alicante 22 febrero 1995 (AC 1995, 333), Burgos 4 marzo 1997 (AC 1997, 652) y STS 28 julio 1998 (Tol 5.156.894). Idea que ya he puesto de relieve en otro lugar; véase ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "La incapacidad en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, pp. 252-275.

17 STS 29 abril 2009, Pte. Encarna Roca Trías, Tol 1.514.778.

18 Véase comentario a esta sentencia en DE LA IGLESIA MONJE, M^ª.I.: "Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacidad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 716, 2009, pp. 3149-3161; CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M^ª.C.: "La figura de la incapacidad a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad. Comentario a la sentencia núm. 2822009 del TS, sala 1^ª, de 29 de abril", *La Ley. Derecho de familia*, núm. 2, 2014, *La Ley 1588/2014*; BOTELLO HERMOSA, P.: "La Ley Orgánica 12015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 620-623, aunque dicho autor considera que la STS 24 junio 2013, refleja mejor la idoneidad de la adaptación del art. 12 de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico.

de la persona o incapacitación¹⁹. En el caso que contempló dicha sentencia, el TS ha tenido la oportunidad de exponer las pautas de interpretación de las normas legales sobre la incapacitación y la tutela a la luz de la Constitución y de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, subrayando que la privación de todos o parte de los derechos que se ostentan como consecuencia de la cualidad de persona sólo puede adoptarse como un sistema de protección, y que para ello hay que leer conjuntamente la CE y la Convención, para que se cumplan las finalidades de los artículos 10, 14 y 49 CE. En el caso se cuestionó si los arts. 199 y 200 CC son acordes con la Convención de Nueva York, señalando el TS que “en principio, el Código civil no sería contrario a los valores de la Convención porque la adopción de medidas específicas para este grupo de personas está justificado, dada la necesidad de protección de la persona por su falta de entendimiento y voluntad” (FD 5.4º).

En esta nueva regulación de la discapacidad, que incide en la normativa de la incapacitación, subyace, pues, la idea fundamental de protección de la persona que se encuentre en tales circunstancias y respeto a su autonomía y derechos tanto fundamentales como ordinarios. Por lo que parece que la regulación de la incapacitación ha pasado de basarse en el modelo-médico a apoyarse en el modelo-social²⁰.

Recogiendo estas ideas, se publicó la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 3/2010, de 29 de noviembre de 2010, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas, en la que se señala que “la aplicación de este modelo (modelo social de discapacidad) constituye un reto en el ámbito de la legalidad vigente, pues supone, no sólo la aproximación de los tradicionales conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, sino que incide en la expresada regulación sustantiva y procesal sobre la capacidad de las personas, basada en la figura tradicional de la incapacitación y en el sistema tutelar como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar. Ahora se opta por una nueva herramienta que se sustenta en un sistema de apoyos, el cual se proyecta sobre las circunstancias específicas de la persona con discapacidad en relación con el acto o negocio concreto que se ha de realizar”, subrayando que a la hora de

19 Realizan una interpretación expresa de las normas de incapacitación en relación a la Convención de Nueva York, además de la citada, las SSTs 11 octubre 2012 (Tol 2.674.037), 24 junio 2013 (Tol 3.800.142), 30 junio 2014 (Tol 4.525.361), 1 de julio de 2014 (Tol 4.468.983), 11 octubre 2015 (Tol 6.388.487), 14 octubre 2015 (Tol 5.534.898), y 11 de octubre de 2017 (Tol 6.388.487), entre otras. Véase PEDRAZA LAYNEZ, J.: “La Convención de Nueva York sobre derechos de las Personas con Discapacidad y el Tribunal Supremo”, *La protección de las personas mayores apoyo familiar y prestaciones sociales: ponencias y comunicaciones del Congreso Internacional “La Protección de las personas mayores” celebrado del 7 al 9 de octubre de 2009 en Córdoba (España)* (Dtor. Máximo Juan Pérez García), 2009.

20 La propia Convención reconoce en su Preámbulo la evolución del concepto de discapacidad, asumiendo en su regulación el modelo social e integrador. Véase acerca de dicho modelo PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

adoptar las medidas de apoyo de la persona afectada por la modificación de la capacidad hay que tener en cuenta las circunstancias y necesidades concretas de la persona afectada.

No obstante todo ello, algún sector de la doctrina ha cuestionado la regulación de nuestro derecho sobre la incapacitación después de la ratificación de la Convención en nuestro país, abriéndose un debate sobre la conveniencia de revisar dicha regulación para adecuarla a la Convención²¹.

Así, se ha señalado que no cabría defender la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, pues en la Convención se hace referencia sin más a la capacidad jurídica para referirse a la capacidad de actuar en derecho de la persona con discapacidad, pues su cualidad de ser titular de derechos y obligaciones jurídicas está contemplada en el término personalidad jurídica, inherente a la persona y que forma parte de sus derechos humanos inalienables, estimando que la capacidad jurídica que menciona el art. 12 de la Convención abarca tanto la capacidad de goce como la de ejercicio²². Por otra parte, se ha puesto de relieve la incompatibilidad de buena parte de nuestro sistema con las reglas del Convenio, entre otras causas, porque se advierte que sería necesario establecer en vez de un sistema de sustitución de la voluntad del discapacitado, como se hace en nuestro derecho, un sistema de apoyo a la toma de decisiones del mismo, y que habría que tener en cuenta las preferencias de la persona con discapacidad, como así se establece en la Convención²³.

-
- 21 Véase, entre otros, AA.VV.: "2000-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España", *Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* (dir. L. C. PÉREZ BUENO), CERMÍ, Ediciones Cinca, Madrid, 2012; BOTELLO HERMOSA, P.: "La Ley Orgánica 12015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico", cit., pp. 634-637; DE ASIS ROIG, R.: "La Convención de la ONU como fuente de un nuevo derecho de la discapacidad", *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 307 ss.; MARÍN CALERO, ob. cit., p. 30; PEREÑA VICENTE, M.: "La convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica", *La encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad, La Ley*, Madrid, pp. 195-208; PÉREZ BUENO, L.C.: "La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios", *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 324 ss.; y SERNA MEROÑO, E.: "El actual modelo", cit., p. 96.
- 22 GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España", *ADC*, 2013, pp. 69 y 72; MARÍN CALERO, C.: "La capacidad jurídica en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Siete años después, ¿qué se puede hacer?", *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA RIPOLL y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 365 ss.
- 23 Así lo pone de relieve MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, cit., pp. 23-26. En parecido sentido, ESCALONA LARA, J.M³: "La incapacitación parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013", *Actualidad civil*, núm. 4, 2014, p. 466 ss. (La Ley 1353/2014, p. 4), y CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *REDUR*, núm. 10, diciembre 2012, pp. 61 ss.

Aunque también se ha señalado la compatibilidad de la regulación española con las reglas de la Convención, pues, entre otras razones, la distinción entre capacidad jurídica y de obrar sería reconducible perfectamente a las disposiciones de la Convención (a la capacidad jurídica se aludiría en el núm. 2 del art. 12, y a la capacidad de obrar, en el núm. 3 de dicho precepto); en nuestro sistema no existiría discriminación de las personas con discapacidad, pues el art. 200 CC contiene una formulación general que no se dirige exclusivamente a estas personas; además, en nuestro derecho se siguen manteniendo todos los derechos de la personalidad de dichas personas como cualquier otra persona, y, por último, las medidas de protección reconocidas en nuestro sistema jurídico son proporcionales a la situación del sujeto con capacidad modificada²⁴.

En realidad, la Convención no hace una distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, de la misma manera que tampoco la realiza explícitamente nuestro Código civil. Sin embargo, hay que señalar que la distinción no carece de utilidad, pues permite determinar a un sujeto como titular de derechos, aunque no los pueda ejercitar, disponiendo en estos casos apoyos para que el sujeto que no pueda por sí mismos ejercitarlos, sin embargo, no se vea impedido de obtener los beneficios derivados de su ejercicio, aunque sea a través de otro sujeto (piénsese en los recién nacidos, situación muy alejada de la discapacidad; es evidente la carencia de capacidad de obrar; si capacidad jurídica implica capacidad de obrar, carecería de posibilidad de obtener las ventajas de un ejercicio llevado a cabo por otro sujeto en su interés). Más bien, lo que parece derivarse de la Convención, es que las personas con discapacidad gozan de la misma capacidad de obrar que cualquier otra persona y que, por esa sola circunstancia, no se les puede privar de la misma. Por ello, y ya se ha puesto de relieve anteriormente, hay que distinguir discapacidad e incapacitación. La discapacidad por sí sola no comporta incapacitación. Una persona con discapacidad podrá ser incapacitada si carece de la posibilidad de autogobierno, como cualquier otro sujeto que careciera de esa posibilidad. Si bien es cierto que en algunas situaciones de discapacidad, la discapacidad mental o intelectual, la línea que distingue una y otra suele ser muy sutil²⁵.

II. REGULACIÓN DE LA INCAPACITACIÓN.

24 Así lo señala expresamente MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, cit., pp. 27 a 31; en el mismo sentido, ÁLVAREZ LATA, N., SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11 ss.; MAYOR DEL HOYO, M^a.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 20.

25 Así lo pone de relieve MARÍN CALERO, en su extensa obra *El Derecho a la propia discapacidad*, ya citada.

La normativa sobre incapacitación ha sufrido varias reformas desde su primera regulación en el Código civil.

En su redacción originaria, nuestro Código establecía en su art. 200 que estaban sujetos a tutela, además de los menores no emancipados, aquellas personas que adolecían de circunstancias de gravedad que aconsejaban la privación de la capacidad de obrar. Dichas circunstancias eran la locura o demencia, la sordomudez con falta de saber leer y escribir, la prodigalidad y la interdicción civil.

Posteriormente, la Ley 13/1983, de 24 de octubre, modificó profundamente la regulación de la incapacitación: suprimió la mención específica de causas de incapacitación, enunciándolas de modo general; estableció el control judicial sobre la declaración de incapacitación que sólo se puede realizar a través de sentencia judicial; introdujo una nueva figura tutiva, además de la tutela y del defensor judicial, la curatela, y permitió la incapacitación de un menor de edad en determinadas circunstancias.

Sin embargo, dicha regulación volvió a reformarse por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor²⁶, y, especialmente, por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, que derogó la mayor parte de la regulación contenida en el Código civil, transvasándola a la citada ley de carácter procesal²⁷.

Por lo que actualmente la regulación de la incapacitación se realiza fundamentalmente en dos textos legales: el Código civil (arts. 199 a 201, Libro I, Título IX, “De la incapacitación”) y la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 756 a 763, dentro del Libro IV, Título I, Capítulo II, “De los procesos sobre la capacidad de las personas”).

A ello hay que añadir que en el propio Código civil se realizan referencias a la incapacitación en otros preceptos del mismo (así, en materia de capacidad para contratar en el art. 1263.2º; en materia de capacidad para contraer matrimonio en el art. 56; en materia de capacidad para testar en los arts. 663 a 665).

Esta legislación se complementa con determinadas medidas que se prevén en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria²⁸, a las que ya se han aludido.

26 Véase NADAL I OLLER, N.: *La incapacitación: comentarios al título IX del libro I del Código civil, según redactado de la Ley 13/83 de 24 de octubre y Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1999.

27 Transvase que ha sido criticado por un sector de la doctrina civilista española. Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 23ª ed., Ed. Marcial Pons., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2017, p. 198.

28 Cabe destacar entre estas medidas, ya mencionadas anteriormente, las que se refieren a la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes

Además, hay que tener en cuenta también en esta materia la ya citada normativa internacional y nacional sobre discapacidad y dependencia.

III. CAUSAS QUE PERMITEN MODIFICAR LA CAPACIDAD DE LA PERSONA.

Como señala el art. 199 CC sólo se puede modificar la capacidad de una persona por las causas señaladas en la ley.

Dichas causas vienen establecidas en el art. 200 CC, cuya terminología no ha sido modificada por la legislación reciente y que se sigue refiriendo a las causas de incapacitación; dicho precepto dispone: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma”.

Como se observa, el precepto no es muy preciso al indicar las causas de incapacitación, formulándolas de un modo general, pudiendo ser muy heterogéneas²⁹, aunque la jurisprudencia ha precisado la exigencia de las mismas para limitar la capacidad de obrar de la persona³⁰.

Ahora bien, de dicho precepto se deduce que para que las circunstancias que puedan incapacitar a una persona se consideren como causas de incapacitación deben reunir dos requisitos:

a) Por un lado, que se trate de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico³¹.

No define el CC lo que debe entenderse por enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, siendo más propia su definición de la ciencia médica³². Sin

y derechos de personas con capacidad modificada judicialmente (arts. 61 a 66), y las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes de la persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 87 a 89).

29 Algunos autores han criticado esta formulación tan general por imprecisa; no obstante, otros han señalado que aunque no parece muy adecuada la tipología utilizada en el precepto, sin embargo ello supone una ventaja al permitir adaptarse al caso concreto; en este sentido, entre otros, ROCA GUILLAMÓN, J.: “Comentario al art. 200 CC”, *Comentarios al Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 633, y MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^º: *El procedimiento de incapacitación*, ed. Fe d'Erratas, Madrid, 2013, p. 21.

30 Así, las citadas SSTs 29 abril 2009 y 1 julio 2014, las cuales señalan que para que funcionen los sistemas de protección para la persona incapaz se requiere que concurren algunos requisitos: la situación de falta de capacidad y de autogobierno.

31 En este sentido, las SSTs 31 diciembre 1991 (Tol I.726.781), 31 octubre 1994 (Tol I.656.599), 16 septiembre 1999 (Tol 2.320).

32 Así, La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la salud como el “Estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedad”; la enfermedad se define como la “Alteración estructural o funcional que afecta negativamente al estado de bienestar. Ello en relación con la enfermedad o deficiencia padecida”, y la deficiencia como “Toda pérdida o anomalía, permanente o temporal, de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Incluye la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida de una extremidad, órgano o estructura corporal, o un defecto en un sistema funcional o mecanismo del cuerpo”.

embargo, la jurisprudencia del TS ha definido la enfermedad en distintos ámbitos jurídicos (laboral, penal), y en relación a la incapacitación ha señalado que “en términos generales hay que referir las deficiencias a aquellos estados en los que se da un impedimento físico, mental o psíquico, permanente y a veces progresivo que merma la personalidad, la deteriora y amortigua, con efectos en la capacidad volitiva y de decisión, incidiendo en su conducta al manifestarse como inhabilitante para el ejercicio de los derechos civiles y demás consecuentes”³³.

Como enfermedades que imposibilitan habitualmente la autonomía de la persona se señalan por los expertos las enfermedades mentales (tales como la esquizofrenia, la paranoia, y la psicosis maniaco-depresiva)³⁴, y el alcoholismo y la toxicomanía en fases crónicas³⁵.

La existencia de dichas deficiencias o enfermedades la debe constatar un especialista médico, a través del correspondiente certificado que contiene el diagnóstico y características del padecimiento³⁶.

Además, señala el citado precepto que tales enfermedades y deficiencias deben ser de carácter persistente. Aunque el término persistente no es muy preciso³⁷, este último carácter es determinante de la incapacitación de la persona, pues una incapacidad transitoria no daría lugar a dicha posibilidad³⁸. Ello no significa que circunstancias que pueden durar un lapso de tiempo más o menos definido

33 En este sentido, la citada STS 31 diciembre 1991 (Tol I.726.78), que ha sido reiterada posteriormente por otras sentencias

34 Así, RAMÓN MONTÉS, J.: “Enfoques de la problemática psiquiátrica en el ámbito civil: la hospitalización no voluntaria y la incapacitación”, *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2014, p. 160, señala que “La situación típica en la que está indicada la incapacitación es aquella en la que, por causa de un trastorno mental grave y de larga evolución, se dan condiciones de discapacidad significativa y persistente y condiciones de vulnerabilidad social”, considerando que son situaciones que pueden actuar como factores de alarma: ser un enfermo mental grave con padres mayores y sin otro apoyo familiar; mal uso y riesgo de pérdida de recursos económicos y patrimoniales, ligado a su funcionamiento mental; situaciones de abuso por parte de terceros; riesgo de exclusión social debido a enfermedad mental tratable; persona mayor con deterioro o déficit cognitivo que requiere apoyo permanente, y enfermo crónico institucionalizado, sin posibilidades de inserción comunitaria.

35 Véase ALVENTOSA DEL RIO, J.: “Incapacitación y drogodependencias”, *Revista Española de Drogodependencias*, 38 (1), 2013, pp. 67-81.

36 Así lo precisa el fiscal SANTOS URBANEJA, F.: “Causa y motivo de la incapacitación civil, una reflexión sobre art. 200 del código civil”, *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad [Recurso electrónico]: II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007*, p. 143.

37 De este modo, la citada STS 29 abril 2009 señala que la falta de capacidad “debe tener un carácter permanente, es decir que exista una estabilidad que influya sobre la idoneidad para la realización de una serie de actos, actividades y sobre todo, para desarrollar de forma adecuada y libre la personalidad. Esto comporta que puedan producirse: a) una variedad de posibles hipótesis, caracterizadas por su origen y la diversidad de graduación y calidad de la insuficiencia psíquica; y b) la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia”.

38 En este sentido se manifiestan las SSTS 10 febrero 1986 (Tol 228.282) y 11 junio 2004 (Tol 449.274), entre otras. De hecho, para una persona que sufre una enfermedad que le impide gobernarse durante el tiempo que dura su permanencia en el hospital o en su casa no se solicita la incapacitación, ya que la Ley prevé también mecanismos concretos de protección legal del paciente en estos casos (así, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (art. 9), y legislación autonómica correspondiente).

no puedan dar lugar a una incapacitación durante el tiempo que pueda durar dicha causa (piénsese en el caso de las personas alcoholizadas o toxicómanas para las cuales se puede solicitar la incapacitación mientras dura el período de rehabilitación si se da la imposibilidad de autogobierno)³⁹. De otro lado, la persistencia de la enfermedad o deficiencia no significa que ésta sea definitiva.

b) Por otro lado, se requiere que tales circunstancias impidan a la persona gobernarse por sí misma⁴⁰.

No se define en el Código civil qué alcance tiene el autogobierno. La jurisprudencia señala que el autogobierno “es la aptitud necesaria para obrar por uno mismo, para actuar libremente. Una acción libre presupone un conocimiento suficiente y un acto de la voluntad, de querer o desear algo. De ahí que, si algunas enfermedades o deficiencias físicas o psíquicas limitan el autogobierno o lo excluyen, ya sea porque impiden el conocimiento adecuado de la realidad y la posibilidad de realizar juicios de conveniencia, o anulan o merman la voluntad, constituirán causas de incapacitación. Pero lo serán en atención a este efecto de impedir en la realidad el autogobierno de una persona determinada” (STS 1 julio 2014). Por su parte, el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social de 2013, aunque no se refiere expresamente al autogobierno, define un término cercano a él al señalar que “Vida independiente” es “la situación en la que la persona con discapacidad ejerce

39 Precisamente la STS 10 febrero 1986 (Tol 228.282) señaló que para la apreciación de la causa de incapacidad que previene el art. 200 del CC no es obstáculo el que la situación de incapacidad no sea constante o permanente, sino que sea esporádicamente cuando las fases cíclicas o críticas se producen, ya que lo que el referido precepto está considerando es únicamente la existencia de enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impida a la persona gobernarse por sí misma y no la fase temporal en que esta consecuencia de no posibilidad de gobierno personal se produzca, dado que esta circunstancia se ha de considerar en el momento de determinar la extensión y los límites de la incapacitación, así como el régimen de guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado, conforme previene el art. 210 CC (*derogado actualmente*), que lo efectuado por el Tribunal a quo al limitar la situación de incapacitación, en cuanto a la persona, a la fase cíclica o crítica de la enfermedad.

40 En este sentido se pronuncia la STS 28 julio 1998 (Tol 132.072), entre otras. Por su parte, la SAP Barcelona 7 marzo 2008 (SAP B 2075, 2008), en un caso de incapacitación con antecedentes de alcoholismo crónico, señala que las enfermedades mentales constituyen “sin ningún género de duda, como muestra la praxis civil, las causas que de forma mas peculiar modifican la capacidad de ejercicio de los derechos, pues los que se encuentran en este estado están incapacitados para la realización de la casi totalidad de los actos jurídicos. Lo esencial no es padecer una determinada forma de enfermedad mental, sino sufrir una perturbación que sea origen de un ‘estado mental’ propio con repercusiones jurídicas, caracterizándose por los siguientes elementos: 1) Existencia de un trastorno mental, cuya naturaleza y profundidad sean suficientes para justificar dichas repercusiones (criterio psicológico); 2) Permanencia o habitualidad del mismo (criterio cronológico); y 3) Que como consecuencia de dicho trastorno, resulte el enfermo incapaz de proveer a sus propios intereses, o dicho con palabras del Código, que le impida gobernarse por sí mismo (criterio jurídico), si bien tal expresión, en principio ambigua y desorientadora, por su excesiva radicalidad, no debe interpretarse en sentido absoluto, pues bastará que la enfermedad o deficiencia de que se trate impliquen una restricción sustancial o grave de autogobierno de la persona a que respectivamente afecten, pues como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1994, no puede exigirse un estado deficitario del afectado mucho mas profundo o grave del que resulta de la propia literalidad del precepto mencionado”. La STS 27 noviembre 2014 (Tol 4561600) subraya la necesidad de este requisito al señalar que la enfermedad que padecía el declarado incapaz le impedía gobernarse por si mismo y había interferido ampliamente en su vida familiar, social y laboral, por lo que tal enfermedad afectaba a su capacidad de autogobierno de su persona y bienes.

el poder de decisión sobre su propia existencia y participa activamente en la vida de su comunidad, conforme al derecho al libre desarrollo de la personalidad” (art. 2, h).

En el caso de la incapacitación, la imposibilidad de autogobierno significa que la capacidad natural de la persona para tomar decisiones sobre su vida se encuentra menoscabada por aquellas enfermedades o deficiencias, y, por tanto, no puede tomar con pleno conocimiento y libertad aquellas decisiones⁴¹. Esa imposibilidad de gobernarse hace referencia tanto a los aspectos personales como patrimoniales de la persona, o a ambos al mismo tiempo.

Y este segundo requisito es el verdaderamente determinante de la modificación judicial de la capacidad de obrar de una persona⁴².

Ahora bien, la existencia de una causa de incapacitación en una persona la determina el Juez en el procedimiento de incapacitación⁴³, y no un especialista sanitario (aunque su informe sea determinante), a la vista de las pruebas que se practiquen durante el mismo, y que consisten, entre otras, en el examen del presunto incapaz, en los testimonios de los parientes, y en los dictámenes periciales correspondientes.

Algunos autores estiman que, además del examen de las causas que se recogen en el art. 200, se deberían examinar también los motivos que han determinado la interposición de la demanda de incapacitación para comprobar si ésta se ha

41 Por ejemplo, una persona tretrapléjica padece una enfermedad física persistente, pero ello no significa que no pueda tomar decisiones sobre los distintos aspectos de su vida personal y sobre su patrimonio; en este caso faltaría el segundo de los requisitos mencionados para poder incapacitar a esta persona; en este supuesto existen otros instrumentos para poder paliar las limitaciones de esta persona por vía de la legislación de protección a personas discapacitadas. Otro supuesto sería el de los menores de edades muy pequeñas (piénsese en un recién nacido o en un niño de tres años); en este caso es claro que el menor no puede gobernarse por sí mismo; sin embargo, faltaría el primero de los requisitos para poder incapacitarlo; en el supuesto de la minoría de edad existen otros mecanismos legales (la representación legal de padres o tutores) para actuar en nombre del menor y de esta manera proteger los intereses del mismo.

42 Así lo subraya expresamente la citada STS 28 julio 1998.

43 Así lo estima la STS 20 noviembre 2002 (Tol 225.543). En la SAP Barcelona 17 febrero 2004 (Tol 483.369) se cuestionaba si existían causas de incapacitación. Se trataba de una mujer de 40 años, adicta al alcohol, casada con un marido maltratador, cuya madre solicitaba una incapacitación total. La Sala, sin embargo, declaró parcialmente incapaz a la demandada exclusivamente en el cuidado de su persona y en el aspecto relativo al tratamiento médico integral, pues entiende que, aunque la demandada conserve en abstracto las facultades mentales, se está ante un supuesto excepcional de falta de capacidad de autogobierno, subsumible perfectamente en el art. 200 CC, por lo que debe proporcionarse a la demandada una tutela que garantice en la esfera personal, donde se manifiesta únicamente su incapacidad, el tratamiento y las decisiones respecto al tratamiento de su enfermedad enólica, para garantizar su propia vida y la de posibles terceros, nombrando tutora a su madre. Y también la STS 14 octubre 2015 (JUR 2015, 248781), en donde se realiza una consideración acerca de las causas de incapacitación en relación a las previsiones establecidas en la Convención de Nueva York señalando que “la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los derechos fundamentales que comporta”.

presentado en interés y beneficio del presunto incapacitado⁴⁴, y no por otros motivos o intereses particulares de los demandantes.

Por último, cabe señalar que el régimen jurídico de la incapacitación se aplica de igual forma con independencia de la causa de incapacitación.

IV. PERSONAS A LAS QUE SE PUEDE MODIFICAR JUDICIALMENTE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

Nuestro Código no hace especial mención a las personas a las que se puede modificar judicialmente la capacidad de obrar, excepto una referencia a los menores de edad⁴⁵.

De la legislación relativa al tema y de la jurisprudencia se puede concluir que pueden ser incapacitados tanto los mayores de edad como los menores, sean emancipados o no.

En relación a los menores no emancipados dispone el Código civil que podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 CC), dado que a los menores para suplir la falta de capacidad de obrar se les atribuye en el CC representación legal (arts. 162 y 222 CC)⁴⁶. Si se trata de un menor de edad, a tenor del art. 171 CC, la patria potestad quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquellos a la mayor edad. Y si se trata de un hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos, se podrá rehabilitar la patria potestad, que será atribuida a quien le hubiera correspondido si el hijo fuere menor de edad⁴⁷. En ambos casos, la patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación, y subsidiariamente, en las reglas del título relativo a las relaciones

44 Así SANTOS URBANEJA, F.: "Causa y motivo de la incapacitación civil, una reflexión sobre art. 200 del código civil", cit., pp. 158 ss. La STS 29 abril 2009 señala que la incapacitación es un sistema de protección única y exclusivamente de la persona, y no de la familia.

45 Véase RUIZ JIMÉNEZ, J.: "La incapacitación de menores con discapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)* (coord. F. YÁÑEZ VIVERO, A. DONADO VARA, M. F. MORETÓN SANZ; C. LASARTE ÁLVAREZ -dir. Congr.-), UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, pp. 231-240.

46 Aunque en nuestro Código civil no exista una norma básica y general que reconozca la capacidad de obrar plena a los menores de edad, es necesario recordar que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a los menores de edad mayores de 12, 14 o 16 años la posibilidad de ejercer determinados derechos y de asumir concretas obligaciones, y que los menores pueden tener deficiencias físicas o psíquicas que determinen la pérdida de capacidad para decidir sobre sus propios intereses en aquellas materias en que la ley les atribuye capacidad de obrar.

47 Así se estableció en las SSAAPP Asturias 13 abril 2000 (AC 2000, 3801), Soria 12 marzo 1998 (AC 1998, 677), Jaén 4 marzo 1998 (AC 1998, 660), Barcelona 8 febrero 2002 (JUR 2002, 113594), Pontevedra 2 octubre 2014 (Tol 4554250), Soria 14 septiembre 2015 (Tol 5503238), entre otras muchas. En la SAP Albacete 21 septiembre 2015 (Tol 5504595), sin embargo, la madre, que ejercía la patria potestad prorrogada de su hija mayor de edad incapacitada, solicitó que se nombrará tutor al hermano de la incapacitada debido a la avanzada edad de la madre, a lo que la Audiencia accedió.

paterno-filiales. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere la limitación de la capacidad, se constituirá la tutela o curatela, según proceda (art. 171.3° CC).

V. PROCEDIMIENTO POR EL QUE SE MODIFICA JUDICIALMENTE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

La regulación del procedimiento en que se declara la incapacidad se realiza fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento civil (arts. 756 y ss), dentro de los procesos sobre la capacidad de las personas.

Se ha señalado que la reforma del procedimiento de incapacidad en teoría plasma una protección flexible, en constante evolución con la situación real de la persona incapacitada en cada momento y adecuado para la salvaguarda de los intereses de la misma⁴⁸.

Aunque hay que advertir que desde ciertos sectores profesionales y sociales se han realizado algunas críticas al régimen establecido en la LEC. Así se ha señalado que la regulación sobre dicho procedimiento tiene vacíos legales pues son muchas las cuestiones que se plantean en la práctica y al que el procedimiento no da respuesta; que las familias no ven el procedimiento de incapacidad como un mecanismo de garantía y protección para el incapacitado, constituyendo una complicación más que una solución; que el procedimiento se dilata mucho en el tiempo; que resulta incómodo para el incapacitado y los parientes del mismo los distintos desplazamientos a los Juzgados, y que resulta poco ágil para solucionar problemas urgentes, entre otras⁴⁹.

I. Competencia del Juez.

48 De tal manera, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de: "¿Crisis de la incapacidad?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores", *Revista de derecho privado*, núm. 90, 2006, p. 12, quien, sin embargo, a continuación señala que por una serie de circunstancias este procedimiento no ha logrado siempre su finalidad (pp. 12-16).

49 Cfr. CLAVIJO, B. (Coord.): *Guía de buenas prácticas en los procedimientos de incapacidad*, Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado (recurso electrónico), Madrid, 2008; por su parte, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de: "¿Crisis de la incapacidad?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores", cit., pp. 17-34, señala que los principales inconvenientes de la incapacidad radican en motivos personales y familiares de la persona incapacitada, en la descoordinación entre las diversas instituciones que en su funcionamiento puedan conocer de la falta de capacidad del sujeto, en el funcionamiento de la administración de justicia por carencia de medios y de tiempo para atender adecuadamente sus funciones en el proceso de incapacidad, en la falta de unidad de criterio de los tribunales en cuanto a la aplicación de las reglas de la incapacidad, y en los inconvenientes prácticos al aplicar las medidas tutelares establecidas en la incapacidad, entre otros. Asimismo, ESCALONA LARA, J. M.: "La incapacidad parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013", cit., pp. 3-4, considera que el procedimiento de incapacidad "no es el modo más adecuado para proteger en la actualidad a las personas discapacitadas, con padecimientos que abarcan desde pequeños trastornos permanentes de la personalidad hasta enfermedades neurodegenerativas, pasando por individuos con síndrome de down o asperger".

El art. 756 LEC establece que será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite⁵⁰. Si el sujeto no tuviera un domicilio fijo, la doctrina entiende que a efectos de establecer dicha competencia será el lugar en el que se encuentre dicho sujeto⁵¹.

2. Establecimiento de medidas cautelares.

Dispone el art. 762.1 LEC que el tribunal competente, cuando tenga conocimiento de la existencia de una posible causa de incapacitación en una persona, podrá adoptar de oficio las medidas que considere necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que promueva, si lo estima procedente, la incapacitación⁵².

Asimismo, podrá el Ministerio Fiscal solicitar del tribunal la inmediata adopción de dichas medidas (art. 762.2 LEC).

Se prevé, además, que dichas medidas se puedan adoptar, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

Como regla general, dichas medidas se acordarán previa audiencia de las personas afectadas (art. 762.3 LEC).

No se establece en el precepto qué tipo de medidas deben adoptarse, pero siempre serán aquellas tendentes a proteger la persona o el patrimonio del presunto incapaz, teniendo en cuenta el interés del mismo, y, por tanto, pueden ser de muy variada índole⁵³.

3. Legitimación activa y pasiva en el procedimiento de incapacitación.

50 MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 31, precisa que si la persona se encuentra internada en un centro psiquiátrico será necesario determinar si el internamiento es temporal si ese es o no su residencia habitual a los efectos de la competencia judicial. Pone de relieve los problemas que surgen en la atribución de esta competencia territorial, LAFUENTE TORRALBA, A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., pp. 127-129.

51 Así lo estima MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit.

52 Opina MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., pp. 40-41, que "medidas cautelares" se han de considerar *stricto sensu* sólo las del apartado primero del precepto citado, ya que las demás se adoptan dentro del procedimiento, siendo perfectamente diferenciables.

53 ÁLVAREZ LATA, N.: "El proceso de incapacitación en la nueva LECiv", *Aranzadi civil-mercantil*, 2000 (21), p. 5, señala, entre otras, el aseguramiento de la prestación de alimentos (en base al art. 158 CC), embargo preventivo de bienes, intervención o administración judicial de bienes productivos, depósito de cosa mueble, formación de inventario, anotación preventiva de la demanda, otras anotaciones registrales (en base al art. 727 LEC), nombramiento de guarda provisional del presunto incapaz o internamiento inmediato del mismo. Véase acerca de los problemas que suscita el establecimiento de estas medidas, GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004, pp. 193-200.

La declaración de incapacitación puede promoverla el presunto incapaz, si es mayor de edad⁵⁴, el cónyuge o quien se encuentre en situación de hecho asimilable (pareja de hecho)⁵⁵, los descendientes, los ascendientes, o los hermanos del presunto incapaz (art. 757.I LEC)⁵⁶. Parece que el legislador está circunscribiendo el círculo de personas que pueden incoar el procedimiento fundamentalmente al ámbito familiar⁵⁷. Por otra parte, hay que señalar que no se establece en el precepto orden de preferencia para instar el procedimiento, por lo que se deduce que cualquiera de las personas mencionadas puede promoverlo.

Si tales personas no la promoviesen, podrá hacerlo el Ministerio Fiscal (art. 757.2 LEC).

Pero no podrán solicitarla otras personas no señaladas en la ley⁵⁸. Ahora bien, cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación⁵⁹.

-
- 54 Esta posibilidad fue una novedad introducida por la Ley 41/2003, que modificó el art. 757 LEC y que ha posibilitado al propio sujeto prever su propia incapacitación; véase por su parte, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de: "¿Crisis de la incapacitación?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores", cit., pp. 52-54. Sin embargo, se ha puesto de relieve por LAFUENTE TORRALBA A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., p. 130, que es poco frecuente en la práctica que se produzca una demanda de incapacitación por el propio sujeto. De otro lado, se ha señalado por DÍAZ PARDO, G.: "La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores", cit., p. 8, que el propio sujeto podrá pedir su propia incapacitación cuando la enfermedad ya esté diagnosticada y que el sujeto se vea afectado por ella, y no antes.
- 55 Se ha planteado en la doctrina la duda de si el cónyuge separado tiene legitimación para instar el procedimiento de incapacitación; la doctrina ha mantenido postura diversa; véase al respecto, entre otros, GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P.: *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o síquicas*, Madrid, Colex, 1999, que se manifiesta a favor, y LAFUENTE TORRALBA A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., p. 131, en contra, quien además cuestiona que la persona que se halle en una situación de hecho asimilable al matrimonio también posea legitimación activa, dada la inconcreción de dicha situación (p. 132).
- 56 LAFUENTE TORRALBA A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., p. 130, critica la enumeración realizada en el precepto por considerarla alejada de la realidad, pues se producen mas solicitudes de incapacitación por el Ministerio Fiscal, a demanda de parientes, que, por los propios parientes, y es casi nula la existencia de solicitudes realizadas por autoridades y funcionarios públicos.
- 57 ÁLVAREZ LATA, N.: "El proceso de incapacitación en la nueva LECiv", cit., p. 2, y MARTÍNEZ GALLEGU, E.M^º: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 37, señalan que esta posibilidad se realiza en aras de la salvaguarda de la libertad personal y de la privacidad del presunto incapaz.
- 58 Así, la STS 7 julio 2004 (Tol 483369) desestimó la demanda de incapacitación por falta de legitimación activa de la demandante (sobrina de la declarada incapacitada), sin prejuzgar la existencia o inexistencia de causa de incapacitación. Se plantea las consecuencias de la falta de legitimación LAFUENTE TORRALBA A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", cit., pp. 135-136, quien justifica la necesidad de una reforma del art. 757 LEC que regule el control preliminar de la falta de legitimación activa, posibilitando su apreciación en el trámite de admisión de la demanda.
- 59 GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", cit., p. 189, estima que se trata de una facultad genérica de cualquier ciudadano, que se convierte en deber específico en el caso de ciertas autoridades y funcionarios, en relación con el art. 762.I LEC.

De otro lado, las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, están obligados a ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 757.3 LEC)⁶⁰.

Pero ello no significa que el Ministerio Fiscal deba interponer automáticamente la demanda de declaración de incapacitación de aquella persona, sino que previamente debe proceder al análisis de las circunstancias que rodean el caso y ver si existen los requisitos que exige la incapacitación (cfr. art. 762.I LEC, que señala que podrá promover la incapacitación “si lo estima procedente”).

Sin embargo, existe alguna opinión que defiende la idea de que la lista de personas legitimadas se haga extensible a otros sujetos no previstos en la norma⁶¹. No obstante, hay que recordar que cualquier persona puede poner en conocimiento del Ministerio Fiscal la posible situación de incapacidad, quien debe investigar dicha situación para corroborar la necesidad de iniciar el procedimiento correspondiente. Ello implica establecer una barrera a solicitudes inapropiadas que igualmente podrían producirse en los sectores a los que se alude como posibles candidatos a tener legitimación activa. Ampliar el abanico de dicha legitimación conllevaría ampliar la multiplicación de demandas inadecuadas.

No obstante, la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela (art. 757.4 LEC). Por lo que parece que se excluya la posibilidad de que pueda promover dicho procedimiento el Ministerio Fiscal⁶².

En cuanto a la legitimación pasiva, no se hace referencia a la misma en la LEC, aunque doctrina y jurisprudencia señalan que la ostenta el presunto incapaz, a no ser que éste sea el propio promotor del proceso, negándose por el TS que puedan ser sujetos pasivos los parientes del presunto incapaz⁶³.

El presunto incapaz puede comparecer en el proceso con su propia defensa y representación. Si no lo hiciera, será defendido por el Ministerio Fiscal, siempre que no haya sido éste el promotor del procedimiento. Si el promotor del proceso hubiera sido el Ministerio Fiscal, las funciones de representación y defensa las

60 Señala DÍAZ PARDO, G.: “La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores”, cit., p. 7, que parece existir una diferencia entre estos sujetos y los familiares del presunto incapaz, en cuanto se impone a aquellos la obligación de promover el procedimiento y a éstos no, aunque la autora estima, por relación con los preceptos de la tutela, que los parientes también están obligados a promoverlo, siendo concurrentes ambas obligaciones.

61 LAFUENTE TORRALBA A.J.: “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial”, cit., pp. 133-134 sugiere la ampliación de dichos legitimados a asociaciones sin ánimo de lucro dedicadas a la atención de personas discapacitadas, Servicios sociales de los Ayuntamientos y al guardador de hecho.

62 En este sentido, ÁLVAREZ LATA, N.: “El proceso de incapacitación en la nueva LEciv”, cit., p. 2.

63 Así lo estima MARTÍNEZ GALLEGU, E.M^º: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 38, y la STS 30 diciembre 1995 (RAJ 1995, 9664), que señala que el único sujeto pasivo o demandado es la persona a la que se trata de incapacitar.

realizara el defensor judicial si lo tuviere, y, en otro caso, el Secretario judicial le designará un defensor judicial a tal fin (art. 758 LEC).

Por último, hay que destacar que el objeto en este tipo de procesos es indisponible para las partes, por lo que no tienen efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción (art. 751 LEC)⁶⁴.

4. Intervención del Ministerio Fiscal.

En estos procedimientos, la intervención del Ministerio Fiscal resulta obligada por su posición de garante de los derechos de los incapaces y como institución encargada de integrar su capacidad cuando no le corresponda hacerlo a otra persona, lo que le lleva en tales casos a asumir legalmente su representación y defensa (art. 749.I LEC)⁶⁵.

Su actuación debe estar regida por los principios de imparcialidad y defensa de la legalidad y del interés público. Y en el procedimiento de incapacitación debe actuar en defensa y, en su caso, representación del incapacitado, siendo siempre parte en el proceso (art. 749.I LEC).

5. Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos de incapacitación.

En los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en la LEC (art. 752), se establecen unas especialidades en el art. 759. Dispone dicho precepto que el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a éste por sí mismo, y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas por las leyes, de manera que nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal (art. 759.I in fine LEC)⁶⁶.

Esta disposición refleja el carácter garantista que tiene la regulación de la incapacitación en nuestro derecho. Así, la doctrina y la jurisprudencia considera el cumplimiento de estos trámites una cuestión de orden público, cuya ausencia puede viciar la sentencia final, de manera que tienen carácter preceptivo y no facultativo⁶⁷. En este sentido se ha manifestado el TC señalando que la omisión

64 En este sentido, MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^a.: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 40.

65 CALPARSORO DAMIÁN, J.: "La actuación del ministerio fiscal en defensa de las personas declaradas incapaces", cit., pp. 52-54.

66 Cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Incapacitación. Práctica de las pruebas de audiencia de parientes, dictamen de facultativos y examen personal del presunto incapaz; limitación de la incapacitación a las actuaciones procesales por querulancia; sometimiento a curatela", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 56, 2001, pp. 821-832.

67 En este sentido, GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", cit., p. 191;

de dichos trámites, en cuanto pueden menoscabar o privar real y efectivamente al presunto incapaz de su derecho de defensa, podría constituir una lesión del derecho a un proceso con todas las garantías contrario al art. 24.2 CE (STC 174/2002, 9 octubre, Tol 258.535). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo subrayando que la inobservancia de tales trámites, en cuanto es una cuestión de orden público y trascendencia constitucional, puede ser apreciada *ex officio*⁶⁸.

En cuanto a la audiencia de los parientes más próximos del presunto incapaz, se pretende con ello que el Juez obtenga la mayor información posible del perfil y comportamiento personal, familiar y social del mismo⁶⁹. Como se observa, el precepto no indica quiénes son los parientes que deben ser oídos. La doctrina considera que son tales parientes aquellos a los que la ley reconoce legitimación activa para promover el proceso, aunque, como el precepto no puntualiza quiénes son estos parientes, se estima que el Juez posee cierta discrecionalidad para oír a los parientes que considere más oportunos⁷⁰, dejando por tanto dicha elección al arbitrio del juez, atendiendo al caso concreto. Sin embargo, se ha señalado que el resultado de esta audiencia no es vinculante para el Juez⁷¹.

En relación al examen del presunto incapaz que debe realizar el Juez, no establece la LEC forma alguna para llevarlo a cabo, exigiendo que sea realizado por el propio Juez o tribunal encargado de dictar sentencia, que puede apreciar el estado del sujeto, con independencia de las declaraciones vertidas por el demandante u otras personas implicadas⁷². La jurisprudencia ha puesto de relieve el valor sustancial de este trámite, y su alcance constitucional en cuanto afecta al libre desarrollo de la personalidad y al derecho fundamental a la libertad, de tal manera que si no se cumple dicho trámite, el fallo quedaría viciado de nulidad⁷³.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., pp. 42-43, quien señala que la omisión de alguno de estos trámites es causa de nulidad del procedimiento que puede ser apreciada incluso de oficio.

68 Entre otras, STS 20 marzo 1991 (Tol. 1.728.239), 24 mayo 1991 (TOLI.726.963), 30 diciembre 1995 (Tol 1.667.719), 4 marzo 2000 (Tol. 1.471).

69 En este sentido se manifiestan, entre otras, las SSTS 20 marzo 1991 (Tol. 1.728.239), 19 febrero 1996 (Tol 216.861) y 4 marzo 2000 (Tol. 1.471).

70 GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", cit., p. 191, quien puntualiza que deben ser llamados los parientes que convivan con el presunto incapaz; MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., pp. 44-45, se plantea la cuestión de si deben ser oídos también los parientes que hayan promovido la declaración de incapacitación, aunque señala que con la formulación de la demanda ya está dando explícitamente a conocer cuál es su criterio acerca de la situación del presunto incapaz.

71 En este sentido, MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^ª: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 45.

72 Así lo señalan las SSTS 15 octubre 2001 (Tol 66.418) y 14 octubre 2002 (Tol 225.498), entre otras.

73 En este sentido, entre otras, STS 10 febrero 1986 (Tol 1.734.472), 20 febrero 1989 (Tol 228.283), 9 junio 1997 (Tol 5.156.4969), que insisten en que no se puede declarar la incapacitación de una persona sin haber examinado personalmente al presunto incapaz.

Por su parte, los dictámenes periciales constituyen una prueba preceptiva en el proceso de incapacitación, sin la cual se puede impugnar la sentencia pronunciada. No se señala en el precepto qué tipo de dictámenes se deben requerir ni a qué profesionales se deben solicitar, sino que se deja al arbitrio del Juez la elección de los mismos, según el caso de que se trate. Aunque se establece como absolutamente necesario el dictamen pericial médico, que sea acordado por el tribunal⁷⁴. Aunque se ha de destacar que dichos dictámenes no tienen fuerza vinculante para el Juez⁷⁵.

Si en la demanda de incapacitación se hubiera solicitado el nombramiento de la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él, sobre esta cuestión se oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a éste, si tuviera suficiente juicio, y a las demás personas que el tribunal considere oportuno (art. 759.2 LEC)⁷⁶, de manera que la inobservancia de estos trámites puede ser apreciada de oficio⁷⁷.

6. Sentencia dictada en el procedimiento de incapacitación.

Como se ha señalado anteriormente, será el Juez quien declare la incapacitación, o no, de una persona mediante sentencia (art. 199 CC).

Dicha sentencia determinará la extensión y los límites de la incapacitación (art. 760.I LEC).

En el mismo precepto se prevé también que en el mismo procedimiento se establezca el régimen de salvaguarda que ha de constituirse como medida de protección: tutela o curatela a que haya de quedar sometido el incapacitado⁷⁸. Asimismo, se pronunciará, en su caso, sobre la necesidad de internamiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 763 (art. 760.I LEC).

74 Estima ÁLVAREZ LATA, N.: "El proceso de incapacitación en la nueva LEciv", cit., p. 4, que dicho requisito no se debe entender cumplido con el que hayan podido aportar las partes en sus escritos.

75 En este sentido, MARTÍNEZ GALLEGU, E.M^o: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 49.

76 La STS 15 julio 2005 (Tol 674.287) declaró la nulidad de pleno derecho de la sentencia impugnada, solicitada por el Ministerio Fiscal, por infracción del art. 759 LEC, pues era evidente la indefensión producida por la declarada incapacitada atendida la especial finalidad protectora de la persona que caracteriza esta clase de procesos.

77 En este sentido, las SSTs de 20 febrero y 12 junio 1989 (Tol 228.283, Tol 1,723.590), 20 marzo y 24 mayo 1991 (Tol 1.728.239, Tol. 1.726.963), 30 diciembre 1995 (Tol. 1.667.719) y 4 marzo 2000 (Tol.1.471).

78 La doctrina señala que, además de estas figuras de protección, existen en nuestro sistema jurídico otras figuras encaminadas a proteger a las personas discapacitadas o en situación de dependencia, como son el patrimonio protegido, la autotutela y el poder preventivo y la guarda de hecho; véase SERNA MEROÑO, E.: *El actual modelo*", cit., pp. 92-95; LECIÑENA IBARRA, A.: "Alternativa a los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación ex voluntate y figuras tuitivas de apoyo", en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA RIPOLL y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

Dicha incapacitación produce efecto desde su firmeza, no desde el momento en que se produjo la circunstancia que dio lugar a la causa de incapacitación⁷⁹.

Debido a que la sentencia en donde se instituye la incapacitación no tiene fuerza de cosa juzgada, la modificación de la capacidad establecida en dicha sentencia es revisable, de modo que puede variar la situación de incapacitación en la que se encuentra la persona determinada por dicha sentencia, como se verá más adelante.

Por último, cabe señalar que, según el art. 755 LEC, la sentencia de incapacitación se debe inscribir en el Registro civil (art. 4.10º de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil)⁸⁰, acordada por el Secretario judicial, aunque se establece, que a petición de parte, se puede comunicar también a cualquier otro Registro público a los efectos que en cada caso procedan.

VI. ALCANCE DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD DE OBRAR.

Como se acaba de indicar, el alcance y el contenido de la modificación de la capacidad de obrar de la persona incapacitada viene determinado en la sentencia dictada por el Juez (art. 760.I LEC), en la que puede señalar la extensión y los límites de la incapacitación⁸¹, el régimen de tutela o curatela a que debe quedar sometido el incapacitado, o el posible internamiento del mismo.

Dicho contenido depende de la situación y circunstancias concretas en que se halle el incapacitado, y queda al arbitrio judicial. En este sentido, la jurisprudencia del TS ha señalado que la incapacitación “no es algo rígido, sino flexible en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la incapacidad, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas” (STS

79 Así, MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^º: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 52, quien estima que la sentencia de incapacitación tiene carácter constitutivo produciéndose efectos *ex nunc*, desde el momento de su firmeza, no pudiendo tener efectos retroactivos; en igual sentido, en base al art. 199 CC, que señala que la incapacitación solo puede ser declarada por sentencia judicial, GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Comentario al art. 199 CC”, *Comentarios al Código civil* (coord. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 337 ss.

80 Complementa esta norma el art. 72.I de la LRC que establece: “La declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado.- La inscripción de la modificación judicial de la capacidad expresará la extensión y límites de ésta, así como si la persona queda sujeta a tutela o curatela según la resolución judicial”.

81 Señala LAFUENTE TORRALBA A.J.: “Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial”, cit., pp. 139-140, que la expresión utilizada en el precepto es muy amplia, dejando al arbitrio judicial la concreción de los actos que puede o no realizar el incapacitado, y que, en ocasiones, esta determinación es muy ambigua y confusa.

1 julio 2014)⁸². Lo que es reflejo de los principios establecidos en la Convención de Nueva York, en la que se dispone que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial (art. 12.4). En base a estos principios establecidos en la Convención, hay una tendencia en la doctrina, y en los últimos pronunciamientos jurisprudenciales, de que en la sentencia que modifique la capacidad de la persona, dicha modificación se realice de forma restrictiva, preservando al máximo su autonomía y su toma de decisiones, y posibilitando apoyo o supervisión de otras personas en la realización de aquellos actos para los que sea necesario tal apoyo⁸³.

I. Extensión y límites de la modificación judicial de la capacidad. Constitución de las instituciones tutelares en interés del incapacitado.

La modificación de la capacidad de obrar es graduable ya que el Juez en la sentencia, a la vista de las circunstancias de la persona, puede establecer una limitación mayor o menor de la capacidad de obrar, pudiendo decretar incluso el internamiento del incapacitado, si lo considera oportuno.

Sin embargo, la persona a la que se le ha modificado la capacidad de obrar, cualquiera que sea la extensión de dicha modificación, mantiene intacta su personalidad y capacidad jurídica y la titularidad sobre los derechos fundamentales⁸⁴.

Dado que es el Juez el que fija la extensión de la incapacitación, en la jurisprudencia de nuestros tribunales se constata que hay casos en los que el tribunal ha decretado una incapacitación amplia de la persona (otrora denominada

82 En dicha sentencia, el propio TS afirma que la incapacitación "Debe ser un traje a medida", por lo que "es necesario que el tribunal de instancia que deba decidir adquiera una convicción clara de cuál es la situación de esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda". En el mismo sentido se pronunciaron las SSTS 29 abril 2009 y de 24 de junio de 2013.

83 En este sentido, entre otros, SERNA MEROÑO, E.: El actual modelo", cit., p. 97; BERROCAL LANZAROT, A.I.: "La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas", *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 2, 2014, *La Ley 1578/2014*, p. 2, quien señala que debe evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del incapacitado, y la necesidad de adaptación al caso concreto; y DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I.: "El curador del mayor: un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad", *RCDI*, núm. 765, 2018, p. 447, quien estima que la extensión de la medida de protección, los límites a la capacidad y el consiguiente régimen de protección que se constituya "deben fijarse atendiendo en exclusiva a lo que sea adecuado y necesario para el ejercicio de los derechos de la persona atendiendo a sus concretas y particulares circunstancias", de acuerdo a lo que se establece en la Convención de Naciones Unidas.

84 Así lo afirman, entre otras, las SSTS 29 abril 2009, 1 julio 204 y 11 octubre 2017 (Tol 6.388.487), señalando que, sin embargo, la incapacitación sí que determina la forma de ejercicio de estos derechos.

incapacitación total)⁸⁵, otros en los que ha establecido una incapacitación parcial⁸⁶, señalando una serie de actos y/o negocios jurídicos que el incapacitado no puede realizar⁸⁷, y, en ocasiones, ha llegado a modificar el alcance de la incapacitación solicitada por los propios peticionarios⁸⁸.

Ahora bien, el Juez en la sentencia puede precisar o no los actos que el incapacitado puede o no realizar. Si no realiza esta precisión puede plantearse la duda de cuáles serían los actos que el incapacitado podría realizar o no, señalándose que habría que estar al régimen de guarda a que se someta a la persona incapacitada⁸⁹.

Podría parecer obvio que, si el Juez establece la privación de la capacidad de obrar sin señalar excepciones, el incapacitado no podría realizar actos jurídicos válidos. Sin embargo, no es ésta la línea establecida por la Convención de Nueva York que estima que la limitación de la capacidad de una persona debe ser lo menos restrictiva posible.

En nuestro Derecho, hay que tener en cuenta que en el Código civil hay preceptos que parecen permitir al incapacitado la realización de determinados

85 Establecen la incapacidad total, entre otras, las SSTS 16 septiembre 1999 (Tol 2.320), 29 abril 2009 (Tol 1.514.778), 17 julio 2012 (Tol 2.635.528), así como las SSAAPP Baleares 7 mayo 2004 (Tol 447802), en la que apreció incapacidad total pues consideró que la presunta incapaz padecía un trastorno de personalidad por abuso de drogas, que requería control, peligrando incluso su integridad física, y Barcelona 27 julio 2006 (Tol 1037899), por considerar que el incapacitado no podía gobernarse por sí mismo en absoluto.

86 Dictaminan la incapacidad parcial, entre otras, las SSAAPP Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002, 18222) y 17 febrero 2004 (SAP B 1921, 2004), y Álava 23 junio 2005 (Tol 702.955), en la que la Sala estima que, teniendo la demandada, consumidora de drogas, capacidad para regir su persona, no procede declarar su incapacidad total, debiendo declararse únicamente su incapacidad parcial y sometimiento a curatela, pues únicamente tiene problemas para controlar el dinero y llevar una vida organizada, lo que puede corregirse por medio de una curatela correctamente ejercida; y STS 13 mayo 2015 (Tol 5000594), en la que el tribunal no admitió una incapacitación total porque “no consta que el deterioro cognitivo del presunto incapaz sea tan severo que haya anulado su capacidad de deliberación y la posibilidad de decidir sobre cuestiones que guardan relación con su persona” (Véase comentario a esta sentencia GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: “Sentencia 13 mayo 2015. Proceso de modificación de la capacidad. Principio de proporcionalidad y principio de autonomía”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 101, 2016, pp. 111-129).

87 Así, la SAP Barcelona 23 septiembre 2002 (EDJ 2002, 66122) declaró la incapacidad absoluta del demandado para la administración y disposición de sus bienes y recursos económicos, y la parcial respecto de sus asuntos personales, exceptuando que pudiera vivir solo sin control de ningún tipo.

88 En este sentido, en las SSTS 16 marzo 2001 (Tol. 26.965), 30 junio 2014 (Tol 4525361) y 20 octubre 2014 (Tol. 4530349), el propio Tribunal sustituyó una incapacitación total por una incapacitación parcial; en la SAP Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002, 18222), en el caso de un joven de 23 años drogodependiente en tratamiento de rehabilitación con metadona (aunque seguía consumiendo), cuyo padre solicitaba la incapacitación total, la rehabilitación de la patria potestad y el internamiento en un centro para curarse, atendiendo la Audiencia, por un lado, al Ministerio Fiscal, que se oponía por considerar que el joven no estaba afectado de una enfermedad síquica o neurológica que produjeran un deterioramiento cognitivo de tal magnitud que no pudiera autogobernarse, por otro lado, al propio drogodependiente, que entendía no se daban causas de incapacitación, y, por último, a los informes tanto del médico forense como la pericial psiquiátrica, que estimaban que no padecía enfermedad de suficiente entidad que le impedía gobernarse por sí mismo, la Sala estimó que cabía situar a dicha persona en una incapacidad parcial en orden al gobierno de su propia persona, nombrándole un representante legal para que le ayude en el tratamiento comenzado y en el gobierno de su propio patrimonio, puesto que consideraba que todavía existía una posibilidad de disposiciones inadecuadas para aprovisionarse de sustancias tóxicas, prorrogando la patria potestad del padre.

89 En este sentido, MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^a.: *El procedimiento de incapacitación*, cit., p. 33.

actos, y que, por el contrario, en otros casos, existen normas que parecen establecer la prohibición de realizar actos concretos (así, la celebración de contratos en el art. 1263.2º; o el otorgamiento de testamentos en el art. 663.2º).

Ante la dispersión del CC en esta concreta cuestión, hay que referirse a la regla general que establece las funciones del representante legal del incapacitado en el art. 267 CC, que dispone que quedan excluidos de la representación legal de éste “aquellos actos que pueda realizar por sí solo, ya sea por disposición expresa de la ley o de la sentencia de incapacitación”⁹⁰.

En nuestra legislación existen una serie de actos o derechos que sólo puede realizar o ejercitar la propia persona a la que afectan. Dichos actos o derechos son aquellos de carácter personalísimo. Entre ellos, cabe citar el ejercicio de los derechos de la personalidad o de los derechos fundamentales (así se reconoce en la STS I julio 2014), la posibilidad de contraer matrimonio, la interposición de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, y el otorgamiento de testamento, entre otros. Estos derechos y actos sólo los puede ejercitar o realizar la propia persona, excluyéndose la posibilidad de que los ejecute su representante legal⁹¹. De manera que, si la sentencia dictamina la imposibilidad de la persona para poder ejercitarlos o realizarlos, tales actos o derechos se quedarán sin ser realizados o ejercitados.

Sin embargo, la doctrina estima que una interpretación estricta del citado art. 267 daría lugar a que el incapacitado se viera privado de tales derechos por no poderlos ejercitar, y que, por lo tanto, debe permitirse el ejercicio de las facultades y las acciones necesarias para defender la persona del incapacitado, cuando las circunstancias concretas así lo requieran⁹². En el mismo sentido se pronuncia la jurisprudencia que ha entendido que determinados actos de carácter personalísimo los pueden realizar los tutores en nombre del incapacitado pues, en caso contrario, se produciría una conculcación de los derechos del mismo.

La jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en relación a la realización de actos de carácter personalísimo en algunas materias concretas.

En particular, en el ámbito del matrimonio, el TC ha tenido la oportunidad de manifestarse protegiendo los derechos de las personas incapacitadas. Concretamente, en materia de legitimación para interponer la demanda de divorcio. La STC 311/2000, 18 diciembre consideró permisible que la tutora de

90 Hay que recordar que estas limitaciones se establecen de modo similar para la representación legal de los menores de edad en el art. 162.2º CC.

91 Sin embargo, en otras normas de nuestro ordenamiento se contempla la posibilidad de que actos que afectan a la esfera personal de un sujeto puedan ser realizados por el representante legal.

92 En este sentido se manifiesta VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “Los actos personalísimos del incapacitado”, *Noticias jurídicas*, (junio 2002).

una mujer incapacitada (su madre) pudiera interponer una acción de divorcio ya que, en caso contrario, señala el Tribunal, se produce una negación rigurosa y desproporcionada de la tutela judicial efectiva, y una conculcación del principio de igualdad entre los cónyuges, en defensa de sus intereses patrimoniales y personales⁹³. En el mismo sentido se pronunció posteriormente también la STS 21 septiembre 2011⁹⁴, aunque puntualizó que se exigía autorización judicial para poder interponer cualquier tipo de acción⁹⁵.

En la misma línea, el TS se ha pronunciado en defensa del derecho a contraer matrimonio las personas incapacitadas. Así, la STS 15 marzo 2018⁹⁶ estimó válido el matrimonio contraído en China (el 15 de enero de 2010) por un español, incapacitado y sometido a tutela por padecer alzhéimer (el 14 de junio de 2010), habiendo sido presentada demanda de modificación de la capacidad de obrar un año antes de la celebración de dicho matrimonio; el Tribunal consideró válido el matrimonio al entender “que no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*”⁹⁷. En este sentido, pues, y siguiendo los principios asentados en la Convención de Nueva York, recogidos en la citada Ley 4/2017, parece que el derecho a contraer matrimonio no debería entenderse suprimido de modo automático en la sentencia que declara la incapacitación, si nada se dice al respecto en la misma, a menos que se hubiera constatado la falta de capacidad en el expediente matrimonial en virtud de lo establecido en el art. 56 CC, norma que prevé en nuestro sistema matrimonial la valoración de la idoneidad para contraer matrimonio cuando alguno de los contrayentes presente condiciones de salud que hagan dudar de su aptitud para prestar un consentimiento válido⁹⁸.

93 STC 311/2000, 18 diciembre (Tol 81.734).

94 STS 21 septiembre 2011 (Tol 2.248.621).

95 Véase NUÑEZ NUÑEZ, M., “Diversos intereses confluyentes en el ejercicio de la acción de divorcio po los tutores”, *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 2, 2014 (Ejemplar dedicado a: rotación jurídica de personas vulnerables), pp. 85-91.

96 STS 15 marzo 2018 (Tol 6.544.108).

97 El TS fundamentó su decisión en el derecho a contraer matrimonio como un derecho humano reconocido en el art. 16 de la DUDH y en el art. 23 del Pacto internacional; en el art. 23.1, a), de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en el que se insta a los Estados a poner fin a la discriminación de las personas discapacitadas en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y en el art. 56 CC que prevé el control de la capacidad de los contrayentes a la hora de emitir un consentimiento válido para la celebración del matrimonio. Otras SSTs, las citadas 9 febrero 2009 y 24 junio 2013, ratifican la capacidad de una persona incapacitada para contraer matrimonio.

98 El actual art. 56.2º CC dispone: “El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y

En el ámbito sucesorio, se ha planteado la cuestión de la idoneidad del incapacitado para otorgar testamento⁹⁹; especialmente se ha cuestionado la doctrina si la persona con la capacidad modificada judicialmente estuviese sometido a una incapacitación total o plena, dicha incapacitación le impediría realizar testamento cuando la sentencia no se pronuncia expresamente sobre este punto. La cuestión parece que se ha de responder teniendo en cuenta las recomendaciones de la Convención de Nueva York que establecen el respeto a la autonomía de la persona discapacitada, y los preceptos de nuestro Código civil, arts. 663.2° y 665. El art. 663.2° prohíbe realizar testamento a “aquel que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”; nótese que la norma no se refiere expresa y únicamente a personas incapacitadas sino a personas que no tengan capacidad idónea para prestar un consentimiento válido. Por su parte, el art. 665 es una norma que aborda explícitamente el supuesto examinado, disponiendo: “Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad”¹⁰⁰. Atendiendo a estos preceptos parece que nada impide que la persona con capacidad modificada realice testamento, toda vez que se trata de un acto personalísimo, pero siempre que en el momento de otorgarlo tenga capacidad de juicio suficiente y clara voluntad de entender y querer las consecuencias del acto realizado¹⁰¹. Nuestros tribunales también han tenido ocasión de pronunciarse acerca de la idoneidad de la persona incapacitada para poder otorgar testamento válido. En este sentido, la STS 15 marzo 2018¹⁰² ha confirmado la validez de un testamento otorgado por una persona, que había sido incapacitada y sujeta a curatela por sufrir un retraso mental que, si bien le permitía desenvolverse con relativa normalidad en aquellas tareas cotidianas y de naturaleza sencilla, la incapacitaba totalmente para cuestiones de mayor complejidad. Concretamente, se le había impuesto la intervención del curador para realizar “actos de disposición” sobre su patrimonio y no, en cambio, para los

sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”, y en consonancia con ello se redacta el art. 58 CC (redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria).

- 99 Al respecto, GÓMEZ LAPLAZA, M^o.C., DÍAZ ALABART, S.: “La capacidad testamentaria de los incapacitados”, *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres García* (dir. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, M^o.P. GARCÍA RUBIO, coordra. M. HERRERO OVIEDO), La Ley, Madrid, 2014, p. 533, distinguen dos situaciones según la sentencia se haya pronunciado o no sobre la capacidad testamentaria del incapacitado, y pronunciándose, si dicho pronunciamiento es favorable o no a la citada capacidad.
- 100 GÓMEZ LAPLAZA, M^o.C., DÍAZ ALABART, S.: “La capacidad testamentaria de los incapacitados”, cit., p. 533, comentan que dicho precepto tiene una redacción poco afortunada.
- 101 La misma opinión mantienen ESPINERA SOTO, I.: “¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?”, *Revista de Derecho civil*, Vol. II, núm. 2, abril-junio 2015, pp. 285-287, y GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, ob. cit., pp. 533-534, señalando que el testamento a que se refiere este precepto debe ser el abierto notarial, no pudiendo aplicarse al testamento cerrado puesto que en este caso el Notario no puede certificar la capacidad de la persona cuando redactó las disposiciones testamentarias, ni tampoco puede aplicarse al testamento ológrafo por la misma razón.
- 102 STS 15 marzo 2018 (Tol 6.548.076).

de mera "administración". Con posterioridad, esta persona otorgó testamento, para cuyo otorgamiento y dada la limitación de capacidad sufrida, el Notario requirió la presencia de dos facultativos que constataron que dicha persona tenía la capacidad necesaria para testar (art. 665 CC). Tal testamento, sin embargo, fue impugnado por sus sobrinos, que argumentaban que, siendo el otorgamiento de testamento un acto de disposición, debía haber concurrido la intervención del curador, lo que no había tenido lugar en el acto de otorgamiento del testamento recurrido; impugnación que no prosperó¹⁰³. Por otra parte, la doctrina también se ha cuestionado la posibilidad de testar el incapacitado aún cuando la sentencia contuviera pronunciamiento favorable a dicha capacidad, pues podría suceder que en el momento de testar el incapacitado no tuviera la idoneidad necesaria para otorgar testamento, cuestión cuya solución no parece clara, toda vez que el art. 666 CC establece que para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento¹⁰⁴. De otro lado, en el caso de que la sentencia contuviera un pronunciamiento negativo a la posibilidad de otorgar testamento, las opiniones doctrinales se diversifican, señalando unos autores que el incapacitado no podría testar pues es necesario acatar dicho pronunciamiento que priva al incapacitado de esta posibilidad, mientras otros aducen que admitir dicha posibilidad entraría en contradicción con la disposición del citado art. 666, puesto que el incapacitado puede encontrarse en un momento dado en un intervalo lúcido, a quien el propio legislador permite la posibilidad de testar (art. 663.2º *a sensu contrario*)¹⁰⁵.

También se ha planteado en nuestro derecho la atribución a una persona incapacitada del Derecho de sufragio activo¹⁰⁶. En esta materia, hay que recordar

103 El TS se basó en el art. 1 de la Convención de Nueva York; en el art. 662 CC, que consagra el principio de que la capacidad para testar es la regla general; en el art. 666 CC, que dispone que sobre la capacidad para otorgar testamento ha de atenderse al estado en el que el testador se halle al tiempo de su otorgamiento, siendo válido el testamento hecho antes de la enajenación mental (art. 664 CC); en que el testamento es un acto personalísimo, que no admite representación legal (art. 670 CC), y en que los actos de disposición *mortis causa* no son equiparables a los actos *inter vivos*, y, por tanto, no cabe incluir el testamento dentro de los actos de disposición para los cuales se había nombrado curador al testador. En este sentido se manifiestan también la citada STS 31 marzo 2004, y las SSAAPP Valencia 5 noviembre 2012 (Tol 3.661.761), y Asturias 8 mayo 2015 (Tol 5.006.530). Otras SSTS ratifican la capacidad para otorgar testamento válido antes de la incapacitación de la persona (así, STS 23 marzo 2010, Tol 1.819.4033).

104 GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pp. 534-535.

105 Véanse las distintas posturas en GÓMEZ LAPLAZA, DÍAZ ALABART, *ob. cit.*, pp. 536-538, quienes ponen de relieve los distintos criterios que ha mantenido la jurisprudencia en esta materia (pp. 539-540). A la vista del vacío legal que parece existir en nuestro ordenamiento sobre esta cuestión, ambas autoras defienden la necesidad de revisar el texto del art. 665 CC, permitiendo otorgar testamento al incapacitado si tiene capacidad idónea para ello, toda vez que la incapacitación es una medida de protección para la persona y no para la familia, y que los posibles riesgos que se derivarían del otorgamiento de testamento por un incapaz pueden ser paliados por su impugnación ante los tribunales, lo que estaría en consonancia con el art. 12 de la Convención de Nueva York (pp. 540-546).

106 Véase al respecto, ARAGONÉS SEIJO, I., ARAGONÉS SEIJO, S.: "La privación del derecho de sufragio activo de los discapacitados", *Diario La Ley*, núm. 8663, 2015; GARCÍA ROCA, F.J.: "Declaración de incapacidad y privación del derecho de sufragio activo y pasivo", *La protección jurídica del discapacitado: II Congreso regional* (Coord. I. Serrano Gacía, 2007, pp. 171-190; ONEGA LÓPEZ, J.R.: "El ejercicio del derecho de sufragio activo por el colectivo de discapacitados: el voto por internet como posible vía de solución", *Colectivos con dificultades para el ejercicio del derecho de sufragio*, 2003, pp. 11-30.

que la Convención de Nueva York en su art. 29 garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones. En nuestro derecho, la Ley 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, dispone en el art. 3.1 que carecen de derecho de sufragio: “b) Los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio.- c) Los internados en un hospital psiquiátrico con autorización judicial, durante el período que dure su internamiento, siempre que en la autorización el Juez declare expresamente la incapacidad para el ejercicio del derecho de sufragio”, estableciendo en el número 2 la obligación de los jueces de pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para su ejercicio, y en el supuesto de que ésta sea apreciada, la obligación de comunicarlo al Registro Civil para que se proceda a la anotación correspondiente¹⁰⁷. Por su parte, la jurisprudencia ha tenido ocasión de manifestarse al respecto en distintas sentencias, manteniendo criterios diferentes según el caso sometido a su juicio¹⁰⁸. Sin embargo, las SSTs 24 de junio 2013 y 1 julio 2014 subrayan el hecho de que la privación del derecho de sufragio no es una consecuencia necesaria de la incapacitación total. A este respecto, la citada STS de 24 junio 2013 establece que en ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna, en base al art. 29 de la Convención, considerando que «la pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por sí misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente». Considera el Tribunal en esta cuestión que es el Juez que entiende del proceso a quien le corresponde examinar y evaluar la situación de la persona incapacitada y motivar la pertinencia o no de privar el ejercicio de este derecho fundamental, ya que es regla y no excepción, a quien puede ejercitarlo con independencia de su situación personal¹⁰⁹.

107 DÍAZ ALABART, S.: “El Derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista”, *Revista de Derecho privado*, núm. I, enero-febrero 2012, pp. 11-14, realiza objeciones a la redacción de este precepto por cuanto no se prevé en él la relación entre la temporalidad de la incapacitación y el Censo Electoral, en el que se puede incluir o dejar de incluir dichas situaciones, y que, además, en dicho precepto no se hace referencia a los posibles internamientos voluntarios, y tampoco se prevé las situaciones de incapacidad natural de personas que nunca llegan a estar incapacitadas.

108 Véase las sentencias estudiadas por DÍAZ ALABART, S.: “El Derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista”, cit., pp. 17-19.

109 El Auto del TC 196/2016, de 28 de noviembre (Tol 6.436.802), denegó el recurso de súplica interpuesto por el Ministerio Fiscal por entender que había una apariencia de lesión constitucional de los derechos fundamentales consagrados en los arts. 14 y 23 CE frente a la Providencia del TC que había acordado la inadmisión a trámite de la demanda de amparo interpuesto por unos padres que tenían la patria potestad rehabilitada de su hija, incapaz en grado parcial, y que solicitaban que se le reconociera capacidad para ejercer el derecho de sufragio activo, que en todas las instancias se le denegó por considerar que había quedado acreditado las notables deficiencias que presentaba la incapacitada en esta faceta concreta. Señala el TC que el art. 3 LOREG “No ampara este precepto la privación de este derecho de sufragio activo a las personas por el hecho de padecer cualquier discapacidad, sino sólo a aquellas respecto de las que así se decida, por sentencia, tras el oportuno proceso con las debidas garantías de defensa y prueba, y por razón de la concreta disfuncionalidad que padecen y que se proyecte sobre su capacidad intelectual y volitiva respecto del ejercicio del derecho de voto. Por ello, la restricción únicamente debe afectar a las personas

Sin embargo, en otras normas de nuestro ordenamiento se contempla la posibilidad de que actos que afectan a la esfera personal puedan ser realizados por el representante legal. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito sanitario, en el que el otorgamiento del consentimiento informado, que se debe dar para la aplicación de cualquier tratamiento o intervención en la persona-paciente (y que, por lo tanto, afectan al derecho de la personalidad y fundamental a la integridad física de la persona), se otorgará por el representante legal "cuando el paciente esté incapacitado legalmente" (art. 9.3,b de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica -y legislación autonómica concordante-), aunque la norma establece que, a pesar de ello, hay que tener en cuenta, aun cuando no sea determinante, la opinión de los incapaces o incapacitados (art. 5.2 de la Ley 41/2002, en el que se establece: "El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal"). Claramente en esta norma no se ha tenido en cuenta el contenido de la sentencia, que puede excluir al tutor de tomar decisiones en la esfera personal del incapacitado, y, por ello, dicha norma parece contradecir la tendencia actual a respetar la autonomía del incapacitado en la mayor medida posible.

En el ámbito patrimonial, el art. 1263.2º dispone que no pueden prestar consentimiento para contratar "Los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial"¹¹⁰. Lo cual se manifiesta concorde con los planteamientos de respeto al contenido de la sentencia dictada por el Juez, que limitará la capacidad de la persona atendiendo a sus circunstancias. Luego en el precepto no se establece una prohibición absoluta a las personas incapacitadas para contratar, si no que ello dependerá del alcance de dicha limitación en la sentencia de incapacitación.

En función de la amplitud de la limitación de la capacidad de obrar que realice el Juez en la sentencia de incapacitación, éste deberá establecer el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido la persona incapacitada (art. 760.l LEC). La ley, por tanto, establece, en virtud de la graduación de la incapacitación, un sistema múltiple de figuras de guarda, que aplicará según las circunstancias de la persona y del caso: la tutela, la curatela y el defensor judicial (reguladas dichas instituciones tutelares en los arts. 215 y ss. CC).

que carecen del mínimo entendimiento y voluntad precisos para ejercer el voto libre que proclama el art. 23.l CE", que es lo que quedo acreditado en las instancias judiciales anteriores.

110 Véase NUÑEZ NUÑEZ, M.: "Puntualizaciones a la capacidad contractual: delimitación de posconceptos de incapacitación, incapacidad y discapacidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 453-464.

Si en la demanda de incapacitación se hubiere solicitado nombramiento de tutor o representante del incapacitado, el tribunal nombrará a la persona o personas que, con arreglo a la Ley, hayan de asistir o representar al incapaz y velar por él (art. 760.2 LEC). Posibilidad que ha sido aplaudida por la doctrina pues evita la duplicidad de procedimientos.

Como se ha indicado, el Juez puede someter al incapacitado a un régimen de tutela (art. 222.2° CC) o a un régimen de curatela (art. 287 CC), según sea el alcance de la privación de la capacidad de obrar que haya establecido.

La tutela supone el nombramiento de un representante legal, que realizará todos aquellos actos que éste no pueda realizar por sí mismo (art. 267 CC), ejerciendo su cargo de acuerdo con la personalidad de su pupilo y respetando su integridad física y psicológica (art. 268.1 CC), aunque necesita autorización judicial para realizar determinados actos (art. 271 CC).

La regulación de la misma (arts. 215 y ss. y 222 a 285 CC) ha puesto de relieve el sistema de protección al incapacitado.

Así, se muestra como un sistema garantista de los derechos de la persona incapacitada tanto en su constitución como en el control de su funcionamiento, pues siempre se encuentra presente el Ministerio fiscal (arts. 231-232 CC).

El nombramiento del tutor debe realizarlo el Juez, siempre en interés y beneficio del tutelado¹¹¹, atendiendo al orden establecido en el art. 234 CC, siendo los cargos tutelares siempre de carácter obligatorio (art. 216 CC), salvo si existieren causas de excusa, estableciéndose prohibiciones para ser tutor (243 y 244 CC).

Dicha regulación permite también que sea la propia persona que prevea que en un futuro pueda ser incapacitada quien designe para sí mismo un tutor; así, el art. 223 CC (en relación con el 234.1 CC) establece que "Asimismo cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en el futuro, podrá en documento público notarial adoptar cualquier disposición relativa a su propia persona o bienes, incluida la designación de tutor.- Los documentos públicos a los que se refiere el presente artículo se comunicarán de oficio por el notario autorizante al Registro Civil, para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado". Se trata de la figura denominada autotutela (que fue introducida en el CC por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), y cuya disposición debe tener en cuenta el Juez. Aunque la jurisprudencia señala que si

¹¹¹ Ponen de relieve que el nombramiento de tutor se debe realizar en beneficio del tutelado, entre otras muchas, las SSAP Islas Baleares 28 abril 2009 (Tol. 1.565.559), Palencia 13 diciembre 2011 (Tol 2.340.547), y SSTS 11 octubre 2012 (Tol 2.674.037) y 5 febrero 2013 (Tol 3.010.824).

éste considera perjudicial para los intereses del incapacitado dicho nombramiento podrá rechazarlo¹¹².

Por otra parte, si el incapacitado fuese un menor de edad, señala el Código civil en el art. 171 que la patria potestad quedará prorrogada por ministerio de la ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Y si se trata de un hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuese menor de edad¹¹³. En ambos casos, la patria potestad prorrogada se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del título relativo a las relaciones paterno-filiales. Si al cesar la patria potestad prorrogada subsistiere el estado de incapacitación, se constituirá la tutela o curatela, según proceda (art. 171.3º CC)¹¹⁴.

Como una muestra más de la protección debida a la persona incapacitada, y de la flexibilidad que se permite al Juez para adaptar el régimen de guarda a la limitación de la capacidad, excepcionalmente, éste, en resolución motivada, podrá alterar el orden de nombramiento de tutor que establece el CC o prescindir de todas las personas mencionadas, si el beneficio del menor o del incapacitado así lo exigiere (art. 234, párr. 2º, CC)¹¹⁵. Por lo que, en defecto de las personas mencionadas, el Juez puede designar tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste, considere más idóneo (art. 235 CC).

Por otra parte, el Juez en la sentencia de incapacitación puede haber establecido la curatela (normalmente en los casos de una limitación menos amplia

112 Así en la STS 17 julio 2012 (Tol 2.635.528) no se aceptó el nombramiento del tutor efectuado por el interesado porque se consideró perjudicial para los intereses de la persona incapacitada, dado los intereses económicos en juego que no gestionó correctamente la tutora designada por el propio incapacitado, nombrando como tutor a la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias. Véase, en relación a la autotutela, entre otros, DÍAZ ALABART, S.: "La autotutela", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coords. J. ALVENTOSA DEL RÍO, R.Mª MOLINER NAVARRO), Vol. I, 2008, pp. 319-338; MARTÍN AZCANO, E.M.: "Designación de tutor por el propio interesado: la delación voluntaria de la tutela o autotutela", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 5, 2015 (Ejemplar dedicado a: Autonomía de la voluntad y derecho de familia), pp. 107-114; ORDÁS ALONSO, M.: "La autotutela", *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, Vol. 2, núm. 8, 2014, pp. 50-95; SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A.: "El artículo 223.2º del Código civil: La autotutela y su necesidad en nuestra sociedad", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 89, 2013, pp. 861-888.

113 Así se estableció en las SSAAPP de Asturias 13 abril 2000 (SAP O 1555, 2000), Soria 12 marzo 1998 (SAP SO 58, 1998), Jaén 4 marzo 1998 (SAP J 283, 1998), y Barcelona 8 febrero 2002 (EDJ 2002, 18222), en la que se prorrogó la patria potestad del padre de su hijo toxicómano de 23 años.

114 Señala el art. 171.2º CC que "La patria potestad prorrogada terminará: 1º Por la muerte o declaración de fallecimiento de ambos padres o del hijo. 2º Por la adopción del hijo. 3º Por haberse declarado la cesación de la incapacitación. 4º Por haber contraído matrimonio el incapacitado".

115 De hecho, en la SAP Baleares 7 mayo 2004 (Tol 447.802) la Sala nombró tutora a la hermana de la incapacitada, que presentaba trastorno de personalidad por abuso de drogas, con preferencia al padre de la misma por entender que aquélla podría dedicarle mayor atención que éste; en la SAP Valencia 23 noviembre 2006 (Tol I.022.178) se prefirió a la hija menor de la incapacitada, en base al informe pericial del Juzgado que la consideró más idónea, con preferencia a su hermana mayor.

de la capacidad de la persona incapacitada)¹¹⁶. Su régimen jurídico es mucho más breve que el de la tutela (sólo abarca los arts. 286 a 291 CC), señalando el art. 291.I CC que se aplicaran a los curadores las normas de la tutela en lo relativo al nombramiento, inhabilidad, excusa¹¹⁷ y remoción de los mismos¹¹⁸. La curatela de los incapacitados tendrá por objeto la asistencia del curador para aquellos actos que expresamente imponga la sentencia que la haya establecido. Si la sentencia de incapacitación no hubiese especificado los actos en que deba ser necesaria la intervención del curador, se entenderá que ésta se extiende a los mismos actos en que los tutores necesitan autorización judicial (arts. 289 y 290 CC)¹¹⁹.

Por último, el Juez puede nombrar Defensor Judicial cuando existan conflictos de intereses entre los incapacitados y sus representantes legales o el curador, o cuando éstos, por cualquier causa, no desempeñen sus funciones hasta que cese la causa, o se designe a otra persona (art. 299 CC).

2. Internamiento de la persona.

A) Consideración general.

Cuando en la LEC se refiere al internamiento de la persona incapacitada, hace alusión a la necesidad de internar a una persona por razón de trastornos psíquicos en un lugar *ad hoc* para tratar el padecimiento sufrido por éste.

En general, el internamiento para tratar las afecciones derivadas de dichos padecimientos se puede producir en diversas circunstancias¹²⁰.

Puede darse el caso de que sea la misma persona quien ante una situación de ciertos trastornos que no pueda superar por sí misma, solicite voluntariamente el

116 Señala la doctrina que esta solución es la que se ha venido propugnando últimamente para determinados tipos de anomalías que, en un enorme porcentaje de los casos, pueden ser tratadas desde el nacimiento, y que mediante la educación y estimulación temprana se puede llegar a conseguir fomentar las potencias de una persona (por ejemplo, síndrome de Down, retraso mental leve o moderado, autismo).

117 Así, en la SAP Burgos 20 abril 2004 (EDJ 2004, 409009), la Sala admitió una causa de excusa de la curatela que se había atribuido a una Fundación que tenía como finalidad la atención a las personas deficientes mentales que hubieran sido declaradas incapaces (la tutelada era una mujer que consumía tóxicos, drogas y alcohol, lo que afectaba, según el informe del médico forense, a su dinámica vital y a su rendimiento intelectual) porque el Tribunal estimó que necesitaba ayuda externa distinta a la que podía proporcionar la Fundación.

118 En este sentido, por aplicación del art. 244 CC, en la SAP Valencia 28 marzo 2003 (Tol I.114.452) el Tribunal excluyó de la curatela del incapacitado a la hermana por tener importantes conflictos de intereses con el mismo y a la madre por imposibilidad física dado que se encontraba enferma e iba en silla de ruedas, designando curadora a la Generalitat Valenciana.

119 En este sentido, STS 20 mayo 1994 (Tol I.656.535), y SSAP La Rioja 30 octubre 2003 (Tol 332.690), Barcelona 29 julio 2005 (Tol 793.090), Badajoz 27 febrero 2006 (Tol 879.694), y Castellón 16 enero 2012 (Tol 2.532.550).

120 CALCEDO ORDOÑEZ, A.: "Internamientos, incapacitación y medios coercitivos", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2004, pp. 111-112, distingue entre internamiento clínico u hospitalización voluntaria, internamiento psiquiátrico por autorización judicial basado en el art. 763 LEC, e internamiento por orden judicial en el caso que el Juez advierta en el procesado indicios de trastorno mental (art. 381 LECRIM).

internamiento en un centro psiquiátrico, en cuyo caso nos encontramos ante un internamiento de carácter voluntario, o internamiento clínico (según terminología utilizada en la LGS, art. 65).

Asimismo, puede darse el supuesto de que sea el Juez, en la sentencia de incapacitación, el que establezca el internamiento del incapacitado si lo estima oportuno en beneficio del mismo (denominado por la doctrina internamiento forzoso ordinario)¹²¹.

Además, puede darse también el caso de que, ante ciertos trastornos de la persona, los especialistas que la tratan consideren conveniente el internamiento de la misma, aún cuando no haya sentencia de incapacitación, en cuyo caso, en principio, se estará a lo dispuesto en cuanto a su consentimiento a la legislación sanitaria (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y legislación autonómica correspondiente).

Y, por último, cabe que se produzcan situaciones de urgencia en las que sea necesario, para proteger a la persona afectada o a terceros, su internamiento en establecimiento adecuado al caso, aún cuando no exista sentencia de incapacitación ni tampoco, por tanto, consiguiente internamiento determinado por el Juez¹²², ni consentimiento del afectado (en caso, por ejemplo, de síndrome psicótico caracterizado por la aparición de delirios, trastornos confusionales y alucinaciones, o en el caso de Delirium Tremens o ciertos tipos de demencias)¹²³.

B) Internamiento del incapacitado determinado en la sentencia.

Establece el art. 760 LEC que en la sentencia de incapacitación el Juez se puede pronunciar, en su caso, sobre la necesidad de internamiento del declarado

121 Así lo denomina ELOSEGUI SOTOS, A.: "El internamiento forzoso ordinario", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005, pp. 76-80.

122 La doctrina defiende una alternativa al internamiento psiquiátrico, sea consentido o forzoso: se trata del denominado tratamiento ambulatorio que tiende a evitar la privación de libertad del paciente, aplicándose cuando se constata que el ingreso es innecesario por la correcta adherencia a la terapia señalada al paciente, aunque hay discrepancia entre los especialistas. Cfr. SERRANO BERNAL, V.: "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psicótico", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005, pp. 107-108. En sentido similar, RAMÓN MONTÉS, J.: "Enfoques de la problemática psiquiátrica en el ámbito civil: la hospitalización no voluntaria y la incapacitación", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 155-156.

123 Los expertos señalan cuatro situaciones como susceptibles de ser objeto de internamiento psiquiátrico urgente: riesgo de autoagresividad (suicidio, tentativa de suicidio); riesgo de heteroagresividad, en el que existe peligro para terceros; pérdida o grave disminución de autonomía personal, que impide realizar las tareas de cuidado personal más básicas y necesarias; y grave enfermedad mental con riesgo de agravarse en caso de no tratarse adecuadamente. Así, SERRANO BERNAL, V.: "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psicótico", cit., pp. 104-106. Por su parte, RAMÓN MONTÉS, J.: "Enfoques de la problemática psiquiátrica en el ámbito civil: la hospitalización no voluntaria y la incapacitación", cit., p. 158, añade que la medida de hospitalización para que se aplique debe ser razonablemente más efectiva y beneficiosa para el paciente que cualquier otra alternativa terapéutica menos restrictiva.

incapacitado. Dicho pronunciamiento se realizará a la vista de las pruebas que se hayan presentado, en donde tendrá un peso específico el dictamen de los peritos¹²⁴.

C) Régimen específico del internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

La Ley de Enjuiciamiento civil regula de modo detallado el internamiento no voluntario de una persona por razón de trastorno psíquico en el art. 763¹²⁵, cuando no media sentencia de incapacitación en la que se haya dispuesto el mismo por el Juez¹²⁶.

Señala este precepto, en su núm. 1, que el internamiento, por razón de trastorno psíquico¹²⁷, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde reside la persona afectada por el internamiento (en consonancia con el art. 271.1.1º CC)¹²⁸. Precisa la Ley que, como regla general, dicha autorización será previa al internamiento¹²⁹.

Pero exceptúa de esta regla la existencia de situaciones de urgencia que hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida¹³⁰.

124 Así lo consideró el Tribunal en la citada SAP Barcelona 27 julio 2006, por ejemplo.

125 Se ha criticado la expresión “trastorno psíquico” que se utiliza en el art. 763, por CASTELLANO ARROYO, M^a., MINGORANCE CANO, C., GASSÓ ARIAS, M.: “El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, *Actualidad civil*, núm. 26, 2003, pp. 663 ss., *La Ley 1130/2003*, p. 7, porque dicha expresión goza de tanta imprecisión que puede llevar a la inseguridad jurídica ya que puede ser interpretado por los propios familiares o allegados para solicitar el internamiento.

126 Considera la doctrina que se trata de un proceso independiente del de incapacitación; así, GONZÁLEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 205.

127 El TC en su sentencia 131/2010, 2 diciembre (Tol 2.007.363), consideró inconstitucional el art. 763.1 LEC pues estimó que esta materia debía haberse regulado por Ley Orgánica porque afecta a derechos fundamentales de la persona, aunque no declaró nula la norma para no dejar un vacío en el ordenamiento jurídico, instando al legislador a regular dicho internamiento por aquel tipo de ley. Lo establecido en esta resolución ha sido recogido en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia, que modifica la LEC en el sentido de atribuir carácter orgánico al art. 763 (art. segundo, tres).

128 La doctrina discute si la ratificación de los internamientos urgentes por trastorno psíquico constituye o no un expediente de jurisdicción voluntaria; véase RODRÍGUEZ LAINZ, J.: “El internamiento involuntario urgente en centro psiquiátrico en clave constitucional”, *Diario La Ley*, 8763, 1, 2016; SÁEZ GONZÁLEZ, J.: *La tutela judicial de los internamientos por razón de trastorno psíquico (Tratamiento posterior a la aprobación de la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria)*. Ed. Tecnos, Madrid, 2015; VIEIRA MORANTE, *ob. cit.*, p. 379.

129 Véase la diferencia de este internamiento no urgente con el urgente en CASTELLANO ARROYO, M^a., MINGORANCE CANO, C., GASSÓ ARIAS, M.: “El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, *cit.*, pp. 9-11.

130 La STSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, 19 octubre 2000 (EDJ 2000, 74930) abordó el caso en que se discutía la necesidad de un internamiento involuntario por razones de urgencia, que no apreció. Este recurso trata de la reclamación por parte de una madre al Servicio Vasco de Salud de una indemnización pecuniaria por el fallecimiento de su hijo por presunta negligencia de dicho Servicio. El fallecido seguía tratamiento en un Centro de Drogodependencias, al principio por su toxicomanía y después por un trastorno depresivo. En varias ocasiones, en momento temporal anterior a su fallecimiento, había acudido al Servicio de Urgencias del Hospital por sobreingesta medicamentosa, acompañada de bebida

Se señala por la doctrina que son presupuestos legales para la autorización a dicho internamiento, la existencia de trastorno psíquico, la necesidad de internamiento y la ausencia de capacidad en el internado para prestar consentimiento (art. 763.1 LEC)¹³¹.

En los casos de internamientos urgentes, señala la Ley en el art. 763.1.3º LEC que la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento y que dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 LEC.

En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas¹³² desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal (art. 763.2 LEC), plazo que, sin embargo, ha sido criticado por la doctrina por considerarlo excesivamente parco para poder completar todos los trámites exigidos por la ley¹³³.

alcohólica de alta graduación y gestos parasuicidas. En todas las ocasiones, los médicos que le atendieron le aconsejaron ingreso psiquiátrico, pero el paciente se negó, y, con el consentimiento de la familia, le dieron el alta. Poco tiempo después el paciente falleció por sobredosis, señalándose en la autopsia que pudo ser accidental o un suicidio. El TSJ concluyó que el ingreso involuntario, siendo aconsejable (como así lo entendieron los diferentes facultativos del Servicio de Urgencias que propusieron el ingreso al paciente, rechazándolo éste en todas las ocasiones), no era una medida de obligada adopción por parte de los facultativos, puesto que el paciente conservaba el juicio y la capacidad de control, contando con apoyo familiar, circunstancias que permitían continuar con el tratamiento ambulatorio y posponer el ingreso en un centro psiquiátrico, aunque señaló que el único elemento de juicio con el que contaban para tal conclusión era el informe del perito, pero, ello no obstante, era a la parte actora a la que competía acreditar el nexo causal, sin que se hubiera probado en el presente proceso ni la ausencia de control del enfermo ni la falta de capacidad de la familia para hacer frente a su situación, máxime cuando no constaba que la madre, que acompañó a su hijo a los Servicios de Urgencia, efectuara entonces manifestación alguna en tal sentido, asumiendo, al menos de modo implícito, su cuidado. Por todo ello, el TSJ desestimó el recurso presentado por la madre.

- 131 Así lo señala GONZÁLEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 206. Por su parte, CASTELLANO ARROYO, M^a, MINGORANCE CANO, C., GASSÓ ARIAS, M.: "El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacidad en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil", *cit.*, p. 8, estiman que serían motivos para producir dicho internamiento: que los pacientes manifiesten una conducta de riesgo o peligro para su integridad física o de otras personas, que el tratamiento indicado requiera de personal sanitario para su aplicación, y que el propio enfermo no esté en condiciones de administrarse el tratamiento ni existan familiares o personas que puedan prestarle el cuidado necesario.
- 132 Véase sobre el transcurso del plazo de las 72 horas, las SSTC 2 julio 2012 (RTC 2012, 41) y 7 septiembre 2015 (RTC 2015, 182), cuyo recurso interpuso el Ministerio Fiscal y cuya legitimidad para interponerlo se cuestionó, y en las que el TC estableció sin lugar a dudas la legitimidad del mismo como parte demandante, señalando, además que el plazo de 72 horas comienza desde el momento de la comunicación del ingreso hospitalario, sin permitir intercalar plazos implícitos.
- 133 En este sentido, VIEIRA MORANTE, *ob. cit.*, pp. 382-385, quien estima que el plazo es muy exiguo para cumplimentar todos los trámites requeridos por la ley, ya que durante este plazo los decanatos de los juzgados deben proceder a las operaciones de reparto y traslado al juzgado competente; tiene que posibilitarse la asistencia letrada al internado, dado que hay que comunicar el internamiento al letrado designado por el internado o sus representantes o designar al colegiado de oficio, y posteriormente posibilitarle la intervención con su representado; el Juez debe examinar al internado y a otras personas; hay que realizar el informe pericial; debe darse audiencia al Ministerio Fiscal, y, por último, dictarse resolución por el Juez pronunciándose sobre el internamiento; por todo lo cual, el autor se plantea si no se protegería

La STC 13/2016, de 1 febrero¹³⁴ dispone precisamente que es el responsable del centro quien tiene que pedir la autorización judicial, y no otras personas, como las que intervinieron antes del internamiento (agentes policiales, personal de ambulancias, trabajadores sociales, los propios parientes o conocidos del internado); pero, además, señala que el centro debe disponer de médicos psiquiatras que puedan emitir informe que diagnostique el trastorno mental del afectado y motive en su caso la necesidad del internamiento, y que dicho centro disponga de los equipos y recursos materiales (medicinas, etc.) que se requieran para el cuidado integral del interno y para iniciar el tratamiento terapéutico que precise. Señala también el TC que es necesario la "existencia de un informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato: si bien el responsable del centro médico está facultado para tomar *ab initio* la decisión de internar a la persona, es evidente que esto se condiciona al hecho de que consten acreditadas en ese momento y tras su reconocimiento, la necesidad y proporcionalidad de la medida, de la que ha de informarse al interesado hasta donde le sea comprensible, debiendo quedar plasmado por escrito el juicio médico para su posterior control por la autoridad judicial".

En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa (según se establece en el art. 758 LEC)¹³⁵. Ello ha sido ratificado por la STC 22/2016, de 15 de febrero¹³⁶, que hizo especial referencia al derecho del internado a contar con la asistencia jurídica de abogado y procurador y a la práctica de pruebas. En ella, el TC señala que el Juez debe informar al internado antes o durante el acto de exploración judicial del art. 763.3 LEC, de la apertura del proceso y su finalidad, así como del derecho que tiene a una asistencia jurídica, pudiendo optar la persona por un abogado y procurador, sean de su confianza o designados por el juzgado de entre los del turno de oficio; si nada manifiesta al respecto, bien porque no desea hacerlo, bien porque no es capaz de comprender lo que el juez le dice o de comunicar una respuesta, su representación y defensa deben ser asumidas por el fiscal actuante en la causa, que es lo que establece en ese caso el art. 758 LEC, al que se remite el art. 763.3 de la misma Ley. Sin embargo, de ser el fiscal el promotor de la medida de internamiento no podrá ser designado como su defensor, ordenando en tal supuesto el propio art. 758 LEC que se le designe un defensor judicial para que le

mejor los intereses del internado posibilitando una mayor ponderación de las circunstancias concurrentes, con real ejercicio de su defensa, aunque fuera a costa de la ampliación del plazo para proceder a todos estos trámites.

134 STC 22/2016, de 15 de febrero (Tol 6.436.791).

135 Así lo estima la doctrina, aunque nada se diga en el precepto, señalando GONZÁLEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 207, que si no los tuviera, actuará por ellos el Ministerio Fiscal, salvo que sea el promotor del expediente, en cuyo caso se le designará un defensor judicial (art. 758 LEC).

136 STC 22/2016, de 15 de febrero (Tol 6.436.791).

represente; en este caso, se entiende, a los únicos efectos del procedimiento de internamiento¹³⁷.

Con respecto a los menores, especifica la Ley que el internamiento de éstos se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, la Ley establece que el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

Debido al carácter graduable y revisable de la sentencia de incapacitación, la Ley indica que en la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Dichos informes serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

La autorización del internamiento es revisable de oficio si cambian las circunstancias que han dado lugar al internamiento. De manera que, recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Por otra parte, la Ley también estipula que cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

¹³⁷ En la misma línea, la STC 50/2016, de 14 de marzo (ROJ: STC 50/2016-ECLI:ES: TC:2016:50), estima el recurso de amparo por vulneración del derecho a la asistencia jurídica reconducido a lesión del derecho a la libertad del art. 17.1 CE, en un caso en el que, ante la petición de la persona internada, formulada en el momento de su exploración por la magistrada, de que se le nombrara abogado y procurador, se ratificó el internamiento antes de que se designara a estos profesionales y antes de que el Ministerio Fiscal emitiera informe sobre el internamiento.

3. Consecuencias jurídicas de los actos realizados por un incapacitado limitados en la sentencia de incapacitación.

Respecto a la realización por el incapacitado de un acto jurídico pese a la privación de la capacidad de obrar en la sentencia de incapacitación, el régimen jurídico de la incapacitación recogido en el CC y en la LEC no tiene una norma concreta.

Si en la sentencia de incapacitación se hubiera establecido la tutela, el CC no establece de modo claro si se puede ejercitar una acción de nulidad absoluta o relativa para invalidar el acto realizado por el incapaz. Aunque del art. 1301 CC, que se refiere a la acción de nulidad por causas de nulidad relativa (la denominada anulabilidad), en su apartado segundo, señala que el tiempo de dicha acción empezará a correr “Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela”, por lo que parece deducirse que los actos realizados por el incapacitado sometido a tutela son anulables, y no nulos, aunque existen opiniones contradictorias al respecto en la doctrina.

Si en la sentencia se hubiera establecido la curatela, el art. 293 del CC establece que “Los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador, cuando ésta sea preceptiva, serán anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los arts. 1301 y siguientes de este Código”. Por lo que en este caso no cabe duda de que el efecto de tales actos es la anulabilidad de los mismos.

En relación a los actos realizados por el declarado incapaz antes de la sentencia de incapacitación, se debe acudir a los procedimientos habituales para invalidar los actos realizados por un sujeto carente de capacidad natural, es decir, se puede solicitar por las personas afectadas la declaración de nulidad o anulabilidad de los mismos conforme al régimen jurídico aplicable a cada situación (arts. 6.3 y 1300 y ss. CC en relación con los preceptos específicos que sobre capacidad se exigen en los distintos actos y negocios jurídicos).

VII. PROCEDIMIENTO PARA LA REVISIÓN DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA CAPACIDAD.

La sentencia donde se declara la incapacitación no es inamovible ya que no tiene eficacia de cosa juzgada, puesto que las condiciones físicas o psíquicas del declarado incapaz pueden variar (para mejorar o para empeorar), necesitando,

por tanto, un ajuste del contenido de la misma¹³⁸. Así el art. 76l LEC establece que “La sentencia de incapacitación no impedirá que, sobrevenidas nuevas circunstancias, pueda instarse un nuevo proceso que tenga por objeto dejar sin efecto o modificar el alcance de la incapacitación ya establecida”.

Estima la doctrina que no se trata de un proceso de revisión ni de un incidente del proceso de declaración de la incapacitación anterior, sino de un nuevo proceso, como indica el propio art. 76l, basado en hechos nuevos¹³⁹.

La petición de este nuevo proceso se tramitará por los cauces del juicio verbal, siendo competente para conocer de este nuevo proceso el Juez de Primera Instancia del lugar de residencia del incapacitado (art. 759 LEC).

Pueden instar dicho proceso las personas que formularon la demanda anterior, las que ejercieren cargo tutelar o tuvieran bajo su guarda al incapacitado, el Ministerio Fiscal y el propio incapacitado. Añadiendo el art. 76l.2.2º que “Si se hubiera privado al incapacitado de la capacidad para comparecer en juicio, deberá obtener expresa autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo”.

También se establece que se practicarán de oficio las pruebas preceptivas a que se refiere el art. 759, tanto en la primera instancia como, en su caso, en la segunda (art. 76l.3 LEC).

La sentencia que se dicte en este nuevo proceso deberá pronunciarse sobre si procede o no dejar sin efecto la incapacitación, o sobre si deben o no modificarse la extensión y los límites de ésta (art. 76l.3.3º LEC)¹⁴⁰.

138 Destaca GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C.: *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2003, pp. 40-41, la importancia de la revisión de la sentencia, que permite no configurarla como una situación definitiva para la persona incapacitada.

139 Así, GONZÁLEZ GARCÍA, *ob. cit.*, p. 209.

140 Véase GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P.: “Procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacitación”, *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 2003 (I). Un supuesto de revisión de la incapacitación dictada se formuló en la STS 11 octubre 2017 (Tol 6.388.487), en la cual en el primer proceso se había dictaminado una incapacitación parcial para una mujer limitando su capacidad para realizar actos de disposición de bienes muebles e inmuebles de especial valor y de sumas de dinero hasta una cantidad concreta, nombrando curador a su marido; habiendo fallecido el marido, asumió el cargo su hijo, pero éste inició un nuevo proceso de incapacitación solicitando la sustitución de la incapacidad parcial por la total, solicitando ser nombrado tutor de su madre, pretensión a lo que accedió la Audiencia Provincial; habiendo presentado Recurso de casación, el TS denegó tal modificación señalando que la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación, en base a las disposiciones de la Convención de Nueva York; añadiendo que esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas; por lo que estimo que la sentencia recurrida conculca claramente la reseñada jurisprudencia de sala, en cuanto resulta desproporcionado el alcance de la limitación de capacidad declarada, a la vista de la situación de la incapacitada y, sobre todo, de sus necesidades asistenciales (en sentido amplio), pues el principal apoyo del que precisa la incapacitada y al que debe responder la modificación de la capacidad es la atribución a un guardador legal, tutor o curador, de las facultades necesarias, y justo las imprescindibles, para que la paciente siga el tratamiento prescrito por el médico que la atiende; y en este caso, la incapacitación total resulta excesiva y desproporcionada, pues priva innecesariamente a la afectada

VIII. PERSPECTIVAS DE FUTURO. REFERENCIA A LA NUEVA REGULACIÓN PROYECTADA SOBRE LA CAPACIDAD JURÍDICA DE LAS PERSONAS.

La exposición precedente es todavía derecho vigente, con todas las anotaciones que ha realizado la jurisprudencia y la doctrina a la normativa, sobre la modificación judicial de la capacidad de obrar de las personas, reformada ya en varias ocasiones, como se ha tenido oportunidad de observar.

Sin embargo, recientemente se ha propuesto por el Ministerio de Justicia y por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar social, en fecha 21 de septiembre de 2018, el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, en cuya Exposición de Motivos se señala que con esta reforma se pretende dar un paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención Internacional hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, fundamentalmente en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, estableciendo las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen.

Sigue señalando la Exposición de Motivos que la nueva regulación está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas de apoyo que pueda necesitar dicha persona en el ejercicio de su capacidad jurídica.

En este sentido, y siendo el concepto de capacidad jurídica el elemento fundamental sobre el que versa la reforma, dicha Exposición observa que la capacidad jurídica abarca tanto la titularidad de los derechos, como la legitimación para ejercitarlos. Tal como se desprende de la citada Convención.

La ley de reforma consta de cinco artículos, cinco disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

Por lo que se refiere al Código civil, éste se reforma en el artículo primero, en sesenta y tres apartados, que modifican preceptos relativos a la nacionalidad (arts. 9.6, 10.8, 15.1, 20.2, 21.3 y 22.2); a la separación y al divorcio y a los efectos comunes derivados de dichas situaciones (arts. 81, 82.2, 91, 94 y 96); a la filiación (arts. 112, 121, 124, 125 y 137); a la patria potestad (arts. 156 y 171); a la tutela, curatela, defensor judicial y guarda de hecho (que pasan a tener una nueva

de capacidad para actuar por sí misma en ámbitos que van más allá de su atención médica. Por lo que no se permitió la modificación de la capacidad solicitada.

numeración: así a la tutela de menores se refieren los arts. 199 a 237; los arts. 261 a 265 regulan la guarda de hecho de menores; los arts. 266 a 292 regulan la curatela, y los arts. 293 a 296 se refieren al defensor judicial); a la mayor edad y emancipación (que cambian de numeración, pasando a ser los arts. 238 a 247); a la prodigalidad (que pasa al art. 298); añadiéndose unas disposiciones comunes (arts. 299 a 300); asimismo se modifican algunos artículos referentes a la posesión, a materia sucesoria, sobre todo en el ámbito testamentario, y al derecho de contratos.

Las otras reformas que se producen se realizan en los artículos siguientes. Así, el artículo segundo modifica la Ley Hipotecaria en seis apartados. El artículo tercero reforma la Ley de Enjuiciamiento civil, distribuyéndose en nueve apartados. El artículo cuarto modifica la Ley del Registro civil. Y finalmente, el artículo quinto reforma la Ley de la Jurisdicción Voluntaria,

De todas las modificaciones producidas en el Anteproyecto, las reformas que más interesan por el tema tratado son las que se introducen en el Código Civil, que resulta ser la más extensa y de mayor importancia, puesto que en ella se establecen las bases del nuevo sistema fundamentado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad, y en la Ley de Enjuiciamiento civil.

La reforma más importante respecto a la modificación judicial de la capacidad de obrar o incapacitación es que en el Anteproyecto se suprime toda referencia a la incapacitación, que se regula actualmente, como se ha señalado, en el Título IX del Libro I del CC (arts. 199 a 201), pasando este Título a rubricarse "De la tutela y de la guarda de menores", regulándose la situación de las personas con discapacidad en el Título XI, bajo la rubrica "De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad". De manera que, como se señala en la Exposición de Motivos de dicha Ley, "el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como la ya citada Observación General de 2014 recuerda, es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad".

En este sentido, el art. 248 de dicho Título XI señala que "Constituye el objeto del presente título la regulación de las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad

y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad.- Las medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales. Las de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. Todas ellas deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”. Indicando el art. 249.I que “Las instituciones de apoyo a la persona con discapacidad son la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial”.

Incide la Exposición de Motivos en señalar que no se trata, pues, de un mero cambio de terminología que relegue los términos tradicionales de “incapacidad” e “incapacitación” por otros más precisos y respetuosos, sino de un nuevo y más acertado enfoque de la realidad, que advierta que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado. Parece ser que por ello, se han suprimido en la Ley de reforma las causas que daban lugar a la modificación judicial de la capacidad de obrar (recogidas en el art. 200 CC).

Siguiendo este criterio, se elimina la tutela como una institución de protección al incapacitado (que se reserva únicamente a los menores no emancipados), así como la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, considerando que son figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de protección de las personas adultas con discapacidad que se diseña en la reforma.

En el Anteproyecto se propone la curatela como la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad, siendo, por tanto, la figura con mayor regulación. Disponiendo que la finalidad de la institución es primordialmente la asistencia, apoyo, y ayuda al discapacitado, atribuyéndole de este modo una naturaleza asistencial. Aunque, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general. Con lo cual se atribuyen al curador una función que antes correspondía al tutor.

Desde el punto de vista procedimental, se establece que el procedimiento de provisión de apoyos se realice a través de una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso, según la propia Exposición de Motivos, a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean éstos personales, patrimoniales o políticos. En el Anteproyecto de Ley se realizan las necesarias adaptaciones terminológicas en el Capítulo primero del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pero además se destaca que la primera modificación relevante se encuentra en el apartado I del art. 756 de dicha norma, que establece que el proceso judicial solo procede cuando, de acuerdo con el Código

Civil, sea pertinente el nombramiento de curador. Por su parte, en el apartado 3 de ese mismo precepto se da solución al problema derivado del cambio de residencia habitual de la persona con discapacidad cuando se encuentra pendiente el proceso de provisión de apoyos., que se remite al Juez de la nueva residencia, siempre que no se haya celebrado aún la vista. Asimismo, entre otras, se reforman otros preceptos en los que se permite la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera los legitimados que no sea promotor del procedimiento, o de cualquier sujeto con interés legítimo, y se reordenan las pruebas que preceptivamente deben practicarse en este tipo de procesos, posibilitándose que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente el propio afectado y aquéllas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que él prefiera mantener reservados.

Este Anteproyecto ha merecido una valoración positiva del Consejo Económico y Social, emitido en el correspondiente Dictamen en Sesión Ordinaria del Pleno de 24 de octubre de 2018 (Dictamen 5 2018), así como del Consejo General del Poder Judicial que realizó sobre el mismo en el Informe emitido el 29 de noviembre de 2018.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La incapacitación, causas, extensión y procedimiento*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008.

AA.VV.: *Hacia una visión global de los mecanismos jurídico-privados de protección en materia de discapacidad* (coord. S. DE SALAS MURILLO), El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2010.

AA.VV.: *Aspectos jurídicos de interés para familiares de personas con alzheimer* (coord. R. MARRERO MACÍAS), 2010, pp. 9-10.

AA.VV.: *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (coord. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, M. PEREÑA VICENTE), I, La Ley Actualidad, Madrid, 2011.

AA.VV.: "2000-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España", *Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna* (dir. L. C. PÉREZ BUENO), CERMI, ediciones Cinca, Madrid, 2012.

ÁLVAREZ LATA, N.: "El proceso de incapacitación en la nueva LEciv", *Aranzadi civil-mercantil*, 2000 (21), pp. 1-7.

ÁLVAREZ LATA, N., SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: "El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 11 ss.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Incapacitación y drogodependencias", *Revista Española de Drogodependencias*, 38 (1), 2013, pp. 67-81.

- "La incapacidad en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17, 2014, pp. 252-275.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de: "¿Crisis de la incapacitación?: la autonomía de la voluntad como posible alternativa para la protección de los mayores", *Revista de derecho privado*, núm. 90, 2006, pp. 9-68.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Incapacitación. Práctica de las pruebas de audiencia de parientes, dictamen de facultativos y examen personal del presunto incapaz; limitación de la incapacitación a las actuaciones procesales por querulancia; sometimiento a curatela" *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 56, 2001, pp. 821-832.

BERROCAL LANZAROT, A.I., "La autonomía de la voluntad y los instrumentos de protección de las personas discapacitadas", *La Ley. Derecho de Familia*, núm. 2, 2014, *La Ley 1578/2014*.

BOTELLO HERMOSA, P.: "La Ley Orgánica 12015 y la curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico", *Revista de Derecho UNED*, Núm. 17, 2015, pp. 615-638.

CALCEDO ORDOÑEZ, A.: "Internamientos, incapacitación y medios coercitivos", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2004, pp. 111-114.

CALPARSORO DAMIÁN, J.: "La actuación del ministerio fiscal en defensa de las personas declaradas incapaces", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Logroño: Fundación Tutelar de la Rioja, 2005, pp. 45-46.

CASTELLANO ARROYO, M^a., MINGORANCE CANO, C., GASSÓ ARIAS, M.: "El internamiento psiquiátrico compulsivo y la incapacitación en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil", *Actualidad civil*, núm. 26, 2003, pp. 663 ss. (*La Ley 1130/2003*).

CLAVIJO, B. (coord.): *Guía de buenas prácticas en los procedimientos de incapacitación*, Fundación Aequitas del Consejo General del Notariado (recurso electrónico), Madrid, 2008.

CUENCA GÓMEZ, P.: "El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española", *REDUR*, núm. 10, Diciembre 2012, pp. 61 ss.

DE LA IGLESIA MONJE, M^a.I.: "El curador del mayor: un apoyo a la persona con modificación parcial de la capacidad", *RCDI*, núm. 765, 2018, pp. 445-460.

- "Reglas interpretativas de la legislación vigente en materia de incapacitación", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 716, 2009, pp. 3149-3161.

DIAZ ALABART, S.: "Principios de protección jurídica del discapacitado", *REGAP. Revista galega de administración pública*, núm. 38, 2004, pp. 15-32.

- "La autotutela", *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Enrique Lalaguna Domínguez* (coords. J. ALVENTOSA DEL RÍO, R.M^a MOLINER NAVARRO), Vol. I, 2008, pp. 319-338.

- "La dignidad de las personas con discapacidad", *Revista de Derecho privado*, núm. 94, 2010, pp. 87-88.

- "El Derecho al sufragio activo de las personas con discapacidad. La visión civilista", *Revista de Derecho privado*, núm.1, enero-febrero 2012, pp. 3-24.

DÍAZ PARDO, G.: "La incapacitación como procedimiento necesario en la defensa de nuestros mayores", *La Ley. Derecho de familia*, núm. 2, abril-junio 2014.

ELOSEGUI SOTOS, A.: "El internamiento forzoso ordinario", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005, pp. 76-80.

ESCALONA LARA, J.M^a.: "La incapacitación parcial a la luz de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2013", *Actualidad civil*, núm. 4, 2014, p. 466 ss. (La Ley 1353/2014).

ESPIÑEIRA SOTO, I.: ¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?, *Revista de Derecho civil*, Vol. II, núm. 2, abril-junio 2015, pp. 285-287.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A.: "Capacidad. Discapacidad. Incapacidad. Incapacitación", *Revista de Derecho de la UNED*, 2011, pp. 83-92.

GARCÍA CANTERO, G.: "Persons with disability vs Personas incapacitadas... O viceversa", *Revista Jurídica del Notariado*, núms. 88-89, 2014, pp. 743-819.

GARCÍA GARNICA, M.C.: "Discapacidad y dependencia (I): Concepto y evolución jurídica", en *Tratado de Derecho de la persona física*, t. II (dir. M^a.C. GETE ALONSO, coord. J. SOLÉ RESINA), Thomson-Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013.

GARCÍA-LUBÉN BARTHE, P.: *El proceso de incapacitación por enfermedades o deficiencias físicas o síquicas*, Madrid, Colex, 1999.

- "Procesos de reintegración de la capacidad y modificación de la incapacitación", *Saberes: Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales*, 2003 (1).

GARCÍA PONS, A.: "El artículo 12 de la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el derecho civil de los estados signatarios: el caso de España", *ADC*, 2013, pp. 59-147.

GETE-ALONSO Y CALERA, M^a.C.: *La protección civil de las personas sometidas a manipulación mental*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2003.

GÓMEZ LAPLAZA, M^a.C., DÍAZ ALABART, S.: "La capacidad testamentaria de los incapacitados", *Estudio de Derecho de Sucesiones. Liber Amicorum Teodora F. Torres*

García (dirs. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, M^a.P. GARCÍA RUBIO, COORDRA. M. HERRERO OVIEDO), *La Ley*, Madrid, 2014, pp. 529-546.

GONZÁLEZ FERNÁNDEZ, J.: "Actuación del médico forense", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja Logroño, 2005, pp. 81-102.

GONZÁLEZ GARCÍA, J.M.: "Régimen sobre los procesos sobre estado civil en la Ley de Enjuiciamiento Civil (con especial atención a los procesos sobre capacidad de las personas)", *Foro, Nueva época*, núm. 00/2004, pp. 161-211.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Los procesos sobre la capacidad de las personas en la nueva LEC", *Actualidad civil*, núm. 3, 2001, pp. 1143-1185.

- "Comentario al art. 199 CC", *Comentarios al Código civil* (Coord. A. DOMÍNGUEZ LUELMO), Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 337 ss.

- "Sentencia 13 mayo 2015. Proceso de modificación de la capacidad. Principio de proporcionalidad y principio de autonomía", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 101, 2016, pp. 111-129.

LAFUENTE TORRALBA, A.J.: "Cuestiones problemáticas y propuestas de reforma de la incapacitación judicial", *REDUR*, 10 diciembre 2012, pp. 123-143.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: "Incapacitación y derechos fundamentales: La Convención de Nueva York de 2006, la Ley 1/2009 y la STS 282/2009, de 29 de abril", en *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés* (coords. F. de P. BLASCO GASCÓ), Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1325-1326.

- *Principios de Derecho civil I. Parte General y Derecho de la Persona*, 23^a ed., Ed. Marcial Pons., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2017.

LECIÑENA IBARRA, A.: "Alternativa a los procedimiento de modificación de la capacidad de obrar en la protección de las personas mayores con discapacidad: ordenación ex voluntate y figuras tuitivas de apoyo", en *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA RIPOLL y A. LECIÑENA IBARRA), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.

MARÍN CALERO, C.: *El Derecho a la propia discapacidad, El régimen de la discapacidad de obrar*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2013.

- "La capacidad jurídica en la Convención sobre los derechos de las persona con discapacidad. Siete años después, ¿qué se puede hacer?", *Estudios jurídicos sobre la protección de las personas con discapacidad* (coord. M. GARCÍA RIPOLL Y A.

LECIÑENA IBARRA), Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 365 ss.

MARTÍN PÉREZ, J.A.: "Discapacidad y modificación de la capacidad de obrar: revisión del modelo de protección basado en la incapacitación", *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés 2* (coord. F. de P. BLASCO GASCÓ), Valencia, 2011, pp. 1469-1485.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: Reflexiones para una reforma legal*, The Global Law Collection, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

MARTÍNEZ GALLEGO, E.M^a.: *El procedimiento de incapacitación*, Ed. Fe d'Erratas, Madrid, 2013.

MATA LOSTES, L.P.: "El procedimiento de incapacitación y nombramiento de tutor en la ley de enjuiciamiento civil. Figuras de guarda", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005, pp. 25-33.

MAYOR DEL HOYO, M^a.V.: *Un nuevo modelo de protección de las personas con discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

MEDRANO PÉREZ, B.: "Incapacitación: tutela y curatela", *Actualidad civil*, núm. 2, 2016 (La Ley 660/2016).

NADAL I OLLER, N.: *La incapacitación: comentarios al título IX del libro I del Código civil, según redactado de la Ley 13/83 de 24 de octubre y Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1999.

NUÑEZ NUÑEZ, M.: "Puntualizaciones a la capacidad contractual: delimitación de posconceptos de incapacitación, incapacidad y discapacidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 3, 2007, pp. 453-464.

- "Diverso intereses confluyentes en el ejercicio de la acción de divorcio por los tutores", *La Ley Derecho de familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, núm. 2, 2014 (Ejemplar dedicado a: rotación jurídica de personas vulnerables), pp. 85-91

PALACIOS RIZZO, A.: *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas Discapacidad*, CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008.

PEREÑA VICENTE, M.: "La convención de Naciones Unidas y la nueva visión de la capacidad jurídica", en *La encrucijada de la Incapacitación y la Discapacidad*, Wolters Kluwer, 2011, pp. 195-208.

PÉREZ BUENO, L.C.: "La recepción de la Convención de la ONU en el ordenamiento jurídico español: ajustes necesarios", *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en Homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson-Reuter-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, M.C.: "La incapacitación en las Sentencias del Tribunal Supremo", *Aranzadi civil: revista doctrinal*, 1, 2000, pp. 1919-1954.

RAMÓN MONTÉS, J.: "Enfoques de la problemática psiquiátrica en el ámbito civil: la hospitalización no voluntaria y la incapacitación", *Derecho y Salud*, vol. 12, núm. 2, 2014, pp. 153-163.

ROCA GUILLAMÓN, J.: "Comentario al art. 200 Cc", *Comentarios al Código civil, T. I*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

RUEDA ESTRADA, J.D.: "La incapacitación judicial y el peritaje social: una visión desde las fundaciones tutelares", *Agathos: Atención sociosanitaria y bienestar*, 12 (1), 2012, pp. 30-41.

RUIZ JIMÉNEZ, J.: "La incapacitación de menores con discapacidad", *Familia, matrimonio y divorcio en los albores del Siglo XXI: (Jornadas Internacionales sobre las reformas de Derecho de familia. Ponencias y comunicaciones. Madrid, 27, 28 y 29 junio 2005)* (coord. F. YÁÑEZ VIVERO, A. DONADO VARA, M. F. MORETÓN SANZ; C. LASARTE ÁLVAREZ -dir. Congr.-), UNED-IDADFE-El Derecho, Madrid, 2006, pp. 231-240.

SAN PASTOR SEVILLA, Y.: "Procedimientos de modificación de la capacidad de obrar: Perspectivas de reforma", *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad* (dir. J. PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, coord. M. PEREÑA VICENTE), *La Ley*, Madrid, 2011, pp.207-218.

SANTOS URBANEJA, F.: "Causa y motivo de la incapacitación civil, una reflexión sobre art. 200 del código civil", *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad [Recurso electrónico]: II Jornadas celebradas en Logroño los días 26 y 27 de abril de 2007*.

SERNA MEROÑO, E.: "El actual modelo de protección de las personas con discapacidad y sus exigencias legales", *Revista jurídica de la Región de Murcia*, núm. 51, 2017, pp. 86-100;

SERRANO BERNAL, V.: "El internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico", en *Jornadas sobre Protección Jurídica en la Incapacidad*, Fundación Tutelar de la Rioja, Logroño, 2005.

VIEIRA MORANTE, F.J.: "Jurisdicción voluntaria y personas con discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 30, 2016, pp.371-385.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "Los actos personalísimos del incapacitado", *Noticias jurídicas*, (junio 2002).



EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN EN EL
DERECHO CONTRACTUAL ÍTALO-EUROPEO

*THE PROHIBITION OF DISCRIMINATION AS A LIMIT ON
CONTRACTUAL AUTONOMY*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 282-315

Gabriele
CARAPEZZA
FIGLIA

ARTÍCULO RECIBIDO: 31 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 30 de junio de 2018

RESUMEN: El artículo analiza la afirmación progresiva de la no discriminación como un principio del derecho contractual italiano y europeo. Después de haber examinado el concepto legislativo de discriminación contractual, el alcance de la prohibición y sus ámbitos de aplicación, el autor demuestra que la aplicabilidad directa del principio de igualdad en las relaciones de derecho privado es inseparable de la cuestión del control de la autonomía contractual, en el que se expresa el significado profundo del paradigma antidiscriminatorio. Con el propósito de asegurar una protección completa y efectiva, el trabajo se centra en el estudio de la diversificación de las técnicas de tutela antidiscriminatoria para elegir el “remedio civil justo”.

PALABRAS CLAVE: Discriminación; prohibición; contrato; igualdad de trato; formas de tutela.

ABSTRACT: *The essay analyzes the progressive assertion of non-discrimination as a principle within Italian and European contract law. After having examined the legislative concept of contractual discrimination, the scope of the prohibition and the extent of its impact, the Author shows that the direct applicability of the principle of equality within private law relations is inseparable from the issue of the review of contractual autonomy, where it expresses the core essence of the anti-discrimination paradigm. In order to assure full and effective protection, the paper focuses on diversification of techniques for protecting against discrimination and the choice of the “right” civil remedy.*

KEY WORDS: *Discrimination; prohibition; contract; equality; remedies.*

SUMARIO.- I. DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL EN LA SOCIEDAD PLURAL DE CONSUMO. CARÁCTER INDISPENSABLE DE UNA INTERVENCIÓN HETERO-REGULADORA DEL MERCADO.- II. LA AFIRMACIÓN PROGRESIVA DE LA NO DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIO DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO.- III. CONCEPTO NORMATIVO DE DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL Y ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN. EXTENSIÓN A LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y NECESIDAD DE JUSTIFICAR EL EFECTO DE LA DESIGUALDAD DE TRATO.- IV. PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO Y GRADUACIÓN DEL IMPACTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR: EL PROBLEMA DE LOS INTERCAMBIOS INDIVIDUALES.- V. LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR Y ESTRUCTURA DEL JUICIO.- VI. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL ILÍCITO DISCRIMINATORIO.- VII. CARGA DE LA PRUEBA Y CONFIGURACIÓN DE UNA PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA.- VIII. DIVERSIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y ELECCIÓN DEL “REMEDIO CIVIL JUSTO”.

I. DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL EN LA SOCIEDAD PLURAL DE CONSUMO. CARÁCTER INDISPENSABLE DE UNA INTERVENCIÓN HETERO-REGULADORA DEL MERCADO.

La necesidad de repensar las reglas de una economía social de mercado plantea cuestiones nuevas y difíciles, que requieren revisar la relación entre producción, competencia y solidaridad, reconciliando libertad contractual e igualdad en el acceso al mercado¹. Tales conceptos, desde el punto de vista de la teoría general del contrato, afectan, sobremanera, al fenómeno de la discriminación contractual, incidiendo sobre preconceptos generalizados y arraigados en el entorno social sobre los mecanismos del mercado y de las dinámicas contractuales².

- 1 AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del IX Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2015.
- 2 Sobre el fenómeno de la discriminación contractual véase FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 456 ss.; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile”, en Id. (coord.), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002, p. 19 ss.; TROISI, B.: “Profili civilistici del divieto di discriminazione”, en AA.VV.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2006, p. 295 ss.; MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007; Id., “Libertà contrattuale e divieto di discriminazione”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 401 ss.; Id., “Discriminazione (dir. priv.)”, en *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 490 ss.; Id., “Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti”, *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 161 ss.; LA ROCCA, D.: “Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi”, en BARBERA, M. (coord.): *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, p. 289 ss.; Id., *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008; GENTILI, A.: “Il principio di non discriminazione nei rapporti civili”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207 ss.; SOMMA, A.: “Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo”, en ALPA, G., LUDICA, G., PERFETTI, U. y P. ZATTI (coord.), *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009, p. 259 ss.; SOMMA, A.: “Razzismo economico e società dei consumi”, *Mat. storia cult. giur.*, 2009, p. 447 ss.; SITZIA,

• Gabriele Carapezza Figlia

Professore Ordinario di Diritto Privato, LUMSA, Palermo. Correo electrónico: g.carapezzafiglia@lumsa.it

La actitud de los contratantes hacia las cualidades personales de la parte contraria - en particular, sexo, origen nacional y étnico, religión - puede influir en el ejercicio de los poderes de la autonomía privada, a fin de producir un doble orden de efectos discriminatorios: impedir a los miembros del grupo desfavorecido el acceso a los bienes o servicios intercambiados o imponer condiciones contractuales diferentes o peores.

En el primer caso, el disfrute de un bien o servicio queda excluido por la negativa a contratar o la negativa a cumplir. En el segundo, el mercado transforma el prejuicio generalizado en un "recargo" que se añade al del bien o servicio: la posición social del sujeto pasivo de la discriminación se traduce en un costo adicional que la víctima está obligada a pagar para lograr la utilidad contractual³.

Por ejemplo, por limitarnos a casos tomados de nuestra jurisprudencia: la negativa de una agencia inmobiliaria a tratar con clientes extracomunitarios⁴; el estatuto de una cooperativa de construcción que permite ser socio solo a los ciudadanos de la UE⁵; la aplicación de diferentes precios a los clientes, debido a su origen étnico⁶.

En estos casos, la discriminación, que se traduce en la negativa a negociar o en imponer condiciones más desfavorables, determina tanto la violación de la dignidad humana y de la plena libertad de acceso a los intercambios contractuales de la parte contraria, como una deficiencia del mercado que reduce el tráfico jurídico, altera el mecanismo de formación de precios y mina el bienestar económico colectivo⁷.

Según una parte de los estudiosos del análisis económico del derecho, el mercado puede eliminar restricciones irracionales, por sí solo, incluidas las basadas en motivos discriminatorios⁸. Sería, pues, necesario atribuir, no al derecho, sino a la

L.: *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011; CHECCHINI, B.: "Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 186 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013; ID.: "Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1387 ss.; ID.: "Contratto, dignità della persona e ambiente civile. Riflessioni sul divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali", en AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, cit., p. 423 ss.; ID.: "The prohibition of discrimination as a limit on contractual autonomy", *Ital. Law Journ.*, 2018, p. 91 ss.; NAVARRETTA, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547 ss.; DONADIO, G.: *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, 2017.

3 Para profundizar sobre el tema puede verse FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 530 ss.

4 Trib. Milano, ord., 30 marzo 2000, *Foro it.*, 2000, I, c. 2040; Trib. Bologna, decr., 22 febrero 2001, *Dir. immigr. cittad.*, 2001, p. 101 ss.

5 Trib. Monza, ord., 27 marzo 2003, *Foro it.*, 2003, I, c. 3177 ss.

6 Trib. Padova, ord., 19 mayo 2005, *Giur. it.*, 2006, p. 951.

7 Ampliar en MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 41 ss.

8 En el debate de los Estados Unidos sobre la legislación laboral, se han planteado muchas críticas a la eficiencia de la normativa contra la discriminación: véanse, por ejemplo, POSNER, R.A.: "The Efficiency and the Efficacy of Title VII", *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 136, 1987, p. 513 ss.; DONOHUE III, J.: "Is Title VII Efficient?", *ivi*, 134, 1986, p. 1411 ss.; ID.: "Further Thoughts on Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner", *ivi*, 136, 1987, p. 523 ss.

competencia, la represión de la discriminación en los intercambios contractuales, ya que el sujeto discriminado (visto como comprador) encontraría fácilmente un operador disponible para venderle el bien o servicio al precio de mercado⁹.

Sin embargo, se ha demostrado que el mercado, especialmente si está fragmentado, lejos de eliminar las prácticas discriminatorias, en tanto que antieconómicas, las interioriza en un mecanismo más amplio de cálculo de costes y beneficios¹⁰. Ajustarse a los prejuicios sociales se convierte en una estrategia destinada a maximizar las ganancias, a aumentar la productividad o incluso a evitar el fracaso empresarial¹¹.

La inclinación de los mecanismos de mercado – que se transforman en un “instrumento de debilitamiento de las relaciones sociales”¹²– a perpetuar y a ampliar los preconceptos generalizados, transfiriéndolos a la dinámica contractual, demuestra el carácter indispensable de una intervención heterónoma para contener el fenómeno discriminatorio. Esta se expresa en la posición normativa de la prohibición de discriminación, que veta la transformación de las diferencias (como “hechos”) en desigualdades (como “juicios de valor”).

Durante las dos últimas décadas la progresiva aparición de una legislación antidiscriminatoria articulada, a menudo, de carácter comunitario, expresa un modelo de hetero-regulación del mercado, que se centra en la disciplina del contrato.

Impedir al mercado que ceda a los prejuicios exige depurar toda la actividad contractual de la influencia de los factores de discriminación: desde la fase precontractual (negativa a negociar o a concluir el contrato), pasando por la determinación del contenido del contrato (aplicación de condiciones más desfavorables), hasta su ejecución (negativa a cumplir, modalidad de cumplimiento o ejercicio discriminatorio de las facultades contractuales)¹³.

9 Sobre el argumento, en la doctrina alemana, v. LADEUR, K.H.: “The German Proposal of an “Anti-Discrimination”-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann”, *German Law Journal*, 3, 2002, en www.germanlawjournal.com; PICKER, E.: “L’antidiscriminazione come programma per il diritto privato”, *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 701.

10 En la literatura norteamericana, AYRES, I.: “Fair Driving: Gender and Race in Retail Car Negotiation”, *Harvard Law Rev.*, 104, 1991, p. 817 ss., sobre el impacto de los prejuicios raciales y sexuales en el mercado del automóvil en Chicago.

11 Las discriminaciones practicadas por los operadores económicos pueden derivarse de la necesidad de “adaptarse a una creencia externa, como una estrategia (...) para la asignación eficiente de los recursos: FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 533 s.

12 Así, PERLINGIERI, P.: “Mercato, solidarietà e diritti umani”, *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84 ss., ahora en *Id.*, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 243. Cfr., también, FERRARESE, M.R.: *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, p. 42 ss.

13 Ampliar en MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 248.

II. LA AFIRMACIÓN PROGRESIVA DE LA NO DISCRIMINACIÓN COMO PRINCIPIO DEL DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO.

La época actual se ha definido como “una nueva *edad de oro* de la legislación contra la discriminación”¹⁴, debido a la riqueza de las fuentes normativas que han ampliado y profundizado en la tutela civil contra la misma.

Aunque se atribuye comúnmente al legislador europeo la introducción del principio de no discriminación en el derecho civil, su primera formulación en Italia se puede encontrar en un texto nacional, es decir, en los arts. 43 y 44 del Decreto Legislativo 25 de julio de 1998, n. 286¹⁵. Dentro de un corpus de carácter jurídico-público, como el Texto Único de Inmigración, se encuentra, sorprendentemente, lo que se ha definido como una “cláusula general de no discriminación”¹⁶, acompañada de una acción civil específica y de un conjunto articulado de formas de protección¹⁷.

Sin embargo, es en el acervo comunitario donde la no discriminación se convierte en una regla de derecho de los contratos, propagándose, a través de los mecanismos de armonización, en los ordenamientos jurídicos nacionales. Aunque la prohibición de discriminar a la otra parte ya había sido aceptada por los *Principles of the Existing EC Contract Law*, solo recientemente se ha desarrollado en el Derecho comunitario derivado, a la luz de la introducción, por el Tratado de Amsterdam de 1997, del art. 13 del Tratado constitutivo (actual art. 19 del Tratado FUE)¹⁸.

14 Así, BARBERA, M.: “Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità”, en *Id.* (coord.), *Il nuovo diritto*, cit., p. XIX.

15 Sobre los arts. 43 y 44 del Texto único de Inmigración v. MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Gli atti discriminatori”, cit., p. 31 ss.

16 Lo afirman MOROZZO DELLA ROCCA, P.: “Gli atti discriminatori”, cit., p. 31; TROISI, B.: “Profili civilistici”, cit., p. 297; SITZIA, L.: *Pari dignità e discriminazione*, cit., p. 58 ss.; MANTELLO, M.: *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008, p. 7.

17 Sobre el art. 44 del Texto único de Inmigración, v. SCARSELLI, G.: “Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale”, *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 805 ss.

18 En la versión inicial de los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas, la prohibición de discriminación no solo está desprovista de centralidad, sino que está dirigida exclusivamente al objetivo de garantizar la libre circulación de los factores productivos y el establecimiento del mercado común (arts. 7; 40, párrafo 3; 48; 52; 59; 119, Tratt. CE). Profundizar en FAVILLI, C.: “Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea”, en DE SIERVO, U. (coord.): *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 228. Sobre el cambio en el enfoque comunitario, consagrado por el Tratado de Amsterdam y la Carta de Nizza (arts. 20 e 21), v. LA ROCCA, D.: *Eguaglianza*, cit., p. 50 ss.

En el nuevo derecho ítalo-europeo, en una visión dinámica¹⁹, la prohibición de discriminar por motivos de raza, origen étnico²⁰ y sexo²¹, se extiende, más allá de la relación laboral, a todos los intercambios de mercado, y va acompañada de una disciplina procesal para la resolución de los conflictos²².

Aunque todavía es muy común que se reconozca una libertad total y absoluta de elegir a la otra parte contratante²³, la elección de la misma se ha convertido en objeto de una legislación copiosa y fragmentada, que somete a control el efecto de desigualdad -en el acceso a bienes o servicios- creado por la autonomía contractual. Una prueba elocuente del renovado enfoque regulador, que refuerza la posibilidad de poner en práctica la prohibición de la discriminación en las relaciones entre particulares, es aportado por las iniciativas emprendidas para la revisión del derecho contractual europeo: los Principios *Acquis* y el *Draft Common Frame of Reference*.

Aunque las directivas antidiscriminatorias no se concibieron como directivas sobre contratos, el *Acquis Group* –desarrollando la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que considera la no discriminación como un “principio general del

19 Según CELOTTO, A.: Sub Art. 21, en BIFULCO, R., CARTABIA, M. y CELOTTO, A. (coord.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 173, mientras que el art. 21 de la Carta de Niza prohíbe la discriminación con una disposición negativa, el art. 19 Trat. FUE obliga a los organismos comunitarios a desarrollar, positivamente, políticas y acciones contra la discriminación. Conf. BELL, M.: “The Right to Equality and Non-Discrimination”, en HERVEY, T. y KENNER, J. (coord.): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A legal perspective*, Oxford-Portland, 2003, p. 98 ss.; FERRAJOLI, L.: “Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea”, en GALASSO, A. (coord.), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, Milano, 2007, p. 15 ss.

20 Directiva n. 2000/43/CE de 29 junio 2000, transpuesta mediante el d.lg. 9 julio 2003, n. 215.

21 Directiva n. 2004/113/CE de 13 diciembre 2004, transpuesta mediante el d.lg. 6 noviembre 2007, n. 196, que ha añadido los arts. 55 bis-55 decies en el d.lg. 11 abril 2006, n. 198, llamado “Código de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”.

22 D.lg. 2 septiembre 2011, n. 150, art. 28.

23 Ver, entre todos, GALGANO, F.: *Il negozio giuridico*, en *Tratt. dir. civ. e comm.*, dirigido por Cicu, A., Messineo, F. y Mengoni, L. y continuado por Schlesinger, P., 2ª ed., Milano, 2002, p. 53, según el cual se puede “en virtud de la propia autonomía contractual, responder no, sin tener que motivar el rechazo”; ROPPO, V.: *Il contratto*, en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por Iudica, G. y Zatti, P., 2ª ed., Milano, 2011, p. 79, que, aun identificando unas excepciones, afirma: “En la medida en que es el reino de la libertad, el contrato puede ser también reino de desigualdad y discriminación, basado en elecciones libres de los contratantes”.

Derecho comunitario²⁴– incluye la prohibición entre los principios generales en materia contractual²⁵, es decir, en una materia diferente de la laboral²⁶.

Por su parte, el *Draft Common Frame of Reference* dedica el Capítulo 2 del Libro II a la prohibición de discriminación y habla, por vez primera, de “*right not to be discriminated against*”²⁷. La adopción de la diferente terminología parece tener un significado especial, porque configura la no discriminación, no solo en los términos objetivos de una prohibición, sino en los de una situación jurídica subjetiva; y ello, para favorecer su penetración en el núcleo del derecho privado patrimonial: el derecho contractual.

III. CONCEPTO NORMATIVO DE DISCRIMINACIÓN CONTRACTUAL Y ÁMBITOS DE APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN. EXTENSIÓN A LA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA Y NECESIDAD DE JUSTIFICAR EL EFECTO DE LA DESIGUALDAD DE TRATO.

Las fuentes del derecho proporcionan definiciones parcialmente diferentes de la “prohibición de discriminación en el contrato”. Sin embargo, es posible identificar un núcleo común en el supuesto.

En primer lugar, la discriminación no coincide con la idiosincrasia o la aversión individual. La disciplina antidiscriminatoria impide dar relevancia en la negociación a ciertas cualidades personales que se definen como rasgos sospechosos. Estos son elementos que caracterizan la identidad de la persona, identificados por el legislador por su correspondencia a grupos que han sufrido históricamente desventajas²⁸. A menudo habrá diferencias inherentes y no modificables, como

24 V. TJUE, 8 octubre 1980, *Überschär*, c. 810/79, *Racc.*, 1980, p. 2747; TJUE, 22 noviembre 2005, n. 144, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, c. 144/04, *Giur. it.*, 2006, p. 1816 ss., según el cual la fuente del principio de no discriminación no está representada por el Derecho comunitario derivado, sino que se encuentra “en diversos instrumentos internacionales y en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros”. La clasificación de la no discriminación como un “principio general del Derecho comunitario” determina que su respeto no depende de la expiración del plazo para la transposición de las directivas que lo especifican. Por lo tanto, los tribunales nacionales están siempre obligados a garantizar la protección efectiva de los particulares, dejando de aplicar cualquier disposición contraria de la legislación nacional, independientemente de la correcta y diligente transposición de la normativa comunitaria secundaria. Cfr., también, TJUE, Gran Sala, 19 enero 2010, *Seda Küçükdeveci*, c. 555/07, en *Racc.*, 2010, p. 1-356. Cfr. FAVILLI, C.: “Il principio di non discriminazione nell’Unione europea e l’applicazione ai cittadini di paesi terzi”, en TEGA, D. (coord.), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, p. 59 ss.

25 Los Principios *Acquis* dedican a la prohibición de discriminación todo el capítulo 3, que se ubica entre los dedicados respectivamente a las obligaciones precontractuales (capítulo 2) y a la conclusión del contrato (capítulo 4). V. MAFFEIS, D.: *Il divieto*, cit., p. 265 ss.

26 El art. I:101, párrafo 3, excluye la aplicabilidad de los Principios *Acquis* en el “derecho laboral”, por lo que las directivas sobre la prohibición de discriminación se consideran fuente de derecho comunitario vigente en materia contractual, más allá del tradicional campo laboral.

27 Véase BERGER, V.A.: “Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz als Grundsatz im Gemeinsamen Referenzrahmen für Europäisches Vertragsrecht”, *Eur. Rev. Priv. L.*, 2008, p. 864; SOMMA, A.: “Principio”, cit., p. 259 ss.

28 Se refiere al “danger of considerable exclusion”, NEUNER, J.: “Protection against discrimination in European Contract Law”, *Eur. Rev. Contract Law*, 2006, 35, p. 45. La tipificación legislativa de los factores de riesgo

la raza y el origen étnico (art. 43, Decreto Legislativo n. 286 de 1998 y Decreto Legislativo n. 215 de 2003, en aplicación de la Directiva n. 2000/43/CE); color, ascendencia u origen nacional (art. 43, Decreto Legislativo n. 286 de 1998); el género (Decreto Legislativo n. 196 de 2007, en aplicación de la Directiva 2004/113/CE); discapacidad (Ley de marzo de 2006, n. 67 y Propuesta de Directiva de 2 de julio de 2008 COM (2008) 426); edad (Propuesta de directiva de 2 de julio de 2008 COM (2008) 426). Pero las formulaciones normativas más recientes revelan también diferencias que son fruto de elecciones individuales, como religión (art. 43, párrafo 2, Decreto Legislativo n. 286 de 1998); creencias personales y orientación sexual (Propuesta de Directiva 2 de julio de 2008 COM (2008) 426). La difusión del prejuicio justifica la prohibición, ya que potencialmente implica la exclusión del acceso a los intercambios contractuales y una consiguiente marginación social²⁹.

La prohibición de discriminar no encuentra restricciones de alcance, ni desde el punto de vista objetivo del tipo contractual³⁰, ni desde el punto de vista subjetivo de la naturaleza de las partes o del papel que desempeñan en la negociación³¹. La regulación antidiscriminatoria presenta, por lo tanto, la notable peculiaridad de operar también en contratos entre particulares de “igual fuerza contractual”³²— con la expresa inclusión de los contratos inmobiliarios, a través de la referencia al acceso a la vivienda -que representan “un área conservadora”, donde generalmente las limitaciones de la libertad contractual son más esporádicas³³.

Por otro lado, es controvertida la aplicabilidad de la prohibición de la discriminación indirecta en el derecho contractual³⁴.

identifica tantos “*disadvantaged groups*”: STORK, F.: “Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law”, *German Law Journal*, vol. 6, n. 2, 2005, p. 538. V., también, BARCELLONA, M.: “Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti”, *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 645.

- 29 El problema de la relevancia de factores de discriminación distintos de los previstos en los enunciados legislativos puede resolverse positivamente, a la luz de una interpretación sistemática, que se basa en los indicados por fuentes jerárquicamente superiores, como los artículos 3 Cost.; 19 del Tratado FEU y 21 de la Carta de Niza. Véase, también, NAVARRETTA, E.: “Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto”, cit., p. 563 ss.
- 30 Las fuentes emplean la fórmula “acceso a bienes y servicios y su suministro” que no se refiere a tipos contractuales específicos y es independiente de la naturaleza de los efectos (reales u obligatorios) y del objeto del contrato.
- 31 En cuanto a la aplicación subjetiva de la prohibición de discriminación véase CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 81 ss., donde se afirma la aplicabilidad de la prohibición, como sujetos pasivos, a las personas jurídicas, entidades y asociaciones, a la luz de las cualidades personales de los participantes, de las finalidades y de la naturaleza del organismo.
- 32 Cfr. NAVARRETTA, E.: “Principio”, cit., p. 566.
- 33 Así, DE NOVA, G.: “Contratto: per una voce”, *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 643.
- 34 La admiten, CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 89 ss.; TROISI, B.: “Profili”, cit., p. 298; LA ROCCA, D.: “Eguaglianza”, cit., p. 447 ss.; STIZIA, L.: *Pari dignità*, cit., pp. 215, 269; BETTETINI, A.: “Divieto”, en GIANNITI, P. (coord.): *I diritti fondamentali nell’Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja, Branca e Galgano, coord. por De Nova, Bologna-Roma, 2013, p. 640 s.; en sentido contrario, MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., pp. 26, 75, nota 43 y 160, nota 119.

La discriminación es indirecta cuando una “disposición”, un “criterio”, una “práctica”, un “acto”, un “pacto” o un “comportamiento” “aparentemente neutrales” pueden poner a las personas de un género, raza o etnia “en una posición de específica desventaja” en comparación con otras, salvo que tal disposición, criterio, práctica, acto, pacto o comportamiento “se justifique objetivamente por una finalidad legítima y los medios empleados para conseguirla sean apropiados y necesarios” (art. 55 bis, párrafo 2, d.lg. n. 198 de 2006; 2, párrafo 1, let. b e 3, párrafo 4, d.lg. n. 215 del 2003)³⁵.

Una parte de la doctrina limita la prohibición de discriminación indirecta a las relaciones laborales, donde la persona del trabajador asume mayor centralidad³⁶. Sin embargo, no solo tal interpretación carece de cualquier apoyo textual, sino que se opone a numerosos datos normativos, que, con claridad inequívoca, refieren a la materia contractual la prohibición de la discriminación indirecta³⁷.

Esta figura -más que una forma de expansión de la prohibición- puede considerarse una “técnica” destinada a destacar el nexo causal, por lo demás invisible, entre un factor de discriminación y el efecto de desigualdad creado por la autonomía contractual. El juicio se enfoca en la probabilidad de que la exclusión no sea aleatoria³⁸, “desenmascarando” la supuesta neutralidad de un criterio de acceso a las utilidades contractuales, aparentemente aplicable a todos, que, de hecho, perjudica a los miembros de un determinado grupo con respecto a la mayoría.

De esta manera -como entiende también la más reciente jurisprudencia italiana- el ilícito discriminatorio se caracteriza por un efecto de desigualdad, que no encuentra una justificación objetiva en una finalidad legítima³⁹. El núcleo del problema es, precisamente, la necesidad de justificar el peor tratamiento

35 También el art. 43, d.lg. n. 286 de 1998 utiliza una fórmula que incluye la discriminación indirecta, cuando se refiere a “cualquier comportamiento que, directa o indirectamente, implique una distinción, exclusión, restricción o preferencia”, basada en un factor de riesgo.

36 MAFFEIS, D.: “Il divieto”, cit., p. 267 s.; Id., “Il diritto”, cit., p. 171 ss.

37 El art. 2, párrafo 1, d.lg. n. 215 de 2003, prohíbe “cualquier discriminación directa o indirecta basada en el origen racial o étnico” (así se expresan, también, el art. 2, párrafo 1 y el considerando 13 de la Directiva 2000/43/CE); de manera similar, según el art. 55 ter, párrafo 1, d.lg. n. 198 de 2006, “está prohibido todo tipo de discriminación sexual directa e indirecta en el acceso a bienes y servicios y su suministro” (así, también, el art. 4 y el considerando 12 de la Directiva 2004/113/CE). La aplicabilidad de la prohibición de la discriminación indirecta al derecho contractual se ve confirmada por el art. 3:102 de los Principios *Acquis*, que la considera vigente en el derecho comunitario derivado, más allá del derecho del trabajo, que el art. 1: 101 excluye de la aplicabilidad de los Principios *Acquis*.

38 Así, BARBERA, M.: “Introduzione”, cit., p. XXXIII s. La causalidad indirecta reduce la relevancia de los estados subjetivos, en beneficio de técnicas de evaluación objetiva, como las basadas en estadísticas: CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 93 ss.; FAVILLI, C.: *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009, pp. 149 s., 250 s.; BETTETINI, A.: *Divieto*, cit., p. 640.

39 Ampliar en CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., pp. 93, 233 s.; en la doctrina española, AGUILERA RULL, A.: “Discriminación directa e indirecta”, *In-Dret*, 2007, I, p. 10 s. La tesis del texto es aceptada por la jurisprudencia más reciente: Trib. Roma, ord., 8 marzo 2012, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, p. 964; Trib. Catania, ord., 11 enero 2008, *Foro it.*, 2008, I, c. 1687, que, habiendo comprobado la existencia de una conducta del demandado que ha colocado a una “persona discapacitada en una posición de desventaja en

contractual. De hecho, de la regulación de la discriminación indirecta se desprende que la creación de un efecto de desigualdad no está prohibida cuando se encuentra “objetivamente justificada por finalidades legítimas perseguidas a través de medios apropiados y necesarios”⁴⁰.

Por lo tanto, habrá discriminación prohibida, si no hay ninguna justificación del trato desigual o si la supuesta justificación es fútil, y ello va acompañado de una desventaja considerable para el sujeto pasivo de la conducta. Por el contrario, se excluirá la ilicitud, cuando el efecto de desigualdad se equilibre con la búsqueda de una finalidad merecedora de protección, que se persiga por medios que no sean desproporcionados⁴¹.

A modo de ejemplo, se puede considerar una discriminación indirecta la prohibición de entrada en un establecimiento público a los clientes que usan cierta ropa (el velo o la *kippah*), cuando sea capaz de producir un trato desigual hacia los miembros de algunos grupos (mujeres de fe islámica o judíos ortodoxos). O las reglas de un edificio o de una multipropiedad, que regulan el uso de los elementos y de los servicios comunes, con el objetivo de prohibir la realización de actividades que, de manera particular, guarden relación con ciertos grupos culturales⁴². Sin embargo, el ilícito quedará excluido, si se puede identificar una justificación adecuada y proporcionada para el efecto de desigualdad, como, por ejemplo, particulares requisitos de seguridad o identificación inmediata, higiene y salud ambiental.

comparación con otras personas”, independientemente de la intencionalidad, reconocen la existencia de una discriminación ilícita y liquidan el daño moral.

- 40 Así, los arts. 3, párrafo 4, d.lg. n. 215 del 2003; 55 bis, párrafo 7, d.lg. n. 198 del 2006. Según la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión europea, la discriminación indirecta no está prohibida cuando “objetivamente justificada”: TJUE, 16 diciembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e altri*, c. 127/07, *Racc.*, 2008, p. I-9895, § 23; TJUE, Gran Sala, 1 marzo 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt e Charles Basselier*, c. 236/09, *Nuova giur. civ. comm.*, 2011, p. 493 ss.; TJUE, 14 junio 2012, *Commissione c. Paesi Bassi*, c. 542/09, § 55; TJUE, 20 junio 2013, *Giersch e altri*, c. 20/12, § 46. En la jurisprudencia del TEDH se afirma que “a difference in treatment is discriminatory if it has no objective and reasonable justification; in other words, if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised”: *ex multis*, TEDH, Gran Sala, 19 febrero 2013, X y o. c. Austria, § 98.
- 41 Por esta razón, parece excesivo atribuir al contratante el deber de tener en cuenta necesidades culturales o religiosas específicas de posibles partes contratantes, a fin de “garantizar el respeto de la *diversidad*, base del derecho a la identidad y la diferencia” (así, TROISI, B.: “Profili”, cit., p. 298). El límite del sacrificio apreciable del propio interés define la relación entre efecto de desigualdad y razón justificadora del acto, comportamiento o criterio discriminatorio. Ampliar en CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 95 ss.
- 42 Véase FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 541, nota 845; BIANCA, C.M.: “Il problema dei limiti all’autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione”, en AA.VV.: *Discriminazione razziale e autonomia privata*, Roma, 2006, p. 65.

IV. PROCEDIMIENTOS DE FORMACIÓN DEL CONTRATO Y GRADUACIÓN DEL IMPACTO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR: EL PROBLEMA DE LOS INTERCAMBIOS INDIVIDUALES.

Otra cuestión problemática es la controvertida aplicabilidad de la prohibición de discriminar a cualquier técnica de negociación⁴³.

Aunque en la elaboración doctrinal es común identificar el fundamento axiológico de la prohibición en un principio de grandes "potencialidades expansivas"⁴⁴, como es la dignidad humana⁴⁵, es frecuente limitar su alcance de aplicación a las ofertas al público⁴⁶. Para apoyar esta solución se han propuesto diferentes explicaciones.

Según una parte de la doctrina, solo la discriminación en los contratos abiertos, que contienen ofertas al público, puede afectar a la eficiencia del mercado y a la dignidad de los excluidos⁴⁷. Por lo tanto, un contratante puede evitar, si así lo desea, la aplicación de la prohibición de discriminar, pero, para hacerlo, debe soportar la carga de renunciar a las ofertas generales al público y utilizar, en cambio, una o más declaraciones individualizadas, que serán la premisa del desarrollo de otras tantas negociaciones. En este caso, el contratista puede discriminar lícitamente a la otra parte, rechazando la conclusión del contrato u ofreciéndole condiciones diferentes o peores, en virtud de un "factor de riesgo"⁴⁸.

La "fácil objeción"⁴⁹ a esta reconstrucción se basa en su inspiración en una lógica de tipo mercantil, incompatible con los valores del ordenamiento jurídico, hasta el punto de que "se prohíbe una grave humillación de la dignidad de la persona porque no beneficia al mercado"⁵⁰. Además -como se demostrará en las páginas

43 Es recurrente en el derecho privado europeo la expresión "bienes y servicios disponibles para el público y la oferta de los mismos" (arts. 3, párrafo 1, l. h, dir. 2000/43/CE; 3, párrafo 1, dir. 2004/113/CE; 3:201 del Principi Acquis). Así, también, el art. 43, párrafo 2, l. b del Texto único de Inmigración.

44 Así, NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 552.

45 Véase BIANCA, C.M.: "Il problema", cit., p. 64 ss.; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 44 ss.; GENTILI, A.: "Il principio", cit., p. 228 ss.; NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 551 ss. Sin embargo, como se ha argumentado en CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 179 ss., reconocer el núcleo del concepto de discriminación en la ofensa a la dignidad y no en la creación de un efecto de desigualdad, eclipsa la multiplicidad de intereses involucrados en el fenómeno y lo considera solamente como una forma de responsabilidad extracontractual, sin tener en cuenta los numerosos remedios previstos por las disciplinas antidiscriminatorias.

46 Cfr. MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 203 ss.; Id., "Il diritto", cit., p. 166 ss.; BRECCIA, U.: Sub Art. 1322 c.c., en NAVARRETTA, E. y ORESTANO, A. (coord.): *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349*, en *Comm. cod. civ.*, dirigido por E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 105; NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 551 ss. En cambio, admiten la extensión a las declaraciones individualizadas: CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 105 ss.; SITZIA, L.: *Pari dignità*, cit., p. 98 ss.; CHECCHINI, B.: "Eguaglianza", cit., p. 195 ss.

47 Así, MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 43.

48 MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 215 s.; Id., "Il diritto", cit., p. 166 ss.

49 Así, NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 553.

50 GENTILI, A.: "Il principio", cit., p. 225.

siguientes- incluso la discriminación en los contratos individualizados puede excluir a la víctima del acceso al mercado y perjudicar el bienestar económico colectivo⁵¹.

Una segunda orientación parte del presupuesto de que la libertad contractual, en principio, no está sometida a ningún control⁵², de modo que el legislador habría establecido una excepción, exclusivamente, en la oferta al público, buscando un equilibrio entre la autonomía individual y la igualdad de oportunidades de acceso al mercado de numerosas partes⁵³. El elemento de la "pluralidad de excluidos"⁵⁴ representaría el fundamento de la prohibición de discriminación contractual, lo que justificaría su limitación únicamente a las ofertas al público, donde hay "un sacrificio de muchos frente al interés del individuo"⁵⁵.

Sin embargo, no parece que el argumento del "sacrificio de muchos" pueda excluir la aplicabilidad de la prohibición de discriminación a los intercambios individualizados; sobre todo, cuando quien contrata (aunque evita el uso de la oferta al público) toma decisiones discriminatorias en serie en el contexto de las negociaciones individuales. Piénsese en una sociedad inmobiliaria, que en lugar de dirigirse a una categoría indeterminada, pero limitada de personas -utilizando una oferta al público⁵⁶- dirige una pluralidad de declaraciones individualizadas a un grupo de destinatarios seleccionados como clientes potenciales, reservándose el derecho de rechazar la conclusión del contrato con aquellos que, durante la negociación, revelen un específico origen étnico o una determinada convicción religiosa, a fin de garantizar la homogeneidad del edificio.

En segundo lugar, la difusión de los prejuicios sociales en un específico "mercado de referencia" puede implicar que el mismo comportamiento discriminatorio, incluso, si se expresa en el contexto de negociaciones individuales, impida de manera muy significativa o, incluso, excluya el acceso de los miembros del grupo desfavorecido a un determinado bien o servicio⁵⁷. A modo de ejemplo, pueden darse los mercados inmobiliarios caracterizados por una ubicación territorial particular, donde la conducta de los propietarios, sin recurrir a la oferta pública, impide totalmente la satisfacción de las necesidades de vivienda de los grupos discriminados, debido a la imposibilidad de negociar con terceros.

51 Véase, GENTILI, A.: "Il principio", cit., pp. 224 e 228 s.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieti*, cit., p. 105 ss.

52 Así, NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 555 s., según la cual "si el silencio sobre la elección contractual es legítimo, debe considerarse irrelevante la declaración de elección, incluida la discriminatoria".

53 NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 560 s.

54 NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 561.

55 NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 560.

56 Según la mayoría de la doctrina, la oferta al público puede dirigirse a un grupo limitado de destinatarios: FORCHIELLI, P.: "Offerta al pubblico", en *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 764; SBISA, G.: *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 256; OBERTO, G.: "Offerta al pubblico", en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 10; FEDERICO, A.: *Sub art. 1336 c.c.*, en PERLINGIERI, G. (coord.): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, I, Napoli, 2010, p. 467.

57 Ampliar en FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 477 s.; NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 562.

Por lo tanto, la pluralidad o singularidad de los excluidos debe evaluarse, no en abstracto, a la luz de la técnica de la negociación, sino en concreto, a nivel de cada "mercado de referencia": incluso en ausencia de una oferta al público, la discriminación puede afectar a la igualdad de oportunidades de acceso al mercado de una pluralidad de sujetos.

En términos más generales, la premisa de una diferente calificación de los intercambios individuales es que la prohibición de la discriminación no niega la libertad de elección de la otra parte, ni siquiera cuando el contratante dirige su declaración al público. El derecho comunitario establece claramente que la prohibición de discriminar "no afectará a la libertad de la persona a la hora de elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no se base" en uno de rasgos sospechosos (arts. 3, párrafo 2, directiva 2004/113/CE; 55 ter, párrafo 4, decreto legislativo n. 198 de 2006)⁵⁸.

Aunque la doctrina ha reconocido tradicionalmente una antinomia entre la autonomía privada y la prohibición de discriminación⁵⁹, esta última se limita a imponer la devaluación jurídica de ciertas diferencias de hecho, que no pueden afectar a las oportunidades de acceso a los intercambios en el mercado. También se debe reiterar que el control judicial de la naturaleza discriminatoria de la elección contractual, incluso, fuera de la oferta al público, se refiere, únicamente, a la negativa a negociar o a la negociación en peores condiciones. Por lo tanto, la prohibición de discriminación no genera ninguna "obligación general de justificar las decisiones contractuales"⁶⁰, porque, cuando se aplica a las negociaciones individuales, exige que exista una relación precontractual entre las partes⁶¹ (lo que es coherente con la tendencia del derecho contractual a impregnar de discrecionalidad el ejercicio

58 La prohibición de discriminación no discute la que BRECCIA, U.: "Contrarietà all'ordine pubblico", en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por Bessone, M., *Il contratto in generale*, XIII, 3, Torino, 1999, p. 200, define "la libertad de elegir la contraparte y contribuir a la formación de las reglas del contrato sin preocuparse de tratar de la misma manera las posibles contrapartes".

59 Identifican una contradicción irreconciliable entre el reconocimiento generalizado de la igualdad, entendida como igualdad de trato, y la libertad contractual: RESCIGNO, P.: "Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato", *Foro it.*, 1960, I, c. 664 ss., ahora en *Id.*: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, I, (rist.), Padova, 1987, p. 335 ss.; CARUSI, D.: *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998, p. 13 ss.; PASETTI, G.: *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, pp. 13 s., 43 ss.; *Id.*, "Parità di trattamento", en *Enc. giur.* Treccani, XXII, Roma, 1990, p. 1 s.; PELLECCIA, E.: *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino, 2005, p. 118.

60 Así, NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 556, que teme "una interpretación sustancialmente abrogadora de la libertad contractual". De acuerdo con la autora, aplicar la prohibición de la discriminación incluso a los intercambios individuales requeriría "motivar siempre y *ab initio* sus propias decisiones contractuales".

61 Fallando una relación precontractual entre las partes, no sería concebible, ni la negativa a celebrar el contrato, ni la imposición de condiciones contractuales más desfavorables. Por lo tanto, aplicar la prohibición de discriminación a los intercambios individuales, no impide -como afirma MAFFEIS, D.: "Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti", cit., p. 170- al contratante "formular una propuesta contractual a una persona con un nombre y un apellido que le agraden, y solo a esta", porque el control judicial, en los intercambios individuales, no se ejerce sobre la propuesta, sino -hay que reiterarlo- sobre la negativa a contratar y la contratación en peores condiciones.

de la autonomía), exclusivamente, en contextos particulares⁶², caracterizados por un cierto grado de relacionalidad entre las partes.

Por lo tanto, la carga de justificar las desigualdades creadas por la autonomía privada encuentra diferentes manifestaciones, que dependen también del procedimiento de conclusión del contrato. Sin embargo, de la circunstancia de dirigir al público la declaración contractual no se puede deducir la solución del conflicto entre la libertad contractual y la prohibición de discriminación, de modo que prevalezca la primera (en las declaraciones individualizadas) o la segunda (en las declaraciones al público)⁶³.

Por un lado, incluso en presencia de una declaración dirigida al público, el interés del oferente en elegir entre más aceptantes puede ser digno de protección, siempre que el criterio adoptado no sea discriminatorio⁶⁴. Por otro lado, en los intercambios individuales, no siempre se puede considerar protegido el interés a elegir libremente a la otra parte contratante.

De hecho, se enseña que la transferibilidad/intransferibilidad de la oferta debe vincularse a la transferibilidad/intransferibilidad del contrato, de modo que si la propuesta es "impersonal" puede "circular", incluso, sin el consentimiento de su autor⁶⁵. De esta forma, se demuestra que es falso que, solo cuando existe una declaración al público, el contratante no tiene interés en distinguir a la parte contraria de acuerdo con sus cualidades personales⁶⁶. Existen relaciones en las que no existe tal interés, incluso si la formación del contrato se deriva de una declaración individualizada.

No faltan normas que confirman la necesidad de diversificar las modalidades de aplicación de la prohibición de discriminar, no según el criterio meramente procedimental de la formación del contrato, sino siguiendo un método teleológico-sistemático.

El alcance operativo de la legislación antidiscriminatoria, de hecho, está limitado por referencia a los bienes y servicios "que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar, y a las transacciones que se efectúen en ese contexto"⁶⁷. Si

62 Sobre el control de la autonomía contractual, véase PERLINGIERI, P.: "Nuovi profili del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss., ahora en *Id.*, *Il diritto*, cit., p. 415 ss.; *Id.*, "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, spec. p. 326, que identifica los principios de referencia del control de la legalidad de las normas y del control de la validez de los contratos.

63 CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 105 ss.

64 Cfr. MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 206 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 112 ss.

65 Así, SACCO, R. en *Id.* y DE NOVA, G.: *Il contratto*, II, cit., p. 337 ss.

66 Por el contrario, lo afirma MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 205.

67 Así, los artículos 3, párrafo 1, Directiva 2004/113/CE; 55 ter, párrafo 2, del decreto legislativo n. 198 de 2006. Las Directivas 2000/43/CE y 2004/113/CE añaden, en los considerandos, que el principio de no discriminación debe equilibrarse con "otros derechos y libertades fundamentales, incluida la protección de

la prohibición de discriminar funcionara solo en presencia de una declaración al público, la exclusión de los intercambios realizados en el ámbito de la vida privada y familiar carecería de un valor normativo propio. La disciplina antidiscriminatoria ya debería considerarse inaplicable, en virtud del uso de técnicas contractuales diferentes a la de la oferta al público y a la de la invitación a ofrecer.

Una vez más, hay que resolver la cuestión comprobando la justificación del efecto de desigualdad generado por la autonomía privada. Cuanto más afecta un contrato a la esfera personal del individuo (llamado "*Kernbereich der persönlichen Freiheitssphäre*"), tanto menor debe ser el control judicial sobre la libertad de elección del otro contratante, pudiendo llegar a eliminarse, como en los casos del alquiler de una casa de vacaciones a un miembro de la familia o de una habitación en un hogar privado, pues se trata de supuestos relacionados con el "ámbito de la vida privada y familiar", que no está sujeto a la prohibición de discriminar⁶⁸.

Sin embargo, más allá de estos contextos, la prohibición puede aplicarse a los intercambios individuales, donde el efecto de desigualdad no se justifica por un interés merecedor de protección. Considérese el caso de la negociación individual iniciada por un sujeto, en el ejercicio de una actividad comercial o profesional⁶⁹, que interrumpe las negociaciones y rechaza la celebración del contrato, por una razón discriminatoria, tal vez expresamente declarada⁷⁰. O la hipótesis del propietario de un complejo de viviendas que, sin dirigirse al público, arrienda unidades inmobiliarias idénticas, aplicando condiciones contractuales mucho menos favorables para los inquilinos de un cierto origen étnico o creencia religiosa.

En conclusión, no excluir *a priori* que pueda configurarse un ilícito discriminatorio, incluso fuera de la oferta al público, no implica, como se ha dicho, la destrucción de la libertad contractual⁷¹, porque, según el contexto de su aplicación, la prohibición de discriminación cambia su grado de impacto, debido a la diferente calidad e intensidad de protección de los intereses en conflicto. Unas veces, como en el caso de los intercambios llevados a cabo en el "ámbito de la vida privada y familiar", el legislador pondera directamente el justo equilibrio entre los intereses en juego,

la vida privada y familiar y de las transacciones llevadas a cabo en esta área". Distingue, correctamente, entre "public and private spheres of the individual", PINTO OLIVEIRA, N.M. y MAC CROIRIE, B.: "Anti-discrimination Rules in European Contract Law", en GRUNDMANN, S. (coord.): *Constitutional Values and European Contract Law*, L'Aja, 2008, p. 115 ss.

- 68 La plena libertad de elegir la contraparte en el "área de vida privada y familiar" se justifica por la necesidad de promover una amplia autodeterminación del individuo en su propia dimensión existencial (NEUNER, J.: "Diskriminierungsschutz durch Privatrecht", *Juristen Zeitung*, 2003, p. 57 ss.; STORK, F.: "Comments", cit., p. 539).
- 69 El control es mayor cuando la discriminación tiene lugar en el ejercicio de una actividad económica: SACCO, R. en ID. y DE NOVA, G.: *Il contratto*, II, cit., p. 100; FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 543 ss.
- 70 A modo de ejemplo, la empresa que rechaza la prestación de sus servicios de corretaje de bienes inmuebles debido a la nacionalidad del solicitante o el catering que se niega a realizar sus servicios, en virtud del origen étnico del cliente.
- 71 Así, MAFFEIS, D.: "Il diritto", cit., pp. 168, 175; NAVARRETTA, E.: "Principio", cit., p. 555 s.

haciendo prevalecer la libertad contractual; otras veces, como en los ejemplos citados de negociaciones individualizadas, permite un control sobre la justificación del efecto de desigualdad producido en la elección de la parte contraria.

V. LA IGUALDAD COMO FUNDAMENTO AXIOLÓGICO DE LA PROHIBICIÓN DE DISCRIMINAR Y ESTRUCTURA DEL JUICIO.

Finalmente, la jurisprudencia de la *Corte di Cassazione* reconoce que el núcleo conceptual de la prohibición de discriminar es la justificación del efecto de la desigualdad.

Después de sostener una posición restrictiva⁷², el Tribunal Supremo identifica el fundamento del principio de no discriminación directamente en el art. 3 cost.⁷³, superando la tradicional hostilidad que se expresó, tanto en la búsqueda de las fuentes de la igualdad en otros principios constitucionales, como en el uso de argumentos más habituales en la dogmática, como el orden público o las buenas costumbres⁷⁴.

Las Secciones Unidas aceptan las sugerencias de la jurisprudencia europea -que considera la no discriminación como expresión del principio de igualdad⁷⁵, un derecho humano fundamental directamente exigible en las relaciones entre particulares⁷⁶-y deriva de numerosos instrumentos internacionales (art. 14 del CEDH; 2 Tratado de la UE, arts. 18 y 19 del Tratado FUE, art. 21 Carta de los derechos fundamentales de la UE), pero sobre todo “del principio constitucional fundamental de igualdad (art. 3 de la Constitución)”, un “derecho subjetivo absoluto” a no ser discriminado “que protege un área de libertad y potencialidad del sujeto, en contra de cualquier tipo de violación”⁷⁷.

72 Véase, Cass., Sez. un., 29 mayo 1993, n. 6030, *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2341 ss. Puede profundizarse en GIORGINI, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 163 ss.

73 Cass., Sez. un., 15 febrero 2011, n. 3670, *Foro it.*, 2011, 4, I, c. 1101 ss.; Cass., Sez. un., 30 marzo 2011, n. 7186, *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, p. 1095 ss. V., *amplius*, PERLINGIERI, P.: “Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile”, *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 724 ss., ahora en *Id.*: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 135 ss.

74 Para una revisión crítica de estas posiciones, me remito a CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, cit., p. 142 ss.

75 Cfr., *ex multis*, TJUE, 8 octubre 1980, *Überschär*, c. 810/79, cit.; TJUE, 17 julio 1997, *The Queen c. National Farmers' Union e a.*, c. 354/95, *Racc.*, 1995, p. I-4559, § 61; TJUE, 30 abril 1996, c. 13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, § 18, *Racc.*, 1996, p. I-2165; TJUE, 22 noviembre 2005, n. 144, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, c. 144/04, cit.

76 En este sentido, v. TJUE, 12 diciembre 2000, *Ángel Rodríguez Caballero*, c. 442/00, *Racc.*, 2002, I, p. 11915, § 32. Cfr., también, TJUE, 22 noviembre 2005, n. 144, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*, c. 144/04, cit.; TJUE, Gran Sala, 19 enero 2010, *Seda Küçükdeveci*, c. 555/07, *Racc.*, 2010, p. I-356.

77 Así, Cass., Sez. un., 15 febrero 2011, n. 3670, cit.; Cass., Sez. un., 30 marzo 2011, n. 7186, cit. Véase, también, el art. II.-2:101 del *Draft Common Frame of Reference*, que habla de “right not to be discriminated against”.

De esta manera, la prohibición de discriminación contractual revela el doble papel que el principio de igualdad puede adquirir con el reconocimiento de su eficacia horizontal⁷⁸: derecho subjetivo de la persona y limitación objetiva de todos los “poderes reguladores”, incluida la autonomía privada. Por lo tanto, la aplicabilidad directa del precepto de igualdad en las relaciones de derecho civil no se puede diferenciar del control de la autonomía contractual, en el que se expresa el significado profundo del paradigma antidiscriminatorio.

Desde esta perspectiva, es posible abordar el problema de la fisonomía de la discriminación.

De acuerdo con la orientación más común, el juicio sobre la existencia de la discriminación tiene carácter relacional, porque requiere un criterio de comparación y dos términos para comparar⁷⁹. Sin embargo, si la estructura del juicio de discriminación es ternaria -es decir, basada en una comparación real o virtual- la discriminación acaba por identificarse con el trato desigual⁸⁰. La comparación entre dos casos, a la luz de un canon preexistente, tiende a determinar la observancia de un principio de igualdad, que opera como un parámetro preestablecido de evaluación del acto o comportamiento. El *tertium comparationis* revela el efecto de desigualdad en el acceso a la utilidad contractual, pero nada dice acerca de la existencia de su justificación.

No se aleja mucho de este modelo, la orientación según la cual comprobar la discriminación -como el juicio sobre el “dolo incidental” ex art. 1440 c.c.- requiere la verificación de si la cualidad personal de la parte contraria ha afectado al proceso de formación del consentimiento⁸¹. De esta manera, de hecho, siempre se requiere una comparación virtual, para comprobar si el tratamiento de la parte contraria es peor que el tratamiento hipotético que se le habría dado, en ausencia del perjuicio⁸².

78 Admiten la aplicación del art. 3 cost. en las relaciones entre particulares, OPPO, G.: “Eguaglianza e contratto nella società per azioni”, *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 633 ss; BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Napoli, 1977, ahora en *Id.: Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, 2002, I, I, p. 50, nota 10; PERLINGIERI, P.: *Il diritto*, cit., spec. p. 459 ss.; *Id.*: “Eguaglianza”, cit., p. 137 ss.

79 Así, TROISI, B.: “Profili”, cit., p. 297; SITZIA, L.: *Pari dignità*, cit., p. 249; LA ROCCA, D.: *Eguaglianza*, cit., p. 175.

80 En la comparación real, el término de comparación es otro hecho concreto: Ticio se niega a negociar con Cayo, porque es de religión judía, pero negocia con Sempronio de diferente creencia religiosa. Sin embargo, cuando a la negativa opuesta a Cayo no siguen otras negociaciones, falta el término concreto de comparación. Se justificaría, así, el uso de la comparación virtual, que supone un estándar de comparación, es decir, el comportamiento hipotético que Ticio habría mantenido con una contraparte que carece de la calidad personal que constituye un factor de discriminación.

81 MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 59; SITZIA, L.: *Pari dignità*, cit., p. 250.

82 Aunque MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 67, lo niega explícitamente, atribuye al juicio sobre la discriminación una estructura ternaria, porque compara el tratamiento de la contraparte, a la luz del parámetro, con un *tertium comparationis* que es un estándar abstracto, es decir, el tratamiento hipotético que se practicaría en ausencia del factor de riesgo.

Sin embargo, es posible proponer una reconstrucción diferente del juicio de discriminación, coherente con la mutua indiferencia de las relaciones contractuales con diferentes partes contrarias, que tiende a caracterizar el derecho contractual⁸³.

De acuerdo con la legislación actual, la discriminación no presupone la presencia necesaria de una “distinción” o “preferencia”, porque simplemente requiere una “exclusión” o “restricción” (art. 43, decreto legislativo n. 286 de 1998) y, sobre todo, porque “no constituyen actos de discriminación” las diferencias de trato que “se justifiquen objetivamente por una finalidad legítima y los medios empleados para conseguir las sean apropiados y necesarios” (art. 3, párrafo 4, decreto legislativo n. 215 de 2003; 55 *bis*, párrafo 7, decreto legislativo n. 198 de 2006)⁸⁴.

Se considera también discriminación prohibida el acoso (art. 2, párrafo 3, decreto legislativo n. 215 de 2003; 55 *bis*, párrafos 4 y 5, decreto legislativo n. 198 de 2006), que consiste en un comportamiento que menoscaba “un *derecho absoluto* a no ser intimidado, degradado, humillado u ofendido (y por lo tanto a no ser desfavorecido y no más desfavorecido) por sus características subjetivas”⁸⁵.

El abandono del modelo de juicio comparativo se confirma aún más en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo⁸⁶ y en la del de Luxemburgo, que, en disputas discriminatorias, independientemente de la referencia a un término de comparación, centran la sentencia en el vínculo entre el trato desfavorable y la presencia de un factor de riesgo⁸⁷.

Por lo tanto, se demuestra que la violación de la prohibición de discriminación contractual no deriva de la creación de una desigualdad, en comparación con una situación (real o hipotética) que tiene características similares, sino de una valoración negativa hacia un acto o comportamiento que, sin una justificación

83 Cfr. PATTI, S.: “Alcune innovazioni del codice del 1942 nella materia dei contratti e la loro incidenza sulla autonomia privata”, en AA.VV.: *I cinquant'anni del codice civile*, II, Milano, 1993, p. 767.

84 En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de una causa de justificación excluye la existencia de la discriminación: FAVILLI, C.: *La non discriminazione*, cit., pp. 104 e 112 ss.

85 ASÍ, BARBERA, M.: “Introduzione”, cit., p. XXXII; Id.: “Eguaglianza”, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 403.

86 Según la cual una diferencia de trato es discriminatoria, de conformidad con el art. 14 de la Convención, cuando “no tiene una justificación objetiva y razonable”, porque “no persigue un objetivo legítimo” o no existe una “relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido”: *ex multis*, TEDH, 18 julio 1994, *Karlheinz Schmidt c. Alemania*, § 24; TEDH, 27 marzo 1998, *Petrovic c. Austria*, § 30; TEDH, 25 octubre 2005, *Niedzwiecki c. Alemania*, § 32; TEDH, 29 octubre 2009, *Si Amer c. Francia*, § 39.

87 Valor emblemático asume la jurisprudencia relacionada con la discriminación de género. Por ejemplo, el embarazo hace que sea imposible encontrar un término comparativo en un sujeto masculino, por lo que el Tribunal de Justicia funda el juicio sobre la evidencia del vínculo entre el tratamiento desfavorable y el factor de riesgo: TJUE, 8 noviembre 1990, *Dekker*, c. 177/88, en *Racc.*, 1990, p. 3941; TJUE, 14 julio 1994, *Webb*, c. 32/93, *ivi*, 1994, p. I-3567. Aún más importantes son las decisiones en las que la ilicitud del tratamiento discriminatorio de una persona que ha sufrido un cambio de género no se debe a una comparación con un *tertium comparationis*, sino a la consideración de que “tolerar tal discriminación sería equivalente a poner en *non cale*, con respecto a esa persona, la tutela de la dignidad y de la libertad que la Corte debe proteger”: TJUE, 30 abril 1996, *P. c. S. e Cornwall County Council*, cit., c. 13/94, p. I- 2165, § 22; TJUE, 7 enero 2004, *K.B.*, c. 117/01, *Racc.*, 2004, p. I-541.

objetiva y razonable, impide o limita el acceso del otro contratante a bienes o servicios, debido a una cualidad personal que consiste en un factor de riesgo.

Desde un punto de vista práctico (y no solo teórico), las diferencias producidas por las diferentes concepciones del juicio de discriminación son considerables. Es muy claro el ejemplo de los bancos éticos que, de acuerdo con las disposiciones estatutarias, excluyen "relaciones financieras con aquellas actividades económicas que, incluso de manera indirecta, obstaculizan el desarrollo humano y contribuyen a violar los derechos fundamentales de la persona"⁸⁸.

La conducta de los bancos éticos realiza una discriminación prohibida, si el juicio se resuelve, tanto en una comparación relacional, como en la verificación de la incidencia sobre el consentimiento de una cualidad personal de la contraparte⁸⁹.

Por el contrario, el resultado puede cambiar, si el control judicial de la naturaleza discriminatoria de la elección contractual comprueba si la creación de un efecto de desigualdad "se justifica objetivamente por una finalidad legítima y los medios empleados para conseguirla son apropiados y necesarios". En este caso, de hecho, la exclusión o la limitación de los intercambios de mercado, establecida por el banco ético con cargo a las partes contrarias, no integrará un ilícito discriminatorio, siempre que persiga, de manera proporcionada, un interés digno de protección según el ordenamiento jurídico.

Se ha argumentado que, de esta manera, la "*preferencia normativa* para la aplicación de la prohibición de discriminación se identifica con la preferencia personal del intérprete", ya que "la idea de establecer una jerarquía de los intereses es ahistorica"⁹⁰. Sin embargo, debe reiterarse que en el ordenamiento actual existe una jerarquía de intereses que debe derivarse de la axiología constitucional⁹¹, por lo que, a modo de ejemplo, se puede justificar el rechazo de los bancos éticos a contratar con empresas involucradas en actividades que contemplen: la producción y comercialización de armas (art. 11 de la Constitución); el uso y desarrollo de fuentes de energía y tecnologías que son potencialmente peligrosas para el hombre y el medio ambiente (arts. 2, 9 y 32 de la Constitución); la explotación del trabajo infantil (art. 37 de la Constitución), la violación de los derechos de la persona del trabajador (art. 36 de la Constitución).

88 Así, el art. 5 del Estatuto de la Banca Popolare Etica s.c.p.a.

89 Lo afirma MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 193; *Id.*: "Il diritto", cit., p. 178 s.

90 MAFFEIS, D.: "Il diritto", cit., p. 179.

91 Véase, entre todos, PERLINGIERI, P.: "Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti", *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787 ss., ahora en *Id.*: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 348 ss.

VI. IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL ILÍCITO DISCRIMINATORIO.

Que esta propuesta es correcta se confirma, tanto por la disciplina del criterio de imputación del ilícito discriminatorio, como por el relativo régimen probatorio.

Parte de la doctrina considera la discriminación como un acto ilícito doloso y, además, añade que el *animus* debe ser “único y exclusivo”⁹². Desde este punto de vista es esencial que la cualidad personal de la parte contraria determine, de manera exclusiva, el consentimiento del contratante, es decir, que “se represente a sí mismo y desee dar” al otro “un trato perjudicial o más desfavorable”⁹³.

No obstante, esta tesis se expone a numerosas objeciones.

En primer lugar, se requiere una precisa base normativa⁹⁴ para superar la tendencial equivalencia entre el dolo y la culpa, establecida por la cláusula general de responsabilidad civil (art. 2043 del Código Civil)⁹⁵.

De hecho, los ilícitos que requieren el dolo expresan una valoración preferente del interés del sujeto activo con respecto al de la víctima: a través del requisito de la intencionalidad, el ordenamiento amplía el área de libertad del autor de la conducta⁹⁶.

Sin embargo, en la discriminación contractual, la preferencia normativa opera en favor de la posición jurídica del sujeto pasivo, ya que la libertad contractual del agente, que no se encuentra entre los derechos humanos inviolables⁹⁷, se enfrenta al “derecho subjetivo absoluto a no ser discriminado”, al que la jurisprudencia reconoce el rango de derecho fundamental “de importancia constitucional y supranacional”⁹⁸.

92 MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 160.

93 Así, MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 161 s.

94 Cfr. CENDON, P.: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 156 s.; VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, II, Padova, 1990, p. 247, que recuerdan el daño al honor; la inducción al incumplimiento; la presentación de una denuncia penal infundada, etc. En tales casos, la intencionalidad de la conducta hace posible clasificar como ilícito civil un hecho que, de lo contrario, permanecería indiferente.

95 V. ALPA, G.: *Trattato di diritto civile*, 4, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 234; FRANZONI, M.: *L'illecito*, en *Trattato della responsabilità civile*, dirigido por Franzoni, M., I, 2ª ed., Milano, 2010, p. 385 ss.

96 En este sentido, FRANZONI, M.: *L'illecito*, cit., p. 373 ss.

97 Así, RESCIGNO, P.: “L'autonomia dei privati” (1967), ahora en Id.: *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 422; PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 70; Id., *Il diritto*, cit., p. 334 ss.; ALPA, G.: “Libertà contrattuale e tutela costituzionale”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 44 ss.; MENGONI, L.: “Autonomia privata e Costituzione”, *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss. Un resumen actualizado de los problemas en PENNASILICO, M.: sub art. 1322 c.c., en PERLINGIERI G. (coord.): *Codice civile*, cit., p. 374 s.

98 Así, Cass., Sez. un., 30 marzo 2011, n. 7186, cit.; Cass., Sez. un., 15 febrero 2011, n. 3670, cit.; TJUE, 12 diciembre 2000, *Ángel Rodríguez Caballero*, c. 442/00, cit.

Además, al regular las prohibiciones de discriminación, el legislador no hace referencia al dolo, sino que incluso ignora la culpa, adoptando criterios objetivos para imputar el ilícito.

Para estar ante un supuesto legal de discriminación se requiere, así, alternativamente, “el propósito o el efecto” o el “objeto o la consecuencia discriminatoria” (art. 43, decreto legislativo n. 286 de 1998 con referencia al acoso; arts. 2, párrafo 3, decreto legislativo n. 215 de 2003 y 55 bis, párrafos 4 y 6, decreto legislativo n. 198 de 2006); el “trato menos favorable” (art. 2, párrafo 1, decreto legislativo n. 215 de 2003; 55 bis, párrafo 1, decreto legislativo n. 198 de 2006); la “desventaja particular” (art. 2, párrafo 1, decreto legislativo n. 215 de 2003; 55 bis, párrafo 2, decreto legislativo n. 198 de 2006) en el acceso a los bienes o servicios y su suministro, sin referencia alguna a la naturaleza voluntaria de la conducta⁹⁹. El aspecto común de las nociones normativas de discriminación es la irrelevancia de la voluntad del agente: lo que importa es el perfil funcional del acto, expresado por la creación de un efecto de desigualdad injustificada caracterizado por la presencia de un factor de riesgo.

VII. CARGA DE LA PRUEBA Y CONFIGURACIÓN DE UNA PRESUNCIÓN LEGAL RELATIVA.

La hipótesis de que el legislador utiliza criterios objetivos para la imputación del ilícito discriminatorio se apoya en la disciplina de la carga de la prueba, contenida en el art. 28, párrafo 4, decreto legislativo n. 150 de 2011, que establece: “Cuando el demandante aporta elementos de hecho, deducidos también de datos estadísticos, de los que se puede presumir la existencia de actos, pactos o conductas discriminatorias, recaerá en el demandado la carga de la prueba en cuanto a la inexistencia de la discriminación”.

⁹⁹ Incluso en el derecho español, la doctrina está de acuerdo en considerar la discriminación en el contrato una hipótesis de responsabilidad objetiva: así, INFANTE RUIZ, F.J.: “El desarrollo de la prohibición de no discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia”, *Rev. der. patrim.*, 2013, 30, p. 191; GARCÍA RUBIO, M.P.: “Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”, *Derecho privado y Constitución*, 2007, 21, p. 161; MESA MARRERO, C.: “Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive damages?”, en AA.VV.: *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho Privado*, Valencia, 2011, p. 1204. Véase, también, REYES LÓPEZ, M.J.: *El principio de igualdad de trato en las relaciones contractuales*, in *Rev. jur. Notariado*, 2010, p. 646.

Una interpretación conforme al Derecho comunitario de esta disposición da lugar a una presunción legal relativa, que, al distribuir la carga de la prueba¹⁰⁰, tutela a la parte débil de la relación, que tiene mayores dificultades probatorias¹⁰¹.

Pero, ¿cuál es la exacta distribución de la carga de la prueba? ¿Cuál es el “hecho básico” que debe ser probado por el actor? ¿Y cuál es el “hecho presunto” “que es relevante para la decisión”¹⁰²?

Según esta disposición, el “hecho básico” son los “actos, pactos o comportamientos discriminatorios”, el “hecho presunto” la “discriminación”. Es necesario dar sentido a las expresiones utilizadas por el legislador, a partir del fundamento de la presunción legal relativa, que expresa un *favor* del ordenamiento jurídico hacia la parte liberada de la carga de la prueba¹⁰³.

Desde esta perspectiva, el “hecho básico” que debe demostrar el demandante es el efecto de desigualdad, cualificado por un factor de riesgo: la negativa a contratar o la predisposición de condiciones más desfavorables. En cambio, el “hecho presunto”, cuya prueba se dispensa al demandante, es el carácter injustificado del efecto de desigualdad.

Por lo tanto, una vez que la parte interesada haya presentado la prueba del efecto de desigualdad, el legislador quiere que el juez considere probado el ilícito discriminatorio, a menos que el demandado no cumpla la carga de probar que no existe el hecho presunto, es decir, la falta de justificación¹⁰⁴. El sujeto activo de la conducta, por lo tanto, corre el riesgo de perder el juicio si no prueba la existencia

100 Según el Tribunal de Justicia, “en un primer momento incumbe a la persona que se considera perjudicada por la inobservancia del principio de igualdad de trato acreditar hechos que permiten presumir la existencia de una discriminación directa o indirecta. Sólo cuando esa persona haya acreditado tales hechos corresponderá en un segundo momento a la parte demandada probar que no se ha vulnerado el principio de no discriminación” (TJUE, 21 julio 2011, c. 104/10, *Kelly c. National University of Ireland*, Racc., 2011, I-06813, § 30; TJUE, 19 abril 2012, c. 415/10, *Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, *Dir. prat. lav.*, 2012, p. 39, § 36). Los demandados pueden “refutar la existencia de la violación acreditando específicamente, mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, que el trato (...) estaba justificado por factores objetivos y ajenos a toda discriminación” (TJUE, Gran Sala, 17 julio 2008, c. 303/06, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, Racc., 2008, p. I-5603, § 55; TJUE, 25 abril 2013, c. 81/12, *Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, cit., § 56; TJUE, 19 abril 2012, c. 415/10, *Meister c. Speech Design Carrier Systems GmbH*, cit., § 36), “a partir de un conjunto de indicios concordantes” (TJUE, 25 abril 2013, c. 81/12, *Accept c. Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării*, cit., § 58).

101 Identifica este fundamento (entre otros) de las presunciones relativas, PATTI, S.: “Probatio e praesumptio: attualità di un’antica contrapposizione”, *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 486.

102 Así, PATTI, S.: “Probatio”, cit., p. 484.

103 Según la opinión actual, la introducción de una presunción legal tiene la función de proteger más efectivamente el interés de la parte eximida de la carga de la prueba: BETTI, E.: *Interpretazione*, cit., p. 195; SACCO, R.: “La presunzione di buona fede”, *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 250; PATTI, S.: “Probatio”, cit., p. 484 s.; FRANZONI, M.: *Il danno risarcibile*, en *Trattato della responsabilità civile*, dirigido por Franzoni, M., II, cit., p. 875 ss.

104 V. TJUE, Gran Sala, 17 julio 2008, c. 303/06, *Coleman c. Attridge Law e Steve Law*, cit., § 55.

de una justificación del efecto discriminatorio y la relación de proporcionalidad entre la primera y el segundo.

Suponiendo que el legislador adopte criterios objetivos para la imputación del ilícito, hay que rechazar la objeción de que la carga probatoria del demandado se refiera a un hecho negativo, es decir, a la ausencia de intención discriminatoria. El demandado debe demostrar un elemento positivo, es decir, la existencia de una justificación del efecto de desigualdad, respecto de la cual, además, tiene acceso privilegiado.

VIII. DIVERSIFICACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA Y ELECCIÓN DEL “REMEDIO CIVIL JUSTO”.

La regulación actual de las formas de tutela civil contra la discriminación contractual ofrece al juez una amplia gama de remedios, sin jerarquías. A la violación de la prohibición, el ordenamiento responde con formas de tutela funcionalmente diferentes, a veces, capaces de sumarse desde el punto de vista práctico.

Por lo tanto, hay que rechazar una lectura unilateral, según la cual la prohibición de discriminación incidiría solo sobre el juicio de validez o solo sobre el juicio de responsabilidad.

A veces, la discriminación se traduce en un vicio de ilicitud de la causa que determina la nulidad radical del negocio. Es la hipótesis de “negocios o pactos discriminatorios” que constituyen, entre las partes, la fuente de la obligación de no contratar o de aplicar condiciones más desfavorables a los miembros del grupo discriminado¹⁰⁵. El control de licitud de la causa -como instrumento tradicional de control de los actos de autonomía privada- se enriquece con la referencia a la prohibición de discriminación, según la cual es inválido un contrato que obliga a las partes a respetar una regla de la relación que es discriminatoria.

Cuando el ilícito tiene lugar en la fase precontractual, en forma de negativa a iniciar o a continuar la negociación, asume una posición central la acción inhibitoria, dirigida a obtener una orden “de cese del comportamiento, de la conducta o del acto discriminatorio perjudicial” (art. 28, decreto legislativo n. 150 de 2011)¹⁰⁶.

¹⁰⁵ En la doctrina italiana, ya OPPO, G.: “Eguaglianza”, cit., p. 634 afirma que “la discriminación *inconstitucional* que entra en la causa o en el contenido directo del contrato sin duda puede provocar la nulidad por ilicitud”, como por ejemplo el acuerdo con el cual las partes están obligadas a no negociar con negros, judíos o italianos. Véase, también, RESCIGNO, P.: “Sul cosiddetto”, cit., c. 666 ss.; FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 483; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 313 ss.; CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 247 ss.

¹⁰⁶ La inhibitoria también puede utilizarse para evitar la continuación o la repetición de la aplicación de condiciones más desventajosas en el contexto de contratos en serie (por ejemplo, condiciones generales de contrato, contratos uniformes, etc.). En este caso, la conducta ilícita es comisiva, por lo que la resolución judicial se resuelve en una inhibición negativa.

La resolución judicial se resolverá en una inhibición positiva, que obligue al demandado a contratar, siempre que permanezca la disponibilidad material del bien o del servicio y la conclusión del contrato sea posible. Cuando el sujeto activo se perpetúe en la conducta ilícita, sin cumplir la obligación de negociar correctamente, la circunstancia podrá evaluarse en la liquidación del daño resarcible¹⁰⁷.

La discriminación puede realizarse, no solo en forma de negativa a contratar, sino también mediante la inclusión de cláusulas que prevean un trato perjudicial. Considérese la previsión de un contrato de arrendamiento, que excluya que quien convive con el inquilino pueda ser extracomunitario o autorice el subarrendamiento, excepto en favor de homosexuales¹⁰⁸. En este caso, la discriminación penetra en el contenido de la reglamentación contractual, afectando negativamente solamente algunas cláusulas, lo que determina la nulidad parcial¹⁰⁹ y la eventual integración o corrección del contrato¹¹⁰.

Cuando la conducta discriminatoria produzca consecuencias perjudiciales en la esfera de la víctima, se podrá añadir el resarcimiento del daño. El art. 28, párrafos 5, 6 y 7, d.lg. n. 150 de 2011 contempla una disciplina particular del resarcimiento, que acentúa fuertemente su función de sanción, como lo demuestran las siguientes circunstancias: el establecimiento de criterios estrictos para liquidar el *quantum debeatur*¹¹¹; la indemnización por daño moral¹¹²; la publicación de la resolución judicial relativa a la condena o las sanciones o medidas impuestas.

En cuanto a los remedios, la cuestión más problemática es cómo se tutela el interés sustancial en acceder a la utilidad contractual.

107 Según el art. 28, párrafo 6, d.lg. n. 150 de 2011, “el juez toma en cuenta el hecho de que el acto o comportamiento discriminatorio constituya una represalia a una acción judicial previa o una reacción injusta a una actividad previa de la parte lesionada dirigida a obtener el cumplimiento del principio de igualdad de trato”.

108 Cfr. NAVARRETTA, E.: “Principio”, cit., p. 557.

109 La solución de la nulidad parcial, a la luz del principio de conservación del contrato, también está respaldada por FEMIA, P.: *Interessi*, cit., p. 545 s.; LA ROCCA, D.: *Eguaglianza*, cit., p. 198; NAVARRETTA, E.: o.c., p. 557 s.

110 A la nulidad parcial sigue -según PASETTI, G.: *Parità*, cit., p. 313 ss.- la inserción automática de las cláusulas generalmente adoptadas por el contratista de conformidad con el art. 1339 c.c.; según CIARONI, L.: *Autonomia*, cit., p. 1822, la integración legal de la eficacia ex art. 1374 c.c.; según SACCO, R. en ID. y DE NOVA, G.: *Il contratto*, II, cit., p. 100; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 286, la rectificación, como una forma de compensación en forma específica de conformidad con el art. 2058 c.c. Sin embargo, parece preferible considerar la posible corrección o integración del contrato como una manifestación del poder judicial de eliminación de los efectos de la discriminación en virtud del art. 28, párrafo 5, del Decreto Legislativo. n. 150 de 2011 (CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto*, cit., p. 272 ss.).

111 El *quantum* de la indemnización del perjuicio debe ser proporcional no solo al valor negativo sufrido por la víctima (función compensatoria-satisfactoria), sino también a la gravedad de la conducta perjudicial, acentuada por el hecho de que la discriminación constituye una “represalia” o una “reacción injusta” al comportamiento de la persona lesionada (art. 28, párrafo 6, cit.).

112 Cfr. VIRGADAMO, P.: *Danno non patrimoniale e “ingiustizia conformata”*, Torino, 2014, p. 195 ss.

En el caso de negativa a negociar, los remedios inhibitorio y resarcitorio pueden ser inadecuados para ofrecer una protección plena y completa de la parte discriminada. En caso de incumplimiento de la orden inhibitoria, se plantea la cuestión de la admisibilidad de una sentencia que establezca los efectos del contrato no concluido.

Comúnmente, se descarta la aplicabilidad del art. 2932 C.C., ya que de la prohibición de discriminación no surge la obligación de contratar¹¹³. Sin embargo, una parte de la doctrina vincula al art. 2058 c.c. la producción de los efectos del contrato no concluido, como una forma de resarcimiento en forma específica¹¹⁴.

Sin embargo, esta es una solución insatisfactoria.

El contrato impuesto, a diferencia del resarcimiento en forma específica, no pretende reconstituir la situación que habría existido de no haber mediado el ilícito, sino, más bien, producir un efecto constitutivo de una nueva relación jurídica. Además, el remedio se distingue de las formas ordinarias de reparación *in natura*, que presuponen la eliminación material de las consecuencias perjudiciales del acto ilícito¹¹⁵.

Desde un punto de vista procesal, el resarcimiento se basa en la denominada "tutela de condena", que presupone el incumplimiento por las partes de una relación jurídica ya constituida; en cambio, el contrato impuesto implica una "tutela constitutiva", porque la sentencia judicial afecta directamente a relaciones privadas, que, precisamente, nacen como consuecencia de ella. Desde esta perspectiva, el art. 28 d.lg. n. 150 de 2011 puede considerarse uno de los "casos previstos por la ley" en los que, según el art. 2908 del Código Civil, la autoridad judicial puede emitir fallos constitutivos. La disposición, así, atribuye al juez el poder de adoptar, acogiendo el recurso, "cualquier medida apropiada para eliminar los efectos" de la discriminación. La eliminación de los efectos se expresa constituyendo una relación jurídica, que realiza el "derecho al contrato" del sujeto discriminado¹¹⁶. También, aquí se manifiesta la distancia del contrato impuesto con el resarcimiento en forma específica, ya que sólo la tutela constitutiva y no la tutela de condena produce concretamente el efecto jurídico invocado por la parte, sin la implementación de un procedimiento de ejecución¹¹⁷.

113 Cfr. SCARSELLI, G.: "Appunti", cit., p. 824; MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Gli atti discriminatori", cit., p. 36; TROISI, B.: "Profili", cit., p. 302; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 277 s.

114 Así, SACCO, R. en Id. y DE NOVA, G.: *Il contratto*, II, cit., p. 313; SITZIA, L.: *Pari dignità*, cit., p. 301 ss.; MAFFEIS, D.: *Offerta*, cit., p. 278 ss.

115 Cfr. FRANZONI, M.: *Il danno*, cit., pp. 273-275; MARELLA, M.R.: *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, p. 163 ss.

116 Cfr. MAZZAMUTO, S.: *L'esecuzione forzata*, en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por P. Rescigno, XX, 2ª ed., Torino, 1998, p. 410 ss.

117 Así, DI MAJO, A.: *La tutela*, cit., p. 364; CHIZZINI, A.: "Sentenza nel diritto processuale civile", en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 28.

Sin embargo, la sentencia constitutiva debe ser posible. A este respecto, hay que cumplir dos condiciones: la residual disponibilidad material del bien o servicio y la existencia de un contenido del contrato suficientemente determinado. Por lo tanto, el área de operatividad del remedio parece limitada a la hipótesis de negativa injustificada que tiene lugar en una negociación en serie o a la ruptura de negociaciones desarrolladas hasta llegar a un acuerdo sobre los elementos esenciales del contrato.

En conclusión, la multiplicidad de formas de realización del principio de igualdad en el área de las relaciones contractuales implica la diversificación de formas y técnicas de tutela. De esta manera, se enfatiza la responsabilidad del intérprete, llamado a identificar el remedio civil que asegure el “justo equilibrio” entre los derechos en conflicto: reprimir la creación injustificada de un efecto de desigualdad, con la restricción más limitada posible de la autonomía contractual.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del IX Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2015.

AGUILERA RULL, A.: "Discriminación directa e indirecta", *In-Dret*, 2007, 1, p. 10.

ALPA, G.: "Libertà contrattuale e tutela costituzionale", *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, p. 44.

ALPA, G.: *Trattato di diritto civile*, 4, *La responsabilità civile*, Milano, 1999, p. 234.

AYRES, I.: "Fair Driving: Gender and Race in Retail Car Negotiation", *Harvard Law Rev.*, 104, 1991, p. 817.

BARBERA, M.: "Introduzione. Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità", en ID. (coord.), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, p. 19.

BARCELONA, M.: "Sulla giustizia sociale nel diritto europeo dei contratti", *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 645.

BELL, M.: "The Right to Equality and Non-Discrimination", en HERVEY, T. y KENNER, J. (coord.): *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A legal perspective*, Oxford-Portland, 2003, p. 98.

BERGER, V.A.: "Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz als Grundsatz im Gemeinsamen Referenzrahmen für Europäisches Vertragsrecht", *Eur. Rev. Priv. L.*, 2008, p. 864.

BETTETINI, A.: "Divieto di discriminazioni e tutela del soggetto debole", en GIANNITI, P. (coord.): *I diritti fondamentali nell'Unione Europea. La Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, en *Comm. cod. civ.* Scialoja, Branca e Galgano, coord. por De Nova, Bologna-Roma, 2013, p. 640.

BIANCA, C.M.: "Il problema dei limiti all'autonomia contrattuale in ragione del principio di non discriminazione", en AA.VV.: *Discriminazione razziale e autonomia privata*, Roma, 2006, p. 65.

BIANCA, C.M.: *Le autorità private*, Napoli, 1977.

BIFULCO, R., CARTABIA, M. y CELOTTO, A. (coord.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001, p. 173.

BRECCIA, U.: "Contrarietà all'ordine pubblico", en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por Bessone, M., *Il contratto in generale*, XIII, 3, Torino, 1999, p. 200.

BRECCIA, U.: Sub Art. 1322 c.c., en NAVARRETTA, E. y ORESTANO, A. (coord.): *Dei contratti in generale. Artt. 1321-1349*, en *Comm. cod. civ.*, dirigido por E. Gabrielli, Torino, 2011, p. 105.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: *Divieto di discriminazione e autonomia contrattuale*, Napoli, 2013.

CARUSI, D.: *Principio di eguaglianza, diritto singolare e privilegio. Rileggendo i saggi di Pietro Rescigno*, Napoli, 1998, p. 13.

CENDON, P.: *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, p. 156.

CHECCHINI, B.: "Eguaglianza, non discriminazione e limiti dell'autonomia privata: spunti per una riflessione", *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, p. 186.

CHIZZINI, A.: "Sentenza nel diritto processuale civile", en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XVIII, Torino, 1998, p. 28.

CIARONI, L.: *Autonomia privata e principio di non discriminazione*, in *Giur. it.*, 2006 p. 1822.

DE NOVA, G.: "Contratto: per una voce", *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 643.

DI MAJO, A.: *La tutela civile dei diritti*, 3, Milano, 2003, p. 364.

DONADIO, G.: *Modelli e questioni di diritto contrattuale antidiscriminatorio*, Torino, 2017.

DONOHUE III, J.: "Is Title VII Efficient?", *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 134, 1986, p. 1411.

FAVILLI, C.: "Il principio di non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi", en TEGA, D. (coord.), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, p. 59.

FAVILLI, C.: "Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione europea", en DE SIERVO, U. (coord.): *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 228.

FAVILLI, C.: *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2009, p. 149.

FEDERICO, A.: Sub art. 1336 c.c., en PERLINGIERI, G. (coord.): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 1, Napoli, 2010, p. 467.

FEMIA, P.: *Interessi e conflitti culturali nell'autonomia privata e nella responsabilità civile*, Napoli, 1996, p. 456.

FERRAJOLI, L.: "Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea", en GALASSO, A. (coord.), *Il principio di uguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto delle diversità*, Milano, 2007, p. 15.

FERRARESE, M.R.: *Diritto e mercato. Il caso degli Stati Uniti*, Torino, 1992, p. 42.

FORCHIELLI, P.: "Offerta al pubblico", en *Noviss. dig. it.*, XI, Torino, 1968, p. 764.

FRANZONI, M.: *L'illecito*, en *Trattato della responsabilità civile*, dirigido por Franzoni, M., I, 2ª ed., Milano, 2010, p. 385.

GALGANO, F.: *Il negozio giuridico*, en *Tratt. dir. civ. e comm.*, dirigido por Cicu, A., Messineo, F. y Mengoni, L. y continuado por Schlesinger, P., 2ª ed., Milano, 2002, p. 53.

GARCÍA RUBIO, M.P.: "Discriminación por razón de sexo y derecho contractual en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres", *Derecho privado y Constitución*, 2007, 21, p. 161.

GENTILI, A.: "Il principio di non discriminazione nei rapporti civili", *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 207.

GIORGINI, E.: *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, 2010, p. 163.

GIORGINI, E.: "Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica", *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 326.

GIORGINI, E.: "Contratto, dignità della persona e ambiente civile. Riflessioni sul divieto di discriminazione nei rapporti contrattuali", en AA.VV.: *Benessere e regole dei rapporti civili. Lo sviluppo oltre la crisi*, Atti del IX Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2015, p. 423.

GIORGINI, E.: "Discriminazione (dir. priv.)", en *Enc. dir. Annali*, IV, Milano, 2011, p. 490.

GIORGINI, E.: "Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario", *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2003, p. 403.

GIORGINI, E.: "Further Thoughts on Employment Discrimination Legislation: A Reply to Judge Posner", *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 136, 1987, p. 523.

GIORGINI, E.: "Il divieto di discriminazione quale limite all'autonomia contrattuale", *Riv. dir. civ.*, 2015, p. 1387.

GIORGINI, E.: "Libertà contrattuale e divieto di discriminazione", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2008, p. 401.

GIORGINI, E.: "Parità di trattamento", en *Enc. giur.* Treccani, XXII, Roma, 1990, p. I.

GIORGINI, E.: "The prohibition of discrimination as a limit on contractual autonomy", *Ital. Law Journ.*, 2018, p. 91.

GIORGINI, E.: *Eguaglianza e libertà contrattuale nel diritto europeo. Le discriminazioni nei rapporti di consumo*, Torino, 2008.

GIORGINI, E.: *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 243.

GIORGINI, E.: *L'ordinamento vigente e i suoi valori. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2006, p. 348.

GIORGINI, E.: *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, I, (rist.), Padova, 1987, p. 335.

GIORGINI, E.: *Realtà sociale ed effettività della norma*, Milano, 2002, I, I, p. 50.

GIORGINI, E.: *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 135.

GIORGINI, E.: "Il diritto contrattuale antidiscriminatorio nelle indagini dottrinali recenti", *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, p. 161.

INFANTE RUIZ, F.J.: "El desarrollo de la prohibición de no discriminar en el derecho de contratos y su consideración en la jurisprudencia", *Rev. der. patrim.*, 2013, 30, p. 191.

LA ROCCA, D.: "Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi", en BARBERA, M. (coord.): *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, Milano, 2007, p. 289.

LADEUR, K.H.: "The German Proposal of an "Anti-Discrimination"-Law: Anticonstitutional and Anti-Common Sense. A Response to Nicola Vennemann", *German Law Journal*, 3, 2002, en www.germanlawjournal.com.

MAFFEIS, D.: *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007.

MANTELLI, M.: *Autonomia dei privati e principio di non discriminazione*, Napoli, 2008, p. 7.

MARELLA, M.R.: *La riparazione del danno in forma specifica*, Padova, 2000, p. 163 ss.

MAZZAMUTO, S.: *L'esecuzione forzata*, en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por P. Rescigno, XX, 2ª ed., Torino, 1998, p. 410.

MENGONI, L.: "Autonomia privata e Costituzione", *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. I.

MESA MARRERO, C.: "Consecuencias jurídicas de las conductas discriminatorias: ¿un resquicio para los punitive damages?", en AA.VV.: *El levantamiento del velo. Las mujeres en el Derecho Privado*, Valencia, 2011, p. 1204.

MOROZZO DELLA ROCCA, P.: "Gli atti discriminatori e lo straniero nel diritto civile", en ID. (coord.), *Principio di uguaglianza e divieto di compiere atti discriminatori*, Napoli, 2002, p. 19.

NAVARRETTA, E.: "Principio di uguaglianza, principio di non discriminazione e contratto", *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 547.

NEUNER, J.: "Protection against discrimination in European Contract Law", *Eur. Rev. Contract Law*, 2006, 35, p. 45.

OBERTO, G.: "Offerta al pubblico", en *Dig. disc. priv.*, Sez. civ., XIII, Torino, 1995, p. 10.

OPPO, G.: "Eguaglianza e contratto nella società per azioni", *Riv. dir. civ.*, 1974, I, p. 633.

PASETTI, G.: *Parità di trattamento e autonomia privata*, Padova, 1970, pp. 13.

PATTI, S.: "Alcune innovazioni del codice del 1942 nella materia dei contratti e la loro incidenza sulla autonomia privata", en AA.VV.: *I cinquant'anni del codice civile*, II, Milano, 1993, p. 767.

PATTI, S.: "Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 486.

PELLECCHIA, E.: *Scelte contrattuali e informazioni personali*, Torino, 2005, p. 118.

PENNASILICO, M.: sub art. 1322 c.c., en PERLINGIERI G. (coord.): *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, I, cit., p. 374.

PERLINGIERI, P.: "Eguaglianza, capacità contributiva e diritto civile", *Rass. dir. civ.*, 1980, p. 724.

PERLINGIERI, P.: "*Mercato, solidarietà e diritti umani*", *Rass. dir. civ.*, 1995, p. 84.

PERLINGIERI, P.: "Nuovi profili del contratto", *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545.

PERLINGIERI, P.: "Valori normativi e loro gerarchia. Una precisazione dovuta a Natalino Irti", *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 787.

PERLINGIERI, P.: *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1975, p. 70.

PICKER, E.: "L'antidiscriminazione come programma per il diritto privato", *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 701.

PINTO OLIVEIRA, N.M. y MAC CRORE, B.: "Anti-discrimination Rules in European Contract Law", en GRUNDMANN, S. (coord.): *Constitutional Values and European Contract Law*, L'Aja, 2008, p. 115.

POSNER, R.A.: "The Efficiency and the Efficacy of Title VII", *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 136, 1987, p. 513.

RESCIGNO, P.: "L'autonomia dei privati" (1967), ahora en ID.: *Persona e comunità*, II, Padova, 1988, p. 422.

RESCIGNO, P.: "Sul cosiddetto principio d'uguaglianza nel diritto privato", *Foro it.*, 1960, I, c. 664.

REYES LÓPEZ, M.J.: *El principio de igualdad de trato en las relaciones contractuales*, in *Rev. jur. Notariado*, 2010, p. 646.

ROPPO, V.: *Il contratto*, en *Tratt. dir. priv.*, dirigido por Iudica, G. y Zatti, P., 2ª ed., Milano, 2011, p. 79.

SACCO, R.: "La presunzione di buona fede", *Riv. dir. civ.*, 1959, I, p. 250.

SBISÀ, G.: *La promessa al pubblico*, Milano, 1974, p. 256.

SCARSELLI, G.: "Appunti sulla discriminazione razziale e la sua tutela giurisdizionale", *Riv. dir. civ.*, 2001, I, p. 805.

SITZIA, L.: *Pari dignità e discriminazione*, Napoli, 2011.

SOMMA, A.: "Principio di non discriminazione e cittadinanza nel diritto privato europeo", en ALPA, G., IUDICA, G., PERFETTI, U. y P. ZATTI (coord.), *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009, p. 259.

SOMMA, A.: "Razzismo economico e società dei consumi", *Mat. storia cult. giur.*, 2009, p. 447.

STORK, F.: "Comments on the Draft of the New German Private Law Anti-Discrimination Act: Implementing Directives 2000/43/EC and 2004/113/EC in German Private Law", *German Law Journal*, vol. 6, n. 2, 2005, p. 538.

TROISI, B.: "Profili civilistici del divieto di discriminazione", en AA.VV.: *Il diritto civile oggi. Compiti scientifici e didattici del civilista*, Atti del I Convegno Nazionale della Società Italiana Studiosi del Diritto civile (SISDIC), Napoli, 2006, p. 295.

VIRGADAMO, P.: *Danno non patrimoniale e "ingiustizia conformata"*, Torino, 2014, p. 195.

VISINTINI, G.: *I fatti illeciti*, II, Padova, 1990, p. 247.

PROPIEDAD Y CONSTITUCIÓN: ANÁLISIS DEL ESCENARIO COLOMBIANO*

PROPERTY AND CONSTITUTION: ANALYSIS FOR A COLOMBIAN CASE.

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 316-335

*Este es el más importante producto del Proyecto de Investigación Intitulado *La realidad de los derechos reales* de la Universidad del Rosario de Colombia. Por lo demás, este el producto de cierre del mencionado proyecto. Valga aclarar que dentro este proyecto se ha participado en la confección de proyectos de Ley, especialmente a propósito de los regímenes para restitución de tierras para desplazados por la violencia en Colombia (Ley 1448).

F. MANTILLA
ESPINOSA, G.
HERNÁNDEZ y
F. TERNERA

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de julio de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Con las siguientes palabras queremos presentar diferentes visiones en torno a la propiedad, tales como los conceptos jurídicos de inmueble sin explotación económica, bien baldío e inmueble sin matrícula inmobiliaria. Precisamente, hoy por hoy, en las Cortes colombianas existe una nutrida polémica en torno a los conceptos mencionados. Además, como se sabe, el pasado 12 de noviembre de 2016, se firmó el Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Así las cosas, esta discusión está llamada a tener una importancia capital, especialmente, en los actuales días por los cuales transita Colombia, ad portas a un escenario de posconflicto.

PALABRAS CLAVE: Posconflicto; Acuerdo para la terminación del conflicto; tierras incultas; bienes sin matrícula.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyze the legal figures of real estate with no economic exploitation, unoccupied public lands, or unregistered real estate. This paper has been divided into two main parts based on the analysis of uncultivated lands. Afterwards, unregistered real estate will be analyzed, and practical and procedural conclusions will be drawn. This has the purpose of supporting and clarifying if the property is owned by the State or not. This matter is of the utmost importance in current times in Colombia where post-conflict is just around the corner.*

KEY WORDS: *Post-conflict; Agreement for the Termination of the Conflict; uncultivated lands, unregistered real estate, unoccupied public lands.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA PROPIEDAD.-
1. Haz de poderes directos.- 2. Vínculos obligacionales.- III. RECONOCIMIENTO
CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD.- 1. La función social de la propiedad.- A) Fórmulas
abstractas.- B) Metamorfosis del derecho.- 2. Las normas del acuerdo de paz.- A) El eje de
la reforma constitucional: el fondo de tierras y el programa de formalización.- B) El ambiguo
concepto de bien baldío.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

La propiedad o dominio¹ es una de las piezas fundamentales de la organización de las sociedades occidentales². Apoyados en un derecho de propiedad, por ejemplo sobre un par de billetes, una casa, un vehículo, medicamentos, los individuos pueden solventar sus necesidades más diversas. En efecto, con el derecho real de propiedad hacemos referencia al concepto de riqueza, a todo aquello que, potencialmente, puede satisfacer una necesidad humana. Ocupémonos, pues, en este breve ensayo del principal derecho patrimonial reconocido en nuestra normativa: la propiedad o dominio.

Sin entrar a profundizar en el desarrollo histórico, no es aventurado aseverar lo siguiente: desde la conformación del primer grupo social siempre se reconoció, en mayor o menor medida, una especie o variedad de propiedad. Piénsese en la vivienda, tierras o, por lo menos, en el alimento mismo; el hombre con mayor o menor audacia se ha servido de su derecho de propiedad para satisfacer sus necesidades, incluso las más básicas. En la América precolombina también se acogió

1 Entre nosotros propiedad y dominio se reconocen como términos sinónimos. Véase GATTI, E.: *Propiedad y dominio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 19.

2 Véase CARBONNIER, J.: *Les trois piliers du droit. La propriété, Flexible droit*, LGD], Paris, 1998, pp. 309-362.

• Fabricio Mantilla Espinosa

Profesor de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia – Miembro del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. Correo electrónico: Fabricio.mantilla@urosario.edu.co

• Gabriel Hernández

Profesor de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia – Miembro del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. Correo electrónico: Gabriel.hernandez@urosario.edu.co

• Francisco Ternera

Profesor de Carrera Académica de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia – Miembro del Grupo de Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario de Colombia. Correo electrónico: Francisco.ternera@urosario.edu.co

una forma de propiedad³. En efecto, desde la doctrina se ha sostenido que los chibchas reconocieron una especie de propiedad privada sobre los utensilios y las armas⁴. Incluso, de la mano de algunos cronistas se asevera que entre los chibchas se adoptó una moneda metálica⁵. Con el descubrimiento de América todas las propiedades del continente se les reconocieron a los monarcas europeos⁶. En nuestro caso, el rey de España se sirvió de instituciones de cierta estirpe feudal para transferir a sus súbditos los derechos de dominio (v.gr. encomiendas y mayorazgos). Por lo demás, en las Indias, la propiedad o dominio se acogió en los términos establecidos en *Las Siete Partidas* de Alfonso X⁷.

Para el caso colombiano, a lo largo de toda la vida republicana, el derecho de propiedad se ha “construido” -en ocasiones con severas contradicciones-, a partir de normas legales y constitucionales. Por ejemplo, las constituciones de las Provincias Unidas de la Nueva Granada adoptaron textos muy próximos al consignado en el *Code Civil* de Napoleón. Así, en la Constitución de la República de Cundinamarca del 18 de julio de 1812 se determinaba que “el derecho de propiedad consiste en la facultad que el ciudadano tiene de gozar y de disponer libremente de sus bienes, de sus adquisiciones y del fruto de su trabajo e industria” (Art. 19 ídem). De igual manera, en la Constitución del Estado libre de Neiva del 31 de agosto de 1815 se aseguraba que “el derecho de propiedad es aquel que pertenece a todo ciudadano para gozar, disponer a su gusto de sus bienes, de sus adquisiciones del fruto de su trabajo y de su industria” (Art. 13 *ibídem*). Las Constituciones de la Nueva Granada de 1832 y 1843 establecieron que la propiedad solamente permite el disfrute individual del bien para su dueño (Arts.

3 Por ejemplo, el Popol-Vuh maya nos informa que, sobre el ámbar, el jade, las esmeraldas, entre otros bienes, se reconocía una especie de propiedad. Véase a: ANÓNIMO, *Popol-Vuh*, Losada S.A., Buenos Aires, 1965, p. 146.

4 “Los chibchas practicaban en sus entierros la costumbre de depositar en la tumba del muerto las armas y los útiles domésticos de que éste se sirvió en vida (...) La colocación en las tumbas de los útiles y las armas del muerto, es por la tanto una demostración de que sobre los muebles existía una propiedad individual.” HERNÁNDEZ, G.: *De los chibchas a la colonia y a la república*, Internacionales, Bogotá, 1978, p. 68.

Por otro lado, según el historiador Tácito, los germanos, antes de ser conquistados por los romanos, quemaban con los muertos sus armas y caballos. Véase TÁCITO, C.: *Costumbres de los germanos*, Albatros, Buenos Aires 1943, p. 295.

Por lo demás, un autor asegura que entre los chibchas la “propiedad” sobre las armas y utensilios que no se enterraban con el muerto, podía transmitirse a los sobrinos, “hijos de hermana y no de hermano, para asegurar con ello su sangre por la poca satisfacción que tenían de la fidelidad de sus mujeres”. SIMÓN, P.: *Noticias históricas de las conquistas de tierra firme en las Indias Occidentales*, Biblioteca Banco Popular, Bogotá, p. 389.

En la doctrina se propone incluso que entre los chibchas existieron obligaciones *propter rem* como los tributos (*tamza*), que se pagaban a los caciques y al zaque. Véase SUESCÚN, A.: *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja, 1998, p. 161.

5 “Unos tejuelos redondos hechos en los moldes que tenían para ello”. SIMÓN, P.: *Noticias históricas de las conquistas de tierra firme en las Indias Occidentales*, cit., p. 402.

6 En 1493, por ejemplo, el papa Alejandro VI profirió la bula *Inter caetera*, con la cual asignó a las coronas de Portugal y Castilla las tierras del nuevo continente.

7 En general, la propiedad se identificaba con posesión. Exactamente se reconocía como una especie de permisión del rey, que regía tanto en lo temporal como en lo espiritual, a un súbdito. Véase Alfonso X, *Siete Partidas*, Ley sexta, partida segunda.

193 y 162 ídem)⁸. Así mismo, en las Constituciones de 1853 de la Nueva Granada, 1858 de la Confederación Granadina y 1863 de los Estados Unidos de Colombia se estableció categóricamente la inviolabilidad de la propiedad (Arts. 5 núm. 3, 56 núm. 3 y 15, num. 5 ídem, respectivamente).

En las siguientes líneas hablaremos primero del reconocimiento legal del derecho de propiedad o dominio (I) y después de su reconocimiento y debate en el escenario constitucional (II).

II. EL RECONOCIMIENTO LEGAL DE LA PROPIEDAD

El Código Civil del 26 de mayo de 1873 de los Estados Unidos de Colombia, tomado sin modificaciones sustanciales del Código Civil chileno de don Andrés Bello –y este, a su vez, del *Code Civil* de Napoleón de 1804–, regularía ampliamente el derecho de propiedad (Libro Segundo, ídem). Este Código sería adoptado en la República de Colombia (Art. 1 de la Ley 57 de 1887 col.). Este recuento histórico no conduce, indefectiblemente, a reconocer en la *propiedad* una *esfera de privilegio individual*. Hablamos concretamente de un *haz de poderes directos* sobre una cosa corporal o incorporeal.

I. Haz de poderes directos

El haz de poderes directo se nos presenta como una serie de *permisiones* o autorizaciones legales⁹ que la normativa le reconoce al propietario sobre un bien (*libertas est potestas faciendi id quod iure liceo*).

El *dominus* es el sujeto autorizado por la norma para usar, gozar o disponer de un bien, sin que sea necesario contar con el concurso de otra persona¹⁰. Ahora, los otros individuos tienen el deber jurídico de no interferir en la *libertad* o *permisión* del *dominus* de ejercer sus poderes sobre el bien. En estos términos, se les restringe su libertad de acción respecto del bien que es objeto del dominio. El respeto de esta *permisión* constituye un verdadero deber jurídico legal que exige en abstracto a toda la sociedad (*erga omnes*). El Estado garantiza y controla este respeto¹¹.

8 También debe aclararse que por esos días la propiedad sobre los inmuebles acreditaba la solvencia económica, requisito *sine qua non* para ser reconocido como ciudadano y ejercer el sufragio (Art. 8 núm. 3 de la Constitución de 1832). De manera más categórica se establece en la Constitución de la Nueva Granada de 1843 que es ciudadano el “dueño de bienes raíces situados en la Nueva Granada que alcancen al valor libre de trescientos pesos” (Art. 9 núm. 2 ídem).

En la Constitución de 1853 se eliminó este odioso requisito para el reconocimiento de la ciudadanía (Art. 3 ídem).

9 Véase DE VERDA, J; SERRA, A; ATIENZA, M; BLASCO, F; CARRIÓN, S; MONTÁNCHEZ, M; REIG, G; REYES, M; SAIZ, C; BLASCO, F. y ESTRUCH, J.: *Derecho civil III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 121.

10 Véase HOFFELD, W.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1997, p. 32. También ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997 p. 201- 205.

11 Consúltese HART, H.: *Legal Rights, Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982, p. 162.

El *haz de poderes directos* del derecho de dominio –que lo diferencia de los otros derechos reales– cuenta con la siguiente característica: a su titular, el propietario o *dominus*, le asiste una vocación a la *plena potestas* sobre el bien, el reconocimiento del uso, goce y disposición sobre la cosa. Temporal o parcialmente, el *dominus* puede privarse de alguno de esos poderes –como acontece con las desmembraciones de la propiedad–, pero el propietario siempre tendrá la vocación de recuperar esa *plena potestas*.

Con el *usus* se hace referencia a los servicios que puede ofrecer por sí mismo un bien. El *dominus* puede servirse directamente del bien que es objeto de su derecho. Hablamos del poder directo del propietario denominado uso¹². Es decir, al dueño se le permite escoger libremente el servicio que pretende procurarse de la cosa, siempre que con este no atente contra la ley o el derecho de alguien, ni perturbe a la sociedad. Igualmente, el propietario tiene el poder de goce en virtud del cual puede apropiarse de los frutos emanados de una cosa. En términos generales, hablamos de la explotación económica que realiza el propietario de un bien, que le permite apropiarse los frutos naturales y civiles producidos por este. El poder de *disposición*, por último, puede ser visto como el conjunto de *permisiones* jurídicas que se conceden al propietario para que realice determinadas conductas relacionadas con la *sustancia* del bien mismo y con la circulación misma, de un patrimonio a otro, de su derecho real¹³.

Desde luego, tanto ayer como hoy, se han establecido limitaciones que han restringido el ejercicio del *haz de poderes directos* sobre el bien. Es decir, desde siempre, se han impuesto verdaderas restricciones o limitaciones del poder o *permisión* sobre el bien –que no de amputaciones del mismo–¹⁴.

Respecto del *uso*, por ejemplo, podría hablarse de las teorías del abuso del derecho y de las relaciones de vecindad, que imponen un uso racional del bien. Sobre el particular se ha aseverado que “una fórmula de armonía que intenta concordar los intereses del individuo con los de la sociedad toda, impidiendo que el ejercicio del propietario pueda menoscabar o afectar en forma alguna el bien común”¹⁵.

De igual manera VINOGRADOFF, J.: *Introducción al derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005, p. 51.

12 Usar significa “hacer servir una cosa para algo”. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, 1992, p. 2051.

13 MATHIEU, M.: *Droit civil -Les biens*, Sirey, París, 2013, p. 78.

14 El célebre filósofo e historiador Michel Villey nos regala una bellísima referencia al respecto. En 1323, con la bula “*Ad conditorem canonum*”, el papa Juan XXII explicó a la comunidad franciscana que el Papado no podía considerarse propietario de unos terrenos respecto de los cuales se le había reconocido un usufructo perpetuo a la mencionada comunidad. Es decir, no teniendo el Papado la vocación a la plenitud de los poderes sobre los terrenos, mal podría reconocerse como propietario. Véase VILLEY, M.: *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, París, 1975, p. 245.

15 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-466 de 1992, M.P. Ciro Angarita Varón. Respecto de las relaciones de vecindad en la propiedad horizontal consúltese la sentencia T-454 de 1998, M.P. Alejandro

En cuanto al poder de goce, podemos aclarar que, respecto de los inmuebles urbanos colombianos su disfrute está regulado por el denominado Plan de Ordenamiento Territorial (Ley 388 de 1997 col.). Así mismo, se impone la explotación económica de las propiedades sobre los inmuebles rurales (Ley 160 de 1994 col.), minas de dominio particular -que excepcionalmente están en los patrimonios de los particulares- (art. 29 de la Ley 685 de 2001 col.), fuentes hídricas de dominio particular (arts. 677 C.C., 82 del Decreto 2811 de 1974 y 20 del Decreto 1541 de 1978 col.) e incorporales como las patentes y las marcas (Arts. 59 y 165 de la Decisión 486 de 2000 de la CAN).

2. Vínculos obligacionales

En algunos casos, la titularidad del dominio puede imponer ciertos vínculos obligacionales con otras personas. Es decir, a más del haz de poderes directos sobre el bien, la titularidad de un derecho real –en ciertos eventos- puede imponer obligaciones respecto de otros sujetos (v. gr. obligaciones respecto del Estado, con otro titular de derecho real sobre la misma cosa o en relación con las empresas de servicios públicos). En el derecho de propiedad estos vínculos personales tienen nombre propio: obligaciones *propter rem*, que consisten en prestaciones, generalmente periódicas, de *dar, hacer y no hacer*¹⁶.

Por lo demás, la titularidad de los otros derechos reales también impone ciertos vínculos obligacionales. Por ejemplo, en los derechos de usufructo y de uso las obligaciones de sus titulares respecto del nudo propietario (entre otras, arts. 823, 834, 854 y 861 C.C. col.) y de este para con el usufructuario y el usuario (arts. 856 y 860 C.C. col.). Además, recíprocamente, en el derecho de servidumbre, respecto de su titular: el propietario del fundo dominante, y respecto del titular del fundo sirviente (arts. 885, 886 y 887 C.C. col.). Además, en los derechos de prenda, hipoteca y retención reconocemos ciertos derechos personales entre sus titulares y el propietario del bien (arts. 2419, 2420 C.C. y 49 del Decreto 960 de 1970 col.).

Incluso, normativas tan antiguas como el Código Hammurabi reconocían ciertas obligaciones cuya fuente era el derecho de dominio familiar respecto de ciertos feudos. Por ejemplo, el § 40 del Código Hammurabi determinaba que “el comprador se obliga a cumplir los servicios feudales del campo, huerto o casa que haya comprado”¹⁷. En Roma se obligaba al propietario de un fundo a que le permitiera a su vecino la recolección de los frutos que cayesen por fuera de su

Martínez Caballero.

16 Consúltense a: Colombia, Corte Constitucional, Sentencias C-493 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz y C-636 de 2000 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

17 LARA, F.: *Código Hammurabi*. Madrid, Editora Nacional, 1982, p. 94.

predio¹⁸; además, se le prohibía al propietario de un fundo inferior la realización de trabajos que represaran el agua que desciende¹⁹. Finalmente, los propietarios de los predios vecinos de una vía se encargaban, parcialmente, de su mantenimiento.²⁰

Hoy por hoy, en Colombia, a título de ejemplo, mencionaremos estos casos: el propietario tiene la obligación de pagar los diferentes tributos que gravan el bien (v. gr. predial unificado, contribución de valorización e impuesto sobre vehículos automotores, arts. 1 y 2 de la Ley 44 de 1990, 44 y 46 de Ley 99 de 1993 col.); servicios públicos domiciliarios (Leyes 142 de 1994 y 689 de 2001 col.)²¹; cuotas de administración de los copropietarios (art. 29 de la Ley 675 de 2001)²².

En materia de actuaciones urbanísticas, los propietarios de inmuebles deben realizar cesiones gratuitas con destino a vías locales, equipamientos colectivos y espacio público en general (art. 37 de la Ley 388 de 1997 col.). Igualmente, los planes de ordenamiento podrán determinar la construcción prioritaria de inmuebles que conformen unidades de actuación urbanística (art. 40 de la Ley 388 de 1997 col.).

Además, el nudo propietario está obligado frente al usufructuario por el pago de las refacciones mayores u obras extraordinarias de la cosa fructuaria (art. 856 C.C. col.). Esta misma obligación debe extenderse respecto del usuario o habitador (art. 871 C.C. col.). Respecto del titular del derecho de servidumbre, el propietario del fundo sirviente tiene la obligación *propter rem* de no impedir el ejercicio del respectivo servicio (obligación de *no hacer*, art. 887 C.C. col.). Así mismo, el propietario deudor debe pagar al acreedor prendario los gastos de conservación de la cosa pignorada y los perjuicios ocasionados a este por la tenencia del bien (art. 2421 C.C. col.). Recuérdese que el derecho real –diferente de la propiedad– que se le reconoce a un tercero y la obligación *propter rem* que afecta nuestro dominio son el anverso y el reverso de una misma *realidad*.

En estos términos, desde hace siglos a la propiedad se le ha reconocido derecho conformado por dos elementos. El primero de ellos, un haz de poderes directos sobre un bien corporal o incorporeal. Ahora, las permisiones ofrecidas

18 XII Tablas, 7, 9 y Digesto, 43, 28, De gland. leg., I, pr.

19 XII Tablas, 7, 9 y Digesto, 39, 3, De aqua et aqua pluviae arcendae

20 XII Tablas, 7, 7 y Ley Julia de 709, línea 32 y ss.

21 Sobre la naturaleza jurídica de los servicios públicos la Corte Constitucional ha precisado que “la naturaleza de la relación jurídica entre la empresa de servicios públicos domiciliarios y sus usuarios no es sólo contractual sino también estatutaria, pues su prestación involucra derechos constitucionales y su reglamentación obedece a intereses públicos determinados y ello justifica la vigilancia del Estado”. Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-690 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet. Sin embargo, pensamos que a pesar de su naturaleza *propter rem*, este tipo de obligaciones tienen, ciertamente, elementos propios de las obligaciones contractuales. Véase Colombia, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, Concepto sspd-2006-155.

22 Véase Colombia, Corte Constitucional, Sentencias T-630 de 1997, M. P. Alejandro Martínez Caballero y C-408 de 2003. M.P. Jaime Araujo Rentería.

al dueño no tienen un carácter absoluto; antes bien, son sometidas a varias limitaciones. Además, respecto del segundo, el propietario puede presentársenos como deudor o acreedor de ciertos vínculos obligacionales con otras personas.

Sin embargo, como se verá a continuación, el concepto de propiedad ha sido objeto de una importante manipulación en el escenario constitucional. Ocupémonos entonces de este entuerto.

III. LA PANORÁMICA CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD COLOMBIANA.

En el plano constitucional colombiano la propiedad ha sido objeto de diferentes regulaciones. A continuación, nos ocuparemos de algunas de ellas.

I. La función social de la propiedad

En el siglo XX el Acto Legislativo I de 1936 col. (por el cual se modificó el art. 30 de la Constitución Política de 1886 col.) abrazaría decididamente las tesis que abogaban por una función social de la propiedad. Actualmente, la Constitución de 1991 consagra que la propiedad es una función social que tiene inherente una función ecológica (art. 58 inc. 2 ídem).

En el artículo 58 de la Constitución colombiana se establece lo siguiente: la propiedad o dominio debe cumplir con una función social. En el mundo jurídico, bélico, político, etcétera, la palabra “social”, como el vocablo “Dios”, pueden respaldarlo todo o casi todo. En efecto, en nombre de Dios se construyen y destruyen pueblos, se organizan y eliminan civilizaciones, se propician y mutilan sueños. El término “social” es utilizado de manera muy similar para coadyuvar todo tipo de tesis y propósitos²³. Se trata, desde luego, de expresiones mágicas, con un alto contenido emotivo, que seducen a los hombres²⁴.

A) Las fórmulas abstractas.

Como se sabe, Léon Duguit sostendría que la noción realista de la función “social” de la propiedad debe remplazar la noción del derecho subjetivo de dominio²⁵. Es decir, según esta tesis, el propietario, más que un titular de un

23 En la Constitución de países totalitarios como Cuba encontramos más de sesenta referencias a la palabra “social” –y sus derivados. En el Preámbulo de la Constitución de China de 1982 de Deng Xiaoping encontramos más de trece referencias a la misma expresión. Incluso, la última Constitución de la URSS (1977, conocida como la Constitución del Secretario Brejnev) tuvo a bien referirse en doce oportunidades al mágico término “social”.

24 “Casi parecería que, entre más miserable es la realidad de un país o de un sistema político, más florida debe ser su Constitución”. NÚÑEZ, J.: *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*, Legis, Bogotá, 2005, p. 8.

25 Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón, primera conferencia.

derecho subjetivo, es un funcionario de los intereses sociales. A partir de esta tesis el legislador y el juez iniciaron un extenso debate, que todavía no conoce fin, sobre el concepto de “función social” de la propiedad y el “núcleo esencial” de propiedad.

Sobre este particular se ha sostenido que “quien tiene una propiedad debe hacer uso de ella en forma tal que no sólo no perjudique a la comunidad sino que sea útil a ella”²⁶. Así mismo, se determina que “reivindicando el concepto de la función social, el legislador le puede imponer al propietario una serie de restricciones a su derecho de dominio en aras de la preservación de los intereses sociales”²⁷. Además, se asegura que “en el derecho moderno, se reconoce la propiedad como un derecho relativo y no absoluto, como resultado de la evolución de principios de orden filosófico y político que han influido en el proceso de su consolidación jurídica, los cuales han contribuido a limitar en buena medida los atributos o poderes exorbitantes reconocidos a los propietarios”²⁸.

En definitiva, la vaguedad del concepto de “función social” de la propiedad se evidenció desde su discusión misma en la Asamblea Constituyente. Apartes como los siguientes rinden cuenta de ello: “La propiedad no tiene nada que ver con la función social si es monopolista, si es improductiva, si aumenta riqueza para unos y empobrece a otros”.

Igualmente, se precisa que “la función social, en relación con la propiedad, encierra la solidaridad, legitima la expropiación, cuando el interés social lo exige, aún sin indemnización, permite la participación de todos en los frutos recogidos, no discrimina derechos, de acuerdo a las riquezas”²⁹. En conclusión, la expresión amplia, de contornos ilimitados, “función social” parece poder sustentar todo tipo de argumentos, quimeras y arbitrariedades, tales como la extinta, en hora buena, expropiación sin indemnización³⁰.

Además, si esta expresión se acompaña de la clásica fórmula que nos advierte que Colombia es un “Estado social de derecho”, se presenta ante nosotros un lapidario e incontrovertible juicio. El grave inconveniente es que la arbitrariedad puede agazaparse detrás de él. En efecto, como bien lo dijo Jeremy Bentham, “la

26 Colombia, Discurso de Darío Echandía en la Cámara de Representantes, 24 de febrero de 1936. Citado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia de 24 de marzo de 1943, M. P. Anibal Cardozo Gaitán.

27 Colombia, Corte Constitucional, T-427 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

28 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-245 de 1997, M. P. Fabio Morón Díaz.

29 Informe de ponencia para primer debate, *Gaceta Constitucional*, Ponentes Iván Marulanda Gómez y Jaime Arias López núm. 58, pp. 5 y ss.

30 Incluso en la totalitaria Cuba de los hermanos Castro, el Estado se compromete a respetar los derechos de propiedad que ha reconocido (v. gr. parcelas de pequeños agricultores, muebles en general, inmuebles de vivienda, etc., Art. 19 de la Constitución de Cuba), obligándose a pagar una indemnización en caso de expropiación (Art. 25 de la Constitución de Cuba).

incertidumbre sobre el significado de las palabras empleadas en el ámbito del derecho, generará en la misma proporción incertidumbre respecto a la posesión y a la *propiedad* en todas sus formas y también suscitará la falta de *seguridad* política contra el mal en todas sus formas³¹.

B) La metamorfosis del derecho

Sin embargo, los ataques al derecho de dominio han superado los inenarrables foros y discusiones propuestos por los operadores jurídicos. Lamentablemente, esos ataques se han materializado en decisiones jurisprudenciales de la Corte Constitucional colombiana que nos informan de una metamorfosis del derecho. Veamos el siguiente caso. En el artículo 13 de la Ley 2 de 1959 col. se consagró lo siguiente:

“Con el objeto de conservar la flora y la fauna nacionales, declárese ‘Parques Nacionales Naturales’ aquellas zonas que el Gobierno Nacional, por intermedio del Ministerio de Agricultura, previo concepto favorable de la Academia Colombiana de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, delimite y reserve de manera especial, por medio de Decretos, en las distintas zonas del país y en sus distintos pisos térmicos, y en las cuales, quedará prohibida la adjudicación de baldíos, las ventas de tierras, la caza, la pesca, y toda actividad industrial, ganadera o agrícola, distinta a la del turismo o a aquellas que el Gobierno Nacional considera convenientes para la conservación o embellecimiento de la zona. Dentro de estos parques pueden crearse reservas integrales biológicas, en los casos en que ello se justifique a juicio del Ministerio de Agricultura y de la Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales”.

Con esta disposición, el legislador pretendió conservar la fauna y la flora de nuestro país. La expresión resaltada “las ventas de tierras” prevista en el artículo 13 de la Ley 2 de 1959 col. fue demandada ante la Corte Constitucional, que con el fallo C-189 de 2006³² no solamente la estimó ajustada a la Constitución, sino que además nos regaló una cuestionable interpretación que podríamos sintetizar así: se prohíbe a los propietarios particulares de predios, ubicados dentro de las zonas calificadas como “parques nacionales naturales”, enajenar sus respectivos derechos de dominio. Es decir, la Corte Constitucional colombiana, de la mano del impenetrable art. 58 de la Constitución, ha reescrito la norma legal. Lisa y llanamente, se redefinió el concepto de propiedad: se aceptó un derecho que carece del poder de disposición jurídica de su titular.

31 BENTHAM, J.: *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. Cristina Pabón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 91.

32 Colombia, Corte Constitucional, M. P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-189 de 2006.

En el fallo C-189 de 2006, por lo demás, se sostuvieron dos tesis perfectamente contradictorias. En un primer aparte de la sentencia se aseguró que “el núcleo esencial del derecho a la propiedad privada lo constituye el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular” (ídem). En el mismo sentido se comentó que “en aras de cumplir con las funciones sociales y ecológicas que reconoce la Constitución Política, no por ello puede llegarse al extremo de lesionar su núcleo esencial que se manifiesta en el nivel mínimo de ejercicio de los atributos de goce y disposición, que produzcan utilidad económica en su titular” (ídem). Hasta acá, el problema no parecía ser tan complejo. Se trataba de la inveterada fórmula de *núcleo esencial* sostenida por el alto tribunal. Sin embargo, para nuestra sorpresa, en una segunda posición se aclara que el legislador puede establecer limitaciones intemporales al derecho de disposición “siempre y cuando se acredite que las mismas, además de preservar un interés superior orientado a realizar los fines del Estado Social de Derecho, mantienen incólume los atributos de goce, uso y explotación que le permitan a su titular –de acuerdo con las limitaciones previstas en el ordenamiento jurídico– obtener algún tipo de utilidad económica que justifique la presencia de un interés privado en la propiedad” (ídem).

Desde luego, esta decisión merece varios comentarios. Primero, se proponen dos definiciones de *núcleo esencial* de la propiedad: ya conformado por el goce y la disposición, ya determinado por el uso, goce y explotación. Desde luego, respecto de esta segunda posición, se debe aclarar que goce y explotación son expresiones perfectamente sinónimas (arts. 714-718 C.C. col.). Segundo, la aclaración del fallo según la cual se trata de una limitación intemporal del poder de disposición no es exacta. En realidad, antes que limitar la disposición se está eliminando del derecho de dominio. En estos términos, se castra de manera radical la propiedad.

Para concluir, basta decir que, desde ese punto de vista, este “propietario” dispondría incluso de menos poderes que el titular del arcaico y exótico uso y habitación (arts. 870-878 C.C. col.). En estos términos, ¿podemos denominar a esto “propiedad”? ¿O más bien “pseudo propiedad”? ¿Un “propietario” que no puede disponer de su bien es un verdadero “propietario”? ¿Y si su goce se limita a la explotación turística? ¿Un cuchillo sin hoja sigue siendo un cuchillo? ¿Y un cuchillo sin mango? ¿Y si se trata, más bien, del famoso cuchillo sin hoja al que le falta el mango?

Desde luego, para el país –su fortalecimiento institucional, su credibilidad interna y externa, su desarrollo productivo, crecimiento económico, etcétera– resulta nefasto que se prescinda de una asignación y protección clara de los derechos de los administrados, so pretexto de enarbolar las buenas intenciones constitucionales de la “función social” de la propiedad.

En efecto, en el lenguaje jurídico, las palabras “propiedad”, “dueño”, “propietario” tienen un significado técnico que no puede ser confundido con aquellos del lenguaje ordinario. ¿Podremos sostener siquiera que tiene un derecho de “propiedad” –con todo lo que esto implica– el “dueño de la verdad”, el “propietario de un billete de lotería” y la “dueña de mi corazón”?

De manera bastante contundente así lo tiene dicho la doctrina: “[L]a tendencia a confundir o mezclar los conceptos no jurídicos con los conceptos jurídicos consiste en la ambigüedad y falta de precisión de nuestra terminología jurídica. La palabra ‘propiedad’ suministra un ejemplo llamativo”³³.

En resumen, pensamos que el Estado debe orientar a los administrados hacia objetivos concretos, sirviéndose de normas cuyos supuestos de hecho describan situaciones claras. Sin embargo, ¿qué pasa cuando las normas constitucionales son confusas? Se presenta una situación de inseguridad jurídica que dará lugar a múltiples controversias cuyas soluciones serán inciertas y, en definitiva, onerosas³⁴.

2. Las normas del acuerdo de paz

En Colombia el tema del acceso a la tierra ofrece una aguda problemática social y económica. Por ejemplo, se identifican más de 800.000 familias que reclaman del Estado el ofrecimiento de una parcela. En efecto, durante varios años, estas familias se han sometido a los complejos y enmarañados canales institucionales concebidos para este propósito. A la fecha estas miles de familias siguen esperando la escurridiza “tierra prometida”. Así mismo, en el actual escenario de posconflicto, se ha planteado desde el Gobierno Nacional la necesidad de ofrecer hectáreas a los excombatientes de las Farc.

En este complejo escenario se adoptó, el pasado 12 de noviembre de 2016 el *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*. De manera puntual la Constitución colombiana abrazó el Acto Legislativo No. 2 de 2017. En su art. 1 se estableció lo siguiente:

“En desarrollo del derecho a la paz, los contenidos del *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, firmado el día 24 de noviembre de 2016, que correspondan a normas de derecho internacional humanitario o derechos fundamentales definidos en la Constitución Política y aquellos conexos con los anteriores, serán obligatoriamente parámetros

33 HOHFELD, W.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., p. 32.

34 “La predecibilidad es el aspecto formal de la protección jurídica. Si el sistema jurídico fracasa al implementarla, entonces la base de la estabilidad social se verá sacudida. Si la aplicación del Derecho no es predecible sino caprichosa, hará que sea imposible la planeación de actividades y llevará, eventualmente, a la guerra de todos contra todos.” AARNIO, A.: *Derecho y lenguaje*, Col. BÉFDP- Fontamara, México, 2000, p. 17.

de interpretación y referente de desarrollo y validez de las normas y las leyes de implementación y desarrollo del Acuerdo Final, con sujeción a las disposiciones constitucionales”.

Como se sabe, todo el Capítulo I del *Acuerdo Final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* estatuye la denominada *Reforma Rural Integral*. De acuerdo con lo establecido en el art. 1 del Acto Legislativo No. 2 de 2017, estas normas de la *Reforma Rural Integral* se deben integrar con las disposiciones constitucionales.

A) El eje de la reforma constitucional: el fondo de tierras y el programa de formalización

Esta *reforma rural integral* tiene dos diferentes materias estructurales: el *Fondo de Tierras* de 3 millones de hectáreas y la *Formalización* de 7 millones de hectáreas. Respecto de estas dos herramientas, de manera puntual se instituye el denominado *Registro de sujetos de ordenamiento -Reso-*, herramienta administrada por la subdirección de sistemas de información de tierras de la Agencia Nacional de Tierras (véase también Decreto Ley 902 de 2017).

Por un lado, el *Fondo de Tierras* de 3 millones de hectáreas está integrado por la *Subcuenta de acceso para población campesina, comunidades, familias y asociaciones rurales* y por la *Subcuenta de tierras para dotación a comunidades étnicas*. Su patrimonio inmobiliario estaría integrado por diferentes componentes. Principalmente este pretendido *Fondo de Tierras* de 3 millones de hectáreas estaría integrado por tierras “baldías”.

Por otro lado, conforme al art. 1.1.5 del *Acuerdo* la *formalización* se establece la *Formalización* masiva de 7 millones de hectáreas. Desde luego, cabría preguntarse lo siguiente: ¿qué significa “formalizar”? Para nosotros ha de entenderse por tal aquella transición entre posesión y derecho de propiedad³⁵. En otras palabras, con ella ha de avivarse el tránsito de la propiedad informal o explotación no dominical –expresión de disfrute provisional- a la propiedad formal –expresión de disfrute intemporal³⁶.

Por ejemplo, en el Decreto Ley 902 de 2017 col. -en las explícitas *zonas focalizadas* por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural-, se otorgan facultades a la Agencia Nacional de Tierras para titular la posesión y sanear la falsa tradición (con posible debate en el escenario jurisdiccional).

35 BERGEL, J.; BRUSCHI, M. y CIMAMONTI, S.: *Les biens*, L.G.D.J., París, 2010, p. 179.

36 DANOS, F.: *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, París, 2007, p. 29.

Sin embargo, valdría la pena presentar los guarismos del reciente *Censo Nacional Agrario de 2015*: nuestro país cuenta con más de 110 millones de hectáreas. De este universo, solamente 42 millones, en números redondos, permitirían uso agropecuario. Nuevamente, de esta cifra, únicamente 7.1 millones de hectáreas son área cultivada (permanente y transitoria). En este orden de ideas, la cifra aportada por el art. 1.1.5 del *Acuerdo* es casi la misma del total de hectáreas cultivadas en el país.

En una palabra, con estas halagüeñas disposiciones se pretenden reconocer derechos de propiedad, aproximadamente, respecto de más de 10 millones de hectáreas rurales. Empero, a la fecha, Colombia solamente cuenta con 7.1 millones de hectáreas cultivadas. Es decir, se pretende aumentar la denominada frontera rural en casi el 150 %. Todo lo anterior, en medio de un enmarañado régimen jurídico. Se trata, sin duda, de una maravillosa e inverosímil apuesta del cuerpo constitucional colombiano que se enfrenta a una cruda realidad.

B) El ambiguo concepto de bien baldío

Vale la pena precisar lo siguiente: tanto el *Fondo de Tierras* de 3 millones de hectáreas como el programa de *Formalización* masiva de 7 millones de hectáreas gravitan en torno a las denominadas *tierras baldías*. Sin embargo, en todo el cuerpo normativo colombiano –constitucional y legal- no se ofrece concepto alguno respecto de bien *baldío*. Incluso, hoy por hoy, los jueces colombianos ofrecen conceptos absolutamente antagónicos de bien *baldío*.

Por un lado, se afirma que un predio *baldío* es un fundo inexplorado, inculto. Así las cosas, si el fundo está siendo explotado por un particular, en principio, no sería *baldío*. Por ende, sobre el relatado fundo se aceptaría la posesión- usucapión –que no la adjudicación-. Es decir, desde que se inicia una explotación económica del suelo agreste por medio de hechos positivos propios de dueño, se reconocen actos de verdadero poseedor³⁷. En efecto, según jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia “[e] art. 12 de la Ley 200 de 1.936, modificado por el art. 4º. de la Ley 4ª. de 1.973 Col., consagró la prescripción adquisitiva agraria, de corto tiempo”³⁸. De manera puntual –se ha dicho- se requiere la posesión “por

37 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencias publicadas en *G.J.*, LXXXVIII, p. 74 y XCIX, p.172. También en: Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de agosto de 1998. M.P. José Fernando Ramírez Gómez, Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 3 de marzo de 2006. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo., Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de mayo de 2015. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo., Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 16 de febrero de 2016, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona y Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 27 de abril de 2016, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

Por lo demás, téngase en cuenta la siguiente: esta regla también ha sido defendida por la Corte Constitucional, incluso en acciones constitucionales de inexequibilidad –cuyos efectos son *erga omnes*-. Véase, por ejemplo, Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-275 de 2006, M.P. Álvaro Tafur G.

38 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de agosto de 1998, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

un período de cinco años continuos, amén de no recaer en franjas de tierra que correspondan a las reservas del fundo, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 1º de la Ley 200 de 1936³⁹.

Por otro lado, se asevera que un predio sin matrícula inmobiliaria es siempre un *baldío*, sin que importe si está sometido a explotación económica o no. Por ello, el único modo de ganar su dominio por parte de un campesino o colono sería la *adjudicación*. Se excluiría, así las cosas, cualquier forma de usucapión sobre el inmueble. En efecto, se ha afirmado que “[l]a exigencia de aportar el folio de matrícula inmobiliaria para acreditar la propiedad sobre los predios sobre los cuales se reclamaba no implica una actuación arbitraria o caprichosa por parte de la autoridad judicial accionada. Antes bien, con ella se da cumplimiento a las disposiciones del Código Civil que disciplinan la transmisión de dominio sobre los bienes raíces, la cual requiere el otorgamiento de escritura pública y su correspondiente inscripción en la oficina de registro de instrumentos públicos⁴⁰.

En una palabra, la construcción del *Fondo de tierras* y del programa de *Formalización*, necesariamente, debería proyectarse sobre un sólido y claro concepto de bien *baldío*. Desgraciadamente, la relatada reforma constitucional no ha sido edificada sobre tierra firme.

IV. CONCLUSIONES

La propiedad “es un derecho inviolable y sagrado del cual nadie puede ser privado salvo en el caso de evidente necesidad pública, legalmente acreditada y a condición de una justa y previa indemnización⁴¹. Este recuento histórico nos conduce, indefectiblemente, a reconocer en los derechos de *propiedad* lo siguiente: son *esferas de privilegios individuales* que conducen a irrefutables y seguras satisfacciones. Hablamos concretamente de un *haz de poderes directos* sobre una cosa corporal o incorporeal.

Como se sabe, la propiedad se diferencia de otros derechos reales que ofrecen un número de poderes menor a su titular. Lo anterior lo podemos sintetizar así:

1º) Propiedad: *ius utendi + ius fruendi + ius disponendi* (disposición de la sustancia misma del bien y del derecho) + Obligaciones reales;

En el mismo sentido: Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 3 de marzo de 2006, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo; Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 28 de agosto de 1995.

39 Colombia, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 10 de agosto de 1998, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

40 Colombia, Corte Constitucional, Sentencia SU-636 de 7 de octubre de 2015, M.P. María Victoria Calle Correa.

41 Art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. También consagrado en la Constitución de Europa (Art. II-77) y en la 5.ª Enmienda de Estados Unidos.

2º) Usufructo: *lus utendi + lus fruendi* (si no lo prohíbe el constituyente, también la disposición del derecho) + Obligaciones reales;

3º) Uso o habitación: *lus utendi* (limitado) + *lus fruendi* (limitado) + Obligaciones reales;

4º) Servidumbre: *lus utendi* (limitado) + Obligaciones reales;

5º) Prenda: *lus distrahendi* + Obligaciones reales;

6º) Hipoteca: *lus distrahendi* + Obligaciones reales.

Sin embargo, después de los ataques referenciados –principalmente después del fallo C- 189 de 2006 de la Corte Constitucional colombiana que reescribió el artículo 13 de la Ley 2 de 1959 col.–, ya no tenemos claro en Colombia qué se entiende por propiedad, cuáles son sus elementos, en qué se diferencia de los otros derechos reales, etcétera. De manera puntual, en el caso que nos ocupa, parece concluirse que resulta muy difícil diferenciar *propiedad* y *uso y habitación*. En efecto, de acuerdo con la definición de la Corte Constitucional, “propiedad” sería: *lus utendi + lus fruendi* (sin la disposición del derecho y ampliamente limitado, puesto que se excluyen explotaciones tan importantes como la industrial, ganadera y agrícola) + Obligaciones reales.

En una palabra, creemos que expresiones oscuras como “función social” o “núcleo esencial” no deberían conducir al desconocimiento del concepto de derecho de propiedad. En efecto, en la penumbra de los conceptos se puede recalar la arbitrariedad. La propiedad, como se ha dicho, es y ha sido un conjunto de poderes –no absolutos– de uso, goce y disposición sobre un bien y, además, en algunos casos, un cúmulo de vínculos obligacionales con otros sujetos.

Para terminar, el enigmático panorama colombiano de la propiedad, sin duda, también se extienden al denominado *Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera*, firmado el 12 de noviembre de 2016. Como se ha dicho, en el relatado *Acuerdo* se instituye un *Fondo de Tierras* -exactamente 3 millones de hectáreas- y un gran programa de *Formalización de la propiedad rural* -textualmente 7 millones de hectáreas-. Sin embargo, en Colombia existe una total ambigüedad respecto del concepto de bien *baldío*. Lamentablemente tanto el *Fondo* como el programa de *Formalización* se han edificado sobre el relatado y sombrío concepto de *tierra baldía*.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A.: *Derecho y lenguaje*, Col. BÉFDP- Fontamara, México, 2000.
- ANÓNIMO: *Popol- Vuh*, Losada S.A., Buenos Aires, 1965.
- BENTHAM, J.: *Nomografía o el arte de redactar leyes*, trad. Cristina Pabón, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004.
- BERGEL, J. ; BRUSCHI, M. y CIMAMONTI, S.: *Les biens*, L.G.D.J., París, 2010.
- CARBONNIER, J.: *Les trois piliers du droit. La propriété, Flexible droit*, LGDJ, Paris, 1998.
- DE VERDA, J; SERRA, A; ATIENZA, M; BLASCO, F; CARRIÓN, S; MONTÁNCHÉZ, M; REIG, G; REYES, M; SAIZ, C; BLASCO, F. y ESTRUCH, J.: *Derecho civil III*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- DANOS, F.: *Propriété, possession et opposabilité*, Economica, París, 2007.
- GATTI, E.: *Propiedad y dominio*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996-
- HART, H.: *Legal Rights, Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1982.
- HERNÁNDEZ, G.: *De los chibchas a la colonia y a la república*, Internacionales, Bogotá, 1978.
- HOHFELD, W.: *Conceptos jurídicos fundamentales*, Fontamara, México, 1997.
- LARA, F.: *Código Hammurabi*. Madrid, Editora Nacional, 1982.
- MATHIEU, M.: *Droit civil -les biens*, Sirey, París, 2013.
- NÚÑEZ, J.: *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*, Legis, Bogotá, 2005.
- ROSS, A.: *Sobre el derecho y la justicia*, Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- SIMÓN, P.: *Noticias historiales de las conquistas de tierra firme en las Indias Occidentales*, Biblioteca Banco Popular, Bogotá.
- SUESCÚN, A.: *Derecho y sociedad en la historia de Colombia*, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja, 1998.

TÁCITO, C.: *Costumbres de los germanos*, Albatros, Buenos Aires 1943.

VILLEY, M. : *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, Paris, 1975.


VINOGRADOFF, J.: *Introducción al derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 2005.



IGUALDAD POR RAZÓN DE FILIACIÓN Y DERECHO DE
SUCESIONES

EQUALITY BY REASON OF FILIATION AND SUCCESSION LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 336-365



Manuel Espejo
LERDO DE
TEJADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de abril de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: El principio constitucional de igualdad en la filiación juega solamente en relación con sucesiones abiertas con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Se examina la jurisprudencia más reciente sobre la materia.

PALABRAS CLAVE: Principio constitucional de igualdad en la filiación; legítima y sucesión intestada; derecho transitorio; prescripción extintiva y usucapión.

ABSTRACT: *The constitutional principle of equality of filiation only applies to successions opened after the entry into force of the Constitution. The paper reviews the most recent case law on the subject.*

KEY WORDS: *Constitutional principle of equality in filiation; forced heirship and intestate succession; transitional law; extinctive prescription and adverse possession.*

SUMARIO.- I. LA RELEVANCIA DEL TEMA.- II. EL CRITERIO SOBRE DERECHO TRANSITORIO QUE GOZA DEL FAVOR JURISPRUDENCIAL.- III. ALGUNAS OPINIONES DISCORDANTES.- 1. La relevancia del momento de la aceptación de la herencia como criterio determinante de la aplicación de la igualdad constitucional.- 2. Discriminación indirecta.- 3. “Dies a quo” de la prescripción de las acciones sucesorias.- 4. Apreciación caso por caso de la retroactividad examinando el carácter consumado o agotado de la sucesión preconstitucional.-

I. LA RELEVANCIA DEL TEMA

Cuando me ocupé por primera vez de la materia a la que se refiere el título de este trabajo, la instauración por la Constitución española de la igualdad por razón de la filiación ya había cumplido algunos años, y los criterios de aplicación de dicha igualdad al derecho de sucesiones se encontraban suficientemente asentados en la práctica jurisprudencial¹. Entendí entonces que era un punto sin discusión que las sucesiones abiertas antes de la Constitución no quedaban afectadas por el principio de igualdad entre las diferentes clases de filiación legalmente contempladas, y que, en todo caso, el transcurso del tiempo haría cada día más difícil las reclamaciones sobre ellas a causa de la influencia de la prescripción extintiva y la adquisitiva. Por eso no pensé en aquellas fechas que la conflictividad que generara el principio de igualdad fuera a perdurar tanto en el tiempo, de modo que pudiera seguir teniendo presencia en la práctica judicial cuando estamos a punto de celebrar los cuarenta años de la entrada en vigor de la Carta Magna.

¹ ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Reforma constitucional de la legítima y problemas de Derecho transitorio”, *Boletín de Información Ministerio de Justicia e Interior*, Información General, 1995, pp. 3913-3949. Después he vuelto sobre el tema en diversas ocasiones, entre otras citaría las siguientes: “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*, 1997, pp. 377-412; “Efectos de la determinación de la filiación no matrimonial sobre la sucesión del progenitor fallecido antes de la Constitución del 78. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2389)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, pp. 381-397; “Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (BOE núm. 129, de 27 de mayo de 2010)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 229-260; “La sustitución fideicomisaria y la aplicación imperativa del principio constitucional de igualdad: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013, 7414)”, *Revista de derecho patrimonial*, núm. 35, 2014, pp. 449-471; y “Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (testador y principios constitucionales)”, en *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil* (coord. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO/ESCRIBANO TORTAJADA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 621-664. Naturalmente el hecho de haberme ocupado en tantas ocasiones de la cuestión me exime de referirme exhaustivamente a doctrina y jurisprudencia que ya haya citado y estudiado. De hecho, en estas páginas intento realizar referencias directas solamente a resoluciones judiciales de los últimos dos o tres años y a contribuciones doctrinales de ese mismo periodo. Haré alguna excepción en relación con la jurisprudencia europea sobre derechos humanos.

• Manuel Espejo Lerdo De Tejada

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: manualespejo@us.es

Me he equivocado, pues no dejan de aparecer ante los tribunales supuestos de este tipo; naturalmente no es de extrañar que cuando se pretende la declaración de la filiación se ponga la mirada en las herencias abiertas recientemente (después de la Constitución), pero que hoy en día se reclamen herencias abiertas antes de la entrada en vigor de la CE me parece un disparate que contradice las normas de derecho transitorio, así como las de la usucapión y la prescripción extintiva. Lo más probable es que muchos de estos litigios respondan a la estrategia de captación de clientes por parte de letrados sin muchos escrúpulos que aprovechan los comprensibles sentimientos de muchas personas afectadas: bien de la frustración por haber padecido la injusticia de no haber conocido su filiación durante muchos años, bien del deseo de acceder a un patrimonio sucesorio del que no han gozado. Y esto mismo se podrá decir cuando los que han experimentado esas situaciones han sido sus antecesores.

Uno de estos casos, al que ya tuve ocasión de referirme², es especialmente llamativo por la antigüedad de la herencia que se pretende reclamar. Me refiero al que dio lugar a la STS 17 octubre 2016, sobre la revisión de una Sentencia firme de filiación obtenida con maquinaciones insidiosas³. Los hechos, que han estado muy presentes en los medios de comunicación⁴, fueron los siguientes: Segismundo había fallecido el día 5 de diciembre de 1908, bajo testamento en el que instituyó heredero único, en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, hasta la entonces cuantiosa suma de 200.000 pesetas, a la Villa de Escoriaza. Hay que pensar, pues, que el testador carecía de legitimarios, y que, en todo caso, en el testamento se ordenarían diversos legados, además de la institución de heredero⁵.

Más de un siglo después, Luis Enrique, que conocía el contenido del testamento y la importancia económica de la herencia, interpuso acción de filiación en nombre de su anciano padre (Jesús Miguel), para que se declarara a su vez que Victorio (padre de Jesús Miguel y abuelo de Luis Enrique), era hijo biológico de Segismundo; la demanda fue dirigida contra Ángel Daniel, nieta de un primo del Sr. Segismundo, a quien se consideraba la familiar más próxima del mismo. Por allanamiento de esta única demandada, lógico porque la cuestión no le afectaba, el Juzgado de

2 En <https://hayderecho.com/2017/01/09/filiacion-no-matrimonial-y-derechos-sucesorios/> (consultada el 1.V.2018). En las consideraciones acerca de la STS 17 octubre 2016 que siguen en el texto reproduzco, más o menos libremente, lo que allí publiqué, con algunas referencias añadidas. Llamo la atención al lector curioso acerca de las interesantes apreciaciones que hicieron los lectores en los comentarios a mis palabras.

3 STS 17 octubre 2016 (RJ 2016, 4939).

4 Por ejemplo, en lo que se refiere a la STS que admite la revisión: <http://www.noticiasdegipuzkoa.eus/2016/10/22/sociedad/el-supremo-da-la-razon-a-eskoriatza-en-una-sentencia-centenaria>; y <http://agencias.abc.es/agencias/noticia.asp?noticia=2349216> (consultadas el 27.IV.2018).

5 Algunos de estos datos se deducen de algunas noticias sobre el caso: cfr. <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2015/01/04/54a92c0de2704ef5218b4570.html>; <http://www.diariovasco.com/alto-deba/201411/09/nueva-familia-jose-arana-20141109005117-v.html>; https://www.vanitatis.elconfidencial.com/noticias/2016-02-21/los-descendientes-de-la-doncella-que-luchan-por-la-herencia-de-uno-de-los-grandes-empresarios-vascos_1155380/ (consultadas el 27.IV.2018)

Primera Instancia núm. 2 de Guecho dictó sentencia estimatoria de la filiación que se reclamaba. Una vez firme dicha Sentencia, el letrado de Jesús Miguel dirigió una reclamación administrativa contra el Ayuntamiento de Escoriaza para que le hiciera entrega de los 2/3 actualizados de la herencia de Segismundo⁶.

Ante esta última reclamación, la referida Corporación local presentó una demanda de revisión de la referida Sentencia que había determinado la filiación, sobre la base del art. 510.4 LEC, porque entendió que en el procedimiento judicial se habían empleado maquinaciones fraudulentas por parte del demandante.

Para la STS, efectivamente el demandante había incurrido en esa maquinación, que “consistió en dejar de dirigir la demanda de reclamación de la filiación contra el único heredero de Segismundo que podría verse afectado por las consecuencias de la declaración de filiación pretendida, para impedir que pudiera oponerse, y, al mismo tiempo, dirigirla contra una pariente lejana que mediante su allanamiento propició la estimación de la acción”. También se aprecian por la STS, como circunstancias relevantes para decidir la revisión de la Sentencia firme, que el demandante “sabía que el único heredero testamentario de Segismundo, fallecido en 1908, había sido el Ayuntamiento de Eskoriatza” y que “el interés en el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación era ejercitar a continuación, contra el Ayuntamiento de Eskoriatza, la acción de reclamación de los derechos legítimos”.

Si se tiene a la vista, como la STS invoca también oportunamente, que el art. 766 LEC prevé que en el proceso sobre filiación será parte demandada la persona a la que se atribuya la condición de progenitor o sus herederos, y que el juzgador, infringiendo el art. 751.I LEC, diera relevancia al allanamiento y declarara la filiación, se ha llegado en este supuesto a la determinación de la misma “sin que el único realmente interesado en la pretensión ejercitada en la demanda pudiera oponerse a la reclamación de la filiación”. Es muy llamativo que en el caso pudiera llegar a determinarse judicialmente la filiación con olvido por el juzgado de la aplicación de dichas normas jurídicas, que disciplinan directamente y sin dudas el procedimiento de filiación que se ejercitó.

En conclusión, cualquiera podrá convenir, con la STS, que: “privar, como se ha pretendido por los demandados [demandados en el procedimiento de revisión, demandantes en el de filiación], al Ayuntamiento de Eskoriatza de la posibilidad de oponerse a la declaración de filiación pretendida, le genera indefensión, sin

6 Que se cifraría en una cantidad entre los cuatro y los siete millones de euros, según la noticia periodística: <http://www.elmundo.es/pais-vasco/2015/01/04/54a92c0de2704ef5218b4570.html>; y https://www.vanitatit.com/noticias/2016-02-21/los-descendientes-de-la-doncella-que-luchan-por-la-herencia-de-uno-de-los-grandes-empresarios-vascos_1155380/ (consultadas el 27.IV.2018)

perjuicio de que pudiera tener otros medios de defensa ligados directamente a la reclamación de los derechos hereditarios”.

No puedo dejar de preguntarme, cómo es posible que se plantee un caso como este, ¿será que se me ha escapado algún elemento de valoración del mismo? Explico la razón de mi desconcierto: a tenor de los hechos conocidos por la lectura de la STS, el resultado de la misma me parece absolutamente previsible de acuerdo con nuestra regulación de las acciones de filiación, por lo que difícilmente podía esperarse otra solución. También me parece relativamente claro lo que pudiera suceder si se volviera a litigar: eventualmente quizá se lograra determinar la filiación por la vía del art. 131 CC, si se probara la misma y la posesión de estado (cuestión esta última verdaderamente difícil), porque en este caso cualquier interesado en declarar la filiación tiene legitimación activa, pero me resulta muy improbable que se pudiera vencer en un procedimiento que tenga por objeto la controvertida herencia. Por resumir el problema sucesorio: ¿con base en qué argumentos se reclamaría con probabilidades de éxito una herencia abierta hace más de un siglo, a despecho de la prescripción extintiva de las acciones que correspondiera ejercer, y de la usucapión por los herederos de los bienes hereditarios? Ni el estado de nuestra legislación, ni el de nuestra jurisprudencia parecen consentir mucho resquicio, al menos según los datos que se proporcionan en esas informaciones periodísticas. Pero entonces, ¿cuáles fueron las razones para iniciar este procedimiento?

Para intentar responder, habría que considerar que la STS describe un tipo de litigio que en los últimos tiempos alcanza mucha atención mediática en prensa, radio y televisión⁷. Se comprende, en verdad, que estos supuestos llamen la atención porque las historias que están detrás tienen un gran tirón novelesco, y añoran la fuerza de la sangre, con el atractivo de herencias a veces cuantiosas. Suelen darse, no obstante, algunas circunstancias que no son baladíes a los efectos de su tratamiento jurídico y dificultan el típico “final feliz” que requeriría el tono de la discusión: o bien los presuntos progenitores fallecieron en un pasado muy lejano (y más allá de los treinta años posteriores a la muerte las posibilidades de ejercitar la acción hereditaria son casi inexistentes), o bien, incluso, ya han fallecido los presuntos hijos, sin que estos gozaran de la posesión del estado (y, entonces, la legitimación para reclamar la filiación se circunscribe al hijo, según el art. 133 CC y a los progenitores, según nuestro Tribunal Constitucional, pero a nadie más). La solución que merezca en Derecho cada uno de los casos en que se planteen problemas similares debe ponderarse de acuerdo con las circunstancias

⁷ Por citar solamente dos casos: http://www.abc.es/estilo/gente/abci-fernando-osuna-mayor-parte-casos-filiacion-extramatrimonial-buscan-conseguir-herencia-201606200038_noticia.html; https://politica.elpais.com/politica/2017/05/11/actualidad/1494498801_880334.html (consultado el 4.V.2018). Y en el ámbito judicial puede verse también el AAP Madrid 13 junio 2017 (JUR 2017, 232007), que alude precisamente a esa relevancia mediática del asunto en un caso concreto.

singulares, pues depende de variados factores de hecho y de derecho que lleva tiempo estudiar⁸.

Naturalmente los medios de comunicación no son el mejor lugar para realizar esta clase de estudio jurídico especializado, porque es comprensible que cualquier usuario de dichos medios se ponga instintivamente a favor de la parte débil, que sería quien reclama la filiación o la herencia de la que ha sido privado a su juicio injustificadamente. Pero en el tratamiento legal de estas cuestiones no solo juega este sentimiento primario de justicia, sino también, y de modo principal la seguridad jurídica, que resultaría muy comprometida si la filiación fuera investigable cualquiera que fueran las circunstancias, o la sucesión fuera revisable sea cual fuera el tiempo del fallecimiento del causante de la herencia y prescindiendo también de las circunstancias de hecho. En mi opinión olvidar todo esto, que impone mucha prudencia, y en cambio dejarse llevar por el primer impulso, incrementa una innecesaria litigiosidad, que viene acompañada de la frustración de los litigantes cuando los resultados no son los esperados, con lo que ello lleva consigo de desconfianza en el sistema de tutela jurisdiccional de los derechos. Es decir, si se comienza por ignorar que estos problemas están muy necesitados de un cuidadoso estudio individualizado, tanto en cuanto a los hechos como en relación con el derecho aplicable, se termina por confundir a la opinión pública, y aparece un “mercado de potenciales clientes” que queda disponible para letrados que se aprovecharían de la situación; con el resultado consabido: los clientes terminan por perder el pleito, el tiempo, el dinero y las ilusiones. Y todo a causa de haber sido seducidos por un clima que fomenta sin base sólida la expectativa de alcanzar un importante enriquecimiento patrimonial.

8 Muy recomendable la lectura de las consideraciones de HORNERO MÉNDEZ, C.: “Si el ‘señorito’ falleció antes de la constitución de 1978, el ‘hijo’ de la ‘criada’ no será heredero: filiación no matrimonial y sucesión abierta (y consumada)”, *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40/2016 (consultada en Aranzadi digital): “Los hijos ilegítimos de los señoritos levantan la voz”. Este titular u otros de corte muy similar –‘La lucha de los hijos ilegítimos de los señoritos’- aparecidos en febrero de 2016 muestran como los medios de comunicación se han hecho eco de lo que puede considerarse una auténtica oleada de demandas (de paternidad), seguidas de los correspondientes procesos, en las que se dirime una filiación ilegítima o extramatrimonial, con unos hechos muy parecidos en todas ellas. Historias que se repiten con pequeñas variantes y que parecen directamente sacadas de una novela o de una película en blanco y negro. Los protagonistas de estos casos suelen coincidir. De un lado, está el «señorito», siempre de buena posición socioeconómica; de otro, la ‘criada’ -o persona de servicio asimilada-, por supuesto de una clase social muy inferior, y por último el niño o la niña producto de los amores clandestinos de los dos primeros, ya convertido en adulto (o directamente en un anciano). Este último, una vez fallecido su progenitor -incluso, es habitual, bastantes años después-, suele ser el demandante, muchas veces con el apoyo justiciero y reivindicativo de su propia descendencia, de sus hijos o nietos que lo animan sus pretensiones: ‘para que la verdad se sepa’, como dice una de las protagonistas de uno de estos dramas procesales. En todos estos episodios, convenientemente jaleados en la prensa local y -lo más sorprendente- en la nacional, suelen darse declaraciones muy parecidas de los demandantes: ‘No me he movido -aseguraba una de éstas- por dinero. Llevo toda mi vida preguntándome quien era mi padre’. Además de este legítimo afán por conocer su origen -o más bien por confirmarlo judicial y formalmente-, en todos estos supuestos suele haber un evidente, pero no menos legítimo, afán crematístico. El ‘señorito’, como digno de tal calificativo, no era precisamente un desarripado, sino que solía ser un rico propietario agrícola -un ‘terrateniente’, si quiere completarse el cuadro recurriendo al fenotipo andaluz- o un empresario de éxito”.

Un jurista medianamente ilustrado en estos temas podría poner muchos ejemplos, porque, efectivamente, son excesivos los litigios de este tipo que se pueden encontrar en cualquier repertorio jurisprudencial y que carecen de toda viabilidad. Obviamente en el caso concreto al que se refiere la STS 17 octubre 2016, sin contar más que con la perspectiva de la acción de filiación ejercitada (por cierto, muy mal dirigida como resulta obvio), y careciendo de más datos sobre el problema sucesorio que los ofrecidos por los medios de comunicación, no puedo saber si es esto lo que ha sucedido, pero no es muy aventurado afirmar que la esperanza de que la demandante venciera en una acción hereditaria estaría jurídicamente poco fundamentada. La explicación de que, pese a existir un fundamento aparentemente tan débil, se haya iniciado un camino largo, caro e incierto en su resultado, se me antoja que pueda estar en ese caldo de cultivo mediático del que antes hablaba, aprovechado o provocado por el letrado de turno⁹.

Aparte de la prescripción extintiva y la usucapión, muchos de estos litigios ponen en causa el alcance que deba darse al principio constitucional de igualdad entre la filiación, pues efectivamente los hijos extramatrimoniales no son los únicos del causante. Afortunadamente sobre esta materia la doctrina jurisprudencial más autorizada suele manejarse con unos criterios relativamente seguros que creo que son compatibles en una aproximación serena y ponderada a los problemas que están en juego¹⁰. Ocuparé algunas páginas a referirme a los más recientes pronunciamientos del TS y del TC sobre esta cuestión.

No obstante, el deseo de recordar el criterio jurisprudencial no es la única causa de este estudio, también he querido escribir esas páginas porque en algunos casos se han brindado desde la doctrina o la jurisprudencia ideas peligrosas por

⁹ Hasta aquí he seguido de cerca las consideraciones hechas en el blog al que me he referido antes.

¹⁰ De nuevo interesa remitirse a HORNERO MÉNDEZ, C.: "Si el 'señorito'", cit.: "Y es que, en estos asuntos, el siguiente objetivo de los demandantes, una vez determinada la filiación, suele ser acceder a la herencia del fallecido. Y es con relación a esto precisamente donde creemos que tal vez estos hijos e hijas de señoritos vean rebajada su alegría tras establecerse que son tales. Aquí suele venir la rebaja -o el bajón, como diría un castizo actual- cuando descubren que para acceder a la herencia de su rico padre no basta con que hayan sido declarados, muchos años después, hijos de éste. Para ello -y no está claro, por el modo en que se manifiestan en los medios, que de esto siempre les informen los letrados que patrocinan sus intereses- hay que tener en cuenta otras circunstancias, sobre todo una muy en particular: cuándo se produjo el fallecimiento del padre, de aquél en cuya sucesión se pretende participar como causahabiente. Ese momento supone la apertura de la sucesión mortis causa y determina también la aplicación o no de la regulación que, a partir de 1978, por mor de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, otorgó el mismo tratamiento a los hijos con independencia de su origen, es decir, sean estos matrimoniales o no, en correspondencia a los artículos 14 y 39 CE. Conveniría que a todos los interesados en determinar la filiación paterna para -no nos engañemos: esta será la razón principal en la mayoría de los casos- acceder a la herencia de su progenitor como hijo y legitimario, se les informase de la existencia de la Disposición Transitoria octava de la Ley 11/1981 en la que de manera taxativa se establece que 'Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se registrarán por la legislación anterior, y las abiertas después, por la nueva legislación'. Como convendría también que se les informase de la existencia de una jurisprudencia repetida y asentada que ha realizado una interpretación literal y también bastante taxativa de esta previsión. Quizá esta información, conocer este dato normativo y estos precedentes jurisprudenciales, les condujesen a adoptar una decisión distinta".

ambiguas e imprecisas que tienen la virtualidad de seguir alimentando esperanzas muy escasamente fundadas, y así también el mercado potencial de clientes a disposición de abogados más preocupados por sí mismos que por las posibilidades reales que sus representados puedan tener de vencer un pleito.

Es obvio que hay que partir del hecho de que en la actualidad las posibilidades técnicas de determinación de la filiación permitirían revisar una buena parte de la historia sucesoria, casi tanto como quisiéramos. Pero ¿nos resulta esto exigible o siquiera deseable? A mi juicio, es claro que no: el Derecho puede y debe prescribir para el futuro, pero no puede ni debe corregir la historia. Probablemente el régimen discriminatorio hizo sufrir a muchos de nuestros antepasados, pero por lamentable que ello sea, ¿qué podemos hacer hoy por remediarlo? ¿Será la solución permitir, por ejemplo, al remoto descendiente del caso reclamar hoy la herencia de su supuesto bisabuelo? ¿Consolaría ello algo a su bisabuela? ¿No estaríamos alimentando a toda clase de actuaciones, tan poco profesionales como parece ser la del caso, abriendo el campo a infinitos litigios? Sinceramente no veo que el camino sea ese, el Derecho también debe mirar por la seguridad de los derechos adquiridos, y a esa ponderación siempre ha respondido el derecho transitorio y la prescripción en sus dos vertientes adquisitiva y extintiva. Teniendo en cuenta este o parecidos casos no tengo tan claro que la justicia imponga una ilimitada revisión del pasado. Y, por otra parte, si alguien quiere abordar esa tarea de “memoria histórica” debiera ser el legislador, y cuando ha tenido oportunidad no lo ha hecho, sino que ha tomado una vía más centrada en la seguridad de los derechos subjetivos ya adquiridos (me refiero, por ejemplo, a la DT 8ª de la Ley 11/1981).

Pero algunas ideas como las de la “discriminación indirecta”, el “fenómeno sucesorio agotado”, o el “dies a quo” de la prescripción de las acciones sucesorias, que algunas Sentencias, votos particulares o autores han puesto en juego en la solución de estos litigios, suponen un peligro cierto de dar campo a infinitas disputas sobre la historia sucesoria con absoluto olvido de la seguridad jurídica y de los derechos adquiridos. Esta es la razón principal de que vuelva sobre un tema que me resulta ya algo cansino: vale la pena vencer la pereza para denunciar algunas de esas propuestas que introducen poca claridad dogmática y como consecuencia escasa previsibilidad y seguridad. Afortunadamente son solo peligros relativamente remotos, porque son minoritarias y se enfrentan a una línea interpretativa muy firme, pero esas ideas en determinados casos límite pueden alimentar esperanzas infundadas, o incluso llegar a resoluciones muy poco justificables desde el punto de vista de los criterios sostenidos por la vigente normativa.

II. EL CRITERIO SOBRE DERECHO TRANSITORIO QUE GOZA DEL FAVOR JURISPRUDENCIAL

Constituye un criterio asentado decir que la Ley vigente en el momento de apertura de la sucesión es la aplicable a la misma, y no la que esté en vigor en cualquier otro momento como pueda ser el de la presentación de la demanda. Así se ha pronunciado una doctrina jurisprudencial consolidada¹¹, que resuelve con ese criterio aunque la aplicación efectiva ante los tribunales de dicha norma sucesoria se dilate tanto en el tiempo, que entretanto hayan sobrevenido modificaciones constitucionales que alteran las previsiones legales sobre los sucesores forzosos o intestados. La cuestión, de derecho intertemporal, vino abordada en su día por la DT 12ª CC, que permite fundamentar suficientemente esta solución no sólo para los casos producidos por la entrada en vigor del CC, sino para todos aquellos en que la norma legal sobre la sucesión haya experimentado una modificación tras la muerte del causante. Y, en cualquier caso, también está reiterada por la DT 8ª de la Ley 11/1981 más atenta a la cuestión que suscitaba la entrada en vigor de la CE¹².

Esta doctrina general ha tenido y sigue teniendo abundante aplicación en los litigios que han tomado en cuenta la fuerza derogatoria del principio constitucional de igualdad sobre las normas del CC que establecían diferencias sucesorias entre diversas clases de hijos por naturaleza. Este criterio obliga a considerar, aún hoy, que las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución, se rigen por normas que establecen efectos discriminatorios. Esto puede ser algo llamativo cuando obliga hoy a aplicar esas normas (cfr. el voto particular de la STS 31 julio 2007¹³), pero parece que la seguridad jurídica hace preferible no aplicar los efectos igualitarios de la CE a sucesiones abiertas antes de su entrada en vigor; pues si ignoramos este límite temporal de aplicación de la CE, será difícil poner límites a la eficacia retroactiva de esta. De lo contrario, ninguna sucesión “mortis causa” ordenada antes de la entrada en vigor de la CE pudiera considerarse a salvo de impugnaciones. Se debe tener en cuenta, además, que la CE no quiso ser retroactiva.

Las últimas manifestaciones de este criterio pueden verse en la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre¹⁴, confirmando la constitucionalidad del mismo; y

11 Aparte de las que veremos más adelante en este mismo trabajo: SSTS 31 julio 2007 (RJ 2007, 6258), con voto particular discrepante; y 17 marzo 2005 (RJ 2005, 2389), entre otras muchas. También en la doctrina, cfr. el excelente trabajo de BARBER CÁRCAMO, R.: *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 51 y ss. en cuanto a este asunto.

12 ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “Reforma”, cit., p. 3935 y p. 389.

13 STS 31 julio 2007 (RJ 2007, 6258). Para BARBER CÁRCAMO, R., *La filiación*, cit., p. 53: las palabras del voto particular “no exentas de cierto fundamento... suenan a justicia del cadí o del caso concreto”.

14 STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017, 105).

en el plano de la jurisdicción ordinaria, en las SSTS I junio 2016¹⁵ y 29 abril 2015¹⁶. Debe darse, pues, por una doctrina jurisprudencial definitiva.

En el supuesto del que se ocupan la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre y la STS 29 abril 2015, se examinaba un caso en que “la apertura de la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española”, y la STS recurrida en amparo consideró “que eran de aplicación las disposiciones transitorias que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código civil, así como que los efectos adquisitivos de los derechos a la sucesión de una persona se trasmitían desde el momento de su muerte (art. 657 CC), momento en el que también se adquirirían tras la correspondiente aceptación de la herencia (art. 989 CC), que justamente fue lo sucedido en el caso de autos al haber quedado acreditada la inmediata aceptación tácita de la herencia por los beneficiarios de la misma, así como la respectiva posesión de los bienes hereditarios, y sin que, por otra parte, pudieran negarse estos efectos por no haberse practicado aún la partición de la herencia que, en modo alguno condiciona o interrumpe, a juicio del Alto Tribunal, el fenómeno transmisivo que encierra la sucesión”.

Para la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre, “La conclusión que de ese escenario infiere el Alto Tribunal en la Sentencia recurrida, señalando que la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española y que eran de aplicación, entonces, las disposiciones transitorias que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código civil, negando con ello, siquiera implícitamente, la aplicación del mandato constitucional del artículo 14 CE a un supuesto adjetivado por esos perfiles temporales, no puede entenderse, por consiguiente, expresiva de una discriminación por razón de nacimiento, sino solo como la expresión lógica de las consecuencias de un criterio legal sobre la ley rectora de la sucesión y de un parámetro de transitoriedad normativa fijado en 1981, ya en época constitucional. No existe, dicho de otro modo, una aplicación e interpretación judicial que desvelen una discriminación selectiva por razón de nacimiento, habiéndose limitado las resoluciones ahora recurridas a aplicar los criterios de sucesión y transitoriedad normativa, legalmente prescritos; pautas legales que regulan sin distinción subjetiva, y solo por razones temporales, la materia, sin contener criterios o parámetros adicionales –fundados en el nacimiento– que diferencien entre sujetos afectados por las mismas circunstancias, todo lo cual descarta que la solución judicial adoptada, tanto desde un plano intencional como objetivo (STC 225/2001, de 26 de noviembre (RTC 2001, 225), FJ 4), nos sitúe ante una relegación social o jurídica discriminatoria en contra de quienes, en su momento, eran calificados como hijos ilegítimos”.

15 STS I junio 2016 (RJ 2016, 2319).

16 STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918): fue impugnada ante el TC en el recurso que concluyó por la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017, 105).

Me parece que la declaración es enteramente correcta y debe ser valorada más positivamente teniendo en cuenta que en los últimos tiempos algunas opiniones doctrinales y votos particulares han considerado que esta solución no es adecuada, ni respetuosa con la CE.

III. ALGUNAS OPINIONES DISCORDANTES

En los últimos años, a veces en votos particulares, en opiniones doctrinales, o, incluso, en alguna STS se contienen afirmaciones que o se oponen frontalmente a las conclusiones a las que ha llegado la jurisprudencia consolidada, o de algún modo, pueden llegar a ponerlas en cuestión.

I. La relevancia del momento de la aceptación de la herencia como criterio determinante de la aplicación de la igualdad constitucional

Uno de los argumentos que más afectarían a la doctrina expuesta acerca de la retroactividad, pues conduciría al sistema opuesto de retroactividad absoluta, es el expuesto en el voto particular de Rafael Sarazá Jimena a la STS 29 abril 2015¹⁷. Según la tesis explicada en este voto, se debe partir de “La necesidad de compaginar la eficacia directa y vinculante de las innovaciones contenidas en la Constitución y el principio de seguridad jurídica que también informa el ordenamiento jurídico y es objeto de reconocimiento constitucional, llevó al Tribunal Constitucional a otorgar una limitada eficacia retroactiva a la Constitución en relación a las situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor”. Se refiere el magistrado discrepante, en este sentido, a que la STC núm. 43/1982 de 6 de julio, argumentó la posibilidad de «una débil eficacia retroactiva de la Constitución en relación con leyes, disposiciones, resoluciones o actos anteriores a ella y que “no hubieran agotado sus efectos”», a partir de lo dispuesto por el inciso final de la disposición transitoria 2.^a.I LOTC¹⁸.

Para este voto particular “La aplicación de esta doctrina en el campo de la sucesión hereditaria debe llevar, según mi punto de vista, a que en aquellas sucesiones en las que no se hubiera producido la aceptación de la herencia por todos los herederos antes de la entrada en vigor de la Constitución, la retroacción de los efectos de la aceptación al momento de la muerte del causante que prevé nuestro Código Civil no debe obstar a que el régimen legal aplicable, en cuanto a la trascendencia de la filiación en la sucesión hereditaria, haya de ser el que deriva del principio de no discriminación por razón de filiación introducido por la Constitución, en vigor cuando se produjo la aceptación de la herencia. Y si se considerara que la disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de

¹⁷ STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918).

¹⁸ STC 43/1982 de 6 de julio (RTC 1982, 43).

mayo, constituye un obstáculo insalvable, por no permitir otra interpretación, para dicha aplicación de este criterio, al tratarse de una ley postconstitucional procedería el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.(...) considero que la no discriminación de los hijos por razón de su filiación matrimonial o extramatrimonial constituye un principio básico del nuevo orden de convivencia, que puso término a una discriminación odiosa. En consecuencia, no puede privarse a dicho principio de ese limitado efecto retroactivo que la jurisprudencia constitucional ha reconocido a la Constitución respecto de situaciones o relaciones jurídicas no consumadas en el momento de su entrada en vigor”.

A mi juicio, de entrada no se trataría de un tan limitado efecto retroactivo como se quiere hacer ver, sino de una retroactividad absoluta porque con las premisas que maneja el argumento, ninguna sucesión que sea susceptible de ser afectada por la determinación tardía de la filiación habrá agotado sus efectos¹⁹.

Debemos partir de los hechos probados: al decir de la STS “tanto la sentencia de primera instancia, como la de segunda instancia, consideran acreditado la inmediata aceptación tácita de la herencia por los beneficiarios de la misma, así como la respectiva posesión de los bienes hereditarios”. Debe hacerse notar, además, que el testamento que regía la sucesión no otorgaba ningún derecho sucesorio a quien ahora es declarada hija del causante. Por ese motivo esta no pudo aceptar ni repudiar e impugna el testamento por preterición.

El voto particular considera que las sucesiones en las que no se hubiera producido la aceptación de la herencia por todos los herederos antes de la entrada en vigor de la CE, serán aquellas a las que se aplique el principio de no discriminación. Cabe pensar, entonces, que es un imposible lógico mantener en el caso enjuiciado como hecho probado que todos los llamados han aceptado la herencia, y sostener a la vez la aplicación retroactiva del principio de igualdad, que depende precisamente de que la aceptación no se hubiera producido. La única manera de superar la contradicción nos parece que sería prescindir del hecho de que la declarada como hija carece de título sucesorio. Y entender que existe a su favor un llamamiento efectuado directamente por la ley; de modo que se pudiera concluir que, en el caso de que la determinación de la filiación se

19 Y la propia STC 43/1982 de 6 de julio (RTC 1982, 43), que alega como apoyo este voto particular, tiene muy claro que debería calificarse como aplicación retroactiva de grado máximo: “lo que aquí se nos solicita implica una retroactividad del tipo de la que la doctrina ha calificado como «retroactividad en grado máximo», esto es, aquella que exigiría la aplicación retroactiva de una norma, en el presente caso el artículo 14 de la Constitución, a una relación jurídica básica y a sus efectos sin tener en cuenta que aquella fue creada y éstos ejecutados bajo el imperio de la legalidad anterior, pues aunque algunos de éstos no se hayan aún agotado (...) y una retroactividad de esta intensidad no tiene base en ningún precepto constitucional y no podría tenerla, puesto que la aplicación de la Constitución al pasado en los términos solicitados por el recurrente irían contra la misma seguridad jurídica que su artículo 9.3 garantiza”. No parece ser esta, por tanto, una STC que apoye los argumentos del voto particular; más bien al contrario.

produzca tras la entrada en vigor de la CE, la hija con la filiación así determinada, que obviamente no habrá aceptado la herencia causada antes de esa entrada en vigor, lo podrá hacer después. Pero admitir esta solución implica que se aplicará dicho principio de igualdad sin limitación temporal hacía el pasado. En efecto, cuando la determinación de la filiación no matrimonial se haya realizado durante la vigencia de la CE, nacería la facultad de aceptar la herencia, sea cual sea la fecha de apertura de la sucesión: se defiende entonces una retroactividad absoluta de este principio de equiparación de cualquier clase de filiación por naturaleza.

Discrepo de esta solución, que prescindiría absolutamente del sistema normativo, que parte de que las normas aplicables a la sucesión son las vigentes en el momento de la apertura, no las vigentes en el momento de la aceptación. Asimismo, de aceptarse esa tesis, se dotaría de una eficacia retroactiva absoluta al principio de igualdad y se permitiría una revisión completa de sucesiones abiertas hace muchos años, con grave detrimento de la seguridad jurídica, que también es una exigencia constitucional.

Y hay más razones: en el caso objeto del litigio se puede apreciar fácilmente el transcurso del plazo de prescripción de las acciones de preterición testamentaria que se ejercen más de treinta años después de abierta la sucesión. Tendríamos así que la aplicación retroactiva del principio de igualdad pasaría por encima de la prescripción extintiva, que constituye otro límite imprescindible para la seguridad jurídica. Y ello incluso llevaría a la consecuencia paradójica de dotar a la filiación no matrimonial tardíamente determinada de mejor condición con relación a la matrimonial determinada en iguales circunstancias temporales, lo que no me parece que sea exigencia del principio de igualdad, sino que incluso lo contradice. Imaginemos, por ejemplo, que en las mismas circunstancias del litigio se hubiera determinado judicialmente la filiación matrimonial en lugar de la no matrimonial; por ejemplo, porque dicha determinación no se produjo regularmente en el momento del nacimiento por la sustracción del recién nacido, o por la confusión acerca de su identidad. ¿No jugarán respecto de esa filiación matrimonial los límites que marca la prescripción extintiva de las acciones sucesorias? Y entonces, ¿por qué dar otra solución al caso de la filiación no matrimonial?

Pienso que, por fortuna, la STC ha descartado por completo que los argumentos de este voto particular sean admisibles²⁰. En efecto, aunque esta STC no examine directamente la constitucionalidad del sistema sucesorio en todos los aspectos implicados, sino solamente se ocupa de excluir que la aplicación judicial del derecho incurra en discriminación suficiente para estimar el recurso de amparo, sí que lo hace indirectamente y avala el criterio legislativo vigente en esta

20 En realidad, el TC había descartado con anterioridad la inconstitucionalidad de la DT 8ª Ley 11/1981, como recuerda HORNERO MÉNDEZ, C.: "Si el 'señorito'", cit.: "esto ya se hizo y... tuvo como resultado la STC 155/1987, de 14 de noviembre (RTC 1987, 155)".

materia, pues se afirma que las “pautas legales ... regulan sin distinción subjetiva, y solo por razones temporales, la materia, sin contener criterios o parámetros adicionales –fundados en el nacimiento– que diferencien entre sujetos afectados por las mismas circunstancias”. No puede extrañar que ante una legalidad tan clara tampoco el magistrado discrepante de la STS 29 abril 2015²¹ pudiera convencer a sus propios compañeros.

2. Discriminación indirecta

Debo ahora referirme al voto particular emitido por el ponente de la STC núm. 105/2017 de 18 de septiembre Fernando Valdés Dal-Re²². Para este magistrado: “el fallo debió de declarar la vulneración del art. 14 CE, por discriminación indirecta por razón de nacimiento, en relación con el artículo 39.2 CE”. Para este Magistrado “la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo en la Sentencia recurrida subraya que la sucesión se produjo con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución Española y que eran de aplicación, entonces, las disposiciones transitorias que al respecto establecía la reforma de 1981 del Código civil. Una tesis posible en Derecho, a mi parecer, que describiría las consecuencias de un criterio legal sobre la ley rectora de la sucesión y de un parámetro de transitoriedad normativa fijado en 1981, ya en época constitucional, sin incurrir en una interpretación de la norma fundada en elementos que diferencien entre sujetos en razón de su nacimiento. No aprecio en esa lectura, por ello, factores de relegación social o jurídica constitutivos de una discriminación directa por razón de nacimiento en perjuicio de quienes, en su momento, eran calificados como hijos ilegítimos. Antes al contrario, las Sentencias recurridas en amparo, en ese concreto punto, se limitan a aplicar las reglas legales sobre la ley que rige la sucesión en el tiempo, conforme a una pauta interpretativa que carece de vocación discriminatoria.

Ahora bien, ese juicio sobre la discriminación directa no colma, sin embargo, el mandato constitucional de prohibición de discriminación por razón de filiación (art. 14 CE). La vulneración del derecho fundamental aludido también debe declararse cuando la norma, o una interpretación judicial de la misma formalmente neutra en el trato a unos y otros hijos, ocasione en los hijos extramatrimoniales (en el caso de la recurrente, además, en su momento «ilegítimos» y no reconocidos hasta que fue declarada por sentencia su filiación) un impacto o resultado adverso. Es la denominada discriminación indirecta, aquí, por razón de filiación (...). Por la importancia que tenía en la solución del caso, es también relevante resaltar que la discriminación indirecta puede darse no sólo cuando exista «una norma» formalmente neutra y directamente no discriminatoria que produzca, en cambio, efectos desfavorables en el grupo caracterizado por el factor protegido, sino,

21 STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918).

22 STC 105/2017, de 18 de septiembre (RTC 2017, 105).

asimismo, cuando se haya dado «una interpretación o aplicación de la misma» que ocasione aquel impacto o resultado adverso (STC 240/1999, de 20 de diciembre (RTC 1999, 240), FJ 6).

Atendiendo a ese vertiente adicional del derecho, la discriminación indirecta, no era posible a mi juicio soslayar un factor decisivo, que singulariza el supuesto de hecho, a saber: que la situación que se analizaba en el proceso judicial venía caracterizada por el particularísimo dato de que, aunque el testamento se otorgó y el causante falleció antes de 1978, el reconocimiento de la condición de hija del causante de quien ahora recurre en amparo se verificó con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, cuando fue declarada hija biológica de aquél por Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Ordes, de 11 de noviembre de 2008, declarada firme por Auto de 23 de diciembre del mismo año. En fechas, por tanto, no solo muy posteriores a la vigencia de la Norma Fundamental sino también a la de la aprobación de las leyes postconstitucionales que fijaron normas transitorias para los procesos sucesorios en curso (reforma de 1981).

A partir de lo expuesto, el órgano judicial debería haber ponderado si la interpretación que realizaba de la sucesión y transitoriedad normativa suponía una discriminación indirecta por razón de filiación, máxime si se toma en consideración, según se apuntó, que las decisiones judiciales deben adecuarse al logro de los valores, bienes y derechos constitucionales (SSTC 82/1990, de 4 de mayo (RTC 1990, 82), FJ 2; 126/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 126), FJ 5) y, desde esa misma perspectiva, que los principios rectores de la política social y económica, entre los que se encuentra el artículo 39 CE que aquí está comprometido, no son meras normas sin contenido (STC 19/1982, de 5 de mayo (RTC 1982, 19), FJ 6) sino que, por lo que a los órganos judiciales se refiere, sus resoluciones habrán de estar informadas por su reconocimiento, respeto y protección, tal como dispone el artículo 53.3 CE.

En la interpretación de las normas pueden los órganos judiciales vulnerar el artículo 14 CE si siguen un criterio interpretativo que desatienda la potencialidad de una solución que elimine la desigualdad injustificada, en el caso de autos de naturaleza discriminatoria (segundo inciso del art. 14 CE). Y eso es justamente lo que aquí sucede, dado que existía una interpretación más conforme con el mandato constitucional, habilitante de la eficacia 'ad casum' de la Constitución pese al momento temporal en el que se desencadenó el hecho sucesorio, visto, en su contraste, el del reconocimiento de la filiación, nunca antes declarado, cuando el mandato antidiscriminatorio del artículo 14 CE poseía ya, sin duda de ningún tipo, plena virtualidad, en 2008, no podía ni puede ser soslayado. De acuerdo con esa circunstancia era posible considerar que no era voluntad del testador

introducir distinciones que resultasen contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que se produce el reconocimiento de la filiación, sino solo, en su día, cuando manifestó su voluntad sucesoria, la de cumplir con el régimen normativo vigente en las fechas preconstitucionales en las que la expresó. Siendo posible esa lectura, la prevalencia de la no discriminación debía imperar sobre consideraciones de sucesión normativa estricta; o, si se prefiere, debió incorporarse, en la interpretación de dicha sucesión normativa, la regulación vigente al tiempo de ese reconocimiento, pues no antes de la Constitución pudo reclamarse esa condición por la recurrente con fundamento en una norma que prohibiese la discriminación sufrida por razón de filiación.

Esa alternativa de interpretación más conforme con el mandato del artículo 14 CE determina que, su no utilización, represente una aplicación de la norma que el artículo 14 CE no consiente (SSTC 34/2004, de 8 de marzo (RTC 2004, 34), FJ 3; 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8), sin que el igual tratamiento en la aplicación del régimen normativo de la reforma de 1981, como si el reconocimiento de la filiación no hubiera tenido lugar en fechas posteriores y de vigencia constitucional, esconda la producción de un resultado o impacto adverso en esa la lectura neutra de la norma. En conclusión, las Sentencias dictadas en el proceso del que trae causa este recurso de amparo, al desatender el reconocimiento en tiempo de vigencia de la Constitución de la filiación, así como la imposibilidad de que su condición de hija pudiera haber sido por ella reclamada con anterioridad, le han dispensado un tratamiento discriminatorio indirecto y contrario al artículo 14 CE, en relación con el artículo 39.2 CE".

La larga argumentación acabada de reproducir causa impacto en el lector, porque invoca sentimientos primarios de justicia que resultan difíciles de ignorar. No obstante el voto particular incurre en muchos excesos que es preciso poner de manifiesto; el primero es que se escude en la imposibilidad de que la condición de hija pudiera haber sido reclamada con anterioridad. Esta afirmación es cierta si se entiende en el sentido de que no pudo ser reclamada antes de la CE, pero tras ella sí que ha sido posible reclamar, y además durante mucho tiempo. Bajo ese punto de vista el retraso en el ejercicio temporal de esta facultad es la que hace que la diferencia de efectos sucesorios con la filiación matrimonial se difumine: en realidad para ambas filiaciones jugaría la prescripción extintiva en el caso de determinación extemporánea o tardía. Pero en verdad ese no es el único punto trascendente para resolver el supuesto, pues también queda resuelto en virtud del derecho transitorio aplicable.

Por otra parte, como se puede apreciar, la tesis, crudamente expuesta, mantiene dos proposiciones contradictorias: la constitucionalidad de la DT 8ª Ley 11/1981; pero a su vez la inconstitucionalidad de su aplicación si se tiene que utilizar

en supuestos de filiación no matrimonial. En efecto, para el voto particular, toda interpretación judicial de una norma que ocasione en los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso incurre en discriminación indirecta. La formulación “impacto o resultado adverso” es tan genérica que no se puede admitir, pues supondría olvidarse de la seguridad jurídica y del principio de legalidad, y afirmar una absoluta eficacia retroactiva de los postulados constitucionales que la misma CE no consagra. No podemos aceptar, en definitiva, que por el solo hecho de que un demandante alegue su condición de hijo o descendiente no matrimonial deba tener garantizadas las pretensiones que esgrima.

En cambio, parece que, para este voto particular, cualquier reclamación sucesoria, sea la que sea la fecha de apertura de la sucesión y prescindiendo de las previsiones legales, incluso aquellas pretensiones que se denegarían sencillamente con la apreciación de la prescripción extintiva o la usucapión del demandado, si beneficia a un descendiente no matrimonial habría de ser admitida por los tribunales, si no quisiera ser tachada de discriminatoria. No puede extrañar, así las cosas, que el ponente no lograra convencer con sus argumentos a ninguno de los demás magistrados constitucionales. Y es que el sentido de la existencia del Derecho, en este caso sucesorio, es ordenar, reconocer, y distribuir las facultades y derechos subjetivos entre los posibles interesados. Si uno de estos sujetos debiera tener garantizada la victoria en todo caso, sobrarían todas las reglas del derecho sucesorio, las del derecho transitorio, las de la prescripción extintiva y las de la usucapión. Por el contrario, si se aceptara que incluso en el caso de la determinación de la filiación matrimonial no se podría, con base en dicha filiación, discutir sobre sucesiones tan antiguas, debería convenirse en que tampoco en la determinación de la filiación extramatrimonial cabe admitir los pretendidos efectos retroactivos.

3. “Días a quo” de la prescripción de las acciones sucesorias

En la doctrina también se ha indicado que sería posible sostener que hasta que no se determina la filiación no se iniciara el cómputo de prescripción de las acciones hereditarias, como la de petición de herencia o la de rescisión de la partición²³. Se argumenta a favor de ello que el art. 1969 CC se refiere en general al comienzo del cómputo desde el día en que las acciones pudieron ejercitarse²⁴.

23 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016, p. 185.

24 Quizá con cierto olvido de que la interpretación más generalizada sobre esta norma prescinde de las imposibilidades subjetivas, y entiende que se refiere únicamente a la posibilidad objetiva. No obstante, esta interpretación tiene sus excepciones en algunas materias en las que la jurisprudencia ha ido dando cabida a las imposibilidades subjetivas. Sobre la cuestión: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La prescripción extintiva y la caducidad: del Código Civil al Código Civil de Cataluña”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coordinador), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1241-1268. Pero casi siempre esos supuestos excepcionales están relacionados con plazos de prescripción o caducidad mucho más breves que los admitidos para la acción de petición de herencia.

Y se añade también que en estos supuestos hay razones para entender que existe una disociación entre la apertura de la sucesión por el fallecimiento del causante y la delación o vocación hereditaria que solamente nacen con la determinación de la filiación²⁵.

Se reconoce, no obstante, que esta propuesta produce dificultades relativas a los derechos adquiridos²⁶. Naturalmente es así, porque es obvio que el planteamiento propuesto contradice los criterios que utilizó el legislador para disciplinar los problemas de derecho transitorio, y prescinde de la prescripción extintiva y la usucapión.

En la jurisprudencia, muy excepcionalmente, también han aparecido afirmaciones de ese tenor, es decir, que propugnan que el inicio del plazo de prescripción de las acciones sucesorias nace con la determinación de la filiación. Pero en la práctica unanimidad de los casos la jurisprudencia decide en virtud del momento de apertura de la sucesión²⁷.

Pensamos que en la observación acerca de la dificultad que retrasar de este modo el “dies a quo” plantea con los derechos adquiridos se encuentra la clave que debe tenerse en cuenta para desmentir la viabilidad de esta alternativa. A falta de una regulación diferente, debemos tener presente que las reclamaciones sobre sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la CE chocarán en casi la totalidad de los casos con situaciones consolidadas por la usucapión extraordinaria, cuyo plazo entiendo que debe constituir el tope máximo de vida de cualquier reclamación sucesoria sobre los bienes objeto de la misma. De modo que intentar volver a la vida estas cuestiones resulta un empeño por complicar las cosas, más allá de cuanto el legislador ha considerado posible. En este sentido, convertir indirectamente en imprescriptibles las pretensiones sucesorias a través de su relación con las acciones de filiación me parece una mala idea. A mi juicio las acciones sucesorias, como cualquier otra de contenido patrimonial, deben tener

25 La autora argumenta sobre la base de la STEDH 7 febrero 2013 (JUR 2013, 35557). Pero a mi juicio ni en esa, ni en la jurisprudencia posterior de este mismo Tribunal a la que haré alguna referencia más adelante, hay argumentos concluyentes que permitan prescindir de los criterios asentados en nuestra legislación y jurisprudencia acerca del derecho transitorio. Y, aunque se encontraran, no debe olvidarse que hoy la cuestión también se resuelve con criterios de prescripción extintiva y usucapión. Me explico: aunque por hipótesis se estimara contrario a la igualdad el criterio de derecho transitorio adoptado por la Ley 11/1981; lo cierto sería que, transcurridos tantos años desde la apertura de las sucesiones preconstitucionales, tendríamos que, respecto de ellas, la determinación actual de la filiación (matrimonial o no, con exquisita igualdad) no abriría el acceso a las acciones sucesorias, bien fuera por prescripción extintiva o por usucapión.

26 MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión*, cit., p. 185; pero más adelante (p. 188) se añade que no está pensando que deban ser defendidos quienes han heredado por no hacerlo el descendiente cuya filiación se determina más tarde, sino otros terceros diferentes.

27 Sobre la materia: ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: “La determinación judicial de la filiación y la jurisprudencia sobre la prescripción en las acciones sucesorias”, en AAVV, *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 473-494.

un tiempo de vida que resulte real y efectivamente limitado, aunque solo sea por la usucapión²⁸.

Todas estas explicaciones alternativas acabadas de examinar tienen el inconveniente de abrir el sistema sucesorio a la absoluta aplicación retroactiva de la CE, destruyendo por otra parte instituciones propias de la seguridad jurídica como la usucapión y la prescripción extintiva. Por esa razón, y las que he ido expresando al examinar cada una de ellas, no deben admitirse como adecuadas para la solución de estos conflictos.

4. Apreciación caso por caso de la retroactividad examinando el carácter consumado o agotado de la sucesión preconstitucional

La que vamos a exponer en este apartado es una solución más matizada, que puede llegar a convencer a la vista de lo excepcional de algunos de los casos en que se ha aplicado, y que de hecho puede ser más coherente en ellos con la jurisprudencia del TEDH. Pero, fuera de ese valor para resolver un caso singular, a mi juicio presenta el grave inconveniente de que el concepto de sucesión consumada o agotada carece de fundamento legal, y es muy genérico, impreciso e inseguro; todo ello produce, cuando se quiere generalizar, grandes tensiones con las normas y los principios que rigen el derecho sucesorio, y con la seguridad jurídica que la solución del precepto de derecho transitorio produce al considerar ley aplicable la vigente en el momento de apertura de la sucesión²⁹.

Ha sido la STS I junio 2016³⁰ la que más recientemente ha desarrollado este punto de vista en un caso verdaderamente extremo; y precisamente por esto

28 Tengo en la cabeza, en este sentido, el art. 611-1.3 de la *Propuesta de Código Civil* de la Asociación de Profesores de Derecho Civil (APDC) cuando se refiere a la acción de petición de herencia; o el art. 615-1 de la misma, que establece un plazo máximo general de quince años para la prescripción extintiva más allá del cual la duración de la pretensión no puede prolongarse. Pienso que estas orientaciones sobre prescripción resultan mucho más razonables que la propuesta que se examina en el texto y que conduce a la imprescriptibilidad "per relationem". Se pueden consultar estos preceptos en: *Propuesta de Código Civil. Libros quinto y sexto*, Valencia, 2016 y en <http://www.derechocivil.net/esp/libros.php> (consultada el 25.V.2018). Todavía con más motivo mientras siga existiendo una legitimación tan amplia para reclamar la filiación como la establecida en el art. 131 CC, y que solamente depende del escurridizo concepto de posesión de estado. Solución normativa, por cierto, que también elimina la propuesta de la APDC, que aborda con mucha más circunspección que el CC vigente el ejercicio de las acciones de filiación por personas diferentes a los progenitores y el hijo. Estas otras normas no se encuentran en el momento de cerrar este trabajo publicadas en papel, sino solamente en la indicada página web.

29 Al decir de VITERI ZUBIA, I.: "Aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación a relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución por el acaecimiento de distintas vocaciones hereditarias y delaciones de la herencia", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104/201 (cito por la base de datos Aranzadi digital: BIB\2017\12556): "No cabe aplicación retroactiva en forma absoluta del principio constitucional de igualdad que incida en sucesiones abiertas con anterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, ya estén o no agotadas al tiempo de proclamarse la norma fundamental, pues ello conculca en todo caso los artículos citados" [se refiere a los arts. 657, 661 y 440 CC]. Del mismo modo opina HORNERO MÉNDEZ, C.: "Si el 'señorito'", cit.: "Somos de la opinión, ya apuntada, de que una interpretación fiel y literal de la DT 8ª hace innecesario todo este debate sobre si el fenómeno sucesorio está ya finalizado o no. La norma es escueta y sencilla, intencionadamente hay que pensar a estas alturas, y sitúa el punto de referencia en el fallecimiento del causante y la apertura de la sucesión que ésta acarrea".

30 STS I junio 2016 (RJ 2016, 2319).

último cabe dudar que sobre este supuesto se pueda construir una formulación general de solución de los problemas de derecho transitorio.

La propia STS 1 junio 2016 es muy consciente de cuál es el centro de la disputa jurídica que planteaba el supuesto: “El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la posible aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 9. 3 CE), con relación a los derechos hereditarios de una prima hermana de la causante que por ser hija natural, de un tío suyo, no podría heredar de la familia legítima de su padre, según el contenido del artículo 943 del Código Civil vigente en el momento de la apertura de la sucesión”.

En el caso objeto de litigio la testadora había fallecido en el año 1966, sin descendientes, ascendientes ni cónyuge, bajo una disposición testamentaria de institución de heredera universal a favor de la Diputación Provincial de Albacete, con la condición o carga de constituir una fundación benéfica para llevar a cabo la construcción de un hospital en la referida ciudad. Ante el incumplimiento de la carga, la SAP Albacete 15 octubre 2001³¹, declaró ineficaz el nombramiento de heredera de la Diputación y procedió a la apertura de la sucesión intestada en favor de los parientes de la causante. Interpuesta una demanda de reconocimiento de su condición de heredera abintestato por una hija natural, reconocida por un tío de la causante, la Sentencia de primera instancia, en aplicación del art 943 CC vigente en el año 1966, al que remitía la DT 8ª de la Ley 11/81 se denegó la condición de heredera intestada³². Por su parte la SAP Albacete 10 junio 2014, estimó el recurso de apelación, y declaró a la demandante coheredera³³, con el argumento siguiente: a la “apertura de la sucesión anterior a la Constitución, no se aplican normas totalmente contrarias a la misma, pues un órgano jurisdiccional no puede, hoy, aplicar normativa de ayer que sea constitucionalmente inaceptable”.

Las demandadas interpusieron recurso de casación, que fue desestimado. En la STS se reitera primeramente la doctrina jurisprudencial siguiente: “para las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, esta Sala ha declarado aplicable la legislación existente en el momento de la apertura de la sucesión”. No obstante, se añade que “Con posterioridad, esta Sala, sin alterar el carácter general de la doctrina expuesta, precisó su jurisprudencia respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución”³⁴.

31 SAP Albacete 15 octubre 2001 (JUR 2001, 330566).

32 Artículo 943: “El hijo natural y el legitimado no tienen derecho a suceder «ab intestato» a los hijos y parientes legítimos del padre o madre que lo haya reconocido, ni ellos al hijo natural ni al legitimado”.

33 SAP Albacete 10 junio 2014 (JUR 2014, 191950). Por error, el Antecedente de hecho sexto y el FD segundo de la STS dicen que la SAP desestimó el recurso de apelación, con lo que la argumentación que ofrece la STS (que lleva a reconocer los derechos sucesorios de la hija natural) y el contenido del fallo desestimatorio del recurso de casación (de una SAP que se dice erróneamente que no reconoce esos derechos), para un lector que no haya comprobado el verdadero sentido de la SAP, entran en contradicción.

34 En este contexto, la STS que estamos comentando se refiere a la STS 1 marzo 2013 (RJ 2013, 7414). La solución de esta es que la sustitución fideicomisaria ordenada en un testamento que designa como

Con respecto a las cuales, es decir, con relación a las sucesiones que, aunque abiertas con anterioridad a la Constitución, no hayan consolidado o agotado el proceso sucesorio y adquisitivo derivado de la misma, se mantiene que resultaría pertinente la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE).

Así la STS puede concluir que “En el presente caso, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o de no discriminación encuentra su fundamento primario en el hecho de que las relaciones sucesorias, atendidas las circunstancias del proceso sucesorio, no se encontraban consolidadas o agotadas antes de la entrada en vigor de la Constitución. En efecto, si atendemos a dicho proceso sucesorio, observamos que, con independencia del momento de apertura de la sucesión, que siempre viene determinado por el fallecimiento del causante, la dinámica sucesoria respondió, a semejanza de lo expuesto con relación al fideicomiso, a un orden sucesorio sucesivo determinado, consecutivamente y de forma independiente, por distintas vocaciones hereditarias (testamentaria y abintestada, ambas válidas) y por distintos llamamientos concretos a su adquisición (*‘ius delationis’*). De ahí que no pueda afirmarse que el fenómeno sucesorio, con relación a estos presupuestos del proceso sucesorio, estuviera consumado o agotado en el año 2001. Año en donde, tras el incumplimiento de la carga hereditaria por parte de la Diputación Provincial, se abre la sucesión intestada, cuando ya resultaba de aplicación la Constitución. Por lo que el motivo debe ser desestimado”.

La argumentación entiendo que merece algunos comentarios. El primero supone subrayar un defecto lógico, leve en sus consecuencias, aunque grosero por su manifiesta incorrección; resulta contradictorio decir que el momento de apertura de la sucesión siempre viene determinado por el fallecimiento del causante, y, pocas líneas más abajo afirmar sin rubor que es tras el incumplimiento de la carga hereditaria por parte de la Diputación Provincial cuando se abre la sucesión intestada. Obviamente la apertura de la sucesión se produce con la muerte del causante, y nunca en otro momento. La solución de la STS es aplicar retroactivamente la igualdad constitucional, y eso no requiere decir que la sucesión se abre bajo su vigencia, lo cual, sería una grave incorrección. Claro que

sustitutos a los descendientes legítimos, debe ser corregida en virtud de la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad entre los hijos implica para así beneficiar a los hijos adoptivos. En mi opinión el principio de igualdad no resultaba de aplicación en este caso: porque dicho principio constitucional no se refiere a la adopción, como ha establecido la misma jurisprudencia constitucional y ordinaria; y porque, aunque se admitiera esa aplicación del principio de igualdad, la norma constitucional no impide que el testador se aparte del mismo. Lo he argumentado extensamente en el comentario a la misma: “La sustitución fideicomisaria”, cit., pp. 449-471. Una cosa es que a partir de los pronunciamientos previos sobre algunos casos parecidos del mismo TS, del TC y del TEDH, la STS 1 marzo 2013 prácticamente se viera abocada a resolver como resolvió, y otra que sus argumentos resulten convincentes por respetar las instituciones en juego, e incluso que sean coherentes con el conjunto de la jurisprudencia. Sobre la cuestión: BARBER CARCAMO, R.: *La filiación*, cit., pp. 53 y ss.

el momento de incumplimiento de la carga tiene importancia, pero no porque en él se abra la sucesión, sino por otro motivo que explicaré más tarde.

El segundo comentario toca ya a la sustancia del argumento: ¿resulta sensato y posible en nuestro sistema diferenciar entre casos de proceso sucesorio consolidado o agotado, y sucesiones en que los efectos de la sucesión no se hayan agotado? Resulta muy discutible el empleo de un término tan escasamente técnico dentro del Derecho de sucesiones, y el insoportable casuismo a que ello nos conduciría, pero la cuestión debe examinarse con más detenimiento³⁵.

Se ha afirmado que la terminología de “sucesión no agotada antes de la entrada en vigor de la Constitución”, se inspira en la DT 2.^a LOTC que permite interponer recurso de amparo contra las disposiciones, resoluciones o actos anteriores a la CE, siempre “que no hubiesen agotado sus efectos”³⁶, si bien en realidad la fecha que menciona esta DT no es la de entrada en vigor de la CE, sino “el día en que quede constituido el Tribunal”.

Por otra parte, algún autor que se ha ocupado de la cuestión propone tres supuestos diversos en que la sucesión no se encontraría agotada³⁷:

a) En primer lugar, si se produce un llamamiento sucesivo tras la entrada en vigor de la CE porque el inicial llamamiento no se llegó a consumir o resultó frustrado. Es este el supuesto de la STS a la que ahora nos estamos refiriendo³⁸;

b) En segundo lugar, si la aceptación de la herencia por todos los herederos no se ha producido hasta después de la entrada en vigor de la Constitución;

c) En tercer lugar, si la aceptación de la herencia ha sido solamente tácita, se debe considerar que la herencia todavía no está agotada al entrar en vigor la CE.

35 Para FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: “Igualdad de los hijos en sucesiones abiertas (pero no agotadas) antes de la entrada en vigor de la Constitución”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2017 parte Doctrina (cito por Aranzadi digital, BIB 2017, 10978): “podemos concluir que la Constitución debe aplicarse a sucesiones que en el momento de su entrada en vigor se encontraban abiertas, pero todavía no agotadas. Otra cosa es qué significa exactamente que una sucesión no está agotada. La respuesta no siempre es clara, y en ocasiones parece un simple expediente para poder aplicar el artículo 14 CE. No me parece mal, pero para eso es necesario contar con un criterio objetivo, pues no todas las sucesiones preconstitucionales deben poder ser revisables”. Pero vid. supra la nota 29 para otras opiniones que me parecen más seguras. Pienso que inventar categorías como la del agotamiento de la sucesión como un expediente para modificar las previsiones del ordenamiento constituye una equivocación.

36 Así FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: “Igualdad”, cit.

37 Íbid.

38 Íbid., entiende que también sería este el caso “del llamamiento sucesivo al fideicomisario por fallecimiento del fiduciario en la sustitución fideicomisaria”, que se produjo en el supuesto enjuiciado por la STS 1 marzo 2013 (JUR 2013, 310039); si bien con anterioridad había dicho, haciéndose eco de mi opinión que entiendo correcta, que en este último caso “la no discriminación de los hijos por razón de nacimiento se debe aplicar a los derechos sucesorios nacidos ‘ex lege’, pero no a las demás disposiciones gratuitas del testador”.

En mi opinión, el debate o la duda acerca de la aplicación de la igualdad constitucional no es igualmente admisible en todos estos supuestos. En particular, me parece por completo rechazable entender que la aceptación tácita no produce un agotamiento de la relación sucesoria, porque se trata de un mecanismo de aceptación perfectamente equiparable a la aceptación expresa. Distinguir entre los efectos de ambas me parece equivocado. El argumento de que dicha aceptación es válida, pero que “el interés que protege la aceptación tácita no es el del heredero que querría seguir poseyendo sin aceptar expresamente, sino el del tercero (acreedor, legitimario) que necesita un heredero claro al que poder reclamar su derecho”³⁹, no está fundamentado en las normas, por lo que me parece una afirmación gratuita que no es suficiente para atribuir a la aceptación tácita una consecuencia de tal gravedad.

Y tampoco entiendo la razón de exigir que la aceptación deba realizarse por todos los coherederos antes de la entrada en vigor de la CE: y ello con independencia de quiénes se entienda incluidos en este “todos”. Si se considera en el sentido del voto particular de la STS 29 abril 2015⁴⁰ ya he explicado antes las razones que me mueven a rechazar esa idea. Pero, incluso, aunque se entendiera esta opinión en el sentido de que todos los llamados a la herencia de acuerdo con la norma vigente en el momento de la apertura deben haber aceptado antes de la entrada en vigor de la CE, también me parecería rechazable. La razón para ello es que la falta de aceptación por alguno, si es que como es normal juega el derecho de acrecer entre los llamados, no afecta de ningún modo a la adquisición de la herencia. Pero es que ni siquiera la fecha de aceptación me parece relevante si ninguno de los llamados hubiera aceptado antes de la entrada en vigor de la CE, sino después: abierta la sucesión los llamados adquieren el derecho a aceptar o repudiar, y esa manifestación de voluntad contará con efectos retroactivos y eso debe considerarse suficiente para consolidar la sucesión. Introducir en esta materia un elemento de discusión e incerteza como sería el de la fecha de la aceptación, especialmente si es tácita, me parece que está lejos de haber sido admitido por nuestras normas de derecho transitorio; interpretar así el sistema es hacer un flaco favor a la seguridad jurídica que está en la base de estas normas sobre la sucesión de leyes en el tiempo.

Por tanto, solamente me parece posible debatir sobre la aplicación de la igualdad al caso en que se produce un llamamiento sucesivo porque el inicial no se llegó a consumir o resultó frustrado, y el hecho causante de la frustración y del segundo llamamiento tiene lugar después de la entrada en vigor de la Constitución. Esto es, la duda sobre la aplicación del principio de igualdad existe efectivamente en

³⁹ Así FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: “Igualdad”, cit.

⁴⁰ STS 29 abril 2015 (RJ 2015, 1918): fue impugnada ante el TC en el recurso que concluyó por la STC 105/2017 de 18 de septiembre (RTC 2017, 105).

el concreto y singular supuesto de la STS I junio 2016 comentada. No obstante, incluso aunque aceptara la solución práctica a la que llega la misma, seguiría discrepando del uso en esta materia de la confusa terminología de sucesión agotada o no agotada, que únicamente puede ser fuente de litigios y de graves dudas para otros futuros casos que se plantearan.

En mi opinión la solución del caso concreto acabado de indicar debería abordarse más bien desde el concepto central del derecho transitorio aceptado por nuestro Código civil, que es el de derecho adquirido. Las normas de derecho transitorio se construyen a partir de esa idea capital, como demuestra el propio CC, que comienza su regulación transitoria afirmando que “Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo”⁴¹.

En mi opinión, el supuesto excepcional del caso merece ponderación a la luz de este principio general, principio que podría complementar la interpretación de la norma de transitoriedad en materia sucesoria. En suma, esta última (DT 8ª Ley 11/1981) se puede quizá entender en el sentido siguiente: si las variaciones de régimen jurídico introducidas por el principio constitucional de igualdad no perjudican derechos sucesorios ya adquiridos, carece de sentido empeñarse en aplicar en la actualidad la norma preconstitucional con el apoyo en que era la vigente en el momento de apertura de la sucesión. De este modo se podría sostener, en efecto, que resulta incompatible con el principio de igualdad constitucional, que en el caso de que un derecho sucesorio haya decaído después de la entrada en vigor de la CE y se busque sucesor dentro de las normas de la sucesión intestada, desplazemos de esta sucesión a un descendiente extramatrimonial con dos únicos fundamentos: que la norma vigente en el momento de apertura de la sucesión no le reconocía derechos sucesorios; y que la eficacia retroactiva de la aceptación de los llamados construye la ficción de que la adquisición de los derechos sucesorios por los mismos se produjo en la época preconstitucional. En realidad, la adquisición que se produjo en esa época fue la testamentaria sometida a condición; cuando, muchos años más tarde, la institución hereditaria decayó, resultaría injustificable entender que la adquisición legal supletoria constituye propiamente un derecho adquirido antes de la entrada en vigor de la CE. Otra solución sería ir demasiado lejos en la interpretación del sistema de derecho transitorio, cuando este se fundamenta sobre el concepto de derecho adquirido.

41 Estamos de acuerdo nuevamente con la opinión de HORNERO MÉNDEZ, C.: “Si el ‘señorito’”, cit., sobre la DT 8ª de la Ley 11/1981: “el legislador, aunque no lo diga expresamente, parte de la idea de que estas son situaciones la mayoría de las veces consolidadas y agotadas y que aplicarles retroactivamente una norma (como la de 1981) no haría más que perturbar titularidades y derechos adquiridos, es decir, que permitiendo esta posibilidad, mediante una retroactividad que debería ser máxima o absoluta, se estaría atentando contra la seguridad jurídica (también consagrada constitucionalmente en el art. 9.3 CE)”.

De este modo la solución del caso desde la aplicación de la legalidad ordinaria conectaría mejor tanto con el criterio de nuestro TC acerca del significado de la irretroactividad, como con la interpretación que en materia de igualdad por razón de la filiación y sus posibles límites hace el TEDH.

En efecto, para el supremo intérprete de nuestra CE, en tesis muy reiterada, la retroactividad debe ser "entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores, de suerte que la incidencia en los derechos, en cuanto a su proyección hacia el futuro, no pertenece al campo estricto de la irretroactividad, sino al de la protección que tales derechos, en el supuesto de que experimenten alguna vulneración, hayan de recibir"⁴². O como explicó la STC 99/1987, de 11 de junio: "la doctrina -y la práctica- de la irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos, integrados en el patrimonio del sujeto, y no los pendientes, futuros, condicionados y expectativas"⁴³.

A la luz de este concepto de retroactividad, podríamos fácilmente concluir que las expectativas de las sucesoras intestadas en el caso objeto de examen por la STS 1 junio 2016 no pueden calificarse como auténticos derechos adquiridos, sino expectativas dependientes de una condición testamentaria, y que ello justificaría la solución que se le ha dado al litigio; que se puede fundamentar mejor en los preceptos de derecho transitorio que consagran el concepto de derecho adquirido, que en la criticada concepción de la sucesión no agotada.

Asimismo, puede apoyarse la solución de esta STS 1 junio 2016 en la jurisprudencia del TEDH sobre la igualdad entre los diferentes tipos de filiación.

De entrada, es aceptable, desde el punto de vista de la jurisprudencia específica sobre la igualdad en la filiación, que los diferentes ordenamientos prevean sistemas de derecho transitorio que defiendan los derechos sucesorios adquiridos. Así por ejemplo la STEDH 23 marzo 2017⁴⁴: "la protección de los derechos adquiridos puede servir a los intereses de la seguridad jurídica, que es parte del concepto del estado de derecho y por tanto, un valor subyacente del Convenio (...) Además, los Estados tienen el derecho de promulgar disposiciones transitorias"⁴⁵.

Pero, no obstante, el sistema de derecho transitorio que se adopte conoce algún importante límite: "la protección de las legítimas expectativas del difunto y

42 STC 42/1986, de 10 de abril (RTC 1986, 42).

43 STC 99/1987, de 11 de junio (RTC 1987, 99). En el mismo sentido SSTC 70/1988, de 19 de abril (RTC 1988, 70) y 97/1990, de 24 de mayo (RTC 1990, 97). Y, más recientemente, SSTC 61/2016, de 17 de marzo (RTC 2016, 61); 42/2016, de 3 de marzo (RTC 2016, 42) y muchas otras.

44 STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017, 38), apartados 60 y 61.

45 Advierto, no obstante, que como casi siempre sucede en la jurisprudencia de este tribunal, las diferencias entre los ordenamientos hacen que el interés para resolver la cuestión tal como se plantea en España deba buscarse más en los principios que en los detalles.

de sus familias, debe estar subordinado al imperativo de la igualdad de trato de los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio”⁴⁶. Pero todavía esta es una afirmación algo genérica en su aplicación concreta, pues naturalmente la apreciación de la justificación de la norma que se proponga la protección de la seguridad a la luz del principio de igualdad debe hacerse en cada caso: no todas las normas respetarán una razonable relación de proporcionalidad entre ambos principios de solución.

Otra idea que puede ayudar en el litigio que fue objeto de consideración por la STS I junio 2016 viene dado por esta afirmación jurisprudencial del TEDH: cuando “los derechos de diferentes personas protegidos por el Convenio deben ser ponderados, el Tribunal considera que el resultado de la demanda, en teoría no debería variar en función del sujeto que presente la demanda, si es el hijo ‘ilegítimo’ privado de sus derechos de sucesión en virtud de la legislación interna, o es otro heredero presuntamente privado de sus derechos”⁴⁷.

Finalmente, también añade el TEDH que “si los derechos de herencia de la familia del difunto han adquirido fuerza legal y ya no se pueden cambiar en virtud de la legislación nacional, no es necesario anular una decisión firme (...). Si, por el contrario, los derechos de sucesión de la familia del difunto todavía pueden ser impugnados en la legislación nacional y por tanto las posiciones legales a proteger sólo son ‘relativas’, los derechos de los hijos nacidos fuera del matrimonio deben ser exigibles en la misma forma que cualquier otro derecho de terceros”⁴⁸.

A la luz de todo ello, es posible defender que la solución de la STS I junio 2016⁴⁹ sea adecuada bajo la perspectiva de la jurisprudencia europea; en efecto, las exigencias que plantearía en el caso la seguridad de los derechos adquiridos son absolutamente tenues y difícilmente permitirían aplicar la norma preconstitucional. En realidad, la disputa judicial se plantea a partir del año 2001 entre los colaterales de la causante, matrimoniales y no matrimoniales, y ninguno de ellos había adquirido los derechos sucesorios cuando la sucesión se abrió, sino unas simples expectativas bastante remotas. Solamente, muchos años más tarde, a partir del incumplimiento de la condición testamentaria, es cuando esperan poder adquirir. Entiendo que establecer ahora diferencias entre los litigantes, en función de la respectiva condición, matrimonial o no, de su filiación resultaría difícilmente justificable desde los principios enunciados por la jurisprudencia europea.

46 STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017, 38), apartado 59.

47 STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017, 38), apartado 65.

48 STEDH 23 marzo 2017 (TEDH 2017, 38), apartado 64. Vid., también, sobre toda esta materia S TEDH 9 febrero 2017 (TEDH 2017, 19) y 7 febrero 2013 (JUR 2013, 35557). Para la jurisprudencia europea anterior, resulta de interés el tratamiento que hace la SAP Barcelona 19 marzo 2010 (JUR 2010, 164023) en su FD tercero, que recoge argumentos que, a mayor abundamiento, apoyarían la solución adoptada en la ‘litis’. Aunque la descripción de la jurisprudencia europea que hace esta SAP sea buena, su aplicación al caso no me convence y resulta innecesaria, pues la solución del litigio era mucho más clara a causa del allanamiento de los demandados.

49 STS I junio 2016 (RJ 2016, 2319).

Llegados a este punto puedo ya concluir volviendo la mirada al supuesto con el que comenzaban estas páginas, mucho más general que el tratado por la STS 1 junio 2016, y que por eso se repite con frecuencia: el de la STS 17 octubre 2016⁵⁰, que se refería a una herencia abierta en 1908. Respecto de los casos de este tenor, aunque encontráramos, cosa que no creo, en la jurisprudencia del TEDH argumentos concluyentes contra el criterio adoptado por nuestra legislación y jurisprudencia acerca del derecho transitorio aplicable a las sucesiones, siempre tendríamos otro obstáculo invencible contra la aplicación retroactiva de la igualdad. Ya lo he indicado algo más atrás: transcurridos tantos años desde la apertura de la sucesión, la determinación actual de la filiación (matrimonial o no, con exquisita igualdad) no abriría el acceso a las acciones sucesorias, bien fuera por prescripción extintiva de las acciones hereditarias o por usucapión de los bienes del causante. Así las cosas, sigo creyendo, igual hoy que cuando comencé hace años a ocuparme de este tema, que no cabe la revisión actual de esas sucesiones preconstitucionales por importante que sea el principio de igualdad aplicado a la filiación. En este sentido concuerdo con la doctrina jurisprudencial consolidada en España, que debería mantenerse también en el futuro, y discrepo de las opiniones discordantes sobre la misma, en los términos que he expuesto en estas páginas.

50 STS 17 octubre 2016 (RJ 2016, 4939).

BIBLIOGRAFÍA

APDC: *Propuesta de Código Civil. Libros quinto y sexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

BARBER CÁRCAMO, R.: *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Reforma constitucional de la legítima y problemas de Derecho transitorio", *Boletín de Información Ministerio de Justicia e Interior*, Información General, 1995, pp. 3913-3949.

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*, 1997, pp. 377-412.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Efectos de la determinación de la filiación no matrimonial sobre la sucesión del progenitor fallecido antes de la Constitución del 78. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2005 (RJ 2005, 2389)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 16, 2006, pp. 381-397.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. Consideraciones acerca de la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (BOE núm. 129, de 27 de mayo de 2010)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, pp. 229-260.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "La prescripción extintiva y la caducidad: del Código Civil al Código Civil de Cataluña", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor José María Miquel* (Luis Díez-Picazo, coordinador), Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 1241-1268.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "La sustitución fideicomisaria y la aplicación imperativa del principio constitucional de igualdad: comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 2013 (RJ 2013, 7414)", *Revista de derecho patrimonial*, núm. 35, 2014, pp. 449-471.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "La determinación judicial de la filiación y la jurisprudencia sobre la prescripción en las acciones sucesorias", en AA. VV., *La prescripción extintiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 473-494.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: "Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril de 2010 (testador y principios constitucionales)", en *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil* (coord. Martínez Vázquez de Castro/Escribano Tortajada), Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 621-664.

FAJARDO FERNÁNDEZ, J.: "Igualdad de los hijos en sucesiones abiertas (pero no agotadas) antes de la entrada en vigor de la Constitución", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 4/2017 parte Doctrina (cito por Aranzadi digital, BIB 2017\10978).

HORNERO MÉNDEZ, C.: "Si el 'señorito' falleció antes de la constitución de 1978, el 'hijo' de la 'criada' no será heredero: filiación no matrimonial y sucesión abierta (y consumada)", *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 40/2016 (consultada en Aranzadi digital).

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.: *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid, 2016.

VITERI ZUBIA, I.: "Aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación a relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución por el acaecimiento de distintas vocaciones hereditarias y delaciones de la herencia", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 104/201 (cito por la base de datos Aranzadi digital: BIB\2017\12556).

EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE PROTECCIÓN DE
LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

*THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLE OF PROTECTION OF THE
RIGHTS OF CONSUMERS AND USERS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 366-399



María José
REYES LÓPEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de mayo de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: El presente artículo desarrolla el principio de protección a los consumidores y usuarios como principio constitucional reconocido en el art. 51 CE; el significado de su inserción en su capítulo III, dedicado a los principios rectores de la política social y económica y a su plasmación legislativa en normas de aplicación de este derecho.

PALABRAS CLAVE: Principios constitucionales; consumidor; usuarios; principios básicos; salud, seguridad, productos, servicios, información.

ABSTRACT: *This article develops the principle of protection to consumers and users as a constitutional principle recognized in art. 51 CE; the meaning of its insertion in its chapter III, dedicated to the guiding principles of social and economic policy and to its legislative enactment in norms of application of this right.*

KEY WORDS: *Constitutional principles, consumer, users, basic principles, health, security, products, services, information.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- II. LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE LAS RELACIONES DE CONSUMO.- III. RECONOCIMIENTO Y SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN LA CE.- I. Ámbito de protección. Sujetos protegidos.- 2. Noción de consumidor en el TRLGDCU.- IV. DERECHOS BÁSICOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.- I. El derecho a la salud y seguridad. Normativa de referencia.- 2. Significado del reconocimiento del derecho a la salud y a la seguridad en el ordenamiento interno.- 3. Medidas de prevención y evitación de riesgos.- A). El riesgo permitido.- a) Obligación general de información al consumidor de los riesgos permitidos.- 4. Protección de los intereses económicos y sociales.- A) Interdisciplinariedad normativa y principios para su aplicación.- 5. Los derechos básicos a la información, formación y educación.- A). El derecho de información. Regulación.- a) Contenido.- b) La obligación de informar por parte de los poderes públicos. - c) El derecho de información precontractual. - B). El derecho a la educación y formación en materia de consumo.- a) Contenido del derecho.- V. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS.- VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La CE de 1978 reconoce en su art. 51 el principio de protección a los consumidores y usuarios insertándolo en el capítulo III correspondiente a enunciar los principios rectores de la política social y económica.

Se trata éste de un principio que, por vez primera, reconoce la necesidad de dotar de una especial protección jurídica al individuo cuando se relaciona con el mercado mediante la realización de actos de consumo, identificándoles como una nueva categoría de sujetos a los que denomina consumidores, con el fin de paliar mediante remedios específicos la notoria situación, no sólo de desigualdad, sino también de inseguridad jurídica, existente ante el vacío normativo que había en este ámbito.

II. LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO DE LAS RELACIONES DE CONSUMO

El auge económico vivido en las últimas décadas del siglo XX y principios del XXI ha propiciado que la sociedad actual haya desarrollado una importante evolución de su actividad económica y, con ella, un fuerte incremento en el progreso del consumo de bienes y servicios. Este aumento de la riqueza también ha influido en que se haya ido cambiando el modelo de sociedad, caracterizada en la actualidad por su elevado consumo de productos y servicios, unido a una

• **María José Reyes López**

Catedrática de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: Maria.J.Reyes@uv.es

inevitable evolución de los modos de contratar, que tienden hacia mecanismos más ágiles y rápidos pero que, al mismo tiempo presentan el inconveniente de que el sujeto se ve atrapado en un sistema en el que poco puede influir.

El derecho de consumo nació ante la constatación de una notoria situación de desigualdad por parte de los particulares en sus relaciones con las empresas, al mismo tiempo que como respuesta ante la falta de una normativa específica que dotase de protección a los particulares frente a los riesgos producidos por las innovaciones industriales y al crecimiento de relaciones de mercado, que utilizaban como instrumento básico de negociación los contratos tipo o las condiciones generales de la contratación.

El otorgamiento de un especial tratamiento a las relaciones vinculadas al consumo paulatinamente se fue consolidando a partir de los años 60, como consecuencia de las insuficiencias causadas por un sistema que avanzó con el más fuerte, dejando parcialmente desasistida a la que se viene denominando, parte débil del contrato. Ante ello, los consumidores se convirtieron en un contrapoder, con el fin de corregir la asimetría que de forma notoria existía en las relaciones que causaba el mercado, con notorio perjuicio para el consumidor, de forma que, progresivamente, el aumento desmesurado del consumo, auspiciado por un fuerte desarrollo económico, propició el nacimiento de un nuevo grupo de presión que con el tiempo ha ido desvelando el enorme potencial que entraña en sí mismo. A resultas de ello, el individuo, posible adquirente de un bien o servicio, comenzó a luchar contra las situaciones de monopolio o cuasi-monopolio que disfrutaban algunas empresas, permitiéndoles fomentar la proliferación de contratos que contenían habitualmente condiciones generales gravosas o abusivas para el consumidor o usuario. Junto a ello, se constató la existencia de un complejo entramado de normas que intentaban impedir el desarrollo de la competencia desleal y la publicidad engañosa, así como una serie de condicionantes de tipo sociológico y de estudio de masas cuyo sentido era la creación de condiciones ambientales que preparasen al consumidor a perder la conciencia de sus necesidades, induciéndolo a un consumo desmesurado mediante ofertas previas o simultáneas a la compra, realizadas de manera que directa o indirectamente falseasen la calidad, las cualidades... o simplemente no aportasen una información veraz respecto a la utilidad esperada del bien o servicio ofertado.

Dichos factores crearon el germen que favoreció la concienciación por parte de la sociedad de la necesidad de que al individuo se le dotase de unos medios adecuados para encarrilar su actividad consumista, resultante de lo cual, y como consecuencia de la asunción de estos factores sociales por parte del legislador, las relaciones derivadas del consumo se empezaron a valorar como un fenómeno de masas frente a la consolidación de la gran empresa. Dicha protección arranca

precisamente de ese carácter habitual y, en mayor o menor proporción, estable y próximo a la vida de los ciudadanos que, con base en esa continuidad, las hace especialmente constantes y frecuentes, sobre todo en el ámbito de las relaciones contractuales y de daños a las personas.

Esta situación dio origen a que se constataste que el particular se encontraba en una posición de desigualdad frente al empresario, que le colocaba en un estado de desprotección jurídica, contrario a los principios básicos de la contratación, establecidos para regular relaciones en las que los sujetos contratantes parten de una situación caracterizada por garantizar el principio de igualdad entre las contraprestaciones de las partes. Unido a ello también se puso de manifiesto que el nivel de riesgo introducido por los nuevos productos que salían al mercado, consecuencia de los avances tecnológicos, obligaban a los particulares y, a la sociedad en general, a tener que soportar cierto nivel de riesgo, frente al que se encontraban, en muchas ocasiones, faltos de los suficientes mecanismos para reclamar ante los perjuicios que podían generar dichos productos.

La protección del individuo, tanto en su faceta personal, como en su faceta social, siempre ha sido una de las preocupaciones del estado social. Desde un orden histórico, los derechos fundamentales de naturaleza individual han sido complementados con otros de carácter social y grupal, llegando así, como una nueva manifestación de la tendencia a la expansión del principio de igualdad, al reconocimiento de los derechos de tercera generación, que integran, no sólo el bloque característico de los derechos de prestación en sentido estricto: salud, asistencia, vivienda... sino igualmente un conjunto de lo que, en su momento se calificó de "nuevos derechos", como es el derecho de los consumidores, la defensa del medio ambiente... en los que elementos del estado social se mezclan confusamente con elementos más propios de un contexto postsocial¹. En el ámbito jurídico civil, estas situaciones se han visto reflejadas en la esfera contractual; en la de seguridad de productos y de servicios y, finalmente, e íntimamente vinculado con ello, en la de responsabilidad por los daños derivados de actos de consumo.

III. RECONOCIMIENTO Y SIGNIFICADO DEL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN A LOS CONSUMIDORES EN LA CE

Por lo expuesto, este conjunto normativo sobre protección de consumidores y usuarios no siempre ha existido de forma expresa. Por ello, su reconocimiento puede ser considerado un avance en la protección social, surgido a resultas de la evolución sufrida por el mercado como consecuencia del fenómeno de la

¹ PORRAS NADALES, A. J.: "Derechos e intereses. Problemas de tercera generación". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 10, septiembre-diciembre 1991, pp. 219 y ss.

industrialización masiva, que hacía que el sujeto tuviese que soportar que todos los excesos recayesen sobre él.

En dicho contexto se fraguó el artículo 51 CE, que no hace sino reconocer la situación de desigualdad que caracterizaba las relaciones entre los empresarios y los particulares, que requerían un especial tratamiento y protección, otorgándoles una garantía judicial eficaz².

No en balde la CE de 1978 es una Constitución propia de un Estado social, con notorias diferencias de planteamiento respecto a las de corte liberal, que contienen las libertades individuales que garantizan la esfera privada del individuo frente al Estado, incluyendo reivindicaciones sobre los derechos de los consumidores o el derecho a la calidad de vida, entre otros, dando con ello entrada al reconocimiento de los derechos y libertades de tercera generación, reivindicados por los nuevos movimientos sociales, más allá de los derechos sociales.

El artículo 51 de la Constitución proclama que: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces la seguridad, la salud y los legítimos intereses de los mismos”. Dicho texto adoptó su redacción definitiva tras ser modificado en parte por el Senado, influenciado por el Programa Preliminar de la Comunidad Económica Europea iniciado en 1975. Dicha redacción supuso el reconocimiento del principio de defensa de los consumidores como principio general del derecho, que debe orientar todas las iniciativas que se adopten en las que el interesado sea el consumidor. A ello alude expresamente el artículo 53 CE al otorgar a los principios recogidos en el capítulo tercero, bajo la rúbrica “De los principios rectores de la política social y económica” el carácter de informadores del ordenamiento jurídico, cuya vigilancia y aplicación vincularán a los poderes públicos, a la práctica judicial y a la legislación positiva, siendo asimismo susceptibles de fundamentar la inconstitucionalidad de disposiciones con rango de Ley, a tenor de lo establecido en el artículo 161.1 CE y de los artículos 27.1 y 39.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

La ubicación de dicha disposición en el capítulo III es buen exponente de la laguna existente hasta dicho momento; pero no sólo de eso. Su enumeración genérica obligó a plantear si el principio de protección a los consumidores y usuarios formaba parte de los derechos económicos, sociales o de ambos.

Su situación permite excluir que se trate de un derecho fundamental, sin perjuicio de que se haya resaltado que entronca con el marco de los derechos

2 FONT GALÁN, J.I.: “El derecho del consumidor entre códigos y constitución: lugar de encuentro del derecho civil y derecho mercantil”, *Cuadernos de derecho y comercio*, núm. 6, 1989, pp. 79 y ss.

fundamentales al proteger la dignidad, la libertad y la igualdad humanas en la función de consumo. En efecto, la regulación de la protección de los consumidores no se realiza bajo una técnica de derechos subjetivos que tengan un amparo directo en la Constitución. El artículo 51.1 y 2 establece tan sólo una serie de principios generales inspiradores de la defensa de los consumidores, unos de carácter sustantivo: seguridad, salud y legítimos intereses de los consumidores; y, otros de carácter accesorio: información y educación de los consumidores, pero no una defensa de sus intereses al amparo de la regulación de unos derechos con independencia de cuál hubiera podido ser la técnica constitucional de su protección.

Dicha consideración se desprende de la redacción del propio artículo 51.1 y 2 que, a diferencia de otros preceptos del mismo capítulo tercero del título I en el que se encuentra sistemáticamente recogido, no hace la menor referencia a la técnica jurídica del derecho. En el mismo sentido se entiende además el artículo 51 al tratarle sistemáticamente con el artículo 53.3, ya que este último manifiesta que: "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen".

El artículo 51 CE pertenece a los principios del capítulo III de carácter meramente inspirador y de necesaria regulación posterior para su posible amparo. A ello se une el criterio reiterado por parte del Tribunal Constitucional, que, en su STC 14/1992, 10 febrero, enuncia el art. 51 como un principio rector de la política económica y social y no, como un derecho fundamental; y, como tal, inspirador del ordenamiento jurídico³.

Además de su colocación en el capítulo dedicado a los principios rectores de la política social y económica, de este precepto cabe destacar el intento de hacer prevalecer los intereses de los consumidores sobre los productores, al igual que se refleja en la elaboración de directrices comunitarias; así como la pretensión de armonizar y garantizar una protección especial de los intereses económicos y sociales e incrementar el protagonismo de las asociaciones de consumidores y usuarios. El artículo 51 CE consolida, en definitiva, la protección del consumidor

3 "Este precepto enuncia un principio rector de la política social y económica, y no un derecho fundamental. Pero de ahí no se sigue que el legislador pueda contrariar el mandato de defender a los consumidores y usuarios, ni que este Tribunal no pueda contrastar las normas legales, o su interpretación y aplicación, con tales principios. Los cuales, al margen de su mayor o menor generalidad de contenido, enuncian proposiciones vinculantes en términos que se desprenden inequívocamente de los arts. 9 y 53 de la Constitución [STC 19/1982 (RTC 1982, 19), fundamento jurídico 6º]. Ahora bien, es también claro que, de conformidad con el valor superior del pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución), el margen que estos principios constitucionales dejan al legislador es muy amplio. Así ocurre con el art. 51.1 de la Constitución, que determina unos fines y unas acciones de gran latitud, que pueden ser realizados con fórmulas de distinto contenido y alcance. Pero, en cualquier caso, son normas que deben informar la legislación positiva y la práctica judicial (art. 53.3 de la Constitución)".

que es sinónimo de protección del individuo y que debe entenderse como una nueva manifestación de la evolución social del derecho, puesto que la remodelación de las estructuras sociales obliga simultáneamente a ahondar en el principio de igualdad ante la ley a fin de proteger a la parte más débil.

Pero también la protección de los consumidores ha de entenderse dentro del marco constitucional económico⁴. La Constitución de 1978 establece una economía social de mercado y un sistema jurídico para dicha economía, constituido por la constitución económica y el art. 51 CE, en el que los derechos de los consumidores pasan a adquirir una importante dimensión institucional, en cuanto protegen un sistema económico vinculado a marcos de referencia constitucionales, de tal suerte que un defecto en el funcionamiento del sistema provocaría una fisura en la protección de los derechos contemplados, al mismo tiempo que señala que la regulación de la defensa del consumidor no puede ir contra los principios constitucionales configuradores del modelo económico.

Asimismo, dicho principio debe vincularse a lo dispuesto en el art. 53.3 CE, cuando señala que los principios rectores deben inspirar todas las actuaciones⁵. Como destaca la STC 1/1982, no se trata de un precepto vacío de contenido, si bien, se hace necesario regular una defensa del consumidor de forma sistemática en torno a los principios del artículo 51 porque no tiene un amparo directo de la Constitución.

Al hilo de ello, y, en aras de lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, el 19 de junio de 1984 se aprobó la Ley 26/1984 para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU).

Esta ley respondió al mandato constitucional, que exigía que el principio de protección a los consumidores y usuarios fuese regulado por una norma de desarrollo, como consecuencia de que el precepto constitucional no se podía alegar directamente ante los tribunales.

La finalidad de la LGDCU se centró en el desarrollo de los denominados derechos básicos de los consumidores y usuarios, enumerados en su artículo 2, que concretó en: la protección contra los riesgos de la salud o seguridad y de los legítimos intereses económicos y sociales; el derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos, caso de no haber obtenido la reparación adecuada,

4 La STC 1/1982 asienta este concepto: "En la Constitución española de 1978, a diferencia de lo que solía ocurrir con las constituciones liberales del siglo XIX y de forma semejante a lo que ocurre en más recientes constituciones europeas, existen varias normas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y el funcionamiento de la actividad económica: el conjunto de todas ellas componen lo que suele denominarse la constitución económica o constitución económica formal" (FJ. n.º 1)".

5 "3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

así como la confirmación de que el consumidor tiene derecho a ser informado y educado respecto a la elección de productos y el consumo en general, el derecho a ser representado por asociaciones que defiendan sus intereses y por último, a gozar de protección jurídica, administrativa y técnica. Este último derecho se incorporó a la Ley de forma inexplicable, al no quedar contemplado en el artículo 51 de la C.E., además, de que proteger los derechos de los consumidores es la finalidad establecida de antemano en la propia Exposición de Motivos de la LGDCU. De otra parte, esa inclusión se realizó con una redacción confusa y poco precisa, que entremezclaba conceptos tales como protección jurídica, administrativa y técnica, y paradojas, como que el preámbulo la Ley recomendaba proveerse de los procedimientos eficaces a los que alude el artículo 51 de la Constitución mientras que su texto constataba su carencia.

Para reforzar la posición de los consumidores se diseñó además un procedimiento específico de resolución de conflictos y estableció un régimen de sanciones para los productores incumplidores, orientado a garantizar la seguridad en la adquisición y utilización de los productos y en la prestación de servicios, así como correspondencia e igualdad en las relaciones contractuales.

Igualmente, dicha Ley necesitaba complementarse con otras Leyes tendentes a armonizar toda la política económica y social con el principio, también recogido en el artículo 38 CE, del derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado.

La promulgación de dicha Ley impuso una remodelación de los principios de protección a los adquirentes de un bien en su consideración de consumidores o usuarios, no sólo en el ámbito contractual sino en todas aquellas situaciones en las que el adquirente, consumidor o usuario de un producto o servicio pudiera verse inmerso en una situación de desprotección o perjuicio. Prontamente, sin embargo, este texto se vio obligado a coexistir con las normas que se fueron publicando posteriormente en Leyes especiales hasta que, por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, gran parte de ellas quedaron refundidas en este texto. Pero aun así, sigue sin ser una norma única puesto que siempre ha necesitado complementarse con las disposiciones que armonizan la política económica y social, a lo que actualmente deben sumarse otras Leyes especiales, como la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo; la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias, entre otras o la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social, que en su art. 2 establece la adición de un tercer párrafo al artículo 114 LH, en virtud del cual, los intereses de demora de préstamos o créditos para la

adquisición de vivienda habitual, garantizados con hipotecas constituidas sobre la misma vivienda, no podrán ser superiores a tres veces el interés legal del dinero y sólo podrán devengarse sobre el principal pendiente de pago y, la reforma que ha sufrido el TRLGDCU, por Ley 3/2014, que ha modificado el art. 83 de dicha norma suprimiendo su apartado segundo que concedía al juez la posibilidad de integrar el contrato tras declarar el carácter abusivo de una cláusula. Desde entonces, y como fruto de dicha concienciación colectiva, las reformas que se hicieron para paliar los efectos de la crisis en las economías domésticas obligan a diferenciar los tipos de interés atendiendo a la operación jurídica realizada. En concreto, en los préstamos con garantía hipotecaria habrá que distinguir según se trate de adquisición de vivienda habitual o no. En el primer caso el criterio de aplicación de los intereses moratorios es más restrictivo, limitando dicho interés a que no supere en tres veces el interés legal de dinero. En los préstamos personales el interés suele ser alto porque no cuenta con una garantía adicional. En estos casos, la remisión se suele hacer por remisión al art. 20 LCCC, que lo limita a no exceder en dos veces y medio el interés legal del dinero mientras que los préstamos sin aval tienen un tipo de interés muy elevado, que puede llegar al 25% TAE, sin perjuicio en todos estos casos, de que su aplicación quede supeditada a la doctrina del TJUE en lo que se refiere a la interpretación sobre el tratamiento de las cláusulas abusivas.

Cabe finalmente destacar que, siendo innegable que la protección y defensa de los intereses de los consumidores es un principio sometido a la salvaguarda constitucional, a tenor de lo dispuesto en el artículo 51 del texto constitucional, los Tribunales deberán aplicarla en caso de colisión entre normas de derecho sustantivo e interés de los consumidores, si bien esta afirmación sería parcial, si no se añadiera que, también el texto constitucional garantiza la protección y el derecho al ejercicio de la libre empresa y que ambos principios deben armonizarse sin que supongan una cortapisa a los derechos de los consumidores o usuarios. Más aún, la delimitación del ámbito de responsabilidad del empresario, fabricante, mayorista... y el nivel de exigencia que es lícito exigirles propician la estabilidad de las relaciones comerciales y de la seguridad del tráfico jurídico.

I. Ámbito de protección. Sujetos protegidos

Cuando la Constitución, los programas de la UE, los distintos Estatutos de autonomía, las campañas divulgativas... mencionan a los consumidores y usuarios están aludiendo a la protección que debe darse a los sujetos de una sociedad frente a los riesgos que pueden derivar de un producto o de un servicio. Se trata, en suma, de una protección genérica que asimila esta tutela a la del ciudadano, que se hace con una perspectiva de protección a la sociedad frente a los daños que hipotéticamente pueden causar los productos o servicios en el mercado.

El planteamiento es pues genérico y de carácter preventivo y, los intereses que protege, colectivos y difusos.

Distinta es, por el contrario, la noción de consumidor que ofrecen los textos legislativos, que regulan una materia determinada. Esta requiere la observancia de unos presupuestos previos para gozar de dicha condición, que son los que concreta cada norma, normalmente en sus primeros artículos. Dichos textos, a diferencia de los primeros, ofrecen una visión individual y los intereses que tutelan son también de esta índole.

Sin perjuicio de ello, en uno y otro caso, los intereses que se defienden son los mismos, pero el planteamiento es diferente. En el primero de ellos, se está atendiendo a la situación del ciudadano en su relación con el mercado con independencia de su intervención en un acto de consumo; de ahí, la acepción de consumidor abstracto; en la segunda, se regula cuándo un sujeto puede quedar amparado o excluido del ámbito de protección de esta normativa porque se está tendiendo a dar una protección específica, lo que permite referirse al consumidor concreto. Ello indica, al mismo tiempo, que la normativa de consumo está dirigida a proteger a toda la población en general, y al sector específico de la sociedad que se encuentra en una situación de desventaja o de desprotección con relación al mercado, lo que motiva que dichos sujetos tengan que participar de unas características especiales.

El término consumidor o usuario se utiliza para designar a las personas que merecen ser tuteladas por una normativa especial en esta materia. No obstante, no todos los textos lo recogen de la misma manera, ni con el mismo alcance.

En el ordenamiento jurídico interno, dicho calificativo fue empleado por vez primera en el art. 51 CE que, si bien configuró este principio general de protección de los consumidores y usuarios, no definió a sus sujetos, limitándose a establecer la obligación de garantizar y de proteger sus derechos al especificar lo siguiente:

“1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

Pero el término de consumidor o de usuario ha sufrido una evolución en su configuración como resultado de la necesidad de armonizar su configuración con el concepto dado por las normas comunitarias. En concreto, el concepto

de consumidor y usuario se encuentra contemplado en el Tratado de Lisboa de 2007 y en las distintas Directivas reguladoras de cada materia en especial y otras normas de menor rango, con distinta connotación; en el art. 51 CE; en las distintas Leyes autonómicas de protección de los derechos de los consumidores y usuarios; como sujeto a tutelar en el TRLGDCU y, en otras Leyes especiales y normas de menor rango.

Pero no todas estas normas son iguales. Unas tienen carácter programático; otras son de desarrollo. Unas hacen declaraciones de principio, las otras concretan estos derechos. Con ello, se pone de manifiesto cómo, en ocasiones, el legislador utiliza el término de consumidor de forma amplia, queriendo equipararlo al de ciudadano o administrado, como se refleja en la CE, mientras que, en otras, lo restringe, como sucede en la regulación de los contratos de crédito al consumo o, por el contrario, ofrece una visión más amplia, como hace la Ley de condiciones generales de la contratación, permitiendo incluso que los empresarios puedan ser asemejados en el trato al que reciben los particulares.

2. Noción de consumidor en el TRLGDCU

El concepto de consumidor ha sido objeto de un cambio significativo tras la reforma operada por el RD Legislativo 1/2007, que pasó a ofrecer una definición mucho más parca que la proporcionada en la LGDCU al utilizar la misma terminología que la legislación comunitaria y asumir los criterios formulados por la jurisprudencia. Como explica su exposición de motivos, el consumidor y usuario que contempla esta norma es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Por ello, su art. 3 ofrece la siguiente definición: "A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional".

Se pretende con ello delimitar la normativa de consumo a las relaciones que surgen en el mercado entre consumidor y empresario, porque se parte de la premisa de que el consumidor es el sujeto más desfavorecido de la relación. A ello responde precisamente su art. 2, que limita su aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios. Esta definición, como recuerda la STS de 18 de junio 2012, en lugar de acoger la referencia comunitaria más amplia sobre el concepto de consumidor, como cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, adoptó la remisión, ya expresa, o bien implícita, al concepto desarrollado por la LGDCU de 1984 (arts. 1, 2 y 3); combinándose

de esta forma un criterio positivo de consumidor como “destinatario final”, con el criterio negativo que excluye a quienes emplean dichos bienes o servicios “para integrarlos en procesos relacionados con el mercado”.

En este contexto, si bien la ley de condiciones generales ha tratado de armonizar ambos conceptos (parágrafo IX del preámbulo), el texto refundido de 2007, en su exposición de motivos, ha introducido una aclaración en orden a la fórmula de “destinatario final”, en el sentido de que su intervención en las relaciones de consumo debe responder “a fines privados”.

No obstante, con anterioridad a la promulgación del texto refundido del 2007, la doctrina jurisprudencial ya había concretado la noción de “destinatario final”, en un sentido también restrictivo y relacionado con “el consumo familiar o doméstico” o con “el mero uso personal o particular”⁶ de igual forma que la noción delimitativa de los fines del acto de consumo ya se había perfilado en la jurisprudencia comunitaria, incluso de manera más restrictiva haciendo referencia a “las necesidades familiares o personales”, o “a las propias necesidades del consumo privado de un individuo”⁷.

Respecto a la definición anterior ésta pasa ahora a concretar el ámbito de actividad que incluye o excluye al sujeto de estas normas. Es así, como el concepto vigente engloba a las personas físicas cuando realicen una actividad que quede al margen, - con un propósito ajeno, indica la Ley-, de su propia actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, al mismo tiempo que desecha la referencia a la necesidad de ánimo de lucro cuando se trata de personas físicas, dejando dicho criterio vinculado únicamente al ejercicio de la actividad mercantil habitual mientras que en el apartado segundo del precepto se utiliza como criterio de exclusión de las personas jurídicas.

La referencia, por otra parte, a la actividad propia del empresario permite aceptar la condición de consumidor en la realización de los restantes actos.

Las modificaciones que el precepto ha introducido consisten en concretar el ámbito de aplicación de la normativa de consumo pasando, de contemplar cualquier tipo de acto que realice el sujeto vinculado con una actividad empresarial o profesional, a circunscribirla al ámbito de conductas o comportamientos que se realicen vinculados con la actividad comercial o profesional específico que realice el sujeto. Por ello, el profesional cuando adquiere un bien para su consumo o

6 SSTS 18 junio 1998 (RJ 1998, 5290); 16 octubre 2000 (ECLI:ES:TS:2000:7377) y 15 diciembre 2005 (ECLI:ES:TS:2005:7510).

7 SSTJCE 17 marzo 1998, Caso Bayerische Hypotheken-und Wechselbank AG contra Edgar Dietzinger. (TJCE 1998, 52); 11 julio 2002 (TJCE 2002, 228) y 20 enero 2005, Caso Johann Gruber contra Bay Wa AG (TJCE 2005, 24).

utilización dentro del sector en el que desempeñe su actividad no puede ser merecedor de la condición de consumidor⁸.

El texto refundido ofrece una definición mucho más parca porque ha intentado utilizar la misma terminología que la legislación comunitaria⁹. Aun así, ha respetado las peculiaridades de nuestro ordenamiento jurídico en relación con las "personas jurídicas", que ha seguido incluyendo.

Como explica la exposición de motivos de este Real Decreto Legislativo, el consumidor y usuario que contempla esta norma es la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional; esto es, que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos, ni directa, ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros.

Se pretende con ello delimitar la normativa de consumo a las relaciones que surgen en el mercado entre consumidor y empresario, porque se parte de la premisa de que el consumidor es el sujeto más desfavorecido de la relación. A ello responde precisamente su art. 2, que limita su aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.

A diferencia del derecho comunitario, que excluye dicha condición para las personas jurídicas, nuestro ordenamiento jurídico mantiene la posibilidad de que puedan serlo, tanto en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, como en los diversos Estatutos o Leyes protectoras de los derechos de los consumidores y usuarios de las Comunidades Autónomas, como en la Ley 7/98, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

Dicho reconocimiento, aun siendo significativo, obliga, sin embargo, a tener que establecer, de forma similar a la implantada para las personas físicas, criterios para determinar cuándo pueden gozar de dicha condición.

Esta delimitación es necesaria además en este ámbito en el que, junto a las personas jurídicas, entre cuyos fines no figura la prosecución de intereses económicos, existen otras que se caracterizan porque su pretensión es la obtención de beneficios.

Inicialmente, con relación a la definición contenida en la LGDCU se planteó la duda de si las entidades mercantiles podían serlo cuando la actividad que realizaban

8 A esta conclusión llega la STS 28 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2820), que fija doctrina en la que descarta la aplicación de la normativa sobre consumidores en la compra de un despacho para ejercer una actividad profesional de prestación de servicios y posteriormente la STS 14 octubre 2015 (ECLI:ES:TS:2015:4586).

9 STS 6 abril 2018 (RJ 2018, 1183); STS 10 enero 2018 (RJ 2018, 58).

no estaba conectada directamente con el mercado, sino que se trataba de un acto intermedio, habiendo partidarios de entender que si los actos que se realizaban no estaban encaminados como objetivo primordial al mercado se podría hacer valer dicha condición. En la actualidad la definición que aporta el TRLGDCU ha zanjado dicha polémica en cuanto todas las actividades que realizan las entidades de naturaleza mercantil están encaminadas a la obtención de un beneficio económico, como así se desprende de su propia naturaleza. Dicha conclusión deriva además de la interpretación conjunta de los arts. 3 y 4 del TRLGDCU. El primero de ellos deja dependiente de la condición de consumidor o de usuario la realización de actos ajenos a las actividades de carácter empresarial y hay que entender que en estas entidades dicho concepto es inexistente en cuanto todas las actividades que organicen estarán encaminadas, bien directa, bien indirectamente a mejorar la actividad a la que se deben.

Vinculado precisamente con el presupuesto de falta de ánimo de lucro, el precepto incluye expresamente a las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ese objetivo en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, a diferencia del criterio subjetivista, que utiliza en el párrafo anterior, relacionado con el ejercicio de su específica actividad. Con ello, lo que hace esta disposición es recoger el criterio consolidado por la doctrina jurisprudencial, fundamentalmente al aplicar la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores, entre otros o las actividades realizadas por las comunidades de propietarios en beneficio de su comunidad. También se ha venido reconociendo este mismo carácter a determinados entes sin personalidad, como pueden ser las comunidades de herederos, que tiene reconocida la capacidad procesal en la LEC y, particularmente, las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. En este mismo sentido, pueden tener la condición de consumidoras las comunidades de bienes no dedicadas a una actividad profesional dado que, careciendo de personalidad jurídica, constituyen un colectivo de sujetos en torno a la titularidad de un bien, que se dedica a su gestión.

Con relación a la valoración de las cooperativas, asociaciones o fundaciones habría que remitirse al criterio de realización de actividades de carácter empresarial, en cuyo caso quedarían excluidas, o a la actividad limitada a redundar únicamente en beneficio de sus miembros.

Finalmente, el precepto establece cuáles son los derechos, que califica de básicos, de los consumidores y usuarios, dotándoles de protección especial a través de normas de desarrollo, que se exponen sucintamente a continuación.

IV. DERECHOS BÁSICOS DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

I. El derecho a la salud y seguridad. Normativa de referencia

La protección del derecho a la salud y a la seguridad de los consumidores se reconoce expresamente en el capítulo II del TRLGDCU, dedicado al reconocimiento de sus derechos básicos; en concreto, en el apartado a) de su artículo 8, que lo enumera en primer lugar.

Esta plasmación legislativa ya había quedado recogida anteriormente, en los mismos términos, en el art. 2 de la LGDCU. Tanto entonces como actualmente, el reconocimiento de dicho derecho, así como su desarrollo, han atendido al mandato fijado en el artículo 51.1 CE, que obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos con carácter prioritario.

La interrelación entre dichos preceptos ha existido desde siempre en la política de protección a los consumidores y usuarios. Ya, salud y seguridad adquirieron la categoría de derechos, denominados en 1975 "fundamentales", cuando se aprobó el Programa Preliminar de la CEE para una Política de Protección e Información de los consumidores, ratificado por Resolución del Consejo de las Comunidades Europeas el 14 de abril del mismo año, que fijaba como primer objetivo realizar: "una protección eficaz contra los riesgos susceptibles de afectar a la salud y seguridad de los consumidores" y, cuya declaración programática de actuaciones contenía los siguientes principios:

1) Que los bienes y los servicios puestos a disposición de los consumidores no debían presentar peligro para su salud o seguridad siempre que fueran usados en circunstancias normales o previsibles. Caso de presentar tales peligros deberían ser retirados del mercado por procedimientos rápidos y sencillos, al mismo tiempo que los riesgos previsibles deberían ser puestos en conocimiento de los consumidores a través de medios adecuados.

2) El carácter necesario de proteger al consumidor contra las consecuencias de los daños corporales causados por los productos y servicios defectuosos suministrados por los productores de bienes y prestatarios de servicios.

3) La necesidad de establecer criterios de control y de regulación homogénea en todos los países comunitarios sobre sustancias o preparados susceptibles de incorporarse a los productos alimenticios, exigiéndoles su previa definición, así como su uso reglamentado, y el establecimiento, a través de una regulación comunitaria, de listas precisas y claras de ellos.

4) La obligación de que las máquinas, aparatos y equipos eléctricos y electrónicos, así como otros bienes que puedan afectar a la salud o seguridad de los consumidores se regulen mediante una reglamentación particular y sean sometidos a un procedimiento aprobado por los poderes públicos para asegurar que su uso sea totalmente seguro.

5) Los productos nuevos que pudiesen atentar contra la salud o seguridad deberían ser objeto de autorizaciones particulares y armonizadas en el conjunto de la Comunidad.

Posteriormente, el Acta Única Europea introdujo una mención expresa a la protección de consumidores y usuarios en su art. 100 A, I en el que exigía que “La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado I, referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado”. Con lo que, el tratamiento de ambos derechos quedó unificado, una vez más. En esta misma línea, el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, recogió en su título X, por una parte, la protección a la salud pública mientras que, en el siguiente, la protección de los derechos de los consumidores y usuarios. A tal fin específicamente señalaba que: “La comunidad contribuirá a que se alcance un alto nivel de protección de los consumidores “mediante acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros con el fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y de garantizarles una información adecuada”.

El Tratado de Ámsterdam de 1997 siguió también insistiendo en este extremo en su art. 153.I: “Para promover los intereses de los consumidores y garantizarles un alto nivel de protección, la Comunidad contribuirá a proteger la salud, la seguridad y los intereses de los consumidores, así como a promover su derecho a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses”.

Dicho precepto quedó ratificado en el de Niza, si bien, tanto éste como el Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, no han avanzado mucho más respecto a los acuerdos y medidas acordadas, sin perjuicio de que se mantenga la misma preocupación por conciliar los objetivos de una política de mercado interior respetando los principios de protección de la salud y seguridad de los consumidores.

2. Significado del reconocimiento del derecho a la salud y a la seguridad en el ordenamiento interno

Los términos salud y seguridad han contado tradicionalmente con un amplio reconocimiento por parte de los ordenamientos jurídicos.

La CE ha recogido en sus arts.: 43, 45, 49, 50 y 51, distintas expresiones de esta manifestación desde esferas diversas. Estos preceptos no son, sin embargo, reiterativos puesto que cada uno de ellos incide en un ámbito diferente.

El primer párrafo del art. 43 reconoce el derecho a la protección de la salud, imponiendo dicha tarea, en el apartado segundo, a los poderes públicos, a los que compete organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. A continuación, en el art. 45 se establece por vez primera el derecho de todos a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, junto a su deber de conservarlo. En los dos preceptos siguientes se concreta la prosecución de dicho fin en dos grupos que merecen una atención especial por su particular condición: disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales en el art. 48 y ciudadanos de la tercera edad en el siguiente, para conferir finalmente un tratamiento específico a otro estamento: los usuarios y consumidores, en el art. 51.

Todos estos preceptos gozan de la misma protección constitucional, dada su ubicación en el capítulo III, por lo que son calificados de principios rectores de la política social y, en atención a ello, como establece el párrafo 3º del art. 53: informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. No obstante, sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.

Pero si con carácter específico la protección del derecho a la salud quedó reconocida en el artículo 43 de la CE, con carácter prevalente respecto a los restantes preceptos, la reiterada alusión que se hace en el art. 51 del término salud planteó la necesidad de diferenciar el alcance de la tutela que propugna el art. 43, respecto a la que exige el art. 51 de este mismo texto legal.

El significado que cabe conferir a este reconocimiento es que cada uno de ellos justifica un ámbito de tutela diferente: la protección del derecho a la salud y a la seguridad de los consumidores implica la plasmación legal del derecho básico a la protección contra los riesgos que puedan afectar a la salud o a la seguridad de los consumidores, cuyo desarrollo tiene lugar a través de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, mientras que, por el contrario, el artículo 43 otorga el derecho a la protección de la salud, para cuyo cumplimiento y desarrollo se dictó la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, cumplimentada con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Atendiendo a ello se podría distinguir entre las obligaciones que quedan recogidas en el apartado 2.º del precepto, que reconocen el derecho por parte de

todos los ciudadanos a recibir asistencia médica, del primer párrafo, que establece con carácter general, el derecho a que se proteja la salud por cualquier medio, incumbiendo dicha tarea a la Administración, tanto estatal, como autonómica, dentro de las competencias atribuidas a cada una de ellas, con el fin de organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones o servicios necesarios.

En todo caso, ambos preceptos tienen en común los sujetos afectados de protección puesto que aunque inicialmente se intentó distinguir entre la condición de ciudadano y la de consumidor, tomando como punto de apoyo estos dos preceptos para diferenciar el ámbito de aplicación de cada uno de ellos, hoy en día, esta polémica ha quedado resuelta en cuanto se ha entendido que todo ciudadano es un consumidor o un usuario de los servicios sanitarios médicos y hospitalarios.

Esta conexión entre ambos derechos se sigue reflejando en sus normas de desarrollo. En concreto, el art. 26 de la Ley General de Sanidad establece que: “En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas”.

Igualmente, el tratamiento que el TRLGDCU dispensa al derecho a la salud, queda mediatizado a través de la protección de los riesgos que puedan afectar a los consumidores y usuarios.

En la primera de estas Leyes prevalece el carácter preventivo, en coherencia con las modernas tendencias de política sanitaria que siguen las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud que, en un intento de ofrecer una definición, se ha apoyado en dos concepciones: una estricta, según la cual la salud es “cualquier alteración fisiológica o psíquica de carácter patológico” y una amplia que la equipara a un “estado de completo bienestar físico, mental y social”.

Por su parte, el concepto de seguridad queda precisado en el TRLGDCU. Así, en su art. 11 establece el deber general de que los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros, para, a continuación, pasar a dejar establecido en su apartado 2º, cuándo un bien o un servicio debe entenderse que es seguro, tomando como referencia el R.D. 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, lo que ha provocado la modificación de la redacción originaria de este derecho, que se encontraba contenida en el art. 3 LGDCU, en los términos siguientes: “Los productos, actividades y servicios puestos en el mercado a disposición de los consumidores o usuarios, no implicarán riesgos para

su salud o seguridad, salvo lo usual o reglamentariamente admitido en condiciones normales y previsibles de utilización”.

En el texto actual ha quedado establecido que se consideran seguros: “Los bienes o servicios que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas”.

3. Medidas de prevención y evitación de riesgos

Para garantizar la seguridad de los consumidores es necesaria la existencia de normas de constricción ante las cuales, el principio de libertad de comercio y de industria debe ceder. El art. 11 del TRLGDCU comienza con una declaración de carácter básico y general al afirmar que: “1. Los bienes o servicios puestos en el mercado deben ser seguros”, considerando que son bienes o servicios seguros los que, en condiciones de uso normales o razonablemente previsibles, incluida su duración, no presenten riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas, o únicamente los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas.

Este precepto perfila una idea de seguridad material que se traduce en un principio de previsibilidad del riesgo que presupone que los consumidores y usuarios tienen un alto grado de confianza en que el consumo o la utilización de determinados productos o servicios no comportan ningún riesgo para su salud o, en su caso, los riesgos mínimos considerados admisibles siempre que se dé un nivel adecuado de protección, sobre la base de la información que debe ser puesta en conocimiento y a disposición del consumidor o usuario sobre los productos.

Aunque las normas de seguridad cumplen principalmente una función de prevención, el problema central en la configuración de este derecho es la delimitación del parámetro de riesgo admisible. Como preceptúa el art. 44.2 CE e, igualmente los arts. 9 y 10.4 de la Ley General de Sanidad, su concreción requiere partir de la premisa de que toda valoración sobre él tiene que ser dinámica, en función de los avances de la investigación científica y técnica.

La regulación efectiva de la seguridad en los productos se realiza cumplimentando las estipulaciones recogidas en el art. 14 del TRLGDCU que exigen un contenido mínimo, tanto material como formal, en cuanto a la denominación, procedimientos de fabricación, distribución y comercialización, etiquetado, presentación y publicidad y también sobre métodos oficiales de análisis, control de calidad e inspección,

comportando la tipificación de todos estos datos una previa normalización, a la que se refiere la Ley tratándola de “reglamentos reguladores”.

En este sentido, el art. 14 establece, en primer lugar, el contenido mínimo de los Reglamentos para los diferentes productos, actividades o servicios, que deberán detallar, entre otras cosas:

- a) Los conceptos, definiciones, naturaleza, características y clasificaciones.
- b) Las condiciones y requisitos de las instalaciones y del personal cualificado que deba atenderlas.
- c) Los procedimientos o tratamientos usuales de fabricación, distribución y comercialización, permitidos, prohibidos o sujetos a autorización previa.
- d) Las reglas específicas sobre etiquetado, presentación y publicidad.
- e) Los requisitos esenciales de seguridad, incluidos los relativos a composición y calidad.
- f) Los métodos oficiales de análisis, toma de muestras, control de calidad e inspección.
- g) Las garantías, responsabilidades, infracciones y sanciones.
- h) El régimen de autorización, registro y revisión.

Estas obligaciones se cumplimentan con las que además se impone a los empresarios, relacionadas en el art. 13, que son las siguientes:

- a) La prohibición de tener o almacenar productos reglamentariamente no permitidos o prohibidos, en los locales o instalaciones de producción, transformación, almacenamiento o transporte de alimentos o bebidas.
- b) El mantenimiento del necesario control de forma que pueda comprobarse con rapidez y eficacia el origen, distribución, destino y utilización de los bienes potencialmente inseguros, los que contengan sustancias clasificadas como peligrosas o los sujetos a obligaciones de trazabilidad.
- c) La prohibición de venta a domicilio de bebidas y alimentos, sin perjuicio del reparto, distribución o suministro de los adquiridos o encargados por los consumidores y usuarios en establecimientos comerciales autorizados para venta al público, y del régimen de autorización de ventas directas a domicilio que vengán siendo tradicionalmente practicadas en determinadas zonas del territorio nacional.

d) El cumplimiento de la normativa que establezcan las entidades locales o, en su caso, las comunidades autónomas sobre los casos, modalidades y condiciones en que podrá efectuarse la venta ambulante de bebidas y alimentos.

e) La prohibición de suministro de bienes que carezcan de las marcas de seguridad obligatoria o de los datos mínimos que permitan identificar al responsable del bien.

f) La obligación de retirar, suspender o recuperar de los consumidores y usuarios, mediante procedimientos eficaces, cualquier bien o servicio que no se ajuste a las condiciones y requisitos exigidos o que, por cualquier otra causa, suponga un riesgo previsible para la salud o seguridad de las personas.

g) La prohibición de importar productos que no cumplan lo establecido en esta norma y disposiciones que la desarrollen.

h) Las exigencias de control de los productos manufacturados susceptibles de afectar a la seguridad física de las personas, prestando a este respecto la debida atención a los servicios de reparación y mantenimiento.

i) La prohibición de utilizar ingredientes, materiales y demás elementos susceptibles de generar riesgos para la salud y seguridad de las personas. En particular, la prohibición de utilizar tales materiales o elementos en la construcción de viviendas y locales de uso público.

A) El riesgo permitido

Como principio general, los productos o servicios no deben presentar riesgo alguno para la salud o seguridad de las personas. En el caso de que ello sea inevitable, únicamente serán permisibles los riesgos mínimos compatibles con el uso del bien o servicio y considerados admisibles dentro de un nivel elevado de protección de la salud y seguridad de las personas.

Sólo serán tolerables, en consecuencia, los riesgos permitidos por los reglamentos que regulen de manera específica cada bien, producto, servicio o sector de actividad y que deriven de su uso o consumo en condiciones normales y previsibles de utilización, lo que obliga a determinar el concepto de utilización previsible.

La determinación del concepto de utilización previsible en este ámbito requiere dos actuaciones previas. En primer lugar, determinar los sujetos a quienes van dirigidos los productos; esto es, habrá que establecer los grupos sociales diferenciados de consumidores a los que vaya a afectar el posible riesgo, por ejemplo,

adultos o niños; en segundo lugar, se deberá establecer un comportamiento medio de estos grupos de consumidores en relación con el producto, bien o servicio de que se trate. En definitiva, para saber cómo es la utilización previsible habrá que partir tanto de la naturaleza del bien o servicio, como de la utilización que realicen normalmente los consumidores a los que va destinado.

a) Obligación general de información al consumidor de los riesgos permitidos

La protección del consumidor está enfocada hacia la imposición de obligaciones a los empresarios de los bienes y servicios que ponen en el mercado. Ello justifica la que se les impone de informarles, con carácter previo y por medios apropiados, de los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios. Dicha información deberá realizarse por medios apropiados y en relación con la naturaleza, características, duración y las personas a las que van destinados.

Si se trata de productos químicos o de artículos que en su composición lleven sustancias clasificadas como peligrosas deberán ir envasados con las debidas garantías de seguridad y llevar de forma visible las oportunas indicaciones que adviertan el riesgo de su manipulación.

La información que se facilite a los consumidores debe ser veraz; esto es, conforme con la realidad de las cosas; eficaz, es decir, adecuada para evitar la materialización de los riesgos para la salud y seguridad de los consumidores, y finalmente, suficiente; esto es, comprensiva de todos los aspectos en que aquellos riesgos pueden materializarse.

4. Protección de los intereses económicos y sociales

Junto al reconocimiento que se concede a los consumidores a ser protegidos en su salud y seguridad como derecho de los consumidores y usuarios, el art. 51 CE consagra la protección de sus legítimos intereses económicos, que, en desarrollo de dicho precepto constitucional, queda plasmado en el apartado b, del art. 8 del texto refundido y, más en concreto, en el capítulo V, del título I, del Libro I, en sus artículos: 19 a 21, con la denominación: "Protección de los intereses económicos y sociales".

El art. 19 deja establecido el principio general: "Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta norma, aplicándose, además, lo previsto en las normas civiles, mercantiles y las demás normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación".

Este tenor se encontraba recogido anteriormente en el art. 7, con una redacción muy similar, si bien, esta última es más completa, en los términos siguientes: “Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio”.

Con relación al texto anterior, este tenor literal incluyó la referencia al derecho comunitario, que antes omitía, y simplificó la estructura de este capítulo, pasando parte de su anterior articulado a integrar el capítulo correspondiente a contratos de consumo.

En todo caso, este capítulo genérico ofrece dos declaraciones de notable interés. En primer lugar, expresa su carácter pluridisciplinar y su compatibilidad con el resto del ordenamiento jurídico, debiendo siempre aplicar la norma que resulte más favorable para los intereses de los consumidores. En segundo lugar, parece que el último inciso de este precepto se ha hecho eco de toda la evolución que ha sufrido el desarrollo de la normativa de consumo, tanto en el ámbito de atribución de competencias de carácter autonómico como comunitario, en coordinación con el derecho estatal.

Inicialmente la remisión que este precepto hacía respecto a la aplicación de las normas contenidas en el originario capítulo III había que limitarlo a las disposiciones contenidas en él. Posteriormente, dicho apartado hubo que completarlo con las Leyes especiales que desarrollaban la regulación de alguna de las figuras recogidas en dicho capítulo, como resultó, entre otras, tras la formulación de las condiciones generales de la contratación en la Ley 7/1998, de 13 de abril, fruto de la adecuación a normas de adaptación de la normativa comunitaria. Estos preceptos, finalmente debían complementarse con lo dispuesto en las normas civiles y mercantiles, y, en su caso, con las que regulasen el comercio interior o exterior, como declaraba el propio precepto con la expresión: “*aplicándose además*”, y, actualmente, con las normas comunitarias, estatales y autonómicas que resulten de aplicación.

A) Interdisciplinariedad normativa y principios para su aplicación

La compatibilidad que explícitamente acepta y recomienda este precepto es una expresión más del carácter interdisciplinar que caracteriza a esta materia. Esta concurrencia de normativas puede provocar que, en determinadas ocasiones, al menos hipotéticamente, se plantee la duda de cuál es la norma que debe aplicarse con carácter prevalente sobre las restantes.

A este respecto, los criterios interpretativos deben apoyarse en el respeto y prevalencia del principio *pro consumatore*, de forma que, en caso de duda,

la interpretación de las normas se hará siempre en beneficio del consumidor. Este principio se aplicará incluso en aquellos supuestos en los que concurra una norma de carácter general con otra específica. En este caso, el principio general es la prevalencia de la norma particular sobre la general, sin embargo, cuando se trata de proteger la situación del consumidor, el criterio de aplicación determinante será la invocación y alegación del principio más favorable para él; es decir, ante un conflicto normativo entre dos disposiciones hábiles para solucionar el supuesto de hecho planteado, será de aplicación aquélla que respetando el principio de jerarquía normativa invoque el consumidor en su defensa, aunque las normas aludidas sean generales y anteriores a las específicas de protección a los consumidores y usuarios.

Esta situación, como puso de manifiesto Font Galán¹⁰, lo que paulatinamente está haciendo es provocar el desplazamiento de las normas civiles y mercantiles hacia la normativa específica de protección del consumidor, puesto que, en este caso, “la disponibilidad normativa de las leyes civiles y mercantiles se muta en imperatividad normativa en todo lo que estas normas se refieren o afecten tuitivamente a los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios”.

5. Los derechos básicos a la información, formación y educación

El art. 51 CE establece en su apartado 2º, que los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios. No menciona, sin embargo, la formación, pero puede entenderse que es un aspecto más de la educación en materia de consumo.

Aunque tradicionalmente podía entenderse que el derecho de información estaba implícito en determinados preceptos del Código Civil, la elevación a principio básico en el ámbito constitucional ha supuesto un avance incuestionable en la esfera de protección de los derechos de este sector de la población que se ve inmerso en un mercado en el que cada día más proliferan un sinnúmero de prácticas comerciales que ofrecen infinidad de productos de idénticas condiciones, cuyas diferencias de calidad y de prestaciones entre unos y otros son de difícil apreciación por parte del público; en el que la complejidad técnica de muchos de los productos o servicios resulta de confusa comprensión para un buen número de consumidores..., unido todo ello a una gran diversidad de modalidades comerciales, regidas por normativas distintas según se trate de contratación a distancia, venta fuera de establecimiento mercantil..., caracterizadas en su mayor parte por realizarse de forma verbal o mediante condiciones generales de la contratación en las que poco puede mediar la voluntad del consumidor y en las que el vendedor

10 FONT GALÁN, J.I.: *El derecho*”, cit.

suele ser un mero intermediario que cubre una notoria laguna entre el fabricante y el destinatario del bien o servicio o incluso, en muchas ocasiones, entre el cliente y el vendedor, como se da con productos precintados, kits...

Dichas circunstancias pusieron de relieve que, el legislador, concienciado de la necesidad de que el consumidor o usuario sepa lo que adquiere, en qué condiciones lo hace y para qué contrata, haya configurado el derecho a la información como un derecho básico de los consumidores en el art. 8 apartado d) TRLGDCU, junto al de educación, cuya renuncia previa se tiene por nula, porque si los consumidores o usuarios no conocen cuál es el alcance de su derecho poco o mal podrán reclamar. Por ello, el avance en esta materia debe tomar como punto de partida un buen conocimiento por parte de los consumidores y usuarios, no sólo de sus derechos sino también de las obligaciones que les vinculan.

A) El derecho de información. Regulación

El derecho de información pasa a estar regulado en un capítulo único, el IV, junto con el derecho de formación y educación, en los arts. 17 y 18 TRLGDCU.

La peculiaridad respecto a la regulación anterior es que gran parte del contenido del derecho de información, que se encontraba contenido en el capítulo III de la LGDCU, ha sido trasladada al apartado correspondiente a la regulación de los contratos y al art. 12, que regula la información a los consumidores y usuarios sobre los riesgos de los bienes o servicios, en el capítulo III, referido a la protección de la salud y seguridad. Por ello, este capítulo sólo contiene una declaración programática de que los poderes públicos asegurarán que los productos y servicios dispongan de la información precisa para el eficaz ejercicio de sus derechos y velarán para que se les preste la información comprensible sobre el adecuado uso y consumo de los bienes y servicios puestos a su disposición en el mercado; pasando a establecer a continuación la obligación de que los medios de comunicación social de titularidad pública estatal dediquen espacios y programas, no publicitarios, a la información y educación de los consumidores y usuarios, debiendo, en tales espacios y programas, de acuerdo con su contenido y finalidad, facilitar el acceso o participación de las asociaciones de consumidores y usuarios representativas y de los demás grupos o sectores interesados, en la forma que se acuerde con dichos medios.

Tomando como referencia la normativa anterior puede observarse como las reformas introducidas han hecho una profunda reestructuración, de forma que este capítulo en la actualidad sólo contiene una mención genérica a la obligación de informar por parte de los poderes públicos y al contenido mínimo que deben observar los productos puestos en el mercado.

a) Contenido

El derecho de información contemplado en este capítulo sienta como premisa los presupuestos que todo producto o servicio debe cumplimentar cuando es puesto en el mercado.

Inicialmente, el legislador plasmó dicho principio en el art. 13 LGDCU, suponiendo un reforzamiento para compeler al fabricante a que proporcionase información suficiente al consumidor o usuario sobre las prestaciones del producto o servicio, así como de sus características, de su uso adecuado y, en su caso, de los riesgos o perjuicios que puedan implicar una mala utilización o un uso incorrecto de ellos. Parte de dicho precepto ha pasado a estar plasmado en el art. 18 TRLGDCU, que incide en los signos externos que permiten que el consumidor conozca las prestaciones, características, modo de empleo del producto o servicio. Por ello, el derecho de información, en este caso, se expresa en el etiquetado y presentación de los productos y servicios, insistiendo en su consistencia material, en las características del producto y en las expectativas que se han creado en el consumidor; que queda reforzado por el carácter imperativo con el que se obliga a identificar cada producto, al margen de lo prescrito en los reglamentos reguladores de cada actividad.

Con base en ello, se pretende que el etiquetado y presentación de los bienes y servicios y las modalidades de realizarlo no induzcan a error al consumidor y usuario, especialmente sobre los siguientes aspectos:

a) Características del bien o servicio y, en particular, sobre su naturaleza, identidad, cualidades, composición, cantidad, duración, origen o procedencia y modo de fabricación o de obtención.

b) Atribuyendo al bien o servicio efectos o propiedades que no posea.

c) Sugiriendo que el bien o servicio posee características particulares, cuando todos los bienes o servicios similares posean estas mismas características.

Sin perjuicio de las exigencias concretas que se establezcan reglamentariamente, todos los bienes y servicios puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán incorporar, acompañar o, en último caso, permitir de forma clara y comprensible, información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales, en particular, sobre las siguientes:

a) Nombre y dirección completa del productor.

b) Naturaleza, composición y finalidad.

c) Calidad, cantidad, categoría o denominación usual o comercial, si la tienen.

d) Fecha de producción o suministro y lote, cuando sea exigible reglamentariamente, plazo recomendado para el uso o consumo o fecha de caducidad.

e) Instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles.

Aunque la regulación del etiquetado es diferente para cada producto, las indicaciones obligatorias del etiquetado y presentación de los bienes o servicios comercializados en España deberán figurar, al menos, en castellano, dejando a salvo las excepciones previstas legal o reglamentariamente.

b) La obligación de informar por parte de los poderes públicos

Los poderes públicos se encuentran obligados a procurar a los consumidores y usuarios información suficiente sobre los productos y servicios puestos en el mercado. Su soporte jurídico se encuentra en el art. 20.1.d de la Constitución que establece el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”, que cabe complementar con el art. 105.b del texto constitucional, que prevé el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos.

Con carácter general, la obligación de informar por parte de los poderes públicos se realiza a través de las oficinas y servicios de información al consumidor, del Instituto Nacional de Consumo y de los medios de comunicación social de titularidad pública. En virtud, sin embargo, de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas, habida cuenta de que, como sancionó el fundamento jurídico 5 ° b) y c) de la STC 15/1989, los artículos 14 a 17 de la LGDCU no son de aplicación directa en las Comunidades Autónomas con competencia plena en materia de defensa de protección al usuario y consumidor, corresponde a cada Comunidad el desempeño y desarrollo de este derecho.

El TRLGDCU ha escindido en dos el anterior art. 8 LGDCU. Los dos primeros párrafos se corresponden con el art. 62 TRLGDCU mientras que el párrafo 3º LGDCU ha pasado a configurar esta parte general de la información.

Sistemáticamente esta división no es muy afortunada. Aunque cupiera interpretar que se ha ubicado en ese capítulo, queriendo significar con ello que la información incide sobre la forma en que se hace desde que los productos han sido puestos en el mercado, esta explicación no puede mantenerse puesto que la referencia a la oferta, promoción o publicidad falsa o engañosa está indicando

que necesariamente se ha tenido que producir un perjuicio al consumidor; lo que presupone la existencia de un vínculo contractual previo causante del daño.

c) El derecho de información precontractual

El derecho que tiene el consumidor a recibir información con carácter previo a la suscripción de un contrato es uno de los principales instrumentos sobre los que se asienta la protección del consumidor.

La información que se ofrezca al consumidor o usuario tiene que ser veraz y suficiente; aportarse de forma clara, comprensible, adaptada a las circunstancias, ser relevante y gratuita.

Dicha información tiene carácter formal en cuanto debe estar contenida en el soporte material que sea acorde con el contrato que se quiera suscribir, ya sea papel, ya sea en el documento digital correspondiente y estar dirigida a sectores medios de la población. En consecuencia, el criterio de imputación de responsabilidad tendrá que estar basado en la comprobación de la omisión de algún detalle o falta de información que el consumidor medio podía y debía haber conocido.

La eficacia y suficiencia de la información constituye una manifestación de la buena fe contractual que ha de presidir, no solo la fase de ejecución del contrato, sino también la precontractual. Por ello, debe estar encaminada a informar sobre aspectos relevantes del producto o servicio, de forma precisa y concisa, sin omitir datos, pero tampoco aportando información innecesaria que confunda al consumidor porque hay que entender, que, tan mala es una información precaria, como una información inútil o excesiva.

El contenido de la información deberá abarcar aspectos materiales referidos al producto o servicio, junto a la obligación de facilitar información sobre los riesgos susceptibles de provenir de una utilización previsible de los bienes y servicios, habida cuenta de su naturaleza, características, duración y de las personas a las que van destinados.

La regulación de la información que, con carácter previo, hay que suministrar al consumidor o al usuario antes de formalizar el contrato, se encuentra contenida en el art. 60 TRLGDCU.

Este precepto cumple una función preventiva, al querer que el consumidor tenga un conocimiento razonable de lo que adquiere, cuáles son sus prestaciones y características, así como las expectativas que cabe esperar del producto o

servicio. Se pretende, en suma, que el consumidor pueda configurar libremente su consentimiento.

En él cabe distinguir varias partes. La primera de ellas establece con carácter previo el valor de la información precontractual. La segunda detalla el contenido sobre el que debe versar la obligación de información.

Además de las obligaciones de cada contrato, el precepto considera relevante que la información quede referida a los siguientes extremos, que amplía con relación a la norma anterior y que en derecho de consumo tiene carácter formal.

A ello responde precisamente el apartado a), que obliga a reseñar las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios. Así se da cabida a la información que se aporte en cualquier soporte informático o digital o, incluso, en atención a la naturaleza de producto o servicio, a la remisión a páginas web de referencia.

El segundo apartado, obliga a facilitar la identidad del empresario, incluidos los datos correspondientes a la razón social, el nombre comercial, su dirección completa y su número de teléfono y, en su caso, del empresario por cuya cuenta actúe.

El c), anterior b), exige informar sobre el precio total, incluidos todos los impuestos y tasas. Si por la naturaleza de los bienes o servicios el precio no puede calcularse razonablemente de antemano o está sujeto a la elaboración de un presupuesto, deberá expresarse la forma en que se determina el precio, así como todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano o el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales.

En toda información al consumidor y usuario sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio total, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación, utilización de distintos medios de pago u otras condiciones de pagos similares.

El actual apartado d) introduce como novedad la obligación de informar sobre los procedimientos de pago, además de informar sobre la entrega y ejecución, la fecha en que el empresario se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio.

Además del recordatorio de la existencia de una garantía legal de conformidad para los bienes, como hacía el anterior apartado, éste incorpora el de informar sobre la existencia y las condiciones de los servicios postventa y las garantías comerciales, que a diferencia de la redacción anterior el precepto detalla.

A diferencia de la redacción anterior del art. 60, que hacía referencia únicamente al procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato, el nuevo incluye de forma más completa, la obligación de informar sobre la duración del contrato, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución. Además, de manera expresa, deberá indicar la existencia de compromisos de permanencia o vinculación de uso exclusivo de los servicios de un determinado prestador, así como las penalizaciones en caso de baja en la prestación del servicio.

También habrá que informar sobre la lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando no sea aquella en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación y la existencia del derecho de desistimiento que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo, contemplado en el apartado g), en la actualidad y antes en el h).

Finalmente, se añaden tres nuevos apartados, i), j) y k).

Resultante de ello, habrá que incluir en la información, la obligación de exponer la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables, como son, entre otras, la protección a través de la gestión de los derechos digitales o la codificación regional. Igualmente deberá extenderse la información a toda interoperabilidad relevante con los aparatos y programas conocidos por el empresario o que quepa razonablemente esperar que conozca para describir la información relativa a los aparatos y los programas estándar con los que el contenido digital es compatible (sistema operativo, versión necesaria o determinados elementos de los soportes físicos); así como, de forma expresa, la obligación de informar sobre el procedimiento para atender las reclamaciones de los consumidores y usuarios, y, en su caso, la información sobre el sistema extrajudicial de resolución de conflictos previstos en el art. 21.4 TRLGDCU.

Finalmente, el apartado cuarto reitera la exigencia de que la información precontractual se facilite al consumidor y usuario de forma gratuita, si bien añade el requisito de que se ha de expresar al menos en castellano.

B) El derecho a la educación y formación en materia de consumo

Este derecho ya aparece recogido en el informe de la OCDE de 1972 sobre la política de protección a los consumidores en los Estados miembros; en la Carta

de protección del consumidor, elaborada por el Consejo de Europa en 1973 y en el Programa Preliminar de la CEE para una política de protección y de información del consumidor de 1975. Estos documentos fueron los antecedentes del art. 51 CE y posteriormente de la LGDCU, que enumeraba entre sus derechos básicos, el derecho a la educación y formación en materia de consumo, no estando éste último recogido ni el texto constitucional, ni en el anterior artículo 2 de la LGDCU, ni en el actual art. 8 TRLGDCU, si bien tiene carácter instrumental del anterior.

a) Contenido del derecho

Inicialmente los derechos a la educación y formación en materia de consumo se encontraban regulados en el capítulo V de la LGDCU, en concreto en los artículos 18 y 19, constituyendo el desarrollo constitucional del artículo 51.2 que encomienda a “los poderes públicos promover la información y la educación de los consumidores y usuarios”.

Su inclusión y tratamiento fue considerado uno de los aciertos de la Ley porque se había distanciado del planteamiento inicial de la primera etapa de formación de la actividad consumista que concebía al consumidor como un mero comprador o usuario de bienes y servicios en situación de inferioridad respecto a la contraparte, entendiendo que había que conferirle una proyección social como sujeto interesado en todas las facetas de la vida que pueden afectarle como consumidor. En la actualidad, sin embargo, ateniéndose al marco de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y de conformidad con lo establecido en la disposición adicional 1ª, 2 TRLGDCU, su reglamentación corresponde cada Comunidad Autónoma, que lo deberá desarrollar en sus correspondientes normativas de protección a los consumidores y usuarios.

Sin perjuicio de lo dispuesto en cada regulación autonómica, la pretensión de estos derechos debe centrarse básicamente en promover la mayor libertad y racionalidad en el consumo de bienes y utilización de servicios; en facilitar una mejor comprensión y uso de la información; en difundir el conocimiento de los derechos y deberes del consumidor o usuario, así como las formas más adecuadas para ejercerlos; en fomentar la prevención de riesgos que puedan derivarse del consumo de productos o de la utilización de servicios; en adecuar las pautas de consumo a una utilización racional de los recursos naturales y, finalmente en potenciar la formación de los educadores en este campo. Su finalidad debe centrarse, en suma, en capacitar a los consumidores y usuarios para que adquieran una conciencia propia ante el fenómeno del consumo, su significado social y su incidencia en otros ámbitos, como el medio ambiente y el aprovechamiento racional de los recursos naturales, de una parte; y de otra, en que en el momento de la adquisición del producto o de la utilización del servicio puedan hacer una correcta elección y darle el uso adecuado.

V. LAS COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

Según el artículo 51 CE, la defensa de los consumidores y usuarios es un principio rector de la política social y económica, cuya garantía se impone, en general, a los poderes públicos; sin embargo, en la CE la defensa de los consumidores no se contempla como título competencial específico pues no se incluye en la lista de materias del artículo 148.1 C.E., ni se reserva al Estado por el artículo 149.1 C.E. Por tanto, ante esa falta de previsión expresa, debe acudir a lo dispuesto en el artículo 149.3 CE, en virtud del cual: "Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos...".

Dada sin embargo la amplitud de la materia es necesario tener en cuenta el carácter pluridisciplinar del conjunto normativo que tiene por objeto la protección del consumidor, la existencia de normas en su defensa que se pueden reconducir a otras materias, que sean constitucionalmente de competencia estatal, así como que la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de defensa del consumidor está acotada por dos tipos de límites: los derivados de los títulos competenciales del Estado (artículo 149.1 CE), y los derivados de los principios constitucionales (artículos 38, 131, 139 CE), de una parte; y, de otra, los criterios señalados por el Tribunal Constitucional en este punto desde la STC 88/1986 que afirma que: "La variedad de los ámbitos en que incide la defensa del consumidor, hace que en un Estado descentralizado como el nuestro esta garantía no pueda estar concentrada en una sola instancia, ya sea ésta central o autonómica. En este sentido, 'el derecho del consumidor', entendido como el 'conjunto de reglas que tienen por objeto la protección del consumidor' ..., difícilmente podrá encontrarse codificado en un conjunto normativo emanado de una sola de estas instancias, siendo más bien la resultante de la suma de las actuaciones normativas enderezadas a este objetivo de los distintos poderes públicos que integran el Estado, con base en su respectivo acervo competencial"; o, la STC 37/1981 que, con relación a las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de defensa del consumidor, establece que pueden adoptar las medidas administrativas necesarias para asegurar los derechos reconocidos por la legislación estatal o, por último, la STC 62/1991, que no sólo afirma la competencia estatal en la regulación del contenido de los contratos, sino que además entiende que su simple reproducción por la legislación autonómica es inconstitucional (FJ 4º, e), entre otras.

Su doctrina puede resumirse en la argumentación contenida en el FJ 5º STC 264/1993, que afirma la competencia exclusiva del Estado para regular: las condiciones generales de la contratación; el contenido de los contratos y de las

acciones por incumplimiento, saneamiento y resolución; las distintas modalidades contractuales; y la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute de bienes, medios o servicios; ya que el régimen de estas materias, incardinado en la legislación civil (art. 149.1.8ª CE), debe ser uno y el mismo en todo el territorio español. Sin embargo, lo anterior no impide que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de su competencia en materia de defensa del consumidor, puedan disciplinar determinadas modalidades de venta, definiendo las conductas exigibles y estableciendo las sanciones administrativas pertinentes siempre que las normas autonómicas se ciñan al espacio de las relaciones jurídico-públicas y no determinen un *novum* en el contenido contractual.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La protección de los derechos de consumidores y usuarios cuenta con un reconocimiento constitucional en su art. 51, que ha supuesto, a través de la promulgación de sus distintas normas de desarrollo, un paso adelante en la protección del consumidor y de sus derechos básicos.

Este estatus específico, que se ha ido consolidando en el tiempo permite que un sujeto cuando realice operaciones con el mercado, vea reequilibrada su posición a través de una serie de mecanismos preventivos como pueda ser el derecho de información o defensivos como el derecho de desistimiento, que le facultan para contratar de manera más proporcionada entre ambas partes; pero no sólo se ha ahondado en la consolidación de una mejor protección de sus derechos económicos. Asimismo, la protección relacionada con la utilización de productos y su puesta en el mercado o el régimen de responsabilidad que deriva de los daños causados por actos de consumo, propicia que su salud y seguridad se vean reforzados, logrando con ello una mejor calidad de vida de todos los ciudadanos, como beneficiarios a los que va dirigido el reconocimiento de estos intereses.


Pero, aunque sean muchos los aspectos concretos en los que los consumidores o los usuarios hayan visto reforzados sus derechos y mejorado su situación, siguen siendo muchas las situaciones que quedan todavía por contemplar como expresión de esta faceta a la que el consumidor se ve abocado, que requiere además de una importante y activa protección y protagonismo por parte de los poderes públicos.

MATRIMONIO Y CONSTITUCIÓN: SU INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA, DESDE LA IGUALDAD Y LA LIBERTAD*

MARRIAGE AND CONSTITUTION: ITS SOCIOLOGICAL INTERPRETATION WITH EQUALITY AND FREEDOM

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 400-445

*Ante todo, quiero en esta primera nota mostrar mi gratitud y hacer una advertencia al posible lector: mi agradecimiento va dirigido al Prof. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, quien me ha sugerido participar en este número conmemorativo, con otros ilustres colegas, de España e Iberoamérica. Pero relacionado con ello, va mi advertencia: a fin de que quepamos todos, por razones de extensión he decidido dejar reducidas las notas a las que sean imprescindibles (sin demérito del elenco bibliográfico final). Pues para mayor detalle me remito a otros trabajos míos anteriores, que en buena parte quedan en el presente refundidos. Me refiero, sobre todo, a dos monografías recientes: una, titulada *Matrimonio y Constitución (Presente y posible futuro)*, Madrid, 2013; y la otra: *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo del Prof. Dr. D. Carlos ROGEL VIDE, Méjico-Madrid, 2015. Y de entre mis artículos, por su generalidad y por ser "musa constante" del presente, destacaré uno titulado "La interpretación evolutiva de la Constitución en Derecho privado (Más allá de la Constitución, pero por la propia Constitución)", *RGLJ*, 2015, núm. 3, pp. 429-492.



Guillermo
CERDEIRA
BRAVO DE
MANSILLA.

ARTÍCULO RECIBIDO: 14 de abril de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Se defiende en este trabajo la posibilidad de una interpretación evolutiva de la Constitución, más allá de su letra, pero siempre en renovación de su espíritu. Como así se ha observado en las últimas reformas legislativas habidas en las leyes sobre matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Constitución; interpretación evolutiva o sociológica; matrimonio; divorcio.

ABSTRACT: *In general, the author defends the possibility of an evolutionary interpretation of the Constitution, beyond its letter, but always renewing its spirit. As it has been observed in the last legislative reforms in the marriage laws.*

KEY WORDS: *Constitution; evolutionary or sociological interpretation; marriage; divorce.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. IDONEIDAD Y LÍMITES EN LA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA COMO NATURAL ACTUALIZACIÓN DEL SENTIDO LITERAL E HISTÓRICO DE LA NORMA CONFORME A SU RENOVADO SENTIDO LÓGICO.- I. La consagración de la interpretación sociológica en la jurisprudencia y, luego, en el art. 3.1 CC español: una breve, pero necesaria exposición del status quaestionis desde la STS 21 noviembre 1934 hasta la STC 198/2012, de 6 de noviembre.- 2. Entre la creación y la petrificación del Derecho: fines y peligros de la interpretación sociológica o evolutiva.- 3. Presupuestos y fronteras en la interpretación sociológica: su confrontación con la interpretación histórica y la gramatical.- 4. La lógica aplicabilidad de la interpretación evolutiva en las normas Constitucionales.- III.- LA NECESIDAD DE QUE LA NUEVA REALIDAD SOCIAL, EN CUANTO PROBADA Y CONSOLIDADA, ESTÉ DIRECTA O INDIRECTAMENTE “JURIDIFICADA” EN EL ORDEN INTERNACIONAL. Y SU INCIDENCIA EN LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL.- I. La noción de “cultura jurídica”, expresada en la STC 198/2012, y la necesidad de hallar la realidad social positivada, normativa o jurisprudencialmente. La inutilidad, al respecto, del dato doctrinal y puramente sociológico.- 2. La interpretación sociológica confrontada, de nuevo, con la histórica y, también, con la sistemática: la interpretación evolutiva como actualización de una norma en su ratio legis, desde la lógica realidad social expresada en otras normas, coetáneas o posteriores a la interpretada.- 3. Realidad social y occasio legis: el valor interpretativo auténticamente sociológico de las Exposiciones de Motivos y de los Preámbulos.- 4. La “peculiaridad” de los Preámbulos Constitucionales, español y europeo; y la posible incidencia del Derecho Internacional y comparado, en cuanto integrado internamente.- IV. A MODO DE EPÍLOGO: LA ACTUAL CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO, EN ESPAÑA, COMO AFFECTIO MARITALIS EJERCIDA EN PLENA IGUALDAD Y LIBERTAD, DESDE UNA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA DE SU CONSTITUCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Ahora que la Constitución española, de 1978 (en adelante, CE) cumple 40 años, no me parece mejor otro homenaje que recordar “viejos” temas ya abordados por mí mismo en otras ocasiones (como el matrimonio “homosexual”, las parejas de hecho, la filiación por reproducción asistida, o el divorcio “express”, el notarial...), aunque para centrarme aquí y ahora solo en la cuestión más general y a su vez profunda, por cuanto radical, subyacente en todos ellos. Porque, efectivamente, en la raíz de todos aquellos problemas que me han venido ocupando en los últimos años se encontraba una más honda cuestión, relativa al modo en que la Constitución se ha de adaptar a los cambios habidos en nuestra sociedad a la que aquélla debe responder. Así nos lo dijo, recientemente, el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC), en su sentencia 198/2012, de 6 de noviembre (publicada en el BOE de 28 de noviembre), al declarar la constitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 julio, sobre el llamado matrimonio “homosexual”, con fundamento exclusivo en una interpretación sociológica del art. 32.1 CE, cuya redacción, sin embargo, en

• **Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla.**

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: gcerdeira@us.es

principio no parecía admitirlo, cuando dice: “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

Pero, más allá de dicho caso, ¿cómo ha repercutido ese mecanismo interpretativo aplicado a la Constitución en la solución legal de todas aquellas cuestiones atinentes al Derecho de familia en España? ¿Y cómo podrá repercutir en el futuro? O, ¿tal vez deberíamos rechazar ese mecanismo de adaptación de la Constitución a los nuevos tiempos para solo permitirlo a través de su reforma, como, en efecto, defendieron 3 de los 4 votos particulares contrarios a aquella STC?

II. IDONEIDAD Y LÍMITES EN LA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA DE LA CONSTITUCIÓN. LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA COMO NATURAL ACTUALIZACIÓN DEL SENTIDO LITERAL E HISTÓRICO DE LA NORMA CONFORME A SU RENOVADO SENTIDO LÓGICO.

I. La consagración de la interpretación sociológica en la jurisprudencia y, luego, en el art. 3.1 CC español: una breve, pero necesaria exposición del status quaestionis desde la STS 21 noviembre 1934 hasta la STC 198/2012, de 6 de noviembre.

Aunque con algún antecedente en alguna sentencia del propio TC, probablemente la STC 198/2012, de 6 de noviembre, ha venido a representar la primera vez en que más rectamente se haya empleado por este Tribunal la denominada interpretación sociológica, evolutiva, o progresiva -según la llamaba BETTI, en su *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, trad., Madrid, 1975-. No es, desde luego, la primera vez que la usa un órgano judicial. Audaz y vanguardista de entre todas fue en España la sentencia del Tribunal Supremo (en adelante, STS) de 21 noviembre 1934, de la que fue ponente CASTÁN TOBEÑAS (muy inspirado en las ideas de RUGGIERO al respecto¹), y en la que nuestro TS acogía, en un momento convulso (en muchos sentidos), aquel posible modo de interpretación de las normas cuando aún era cuestión muy debatida la relativa a su propia admisión. Eran tiempos en que ideas hoy tan aceptadas, como la de la conciencia social colectiva, servían de subterfugio a regímenes totalitarios (nacionalsocialistas o comunistas) para conferir mayor poder de actuación a la autoridad en el mantenimiento del Orden Público, al abrigo de aquel concepto tan indeterminado que la propia norma reconocía en aquellos regímenes.

¹ Sin ningún recelo, así lo reconoce el propio CASTÁN, J., en su obra metodológica, posterior a aquella STS, titulada: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho*, reed., Madrid, 2005, pp. 248 y 249, que se inspira en las afirmaciones de RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1º, 4ª ed., trad., Madrid, 1929, a lo que habría que añadir el más completo estudio de DEgni: *L'interpretazione della legge*, 2ª ed., Nápoles, 1909, en que RUGGIERO se inspiró (según hace notar, entre nosotros, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del art. 3.1 del CC*, Navarra, 1994, p. 46).

El primer caso español, el de aquella STS de 1934, es, curiosamente, bastante parecido, aunque inverso, al que recientemente abordó la STC 198/2012: en ésta se trataba de adecuar sociológicamente una norma constitucional (el art. 32.1 CE), para declarar constitucional una ley ordinaria ya existente (la Ley 13/2005, de 1 de julio); en aquél, en cambio, se trataba de adecuar el Código Civil español (en adelante, CC) a la nueva realidad social que entendía el TS contemplaba la Constitución por entonces vigente, la Republicana de 1931. El caso también era de familia, aunque referido estrictamente a la filiación: se trataba de una reclamación de paternidad extramatrimonial (interpuesta por la madre contra la viuda del padre ilegítimo), cuando, al menos programáticamente, ya imponía el art. 43 de la Constitución republicana de 1931 la investigación de la paternidad, al imponer la propia igualdad en toda filiación (matrimonial o no), al modo en que hoy lo hace el art. 39 CE; pero no encontraba aquel principio reflejo normativo en el CC (de 1889), cuya regulación aún se mantenía en los viejos valores de distinción entre hijos legítimos e ilegítimos y de prohibición en la investigación de paternidad. Ante la consideración –por entonces- común de que las normas constitucionales carecían todas ellas por sí solas de aplicación directa, tuvo aquella STS que recurrir al argumento sociológico para entender que los principios tradicionales y las normas que todavía los recogían habían de ceder y someterse a los nuevos dictados de la realidad social que expresaba la flamante Constitución republicana (que al ser tan efímera, no encontraría mayor reflejo legal, ni mayor seguimiento en la jurisprudencia posterior; a salvo la Resolución de la Dirección general de los Registros y del Notariado [en adelante, RDGRyN] de 26 diciembre 1968, que para un caso idéntico al de aquella STS de 1934 mantuvo igual tesis aun sin poder fundar la nueva realidad social en norma constitucional ninguna, pues la entonces vigente habría de retomar los viejos principios²). En la STC 198/2012 el caso es inverso: existiendo ya el cambio introducido en la ley ordinaria (en la Ley 13/2005), el TC la legitima interpretando sociológicamente el art. 32.1 CE, adecuando su sentido a la nueva realidad social, que, por supuesto, no podía sólo extraerse de aquella otra ley (al no poder ésta ser juez y parte), sino de otros muy variados elementos (conformadores de lo que la STC llama “cultura jurídica”, a la que luego aludiremos).

Desde aquella STS de 1934 las cosas, precisamente, han cambiado mucho; siempre en favor de aceptar aquel criterio interpretativo: primero en la propia obra de la jurisprudencia del TS, en temas tan variados como las reparaciones del pasado (como recoge la STS 24 enero 1970, al ordenar la devolución a los jesuitas de unos bienes ocupados en Sevilla por una Pragmática de 1767), la responsabilidad por daños de los arts. 1902 y ss. CC, hasta llegar a su absoluta objetivación (desde la STS 31 marzo 1978, que emplea por primera vez el criterio

2 En su lugar, haría tal interpretación sociológica desde el nuevo espíritu contenido en el art. 129 Ley del Registro Civil (de 1957), y desde el Derecho Civil catalán, por entonces recientemente Compilado.

sociológico para abrir brecha en tal evolución jurisprudencial), la prescripción (según puede verse, por primera vez, en la STS 20 octubre 1988), o en temas –en apariencia más prosaicos y aparentemente menos proclives a este modo de interpretar la ley-, como la medianería, la propiedad horizontal (eximiéndose de la exigencia de unanimidad por razones organizativas y funcionales), la solidaridad en el aval, ...³ Y, por supuesto, también en el ámbito del Derecho de familia, en temas como la temporalidad de la pensión compensatoria en caso de crisis matrimonial (ya consagrada por la STS de 10 febrero 2005, poco antes de hacerse legal tal posibilidad con la Ley 15/2005, de 8 julio), como la “descausalización” del divorcio, prácticamente consagrada por la jurisprudencia menor antes de que así lo admitiera la propia ley, una vez reformada en 2005; o como el de la consideración de las parejas de hecho como legítima familia no matrimonial.

Y así ha continuado aumentando la casuística y el recurso a la interpretación evolutiva en la jurisprudencia, hasta llegar a ser consagrada expresamente por la ley, 50 años después de aquella primera STS, en el actual art. 3.1 CC español, introducido por el Decreto de 31 mayo 1974 de reforma del Título Preliminar del CC, al afirmarse en aquel precepto que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y –añade, como novedad, según- la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. De dicha novedad dirá el Preámbulo de aquel Decreto de 1974: “La ponderación de la realidad social correspondiente al tiempo de aplicación de las normas introduce un factor con cuyo empleo, ciertamente muy delicado, es posible en alguna medida acomodar los preceptos jurídicos a circunstancias surgidas con posterioridad a la formación de aquellos.”

Curiosamente, a pesar del tiempo transcurrido, y del recurrente empleo que la jurisprudencia ha venido en él haciendo del criterio sociológico, en un plano dogmático, o puramente doctrinal, dicha jurisprudencia no ha avanzado mucho desde que aquella pionera STS 21 noviembre 1934 abordara por primera vez, y sin apoyo normativo expreso, dicho criterio. Toda la doctrina oficial que sobre dicho elemento interpretativo existe fue, prácticamente, vertida en aquella STS, cuyo razonamiento, que sin duda lo es de su Ponente CASTÁN TOBEÑAS, merece, por ello, ser íntegramente reproducido a continuación (amén de que haya de ser en algunos de sus pasajes tan recordado a lo largo del presente estudio).

Decía en su Considerando 2º: “Que, aun sin acoger todas las conclusiones propugnadas por los partidarios del llamado método histórico-evolutivo de interpretación de las normas jurídicas, puede admitirse hoy, como doctrina

3 Y otros tantísimos casos, que pueden verse en la muy sugerente monografía de PABÓN DE ACUÑA, J.M.: *La interpretación según ‘la realidad social’ del art. 3 del CC*, Valencia, 1999.

ponderada y de muy general aceptación, la de que no bastan, para realizar cumplidamente la función interpretativa, los elementos gramaticales y lógicos, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado por aquella serie de factores – ideológicos, morales y económicos- que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico; y si bien es cierto que estos factores, aparte de que no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí sólo para suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego, requieren en su utilización mucho tino y prudencia; porque envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral de un pueblo, se ha de reconocer que su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata, no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya en el sistema de la legislación positiva o han obtenido su reconocimiento, de manera inequívoca, en la ley suprema del Estado”.

He ahí quintaesenciado el criterio sociológico según explicación de nuestro TS. Tal vez por ello, la posterior jurisprudencia haya seguido, muchas veces por mimetismo, lo ya dicho en aquella STS de 1934, sin aportar en un plano doctrinal y abstracto nada nuevo, limitándose la mayor de las veces a repetirla, íntegra o fragmentaria, y en ocasiones solo para cambiar algunas de sus palabras, aunque manteniendo el mismo entendimiento acerca del criterio sociológico.

Quizás la excepción a tal postura haya venido de manos de la ya mencionada STC 198/2012, que seguramente por encontrar cobijo exclusivo en aquel criterio interpretativo a fin de adecuar la Ley del matrimonio “homosexual” al art. 32.1 CE, no tuvo más remedio que adentrarse y profundizar más aún de lo hasta entonces hecho en el significado de la “realidad social”, que en dicha sentencia se identificaría con la “cultura jurídica”.

En efecto, en ella se decía que una posible “lectura evolutiva de la Constitución... nos lleva a desarrollar la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla y que ya ha sido evocada en nuestra jurisprudencia previa (SSTC 17/1985, de 9 de febrero, FJ 4; 89/1993, de 12 de marzo, FJ 3; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3; 29/1995, de 6 de febrero, FJ 3; y 298/2000, de 11 de diciembre, FJ 11). Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar

fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento, el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.”

En ambas sentencias, como se ve, tal criterio sociológico responde a una razón evidente: la de adecuar la ley a la realidad social cambiante. Pero de ser así, tan evidente su finalidad, ¿por qué dicho criterio se ha aplicado tan tardíamente en nuestro Derecho y resulta, sin embargo, hoy tan recurrente, a la par que discutido? En el fondo, es preguntarse por el origen mismo y por la finalidad a que sirve ese misterioso quinto elemento, que es el sociológico.

2. Entre la creación y la petrificación del Derecho: fines y peligros de la interpretación sociológica o evolutiva.

La finalidad de la interpretación sociológica es una, en principio, bien sencilla y evidente: evitar el anacronismo, impedir la petrificación del Derecho; hacer de la norma un ente vivo que por sí sólo, sin necesidad de estricta e incesante reforma, sea capaz de adecuarse a los nuevos tiempos, a las nuevas realidades (sociales, económicas, políticas, culturales, ...).

Ya lo decía la STS de 21 noviembre 1934 antes transcrita, cuando dice: “... pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico”.

Dentro de la doctrina, de entre tantos juristas que en su día fueron pioneros en la defensa de aquel modo de interpretar la norma y que han dedicado buena parte de su obra y pensamiento a tal cuestión (como SALEILLES o GENY, bajo la denominada Escuela libre del Derecho, en Francia, o como DEGNI, COGLIOLO, FERRARA o RUGGIERO, con el método histórico-evolutivo, en Italia)⁴, permítasenos, sin embargo, exponer la breve reflexión de un ilustre jurista español, en absoluto sospechoso de ser vehemente defensor de tal método, pero que, tras unos comienzos recelosos al respecto⁵, finalmente, en su obra cumbre, lo termina

4 Para quien desee tener una visión completa panorámica de tales autores y doctrinas, me remito a la exposición hecha por PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, 2005, p. 32 y ss.

5 En su trabajo “Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley”, ADC, 1977.

presuponiendo como algo connatural al Derecho. Nos referimos al maestro DON FEDERICO DE CASTRO, quien decía (en su *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984, p. 460): “El texto legislativo más claro necesita de la interpretación y no sólo porque el lenguaje requiere siempre de una interpretación racional, y más cuando se trata de lenguaje técnico, sino porque es necesario averiguar su *sentido normativo*. Si al formularse una ley se logra expresar su fin de modo perfecto, puede parecer que a la ciencia jurídica nada la cabe ya hacer; pero debe advertirse que el sentido de una ley no está sólo creado por ella, sino que resulta de su puesto en el ordenamiento; situación y sentido que tampoco son fijos o invariables, sino que pueden cambiar, en función de la situación actual de la norma en el ordenamiento jurídico.(...) Esta *variabilidad* de la interpretación no es una invención anarquizante de la escuela del Derecho libre, sino que resulta de la propia naturaleza del Derecho. La autoridad que da valor a la ley no es la del antiguo soberano, sino la de quien le mantiene hoy en vigor; la razón que justifica la ley no es el porqué se diera en el momento de su promulgación, sino el valor que tenga y conserve en el ordenamiento actual, aquello en que pueda continuar sirviendo al bien común y a la Justicia”.

Que siendo tan inmanente a la propia finalidad del Derecho su adecuación a los nuevos tiempos, no se haya advertido mucho antes la necesidad de la interpretación sociológica como el quinto elemento hermenéutico (no incluido, adviértase, en la sistemática tan influyente de SAVIGNY), solo se debe a que, prácticamente, desde la revolución industrial, y luego, más agudamente, después de la Gran Guerra, la sociedad no haya vivido constantes y veloces cambios, sin precedentes en la Historia, como hasta entonces, a los que el legislador no ha podido, ni puede, dar pronta respuesta, ni para los que la ley existente resulta del todo satisfactoria⁶.

En cambio, en los votos particulares hechos por algunos Magistrados a la STC 198/2012, latía una misma idea general, aparentemente ignorante de tan evidente cambio sucedido en la historia de nuestro Derecho: negar virtualidad a la interpretación sociológica o evolutiva cuando desde la letra y génesis de la norma (esto es, desde una interpretación literal e histórica), quedaba claro su sentido y significado; de modo que, si había intención de cambiarlo, el único medio para hacerlo sería el de su reforma; en el caso de la Constitución mediante el procedimiento previsto en ella, que, no en vano, por ello mismo se estima como una Constitución rígida⁷.

6 Así lo explica, FASSÓ, G.: “Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale”, en sus *Scritti di Filosofia del Diritto, II*, Milán, 1982, pp. 990 y ss.

7 Se retoma, así, una posición existente en la doctrina constitucionalista, defendida, brillantemente sin duda, por SAGÜÉS: “Interpretación constitucional y Constitución viviente [*living Constitution*]”, en *Interpretación constitucional, Tomo II*, (coord. E. Ferrer Mac-Gregor), Méjico, 2005, pp. 1017-1032, para quien admitir una especie de “Constitución viviente” termina conduciendo a una “Constitución flexible –no rígida- y plástica”, lo que, en su opinión, avoca a una “Constitución no real”.

No vamos a negar, desde luego, que el peligro principal que siempre ha representado la interpretación sociológica es posibilitar la ilegítima creación –o la derogación, como su reverso- de nuevas –o incluso de viejas- normas; ilegítimas en su procedencia, por cuanto lo común es que la interpretación de las normas quede en manos de quienes tienen –solo- el deber de aplicarlas, no el de crearlas –ni derogarlas-. Ha sido el constante temor ante la creación libre del Derecho en manos de jueces, especialmente, que, sin apoyo en costumbre alguna y fundados en su apreciación personal –subjetiva, y puede que arbitraria- de la realidad (en sus “prejuicios, fobias e intereses personales”, decía SAGÜÉS), conviertan lo fáctico en jurídico; con la consiguiente incerteza que ello genera según cuál sea la interpretación de cada cual, de entre los jueces haya⁸.

Sucedo, sin embargo, que, en particular, la interpretación –evolutiva o cualquier otra- de la Constitución corresponde, con alcance vinculante, al Tribunal Constitucional, que es su auténtico intérprete. Y no puede negarse que, tratándose en particular de una interpretación sociológica, desde ella quede modificado el sentido histórico y literal de la norma constitucional, entendiendo –como se hace en aquellos votos particulares- que para tal corrección es el TC ente ilegítimo, pues tal cambio habría de hacerse formalmente mediante la reforma del texto de la norma constitucional. Es ahí, según creo, donde yerran tales votos: acaso como si toda interpretación constitucional del TC hubiera de ser declarativa, sin poder ser en ningún caso modificativa o correctora, o como si sólo la interpretación evolutiva tuviese un posible resultado modificador de la norma; acaso como si, más en general, entre una interpretación modificativa o correctora de la norma y su estricta reforma no hubiera diferencia, exigiéndose entonces que todo cambio en la norma deba pasar por su previa reforma parlamentaria. De admitirse tales consecuencias derivadas de aquella primera idea, de un plumazo quedaría negada la propia utilidad de toda hermenéutica, al quedar ésta limitada a ser un mero subrayado de la ley (ordinaria o suprema), cuando el riesgo, en verdad, es inmanente a toda interpretación⁹. Y en materia de interpretación sociológica, la misma experiencia, observable en la propia jurisprudencia ordinaria española, habida dentro y fuera del Derecho de familia, demuestra todo lo contrario: que el resultado a que puede llevar dicho método interpretativo puede ser la

8 Lo advertía ya la STS de 1934: que dicho método “envuelve grave riesgo de arbitrariedad el entregar al criterio subjetivo del Juez apreciaciones tan delicadas como la de la conciencia moral”, y que los nuevos cambios sociales “no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí solo suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego”. Lo ha advertido también, más recientemente, la STS 13 julio 1993: “Obviamente, esta tarea de atemperación histórica no puede llevar al extremo de desnaturalizar la sustancia de la norma desviando al órgano jurisdiccional de su deber constitucional de sujeción al imperio de la ley (art. 117.1 CE)”. Para añadir la STS 10 abril 1995, y muchas otras después, que “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas no supone la justificación del arbitrio judicial, ni una interpretación laxa de las normas, y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente, al caso concreto”.

9 Ya lo decía DE CASTRO, F.: *Derecho*, cit., p. 164, reproduciendo a C. Schmitt, que “la interpretación de toda ley está entre Scylla y Charibdis”.

modificación, o la corrección incluso, de la norma (según quedó expuesto en los ejemplos antes mencionados). ¿O acaso la jurisprudencia se ha excedido y ha abusado de tal criterio, incurriendo en sus peligros tan advertidos?

3 Presupuestos y fronteras en la interpretación sociológica: su confrontación con la interpretación histórica y la gramatical.

Para empezar, rechazar la interpretación sociológica cuando de las palabras y de la historia de la norma se deduce claramente su significado, que aquella interpretación contradice, según críticamente apuntaba SAGÜÉS ("Interpretación constitucional", cit., p. 1024), supone desconocer la utilidad de dicho método interpretativo: a diferencia de los demás mecanismos tradicionales de interpretación de la norma, el progresivo no parte necesariamente de una norma oscura, ambigua,...¹⁰ Su punto de partida es una norma clara en su sentido – literal, histórico, sistemático y lógico-, pero que, a causa de nuevas circunstancias (sociales, económicas, culturales,...) sobrevenidas, ha de ser aquélla actualizada en su aplicación a esa nueva realidad¹¹.

Por eso, no extraña que su contrapunto sea la interpretación histórica: mientras que conforme a ésta se pretende averiguar el sentido histórico de la norma, la realidad social existente en el momento en que dicha norma fue promulgada, en la sociológica, en cambio, se pretende determinar el sentido actual de su aplicación, adecuándola a la nueva realidad social¹². Aunque antitética la interpretación sociológica a la histórica, siempre la requerirá metodológicamente como su presupuesto, para luego contradecirla en su resultado. Para conocer cuál es el sentido actual de la norma, previa y necesariamente habrá el intérprete de indagar en cuál fue su razón primigenia, histórica. Habrá de proceder, en expresión de BETTI (*Interpretación*, cit., pp. 114 y 115), a una reconstrucción histórica de la norma, debiendo observar la evolución y los cambios habidos en la razón de las normas y las instituciones.

Para tal contraposición no es necesario que exista un salto cuantitativo en el tiempo, sino cualitativo de la realidad social (moral, económica, política, ...), que obligue a tal actualización. Necesario será, también, que dicha alteración

10 Hago tal afirmación, aun a pesar de la relatividad contenida en la conocida expresión "*in claris non fit interpretatio*", y de que, como ya advirtiera el propio SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual, Tomo I*, trad., Madrid, 1878, p. 146, "la interpretación no está restringida, como creen muchos, al caso accidental de oscuridad de la ley; solo que, en este último caso, tiene más importancia y mayores consecuencias".

11 Recuérdese, de nuevo, la vieja STS 21 noviembre 1934, cuando entendía "que no bastan, para realizar cumplidamente la función interpretativa, los elementos gramaticales y lógicos, pues si la ley ha de estar en contacto con las exigencias de la vida real, que constituyen su razón de ser, es preciso que los resultados que se obtengan merced a esos dos elementos clásicos sean reforzados y controlados por la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico". Y, como opinión bien significativa en la doctrina, nada sospechosa en este punto, recuérdese cuanto nos decía el maestro DE CASTRO (en su reflexión antes transcrita).

12 De "sustancial antítesis" entre ambos métodos hablaba CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría*, cit., p. 247. Con detalle y profusión lo explica, en España, PABÓN DE ACUÑA, J.M.: *La interpretación*, cit., p. 54 ss.

sea sustancial y quede así suficientemente justificada por el intérprete (a lo que luego ya me referiré)¹³. Pues tan peligrosa, por su falsedad, es la interpretación progresiva si no hay verdadero cambio acreditado en la conciencia social, como lo es la histórica, aferrada al pasado, cuando los nuevos tiempos en efecto han cambiado. En este último caso, la búsqueda de la razón de la ley no puede hallarse en su razón originaria, pues ésta habrá ya dejado de ser la actual¹⁴.

Que exista tal contraste entre el sentido histórico y el actual de la norma interpretada (histórica y sociológicamente), explica, a su vez, que normalmente el tenor literal de dicha norma (redactada conforme a su sentido histórico), no se adecúe fácilmente a su nuevo y actual sentido. Lo que a su vez explica que la interpretación sociológica siempre tenga como resultado la modificación (extensiva o restrictiva) de la norma, o incluso su corrección. Sintéticamente, y refiriéndose particularmente a la interpretación de los textos constitucionales, dirá en Italia GUASTINI (en sus *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Méjico, 2011, p. 51), que “su resultado puede ser tanto una extensión como una reducción del campo de aplicación de una determinada ley”. Quizás por ello para muchos se haya de emplear con “tino y prudencia” (como ya decía aquella pionera STS 21 noviembre 1934, y han repetido hasta la saciedad otras muchas después), o de un modo “ciertamente muy delicado” (como dice en su Preámbulo el Decreto de 31 mayo 1974 de reforma del Título Preliminar del CC, al expresar aquel criterio en su art. 3.1 CC). Constante en este punto por parte de nuestra doctrina y jurisprudencia ha sido ponerle como límite a la interpretación evolutiva el no llegar a tergiversar, a aplicar arbitrariamente o simplemente a no aplicar la norma que así sea interpretada¹⁵. O que la aplicación de la norma, así interpretada, no entre en contradicción con otras, o con el conjunto normativo, habría que añadir¹⁶; pues lo contrario supondría, en realidad, una falta de apoyo de aquella

13 “La interpretación de la ley no es una investigación histórica –decía DE CASTRO, F.: *Derecho Civil*, cit., p. 462-, y es necesario reconocer que el sentido de una ley puede variar, pero esta variación no es presumible ni admisible arbitrariamente; el principio de seguridad jurídica mantendrá el sentido originario, aceptado en la vida jurídica, y sólo se admitirá su sustitución por otro cuando sea impuesto por nuevas leyes o por principios superiores”. Ya antes lo decía en la STS 21 noviembre 1934, al exigir que tal interpretación debía partir “no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya”.

14 El propio CASTÁN (ponente, recuérdese, de aquella pionera STS de 1934), también decía (en su *Teoría de la aplicación*, cit., p. 247), que “los elementos de interpretación histórica, aunque estimables, han de ser utilizados con moderación y prudencia -¡decía!-, ya que el juego de ellos podría obstaculizar el de los de orden sociológico o evolutivo, dada la sustancial antítesis que se da entre ambos sistemas de interpretación, estático el uno y dinámico el otro”.

15 Decía, a.e., la primera STS 21 noviembre 1934, muy inspirada también aquí en DE RUGGIERO: *Instituciones*, cit., pp. 146 y 147, a quien aquella sentencia casi reproducía, que los nuevos cambios sociales “no pueden nunca autorizar al intérprete para modificar o inaplicar la norma y sí solo suavizarla hasta donde permita el contenido del texto que entra en juego”. Y así ha sido la idea hartamente repetida, para añadir la STS 10 abril 1995, y muchas otras después, que “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas no supone la justificación del arbitrio judicial, ni una interpretación laxa de las normas, y, desde luego, excluye que se orille la aplicación de la norma vigente, al caso concreto”.

16 Límite que añade el común de la doctrina que, desde antaño, admite este criterio interpretativo, en Italia, de imprescindible lectura, DEgni: *L'interpretazione*, cit., pp. 217, 219, 220, 286 a 288, 338, 347 y 348; y así también opinan DE RUGGIERO: *Instituciones*, cit.; FERRARA, F.: *Trattato di Diritto Civile italiano*, vol. I: *Dottrine*

interpretación –pretendidamente- evolutiva en la realidad de una nueva conciencia social, susceptible de cualquier arbitrariedad y subjetivismo, y fuente, por tanto, de inseguridad.

En definitiva, se trata de impedir al intérprete que se convierta en legislador creando o derogando normas a través de aquel método.

Pero, entonces, ¿cómo modificar desde una interpretación evolutiva el sentido literal de una norma sin tergiversarla? Parece que, antes que confundir –como, según creo, hacen los votos particulares a la STC 198/2012- la interpretación sociológica de una norma con la necesidad de su estricta reforma legislativa, se ha de imponer la precisión, que, una vez más, proporciona el art. 3.1 CC, al condicionar y limitar el empleo de la realidad social, no a las palabras de la ley, ni a sus antecedentes, ..., sino, como ella misma dice, “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”¹⁷: será, por tanto, posible alterar la letra de la ley sin tergiversarla siempre que sea respetado el propio espíritu, el propio sentido lógico de dicha ley; lo que LACRUZ BERDEJO (en sus *Elementos de Derecho Civil: Parte General del Derecho Civil, volumen 1º: Introducción*, Barcelona, 1988, p. 285), llamaría el “efecto práctico esencial” de la norma “una vez despojado de todo lo accidental”, es decir, “el efecto último pretendido por la ley”, que, en mi opinión, es la consabida *ratio legis*. Solo si la modificación es de mayor alcance, por afectar a la letra y antes al espíritu de la norma, será entonces necesaria su reforma por vía legal, y no meramente interpretativa. Obsérvese tal límite como frontera siempre respetada en los innumerables casos admitidos –antes mencionados- como de interpretación social, y se comprobará que, en todos ellos, aunque mutadas las palabras de la ley, no se traiciona su *ratio*, sino que, al contrario, se respeta y, además, se potencia. Es éste, pues, el criterio lógico, el único límite infranqueable y, a su vez, el único fin perseguido para el criterio sociológico. O lo que es igual: toda interpretación evolutiva habrá de serlo del sentido mismo de la norma, de su finalidad y razón de ser (más que cualquier otro criterio hermenéutico que, por sí mismo, siempre resulta finalista). No en vano, el art. 3.1 CC lo sitúa en último lugar, y dirigido, como los demás, al fin propio (sea el literal, el sistemático, ...) de la norma: “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo –dice para terminar-

generali, Parte I: Il Diritto, I soggetti, Le cose, Roma, 1921, pp. 238 y 239; en Francia, SALEILLES, en su Prólogo a GENY, F.: *Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*, Madrid, 1925; y, en España, apoyado en DEGNI y FERRARA, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría*, cit., pp. 285 y 286.

17 Sirva esto como objeción a quienes fijan el sentido literal de la ley como límite a la interpretación evolutiva. KOHLER (que aquí tomamos de CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría*, cit., p. 109), y LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. y revisión de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994, p. 341, entendían que siempre ha de respetarse la palabra de la ley. Pero, como muy agudamente dice LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: “En torno a la llamada interpretación evolutiva...”, en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013: “no se sabe muy bien por qué conservar el texto si no se quiere conservar el sentido”.

fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Con dicha limitación a la interpretación sociológica y con dicha reconducción de toda labor interpretativa al “espíritu y finalidad” de la norma, queda, además, superado el viejo debate habido sobre cuál ha de ser el fin de la hermenéutica jurídica en general, y que también tuvo, inevitablemente, su reflejo particular en sede de interpretación sociológica: entre si atender a la *voluntas legislatoris* (que, en el caso de la interpretación evolutiva, sería lo que el intérprete habría de indagar históricamente para actualizar a la nueva realidad social, intentando con ello averiguar lo que el legislador del pasado querría, o debería querer, en el momento presente en que la vieja norma se aplica, si pudiera aquél ahora legislar otra vez sobre esa nueva realidad social)¹⁸, o si, por el contrario, hay que atender a la *ratio legis*. Sin duda, es esta segunda explicación, más propia del método histórico-evolutivo, la que ha tenido expresión en el art. 3.1 CC español¹⁹.

Siendo, así, esos los presupuestos y los límites de la interpretación sociológica, ¿por qué negarla por sí misma como mecanismo para entender nuestra Constitución?

4. La lógica aplicabilidad de la interpretación evolutiva en las normas Constitucionales.

Lejos queda ya aquella confrontación entre la interpretación formalista, aferrada a los criterios interpretativos tradicionales, y la interpretación material de las Constituciones, que, comprensiva de la interpretación evolutiva, es posición hoy comúnmente admitida²⁰. Y lejos, también, queda ya el dudar de la aplicabilidad del art. 3.1 CC (como de casi toda norma contenida en el Título Preliminar del Código civil español), a cualquier otra norma en España, incluida la constitucional, ante el alcance común que por su propia lógica material, al margen de cuestiones jerárquicas, aquella norma contiene (y que, en su día, destacaron maestros del Derecho público, como HERRERO DE MIÑÓN, o del Derecho privado, como LÓPEZ Y LÓPEZ²¹, cuya conjunta mención aquí hago como expresión de neutralidad política

18 Esta primera opción fue defendida, sobre todo, por la Escuela libre del Derecho (en Francia, por GENY, F.: *Método*, cit., pp. 244 y ss.; y, en Italia, por COGLIOLO, P.: “L’interpretazione sociale del codice civile”, en *Scritti varii di Diritto Privato*, vol. I, 6ª ed., Turín, 1925, pp. 41 y 42).

19 Según la explicación que, conforme a la exégesis del art. 3.1 CC, ofrece con detalle PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Interpretación y jurisprudencia*, cit., pp. 57 y ss., a la que me remito. Ya DEGNI: *L’interpretazione*, cit., pp. 181 y ss., hacía radicar en ello la diferencia fundamental, radical, entre ambos métodos: mientras que la Escuela libre del Derecho pretende una búsqueda *extra legem* de la realidad social, el método histórico-evolutivo, en cambio, la indaga *intra legem*, penetrada en la norma. En este sentido, mostramos nuestra adscripción a la opinión de FERRARA, F.: *Trattato*, cit., quien, en contra de COGLIOLO, entendía que la adaptación a la nueva realidad social debe hacerse desde la razón de la norma, no desde la intención del legislador que, inevitablemente, no puede ser más que la originaria.

20 Que, con cierto detalle, explica PÉREZ LUÑO, E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10ª ed., Madrid, 2010, pp. 277 a 279.

21 A cuyo estudio me remito (“Constitución, Código y leyes especiales...”, en *Libro Centenario del CC*, APDC, T. II, Madrid, 1991, pp. 1163 y ss.), y a su reciente trabajo sobre la STC de la Ley del matrimonio homosexual, donde recuerda (en la nota 41), sus opiniones y las de HERRERO DE MIÑÓN acerca del valor material de la

en tal afirmación, al ser el primero de tendencia conservadora, y el segundo progresista o de izquierdas).

Tampoco que nuestra Constitución sea rígida implica, *prima facie*, la exclusión de aquel método aplicativo de la norma. Rígida es, en efecto, la norma constitucional española por cuanto ella misma establece unos mecanismos específicos para su derogación o para su parcial reforma (arts. 166 ss. CE); pero entiéndase, según lo antes dicho, como mecanismo sólo necesario para cuando dicha reforma afecte a la norma en su integridad, en cuerpo y alma, en su letra, en su rostro histórico y, también, en su espíritu. Quede, en cambio, para la obra interpretativa (cualquiera que sea el método empleado), cualquier otro cambio que no afecte a la razón de la norma constitucional a interpretar. Esa será la línea, la frontera a respetar, entre el constituyente y el Tribunal Constitucional, la separación que habrá de haber siempre entre la interpretación creativa y la creación *ex novo* de norma constitucional (novedosa, insisto, en su *ratio*).

Negar esa separación y, por ende, negar cualquiera posibilidad de interpretar evolutivamente la Constitución supondría condenarla al estancamiento, a su petrificación o momificación, cuando, al contrario, una de las misiones del TC es mantenerla viva (“a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta”, en el decir de la STC 198/2012), adecuada a cada momento, sin necesidad de reformarla a cada nuevo paso que haya de dar en su maduración²². Si se me permite emular a uno de los padres de la interpretación evolutiva (a SALEILLES en su Prólogo a la obra de GENY, F.: *Método*, cit., p. XV, cuando dice: “Más allá del Código, pero por el Código”), habría en nuestro caso que decir: “Más allá de la Constitución, pero por la propia Constitución”²³.

En esto, la STC 198/2012 recuerda con acierto aquella expresión de la STC de Canadá de 2004, empleada al declarar también la constitucionalidad del matrimonio “homosexual” en dicho país legislado, de que la Constitución es un “árbol vivo”. En expresión muy similar, pero empleada precisamente para justificar la necesidad de la interpretación sociológica, cuando ésta en general estaba sometida a debate, decía uno de sus defensores en Italia, DE RUGGIERO (*Instituciones*, cit., p. 146), tan directamente influyente en CASTÁN y, por ende, en la pionera STS de 1934; que “la ley es pensamiento y voluntad de presente no del pasado; vive como un producto

Constitución y del instrumental del art. 3.1 CC. Por supuesto, también es obligada la remisión a la obra, brillante y pionera en la cuestión, de ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

22 Entre nosotros, lo advertía, apoyándose LAVAGNA, PÉREZ LUÑO, E.: *Derechos*, cit., p. 280 y ss.: que la interpretación sociológica de las Constituciones “resulta imprescindible dada la propia naturaleza de la normativa constitucional. Dichas normas, por su grado de elasticidad y su constante remisión a sus contextos –sociales–, amplía las atribuciones del intérprete”, pues toda Constitución (añadía, en p. 281) “no es una meta de llegada (Constitución-balance), sino un punto de partida (Constitución-programa)”.

23 Antes que nosotros lo había dicho, en Italia, también parafraseando a GENY, FASSÓ, G.: “Il giudice”, cit., p. 1049: “... per mezzo della Costituzione, ma oltre la Costituzione”.

orgánico -¡decía!- y con capacidad para desenvolverse por sí propio en la medida en que se desenvuelven las relaciones de la vida a cuya regulación tiende”.

Y contra ello no se puede alegar que en la Constitución todo es inmutable, intocable por vía interpretativa, cuando, por el contrario, es su aptitud al cambio la que la hace permanente²⁴: como advierte el propio TC en otras ocasiones (según recuerda la propia STC 198/2012 y utilizan los partidarios y detractores de la Ley 13/2005), tanto las garantías institucionales, como los derechos fundamentales tienen, a pesar de su sentido histórico, un aspecto mutable según las circunstancias sociales de cada tiempo y lugar (que decían las SSTC núm. 11 y 32, ambas de 1981); y un aspecto inmutable –su contenido esencial- que sí se habrá de respetar en toda interpretación, y cuya auténtica alteración sólo puede pasar por una estricta reforma del texto constitucional²⁵. Negar, por tanto, de antemano el papel de la interpretación evolutiva en la norma constitucional es negar, o ignorar, la íntima conexión que, incluso en su propia génesis, tuvieron las ideas, hoy comúnmente aceptadas, de garantía institucional y de conciencia social colectiva, cuando ambas tuvieron su origen a inicios del s. XX para aplicarlas, precisamente, al tema de la interpretación sociológica del Derecho.

En cualquier caso, ese contenido esencial, ese aspecto invariable (por vía interpretativa, y sólo alterable mediante reforma constitucional), habrá de hallarse en la propia Constitución²⁶, no fuera de ella. En este sentido, admitimos, con nuestro maestro GORDILLO CAÑAS, que para el legislador (y para el aplicador de la norma, incluido el TC en su interpretación y salvaguarda de la CE), el Derecho Natural constituye un límite para el Derecho positivo (y como tal, también para quien pretenda una interpretación sociológica del mismo), pero, tal como sucede a éste, también es aquél mutable en algunos de sus aspectos (el Derecho natural es “de raíz perenne, pero de contenido variable”, decía FRANCISCO SUÁREZ, aquí tomado de BASCUÑÁN VALDÉS: *Introducción al estudio de las Ciencias Jurídicas y Sociales*, Santiago de Chile, 1960, p. 95); unos aspectos mudables que, además, no habrán de buscarse en textos extrajurídicos (como el Corán, la Biblia,... -tan indebidamente citados por algunos en los debates habidos sobre el matrimonio “homosexual” o sobre el divorcio “express”-). No se trata en esta ocasión de interpretar evolutivamente una norma del Derecho canónico, ni del islámico, sino de la Constitución. Y como jurista adscrito a un sistema laico, en que el Estado es aconfesional (ex art. 16 CE), nuestro Derecho Natural podrá –o deberá, tal vez,

24 Como decía GUASTINI, R.: *Estudios*, cit., pp. 112 y 113, refiriéndose a la necesaria interpretación evolutiva de las Constituciones flexibles: las Constituciones permanecen por su carácter mutable.

25 Véase, al respecto, CANOSA USERA, R.: “Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales” (tomado de www.juridicas.unam.mx).

26 Ya desde COGLIOLO, hasta más recientemente PÉREZ LUÑO, E.: *Derechos*, cit., pp. 279 y 281, advierten de los fines y valores constitucionales como límites infranqueables en toda interpretación evolutiva, más aún si se trata de interpretar de este modo el propio texto constitucional.

solo- hallarse en la propia Constitución, y, a lo más, fuera de ella, en las normas internacionales que la inspiran e informan (para su propia interpretación, a las que se remite el art. 10.2 CE)²⁷. Veámoslo, con más detalle.

III. LA NECESIDAD DE QUE LA NUEVA REALIDAD SOCIAL, EN CUANTO PROBADA Y CONSOLIDADA, ESTÉ DIRECTA O INDIRECTAMENTE “JURIDIFICADA” EN EL ORDEN INTERNO-NACIONAL. Y SU INCIDENCIA ACTUAL EN LA INSTITUCIÓN MATRIMONIAL.

I. La noción de “cultura jurídica”, expresada en la STC 198/2012, y la necesidad de hallar la realidad social positivada, normativa o jurisprudencialmente. La inutilidad, al respecto, del dato doctrinal y puramente sociológico.

Hablaba la STS 21 noviembre 1934 (vanguardia de la interpretación evolutiva, recuérdese), de “la aplicación del que suele llamarse elemento sociológico, integrado -decía- por aquella serie de factores –ideológicos, morales y económicos- que revelan y plasman las necesidades y el espíritu de la comunidad en cada momento histórico”; esto es, lo que comúnmente, desde aquella época, ha venido a denominarse “conciencia social colectiva” (y que aquella STS de 1934 refería como “la conciencia moral de un pueblo”). No podía ser de otra forma: no son sino los mismos factores que inciden en la labor legislativa, aunque ahora con la peculiaridad, y con su consiguiente riesgo, de que no se trata de crear una ley nueva por quien tiene legitimación para ello, sino de aplicar la norma ya existente a una realidad nueva por quien carece de potestad normativa.

Pero ¿dónde hallar expresada esa nueva conciencia social colectiva? A ello responderá la STC núm. 198/2012 cuando admite una “lectura evolutiva de la Constitución” fundada en “la noción de cultura jurídica, que hace pensar en el Derecho como un fenómeno social vinculado a la realidad en que se desarrolla... Pues bien, la cultura jurídica no se construye sólo desde la interpretación literal, sistemática u originalista de los textos jurídicos, sino que también contribuyen a su configuración la observación de la realidad social jurídicamente relevante, sin que esto signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico, las opiniones de la doctrina jurídica y de los órganos consultivos previstos en el propio ordenamiento,

27 Siguiendo también a GORDILLO CAÑAS, A.: *Ley, Principios Generales y Constitución...*, Madrid, 1990, p. 77 y ss., nuestra Constitución, como *norma normarum* y en cierto modo poniendo fin al dilema del Derecho positivo vs. Derecho natural como si de dos realidades antagónicas se tratara, conecta ambos, sin suplir el contenido del *ius naturale* y so pena de posible inconstitucionalidad del *ius positum*, a modo de cuello entre las dos ampollas de un reloj de arena, en el cual el Derecho positivo -la ampolla inferior- ha de estar constantemente nutrido por el Derecho natural -la ampolla superior-, que fluye y penetra en aquél a través de la idea de justicia emanada de la naturaleza de las cosas. Probablemente, pudiera añadirse a tal figura la presencia de la Declaración Universal de los Derechos humanos como norma no estrictamente jurídica, pero inspiradora e interpretativa (art. 10.2 CE), en el vértice de la pirámide invertida (representativa del Derecho Natural), en contacto con la Constitución (la española y la europea), situada en el vértice de la pirámide inferior (simbólica del Derecho positivo).

el Derecho comparado que se da en un entorno socio-cultural próximo y, en materia de la construcción de la cultura jurídica de los derechos, la actividad internacional de los Estados manifestada en los tratados internacionales, en la jurisprudencia de los órganos internacionales que los interpretan, y en las opiniones y dictámenes elaboradas por los órganos competentes del sistema de Naciones Unidas, así como por otros organismos internacionales de reconocida posición.”

Pero ¿son realmente manejables todos esos materiales para que el intérprete –no el legislador- conozca la “realidad social” a que se refiere el art. 3.1 CC?

Aunque la propia STC 198/2012 advierte que “la observación de la realidad social jurídicamente relevante -no- signifique otorgar fuerza normativa directa a lo fáctico”, ella misma, según me parece, cae en su propio error al tener presente elementos puramente fácticos, que solo sería legítimo usar para un legislador que crea *ex novo* una norma destinada a esa nueva realidad que –solo- existe en el mundo real, fáctico, aún sin trascendencia normativa. Pero que no son aptos para un aplicador e intérprete de la norma ya creada *ex ante*, como en este caso le sucede al propio TC en la interpretación que hace del art. 32.1 CE, para llegar incluso a concluir en algún pasaje que el matrimonio “homosexual” “puede tener cabida en el art. 32 CE interpretado de acuerdo con una noción institucional de matrimonio cada vez más extendida en la sociedad española y en la sociedad internacional, aunque no sea unánimemente aceptada.” Con tal confesión final, me parece, se olvida de lo que ya decía la STS 21 noviembre 1934, al exigir que tal interpretación debiera partir “no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya”. Mas, ¿cómo sabe el intérprete que sin duda se encuentra ante una realidad social nueva ya consolidada?

Para una adecuada interpretación sociológica es necesario que la nueva realidad social esté de algún modo ya recogida en la legislación, que se deduzca del propio sistema jurídico y así se integre perfectamente dentro de él, sin oponerse a ninguna otra norma²⁸. Con ello, queda, en parte, aquel método hermanado y conectado con el sistemático, por su necesario empleo. Así ya fue advertido desde un principio por la STS 21 noviembre 1934, cuando, tras admitir la fuerza interpretativa de la conciencia social colectiva, precisaba –repetimos- que “su aplicación se hace más segura y decisiva cuando se trata, no de estados de conciencia todavía nebulosos o en vías de formación, sino de tendencias o ideas que han penetrado ya –añadía- en el sistema de la legislación positiva o han obtenido su reconocimiento, de manera inequívoca, en la Ley Suprema del Estado” (refiriéndose implícitamente en este último caso, recuérdese, al art. 43 de la Constitución republicana de

28 Lo exigía FERRARA, F.: *Trattato*, cit., p. 238.

1931)²⁹. Y así lo reitera hoy el común de la doctrina³⁰, y también –como dato legal, ergo determinante- el art. 3.1 CC, que parece acoger en tal sentido el método histórico-evolutivo, rechazando el de la Escuela libre del Derecho³¹, al condicionar que la realidad social, así como los demás elementos interpretativos de la norma, sea empleada “atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad” de la propia norma interpretada y, por extensión, del entero ordenamiento jurídico; aunque tal vez haya que justificar tal límite, no solo para evitar la arbitrariedad, sino también para impedir que, en el terreno meramente aplicativo –no creativo- de la norma, lo fáctico sea convertido en jurídico por quien carece de legítimo poder para ello y debe, en cambio, someterse a las fuentes jurídicas ya existentes (cfr., art. 1.7 CC, o el 117.1 CE). Es, precisamente, la razón que aduce la STC 198/2012, pero que ella misma, según creo, incumple.

Tratándose, no obstante, de interpretar sociológicamente la Constitución en particular, la realidad social no solo se deberá extraer y estar en conformidad con el resto del ordenamiento jurídico, sino también, por exigencias jerárquicas (ex arts. 9.1 y 3 CE), con la que se extraiga y sea acorde a la de la propia Constitución (a lo que luego volveré).

Con esta exigencia, que limita la libertad del intérprete, se asegura el carácter estrictamente jurídico del método sociológico o evolutivo, y se evita, en particular, que tal interpretación sea tachada de extrajurídica, ideológica o política.

Así las cosas, resulta impropia, inadmisibles, la referencia a la doctrina³², en que, sin embargo, se apoyaría la STC 198/2012 (en el caso de la Ley del matrimonio “homosexual”); ni siquiera valdría, aunque hubiera indubitada unanimidad

29 No hacía con ello su Ponente, CASTÁN TOBEÑAS, sino casi reproducir las palabras de su inspiración, el Prof. italiano DE RUGGIERO: *Instituciones*, cit., pp. 146 y 147, para quien “será autorizado el intérprete a considerar todo esto –relativo a los factores sociales, ...- cuando de tales sentimientos nuevos haya penetrado algo en la legislación”. Y así lo exigía reiteradamente antes la autoridad italiana en este método, DEGNI: *L'interpretazione*, cit., pp. 217, 219, 220, 286 a 288, 338, 347 y 348, quien ponía como su “condición o límite (impuesto por la necesidad de evitar el subjetivismo del intérprete) de no conceder a los elementos sociales eficacia jurídica sino en tanto en cuanto no hayan obtenido su reconocimiento, directo o indirecto, en el sistema de la legislación positiva”.

30 DE RUGGIERO: *Instituciones*, cit., pp. 146 y 147; FERRARA, F.: *Trattato*, cit., p. 238; BETTI, E.: *Interpretación*, cit., p. 115; entre nosotros, apoyándose en DEGNI y FERRARA, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría*, cit., pp. 285 y 186; y también VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de derecho civil español, Tomo I: Parte general*, 4ª ed., Valladolid, 1935, pp. 122 y 123; DE CASTRO, F.: *Derecho*, cit., p. 462; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Realidad*, cit., p. 42; PABÓN DE ACUÑA, J. M.: *La interpretación*, cit., p. 14.

31 Según la explicación que, conforme a la exégesis del art. 3.1 CC, ofrece con detalle PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Interpretación*, cit., pp. 57 y ss., a la que me remito.

32 Cuyo papel conformador de la realidad social, defendía, no en vano, uno de los padres de la Escuela libre del Derecho, SALEILLES en su Prólogo a la obra de GENY, F.: *Método*, cit. Y es de reconocer que, a veces, nuestra jurisprudencia así lo ha hecho, aunque siempre como argumento *ad abundantiam*, no como única *ratio decidendi*. Algo parecido podría decirse del empleo de la jurisprudencia como expresión de la realidad social (también antaño estimada como costumbre por ser el reflejo o la expresión de la opinión pública, de la realidad), aunque, en mi opinión, no cabe extender a ella tal crítica que hemos hecho al valor de la doctrina, por la sencilla razón de que la estricta jurisprudencia, a diferencia de la doctrina científica, sí complementa oficialmente a la norma (según la describe el art. 1.6 CC).

científica (que, desde luego, no había en el caso de aquella STC). Hace ya mucho que la opinión de los doctores dejó de ser fuente creadora normativa. Y lo mismo cabría decir de los sondeos de opinión, de las estadísticas, sean o no oficiales, y de los datos obtenidos de otras ramas científicas, aunque constituyan opinión mayoritaria o común³³. De lo contrario, como criticaba el Magistrado del Tribunal Constitucional OLLERO TASSARA, en su voto particular a la STC 198/2012, se “incurre en lo que se ha llamado *falacia naturalista*, o en su arcaica versión jurídica de la *fuerza normativa de lo fáctico*, al pretender que determinadas pautas o conductas sociales hayan de condicionar la interpretación constitucional”. En ningún caso es cuestión de números, de fenómenos mayoritarios o minoritarios; ni siquiera cuando haya certeza y fiabilidad absolutas u objetivas sobre tales datos (cuya dificultad, o casi imposibilidad, en conocerlos, constituye para muchos un grave peligro en el uso de la interpretación sociológica³⁴; mas eso les ocurre por entenderla apoyada en la pura o desnuda realidad social). El aplicador del derecho, como jurista, es intérprete de la norma, pero no ha de serlo también de la realidad social no reflejada en la norma; no es sociólogo -decía LIPARI (según nos recuerda LACRUZ: *Elementos*, cit., p. 283)-, como tampoco ha de ser filólogo o lingüista a fin de realizar una adecuada interpretación gramatical de la norma, ni historiador para interpretarla históricamente, ni filósofo para averiguar la lógica del Derecho; ciencias y técnicas todas ellas también interpretables, pero cuyo profundo conocimiento no corresponde dominar al jurista. El único operador jurídico competente para interpretar la realidad social es el legislador que crea normas para cubrir esa realidad social, tomándola el intérprete de la norma tal como le viene dada por el legislador³⁵, garantizándose así cierta seguridad, al menos, la certeza de tomar como parámetro social el que admite el legislador y contiene la propia norma. No hay, pues, que confundir interpretación sociológica con sociologismo jurídico (según advierte el Magistrado ARAGÓN REYES, en su voto particular favorable al fallo de la STC 198/2012, pero discrepante en su modo de argumentar). Las estadísticas, las conductas sociales, ... sólo tendrían relevancia como posible prueba de que se ha gestado alguna nueva costumbre, que, como tal norma, debidamente probada (ex art. 1.3 CC), pudiera servir para la interpretación

33 En cambio, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas [Comentario a la STS de 31 abril 1984]”, *ADC*, 1985, p. 219, sí cree en las “encuestas serias” como reflejo de la realidad social.

34 Limitando la cita a la interpretación sociológica de los textos constitucionales, son reseñables las reflexiones contrarias de SAGÜES: “Interpretación”, cit., pp. 1023, quien, sobre el tema de las estadísticas y encuestas en particular, se pregunta constantemente en su trabajo: “¿cuándo hay consenso?”; ¿ha de ser unánime o mayoritario?; y de bastar el mayoritario, ¿cuándo hay mayoría: con el 50%,..., ¿mayoría simple, absoluta o casi unánime (del 90 ó 95%, tal vez); y si se trata de una norma supranacional, ¿cómo se determina el consenso, que ya no puede ser solo nacional?; y, en todo caso, ¿cómo se conoce dicho consenso?....

35 Así opina DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, con prólogo de E. García de Enterría, Madrid, 1976, p. 134, quien sobre cómo interpretar, conocer, la realidad social, dice: “Esto es tarea fácil para el legislador, quien antes de elaborar una ley puede -y debe- auscultar a la ciudadanía. El juez, por el contrario, ha de correr el riesgo de su interpretación social, pues no tiene medios, ni el tiempo, para hacer un sondeo de opinión”.

sociológica³⁶; porque si ni siquiera forma costumbre, a lo sumo, servirían para hacer propuestas *de lege ferenda*³⁷.

Ninguno de estos datos, extrajurídicos, es válido para la interpretación de una norma, ni siquiera como argumento *ad abundantiam*, si no ha tenido algún reflejo normativo (como, en cambio, sí pudiera ser, en relación con la Ley 13/2005, el de aceptar la homosexualidad como sana orientación sexual según la OMS desde 1993, y como tal despenalizada; o como pudiera ser estimar como enfermedad – parece que todavía- la transexualidad a los efectos de interpretar la ley de 2007 que la regula en España desde el paradigma de la dignidad de una persona enferma).

2. La interpretación sociológica confrontada, de nuevo, con la histórica y, también, con la sistemática: la interpretación evolutiva como actualización de una norma en su *ratio legis*, desde la lógica realidad social expresada en otras normas, coetáneas o posteriores a la interpretada.

Entendido así el método evolutivo, se suscita, sin embargo, por muchos autores algunas objeciones al mismo que, para ellos, son insalvables; como primera objeción: si la realidad social para adaptar a ella una norma ha de extraerse y conformarse a partir de leyes circundantes a la interpretada, ¿no se confunde la interpretación sociológica con la histórica y la sistemática? El propio DE CASTRO, en su primer trabajo sobre el art. 3.1 CC (“Naturaleza”, cit., ADC, 1977, pp. 832 y 833), denunciaba de la pionera STS 21 noviembre 1934 que su fundamento (basado en la pretendida realidad social extraída de la Constitución republicana para interpretar una norma anterior, como era el CC de 1889), era, en realidad, sistemático³⁸. Junto a esta objeción, se suele añadir una segunda: ¿cómo extraer la realidad social de las nuevas leyes para interpretar sociológicamente las anteriores si no es por interpretación histórica de aquéllas?

Ambas objeciones –que lo son al modo en que aquí estamos entendiendo la interpretación sociológica- son, sin embargo, salvables si se deslindan con precisión

36 Con tal afirmación, sin embargo, no pretendo entrar aquí en la comparación entre costumbre y realidad social, cuestión en la que la doctrina defiende varias opciones, planteándose, como principal problema, el de si por vía de la costumbre como manifestación de la realidad social pudiera contradecirse o incluso derogarse una norma de mayor rango (es el clásico problema de las costumbres *contra legem* y abrogantes). En tal caso, al amparo del art. 3.1 CC, se estaría fraudulentamente vulnerando el sistema de fuentes (art. 1 CC), probablemente las reglas derogatorias (art. 2 CC), y, sin duda, el principio de jerarquía normativa (único, por lo demás, que tiene amparo constitucional, en el art. 9.3 CE). Pero ya he dicho, que su tratamiento excede de estas páginas.

37 Así lo advierten, en general, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría*, cit., pp. 101 a 110; DE LOS MOZOS, J.L.: *Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977, pp. 156, 159 y 160; o SOLER (pp. 129 y 130). En particular así lo hice yo mismo (en “Matrimonio [no] formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España”, *RDP*, 2011 [noviembre-diciembre], pp. 3 a 56), proponiendo la introducción en nuestro Derecho del divorcio amistoso ante notario, desde una interpretación evolutiva de la Constitución española.

38 También, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos*, cit., p. 278. Y lo mismo opinaban GORDILLO CAÑAS, A.: “Comentario a la STS de 30 enero 1995”, *CCJC*, núm. 38, 1995, p. 685 y ss; y PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Realidad*, cit., pp. 156 y ss.

las fronteras que existen entre todos esos criterios interpretativos indicados –sociológico, histórico y sistemático–: ante todo, solo si se entiende el criterio sistemático en sentido amplio cabría en él incluir, efectivamente, el sociológico, como, en el fondo, cabría incluir en aquel sentido tan amplio, y tan heterogéneo, todos los demás elementos hermenéuticos del Derecho, por cuanto deben mostrarse, en su resultado, en armonía con todo el ordenamiento jurídico³⁹: así, cuando se interpreta una norma según las palabras contenidas en ella misma o en otras normas que la circundan, dentro o fuera del mismo cuerpo normativo, se está haciendo –latamente entendida– una interpretación gramatical-sistemática (pero estrictamente se está haciendo una interpretación gramatical “según el sentido propio de sus palabras... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, según reza el art. 3.I CC); por otra parte, cuando se comparan los antecedentes de una norma con los de otras, siempre anteriores (estén o no aún vigentes), se hace –latamente– una interpretación histórica-sistemática⁴⁰ (pero estrictamente se está realizando una interpretación histórica “en relación... con los antecedentes históricos y legislativos... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, según dice el art. 3.I CC);... Porque solo habrá estricta interpretación sistemática cuando la interpretación de una norma se haga conectando su lógica –su *ratio legis*– con la de otras normas, siempre vigentes (pues de estar derogadas, se haría una interpretación histórica), ya sean dichas normas anteriores, coetáneas o posteriores, superiores o inferiores jerárquicamente, a aquella norma sistemáticamente interpretada, y ya se contengan o no en su mismo cuerpo normativo (“en relación con el contexto –normativo, entiéndase, en el decir del art. 3.I CC–... atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”). ¿Y acaso en tal concepción precisa de la interpretación sistemática encaja la sociológica? Evidentemente, no. La interpretación sociológica no atiende a la realidad normativa circundante a la norma interpretada (lo que solo se hace desde una estricta interpretación sistemática), sino a la realidad social contenida en dicha normativa; supondrá la actualización de una norma en su lógica –en su *ratio legis*– desde otras normas, coetáneas o posteriores, en principio vigentes (pues de ser anteriores o estar ya derogadas, se estaría ante una estricta interpretación

39 Así lo advertía DE CASTRO, F.: *Derecho*, cit., p. 460, al indicar el carácter sistemático de toda interpretación, que se ha de mostrar conforme al canon de la totalidad del ordenamiento (que, en Italia, defendieran BETTI: *Interpretación*, cit., p. 115; y SANTI ROMANO: “Interpretación evolutiva”, en *Fragments de un Diccionario Jurídico*, trad. S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redín, Buenos Aires, 1964, pp. 210 y 211. Por otra parte, a fin de observar la heterogeneidad de sentidos y de usos que tiene el canon sistemático, basta con ver la recopilación que, extraída ordenadamente de la jurisprudencia, hace PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Realidad*, cit., p. 162 ss, según el modo en que dicho criterio es en ella usado, al que me remito.

40 Ya el propio SAVIGNY: *Sistema*, cit., p. 150, consideraba el criterio histórico como latamente sistemático. Por eso, no se entiende bien la distinción que entre interpretación sistemática y método histórico-evolutivo hace LAZZARO, G.: *L'interpretazione sistematica della legge*, Turin, 1965, pp. 139 a 143, al considerar que la interpretación histórico-evolutiva debe fundarse exclusivamente en las nuevas exigencias sociales, pues si se fundamenta en nuevas normas posteriores o sucesivas, se trataría de una interpretación sistemática, del mismo modo que si se fundamentara en normas precedentes, anteriores, sería una interpretación histórica.

histórica); atendidas tales normas no solo en su propia lógica, sino en la realidad social a la que esa lógica dio respuesta legislativa⁴¹.

Mas, ¿dónde hallar jurídicamente expresada tal realidad social? Este es, en mi opinión, el verdadero *quid* de la cuestión.

3. Realidad social y *occasio legis*: el valor interpretativo auténticamente sociológico de las Exposiciones de Motivos y de los Preámbulos.

Ya hemos dicho que la realidad social ha de estar contenida en la propia norma, siempre posterior a la interpretada sociológicamente, pero sin limitarse a su lógica, a su *ratio legis* (pues en tal caso, se estaría ante una estricta interpretación sistemática-finalista), ni a la mera *voluntas legislatoris* (pues, en tal caso, se estaría ante una interpretación histórica); sino atendiendo a su *occasio legis*, a las necesidades y circunstancias (sociales, políticas, económicas, culturales, ...), ya existentes⁴² a que dicha norma responda⁴³, a “los acontecimientos que han sido la ocasión de una ley (decía SAVIGNY: *Sistema*, cit., p. 254), pero que hubieran podido dar lugar a medidas diferentes, las consideraciones de personas y de circunstancias que determinen al legislador á establecer una regla general y permanente”.

Por supuesto, que SAVIGNY (*Sistema*, cit., pp. 152 y 153), y con él hoy muchos (incluso de entre quienes defienden el método sociológico), negaba toda oportunidad interpretativa a la ocasión de la ley, del mismo modo en que otorgaba un papel secundario en la interpretación jurídica a los motivos de la ley; mas porque, ante todo, recuérdese que entre sus métodos hermenéuticos, que serían el modelo a seguir posteriormente por el resto de la doctrina y del propio Derecho, no se incluía aún el criterio sociológico, solo el lógico (para el que, en su opinión, solo sirve la *ratio legis*, quedando así desechada la *occasio legis*); y, en particular, porque sobre tal ocasión, como sobre el motivo de la ley, al no formar parte ninguno de ellos del contenido “general y permanente” de la ley, sino accidental y externo, no habría nunca certeza alguna en conocerlos⁴⁴.

41 Se trataría de una especie de “interpretación sistemática actual” (en expresión de SOLER, p. 115). Así, incluso, aparece, en parte, aceptada la idea finalmente por DE CASTRO, F.: *Derecho*, cit., p. 469, cuando refiriéndose de nuevo a la conocida STS 21 noviembre 1934, la incluye entre los casos de interpretación finalista. Más rectamente, aunque entendida la diferencia con matices propios, diversos en parte al nuestro, lo explica PABÓN DE ACUÑA, JM.: *La interpretación*, cit., pp. 92 y 93.

42 No ya así si es la propia Ley la que pretende *ex novo* crear una nueva realidad social a partir del mandato legal, por entender necesario cambiar la realidad social existente. En este sentido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: “El criterio”, cit., p. 218, ante el riesgo de que automáticamente se identifique toda reforma legislativa como expresión de una nueva realidad social, propone (en p. 219), como antídoto, “que las reformas legislativas sólo pueden considerarse como exponente de la realidad social cuando en su génesis y contenido respondan a exigencias derivadas de la misma realidad, y sólo en la medida en lo hagan”.

43 Así, en cierto modo, DEgni: *L'interpretazione*, cit., p. 245.

44 Son, precisamente, las mismas razones que llevarán a GENY, F.: *Método*, cit., pp. 278 ss, a rechazar la *occasio legis* en su método.

Ambos obstáculos, sin embargo, están hoy superados, al menos en el Derecho español: por un lado, el criterio de la realidad social está expresamente recogido en el art. 3.1 CC, donde –recuérdese- la *occasio legis* (la “realidad social”), no supera ni reemplaza a la *ratio legis*, sino que se subordina a ella (“atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, según dice el art. 3.1 CC); y, por otro lado, entre nosotros resulta posible hallar con cierta certeza aquella *occasio legis*, como también resulta posible hallar la *ratio legis*, casi siempre contenida en las Exposiciones de Motivos –o en los Preámbulos- que, como práctica parlamentaria tan habitual en España⁴⁵, preceden al articulado, al cuerpo de la norma; sin que por ello pueda, de nuevo, confundirse con la interpretación sistemática (salvo que, una vez más, quiera dársele a dicho criterio un sentido lato para así incluir, también, dentro de él y del “contexto” a que se refiere el art. 3.1 CC, las Exposiciones de Motivos y los Preámbulos); rectamente, el uso de tales textos expositivos o “preambulares” en provecho del canon sociológico sirve para interpretar normas desde la realidad (no desde la razón legal), expuesta en otras leyes, coetáneas o posteriores, en principio vigentes.

Si, en cambio, se atendiera a la *ratio legis*, contenida también en la Exposición de Motivos, de tales normas sí estaríamos ante una estricta interpretación sistemática; y si se atendiera a la realidad social expresada en el texto expositivo de la propia norma a interpretar o en otras anteriores a ella, vigentes o no, entonces estaríamos ante una interpretación histórica.

Porque tampoco cabe confundir ambos cánones hermenéuticos, ni negar la utilidad sociológica de los Preámbulos, por el hecho de contenerse aquella realidad social plasmada en una Exposición de Motivos, considerada tradicionalmente por muchos como trabajo preparatorio de la ley que, por eso mismo, sirve para su interpretación histórica, para indagar en la búsqueda de la *voluntas legislatoris*, incardinada en los “antecedentes... legislativos” –no en los “históricos”- a que se refiere el art. 3.1 CC⁴⁶.

45 Hoy casi puede estimarse como un fenómeno “typical spanish”, al menos en el entorno europeo (no en el Latinoamericano). No se justifica, sin embargo, tal singularidad española porque a ello obligue el art. 88 CE y su desarrollo reglamentario de las Cortes Generales (que solo obligan a la presencia de dicha parte expositiva en la propuesta legal –de estricta ley-, no en el texto legal final). Que las exposiciones de Motivos y los Preámbulos constituyan hoy una singularidad propia del Derecho español se explica por haberse convertido tal práctica en uso habitual del Parlamento español desde aquellos tiempos en que se promulgaron, antes del CC de 1889, leyes tan importantes como la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la Ley Hipotecaria de 1861 (siendo autor de sendas Exposiciones de Motivos D. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA), o la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 (cuya Exposición de Motivos vendría de la pluma de D. ALONSO MARTÍNEZ).

46 Vid., por todos, CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría*, cit., pp. 245 y 246, a quien siguen PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1980, pp. 308 y 309, y SANTOS BRIZ, J.: “La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, en *Libro-Homenaje a R.M^a Roca Sastre*, vol. I, Madrid, 1976, p. 765; o el mismo DE CASTRO, F.: *Derecho*, cit., pp. 448, 449 y 472; y por algunos hoy, como SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: “Exposiciones de Motivos de las Leyes: motivos para su eliminación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 60 y 61; o, sobre todo, SALVADOR CODERCH, P.: “Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica”, *ADC*, 1983, pp. 1657, 1658, 1679 y 1680. En la propia jurisprudencia, así lo

En mi opinión⁴⁷, que es además la opinión de otra buena parte de la doctrina⁴⁸ y de la jurisprudencia (incluida la constitucional, como se verá luego –en nota-), tal explicación resulta hoy rechazable: a diferencia de los estrictos antecedentes históricos y legislativos, sean más remotos o más próximos a la ley (como pueden ser el Derecho histórico, el propio Derecho comparado cuando ha sido influyente en la redacción de la ley, las Leyes de Bases, los debates parlamentarios, y tantos otros antecedentes), las Exposiciones de Motivos, en cambio, aunque preceden a la ley (a su articulado, a la norma jurídica *stricto sensu*), no son mero precedente de la ley. Son formalmente tan “material legislativo” como la propia ley que motiva. En ellas no se refleja la gestación de la ley (con sus debates, enmiendas, ...), sino la ley misma, ya debatida y gestada, tanto en su articulado como en su Exposición de Motivos. Éstas no representan el pasado de la Ley, sino su presente. Separados, así, formalmente, los trabajos preparatorios de las Exposiciones de Motivos, en tal distinción también la hay sustancial, sin que pueda estimarse que las Exposiciones arrastran con ella la voluntad del legislador, ni mucho menos la de su autor material. No se trata, por tanto, aquí de resucitar viejas teorías subjetivistas sobre la interpretación con fundamento en las Exposiciones de Motivos. Una vez éstas son aprobadas y publicadas con el resto de la norma, se emancipan e independizan de su autor material, y de su *iter* formativo, como la ley misma a la que motivan. Se ha producido, entonces, un tránsito, una transformación: si *ab initio*, en su propuesta y tramitación parlamentaria, la Exposición de Motivos contenía la *voluntas legislatoris* (de la Comisión redactora con el fin de convencer al Gobierno o al Parlamento), tras su debate y aprobación, ya recoge, junto con ella, la *ratio legis* (la de la propia ley ante sus destinatarios finales: los ciudadanos y los poderes Públicos), que la ley explica en su preámbulo, donde vendría a comprenderse una especie de *mens legis*. De este modo, aquella parte expositiva de la ley vendrá a contener, no los “antecedentes... legislativos”, a que se refiere el art. 3.1 CC, sino el “espíritu y finalidad”, el alma del cuerpo legal, a que se refiere aquel art. 3.1 CC⁴⁹. Se erigen,

consideró la STS 25 febrero 1943, al calificar las Exposiciones de Motivos como “precedentes y material legislativos”.

- 47 Expuesta con detalle en mi libro *Principio, realidad y norma: el valor de las exposiciones de motivos (y de los preámbulos)*, con Prólogo del Prof. Dr. D. Carlos Rogel Vide, Méjico-Madrid, 2015.
- 48 Como ya lo intuyera ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, I: Introducción y Parte General, vol. 1º: Introducción y Derecho de la persona*, 9ª ed., Barcelona, 1983, p. 164, nota 2; y, ya con más argumentación, por todos, ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, Mª C.: *Valor y función de las “exposiciones de motivos” en las normas jurídicas*, Santiago de Compostela, 1972, insistentemente, en pp. 25 a 28, 44, 94 y 96; también, en parte, TAJADURA TEJADA, J.: “Preámbulos constitucionales e interpretación constitucional”, en *Interpretación constitucional*, Tomo II, coord. E. Ferrer Mac-Gregor, Méjico, 2005, p. 29 y ss; o EZQUIAGA GANUZAS, FCO.J.: “Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos”, *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988, pp. 33, 41, 42 y 47.
- 49 Así, en doctrina, ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, Mª C.: *Valor*, cit., p. 44; y TAJADURA TEJADA, J.: “Preámbulos”, cit., p. 29. En la jurisprudencia, son multitud de SSTs las que así lo entienden; como compendio de todas ellas cabe reproducir, dentro de la propia jurisprudencia constitucional, la STC 31/2010, de 28 de junio, cuando afirma: “... El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico. Toda vez que, por tratarse de la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa –dice-, y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada”.

así, las Exposiciones de Motivos como punto de encuentro, y conciliación, en la clásica disputa entre teorías subjetivistas y objetivistas de la interpretación.

Que dicha parte expositiva de la ley, según indica la propia jurisprudencia, casacional y constitucional⁵⁰, carezca de valor normativo (de aplicación directa y obligatoria), lo que impide fundar en ella el planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad (así como tampoco admite fundar exclusivamente en ella un recurso de casación⁵¹), no niega, precisamente, que tenga un valor interpretativo –además– auténtico (o “cualificado”, se dice a veces) –en lo que aquí importa– de la realidad social justificativa de la *ratio legis* y, por ende, de su contenido estrictamente normativo (el articulado)⁵².

Solo de este modo, conocida por el intérprete la realidad social desde el conocimiento –la interpretación– que de ella proporciona el propio legislador, podrá aquel intérprete limitarse a lo que es su genuina función: la de interpretar

50 Limitando la cita a la jurisprudencia constitucional vertida sobre el valor de las Exposiciones de Motivos y de los Preámbulos de la ley, son destacables, al respecto, entre algunas otras, las SSTC 36/1981, de 12 de noviembre (sobre el Estatuto de Autonomía del País Vasco), la 212/1996, de 19 de diciembre (sobre la Ley de Reproducción Humana Asistida española de 1988), y la STC 31/2010, de 28 de junio (sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña). Como compendio y recordatorio de todas las anteriores, merece ser reproducida de esta última buena parte de su Fundamento Jurídico 7º, donde dice: “Ciertamente hemos repetido desde la STC 36/1981, de 12 de noviembre, FJ 2, que un ‘preámbulo no tiene valor normativo’, siendo por ello innecesario, y hasta incorrecto, hacerlo objeto de ‘una declaración de inconstitucionalidad expresa que se recogiera en la parte dispositiva’ de una Sentencia de este Tribunal (Ibid.). Esa carencia de valor normativo tiene como consecuencia, en efecto, que, como afirmamos en la STC 116/1999, de 17 de junio, FJ 2, los preámbulos ‘o exposiciones de motivos carecen de valor normativo y no pueden ser objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad (SSTC 36/1981, fundamento jurídico 7; 150/1990, fundamento jurídico 2; 212/1996, fundamento jurídico 15; y 173/1998, fundamento jurídico 4)’. Ahora bien, carencia de valor normativo no equivale a carencia de valor jurídico, del mismo modo que la imposibilidad de erigirse en objeto directo de un recurso de inconstitucionalidad no supone que los preámbulos sean inaccesibles a un pronunciamiento de nuestra jurisdicción en tanto que posible objeto accesorio de un proceso referido principalmente a una disposición normativa. De hecho, en la propia STC 36/1981 hicimos una declaración expresa sobre el valor interpretativo del preámbulo entonces examinado, bien que proclamándola en la fundamentación jurídica y sin llevarla formalmente al fallo.(...) Nuestro proceder en la citada STC 36/1981 es consecuencia de la naturaleza jurídica de los preámbulos y exposiciones de las leyes, que, sin prescribir efectos jurídicamente obligados y carecer, por ello, del valor preceptivo propio de las normas de Derecho, tienen un valor jurídicamente cualificado como pauta de interpretación de tales normas. Su destinatario es, pues, el intérprete del Derecho antes que el obligado a una conducta que, por definición, el preámbulo no puede imponer. El valor jurídico de los preámbulos de las leyes se agota, por tanto, en su cualificada condición como criterio hermenéutico. Toda vez que, por tratarse de la expresión de las razones en las que el propio legislador fundamenta el sentido de su acción legislativa y expone los objetivos a los que pretende que dicha acción se ordene, constituye un elemento singularmente relevante para la determinación del sentido de la voluntad legislativa, y, por ello, para la adecuada interpretación de la norma legislada”.

51 Lo que, en una mi explicación de las Exposiciones de Motivos como portadoras de una realidad social, se justifica perfectamente con la consideración de que los recursos de casación y de inconstitucionalidad no son recursos de estricta jurisdicción contenciosa, de resolución de hechos concretos (harto es sabido, y advertido por el propio TS, que la casación no es una tercera instancia), sino recursos de control de la legalidad (de su correcta interpretación, y aplicación, por los jueces, en el caso del recurso de casación, y de su conformidad con la Constitución, en el otro tipo de recurso).

52 Siempre y cuando el texto expositivo tenga reflejo en el articulado (pues suele negarse cualquier función integradora de posibles lagunas contenidas en la propia ley), y no se contradiga con él (pues en tal caso, suele darse prioridad a dicho articulado frente al texto expositivo); cuestiones ambas que acepto aquí sin objeción ni matización alguna (aunque las pueda merecer), sobre todo, porque se está pensado en las Exposiciones de Motivos como portadoras de una *ratio legis* que, sin embargo, pueda no contenerse o armonizarse con el mismo texto legal (con su articulado), al que la parte expositiva motiva. Y no es, desde luego, el aspecto de las Exposiciones de Motivos que en este trabajo interesa.

la norma desde aquella realidad que ya le viene dada, interpretada *ex lege*, sin la necesidad de entrar en investigaciones más propias del sociólogo –aunque sea jurídico- que del auténtico jurista, que es aplicador –antes que investigador- del Derecho.

Sobre esto dicho, conviene de inmediato hacer varias aclaraciones:

Como primera: que si la búsqueda de la *ocassio* (como fundamento fáctico, o de hecho, de la norma), y su distinción de la *ratio* (como el fundamento jurídico, de derecho, de los principios que inspiran a la norma), contenidas ambas en aquellos textos expositivos, es sin duda labor ciertamente ardua⁵³, tal dificultad no la hace imposible, y, en cualquier caso, el esfuerzo merece la pena (como lo es el de separar el grano de la paja, o, en el mundo jurídico, escindir en las sentencias los hechos de los fundamentos de derecho y, dentro de éstos, los *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, cuya búsqueda, aunque muchas veces difícil, resulta imprescindible para hallar en ella contenida la jurisprudencia).

Como segunda: que la interpretación de la realidad social contenida en la Exposición de motivos sea auténtica⁵⁴, no quiere decir que sea vinculante -para el futuro, desde luego, pero tampoco en el presente-. Así lo afirma la propia jurisprudencia del TC. La razón, en general, de esa falta de obligatoriedad es evidente: no tanto porque los textos expositivos carezcan de valor normativo, sino porque, *in abstracto*, en el fondo ninguna interpretación auténtica, aunque esté contenida en una regla jurídica, es vinculante (salvo que se trate de normas interpretativas claras y armónicas con las demás, en cuyo caso, en verdad,

53 Pues es verdad que en tales textos hay mucha literatura, no siempre de calidad, donde se entremezclan afirmaciones de muy variopinta índole (social, política, de técnica jurídica, cultural, económica, de oportunidad y legitimación -muy habitual, en España, a fin de legitimar competencialmente la norma, como estatal o como autonómica-, ...); aunque no siempre resultan pertinentes (cuando se contiene más referencias de mero oportunismo que de oportunidad, de mera propaganda –muchas veces electoralistas o enaltecedoras de la patria, como sucede con los preámbulos de las Constituciones y con el de algunos Estatutos de Autonomía-, o, en definitiva, conteniendo más moralina que estricta moral, más demagogia que pedagogía).

54 Lejos quedan ya aquellos tiempos en que parte de la doctrina, e incluso alguna aislada STS (como la de 14 octubre 1965, al estimar tales Exposiciones como “opiniones personales de alguien que estuvo en íntimo contacto con la obra legislativa”), consideraba que las Exposiciones de Motivos tenían un valor doctrinal, científico. Así lo decía el propio redactor de la Exposición de Motivos de la LH-1861, D. PEDRO GÓMEZ DE LA SERNA: *Comentarios a la LH, I*, pp. 166, 181 y 182, ante el elogio que a la misma hizo el ministro de Gracia y Justicia de aquel entonces, D. SANTIAGO FERNÁNDEZ NEGRETE, que la calificó como “*el mejor preámbulo y mas autorizado comentario de la ley*”. En tal negación de GÓMEZ DE LA SERNA, que muchos seguirían después, latía: por un lado, la reverencia a unos tiempos en que el legislador era unipersonal (y en donde la interpretación pretendía, o era prohibida, o solo pretendía la búsqueda de la *voluntas legislatoris*), y, por otro, el miedo al restablecimiento ya anacrónico e ilegítimo de la doctrina, común o de ciertos autores, como fuente del Derecho (fuere por su estimación como estricta jurisprudencia o como expresión de la costumbre). Pero hoy, abstracción de quien sea el autor de dicha Exposición de Motivos, o del propio articulado de la ley, lo que ya poco importa ante la colectividad y la colaboración que existe en todo legislador (sea el Parlamento, el Gobierno, por sí o a través de Comisiones redactoras, ...), las Exposiciones de Motivos forman parte de la ley y, como tales, son igualmente objeto de enmiendas, debate y votación junto al articulado de la ley.

no requieren de estricta interpretación⁵⁵, y su imperatividad les viene dada sustancialmente por dicha claridad y armonía, no formalmente por su continente normativo). En definitiva, toda norma, incluida la interpretativa, es susceptible de interpretación⁵⁶. Negarlo sería como negar la propia labor interpretativa en el aplicador del Derecho (más propia de aquellos tiempos de Emperadores y Reyes que temían ver tergiversadas sus leyes en manos de los jueces, y que, para evitarlo, prohibían cualquier interpretación, la delegaban en juriconsultos de prestigio, o ellos mismos dictaban luego otras normas para interpretar las suyas propias anteriores⁵⁷).

Ese último es, precisamente, el caso genuino, y más problemático, de la llamada interpretación auténtica en Derecho comparado: el de la norma que se interpreta a sí misma en su propio articulado y, especialmente, el caso en que una norma posterior viene a interpretar auténticamente una norma anterior⁵⁸. Todos los problemas que suscitan y todas las objeciones que reciben tales modos de proceder del legislador-intérprete, se evitan con las Exposiciones de motivos contenidas en la propia ley motivada, o incluso en otras posteriores. Frente a la incuestionable contradicción, tan conocida y agudamente denunciada por DUALDE, que presenta la interpretación auténtica (porque "si es auténtica, no es interpretación, y si es interpretación, no es auténtica")⁵⁹, y frente a quienes exigen que sea normativa la interpretación para que sea verdaderamente auténtica (y vinculante)⁶⁰, en nuestro caso no habría contradicción ninguna: puesto que la interpretación está contenida en la Exposición de la propia ley es interpretación auténtica, pero puesto que

55 Conforme a la conocida máxima "*in claris non fit interpretatio*", a la que ya antes, en nota, he hecho referencia.

56 Así ya advertido, conforme a los clásicos, desde ESCRICHE, J., en la voz: "Interpretación auténtica" de su *Diccionario Razonado de jurisprudencia*, p. 951, al decir que las interpretaciones auténticas "no excluyen la interpretación usual ó por vía de costumbre, ni la judicial o por vía de doctrina, como enseñan GREGORIO LÓPEZ, en la glosa a la dicha Ley 14, tit. I, Partida 4ª, y D. SANCHO DE LLAMAS Y MOLINA en el comentario de la Ley 1ª de Toro, núm. 628. Más modernamente, cabría citar a DE CASTRO, F: "Naturaleza", cit., pp. 1125 y 1127, y a tantos otros después que recuerdan aquel texto de CELSO consagrando la libertad del intérprete, más que como regla hermenéutica, como su propio fundamento: "*Scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem*".

57 Remito, al lector, a las explicaciones que sobre la interpretación auténtica de las leyes, daba FRANCISCO SUÁREZ: *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, traducido por Eguillar, vol. IV (Libros VI y VII), Madrid, 1968, pp. 623 y 624.

58 Que, como dijera SAVIGNY: *Sistema*, cit., p. 147, "no está en la marcha ordinaria de las cosas que cada ley vaya seguida de otra que la explique". Para una explicación de los problemas que plantea, amén de la manualística y a falta de una monografía patria, siguen siendo muy sugerentes las reflexiones de DUALDE, J.: "La interpretación auténtica", en *Una revolución en la lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del Derecho privado)*, Barcelona, 1933, pp. 24 ss. Y, fuera de España, es muy destacable la de VERDE, G.: *L'interpretazione autentica della legge*, Turin, 1997.

59 En "La interpretación", cit., pp. 24 ss. Ya mucho antes, lo había advertido, según recuerda el propio DUALDE, J.: "La interpretación", cit., p. 27, SAVIGNY: *Sistema*, cit., p. 147.

60 Como DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: "Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)", *ADC*, 1992, pp. 519 y 520, y antes, en Italia, BETTI, E.: *Interpretación*, cit., pp. 179 y 180, quien hace residir la obligatoriedad de tal interpretación, no en su razón, sino en la fuerza que le da la propia norma.

en ella se contienen realidades (sin valor normativo), tal interpretación, aunque auténtica, no es vinculante.

Además, en el caso, particular, de la Exposición de Motivos de una ley, anterior, como reveladora de una pasada realidad social, negar su reinterpretación para el futuro desde la realidad social expuesta en otras leyes, posteriores a aquélla, sería negar la virtualidad de la propia interpretación sociológica. Y obsérvese que, en dicho caso, la reinterpretación de la realidad social se hará siempre desde las interpretaciones auténticas hechas sobre ellas por el propio legislador, aunque lógica –cronológicamente- dando prioridad a la de las leyes posteriores sobre las anteriores, no tanto por aplicación de la regla de que la ley posterior derogue a la anterior (que solo es aplicable a las normas, no a los hechos, que nunca pueden borrar el pasado, el tiempo transcurrido), sino por ser la de la posterior el reflejo de una realidad social más actual, más reciente, y cercana “del tiempo en que han de ser aplicadas”, según reza el art. 3.1 CC. Lo mismo cabría decir si la realidad social expuesta en una ley no ha devenido con el tiempo en anacrónica, y por tanto irreal, sino que ya originariamente, desde un primero momento, no responde a la verdadera realidad (por malinterpretación, o incluso por manipulación, del propio legislador en su visión de la realidad). El intérprete tampoco en tal caso quedará vinculado por aquella realidad, que es falsa. Pero tampoco aquí se le debe exigir un sobreesfuerzo (de entrar a enjuiciar la realidad verdadera, a modo de sociológico ya cuasidivino, vidente de la verdad más absoluta). Su rebeldía ante la realidad expuesta en la ley solo podrá fundarla en la que se expresen en otras leyes que, por sí mismas o en su conjunto, sí parezcan ser, al menos, más próximas a la auténtica realidad.

Y una última aclaración: Separadas así, en mi explicación, la interpretación sociológica de la sistemática (estrictamente entendida ésta, como interpretación lógica del contexto normativo vigente), y carentes de valor normativo las Exposiciones de Motivos, nada impide que aquélla –la evolutiva- se fundamente en normas posteriores a la vigente aún sin vigor, pero de próxima vigencia (en “germen”, en el decir de DEgni: *L'interpretazione*, cit., p. 217), bien porque estén proyectadas o propuestas, o ya presentadas ante el Parlamento, pero aún sometidas a debate, o porque, aunque aprobadas y publicadas, estén en *vacatio legis*,..., pero que, en su *occasio legis*, reflejan una nueva realidad ya existente socialmente (aunque “jurídicamente” no vigente), conforme a la cual ha de interpretarse la norma anterior (vigente jurídicamente, pero anacrónica en la realidad social a la que daba respuesta normativa). En ningún caso, creo, se trataría de una especie de retroacción tácita de la norma *in fieri* o en devenir, ni de la aplicación anticipada de una norma sin vigencia real, como en cambio muchos

objetan⁶¹; porque no se trata de aplicar directamente el articulado de dicha norma en trámite o en espera de ser aplicable, para así interpretar sistemáticamente la norma anterior, sino de adecuar ésta a la realidad social ya existente a que aquella otra norma, próxima a entrar en vigor, responde. Ejemplos numerosos hay de ello en la propia jurisprudencia, pero limitaré la cita a uno solo de ellos, en que la propia Constitución entra en juego interpretativo antes de su vigencia: fue el caso de la STS 13 marzo 1983, que accedió a las pruebas de investigación de la paternidad, con fundamento en los arts. 39.2 *in fine* y 53.3 CE, aunque, cuando se interpuso la demanda, la Constitución, ya aprobada, aún no había sido publicada en el BOE⁶².

4. La “peculiaridad” de los Preámbulos Constitucionales, español y europeo; y la posible incidencia del Derecho Internacional y comparado, en cuanto integrado internamente.

Una peculiaridad, no obstante, plantea este recurso a la *occasio legis* cuando del texto constitucional se trata: en la Constitución española, en la actual como en otras anteriores, según suele ser común en las demás Constituciones de nuestro entorno (con la salvedad de la francesa⁶³), el Preámbulo⁶⁴, amén de ser lacónico y contener una fórmula promulgadora (más que argumentativa), tiene un valor simbólico, testimonial, incluso más político que jurídico, al condensar una realidad social (aspirante a una joven democracia en el caso de la CE-1978), que

61 Como son, entre otros, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A.: *Realidad*, cit., pp. 156 a 158); y PABÓN DE ACUÑA, J.M.: *La interpretación*, cit., pp. 187 a 213, a cuya lectura más detenida me remito.

62 Según explica en su Considerando 2º, porque “los indicados principios rectores del texto constitucional, no como normas aplicativas, sino como tales principios en lo que tienen de informadores de la práctica judicial, conocidas ya, pues dicha Sentencia es de 20 diciembre 1978 y la Constitución, aunque sólo entró en vigor el 29 del mismo mes (en que se publica en el BOE), estaba aprobada por las Cortes el 31 octubre y por *referendum* el día 6 diciembre lo que posibilitaba su conocimiento, a tener en cuenta en la tarea interpretativa como integrante de la ‘realidad social’ del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, según no sólo permite, sino que preceptúa el art. 3.1 del CC”.

63 Cuya Constitución de 1946, después de reafirmar en el Preámbulo la Declaración de derechos de 1789, hacía una exposición más completa y actualizada de los mismos, y como la vigente Constitución de 1958, que, tras la fórmula de promulgación, dice: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946”. Desde la decisión del Consejo Constitucional de 16 junio 1971 se le ha reconocido valor preceptivo. Así lo explica HERNÁNDEZ GIL, A.: *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, 1982, p. 306.

64 Se dice en dicho Preámbulo de la CE-1978: “La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de: (...) Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo.(...) Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular.(...) Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.(...) Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida.(...) Establecer una sociedad democrática avanzada, y Colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra.(...) En consecuencia, las Cortes aprueban y el pueblo español ratifica la siguiente CONSTITUCIÓN”.

con el discurrir del tiempo ha podido cambiar desde que dicho preámbulo fuese redactado⁶⁵.

Su propio redactor, D. ENRIQUE TIERNO GALVÁN, contrario a darle cualquier valor estrictamente normativo, aclararía años más tarde de su aprobación que, intencionadamente, al redactar aquel Preámbulo de la CE-1978 “en lugar de poner ‘la presente Constitución’ en la línea final del Preámbulo, pusimos ‘la siguiente Constitución’. ‘La siguiente Constitución’ significa que el texto que realmente... tiene vigencia normativa es el que sigue a la expresión ‘la siguiente Constitución’ ... Me parece que para la tranquilidad de todos habría que advertir que he elegido ‘la siguiente Constitución’, que nos deja más libertad, que creo permite que la discusión sea menos comprometida en cuanto que no estamos discutiendo un texto constitucional, sino un preámbulo explicativo que está fuera del compromiso interpretativo posterior y de la vigencia posterior de rango normativo y constitucional”.

Más allá de que tal explicación, que, aunque de autoridad, no es ya más que una opinión científica (que no se integra en el preámbulo, ni siquiera en sus precedentes, como material pre-legislativo), la opinión mayoritaria –veremos a continuación– le da al Preámbulo constitucional un valor, no normativo, pero sí interpretativo; como a cualquier otro Preámbulo o Exposición de Motivos. Podríamos, incluso, incluir en esta posición a la propia jurisprudencia constitucional (contenida, sobre todo, en las SSTC 36/1981, de 12 noviembre y 31/2010, de 28 junio –antes reproducidas–). Bien es verdad que tales sentencias se refieren al valor jurídico –no normativo– cualificadamente interpretativo de los Preámbulos de los Estatutos de Autonomía (vasco y catalán, respectivamente, en aquellos casos en que el TC resolvía sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra tales textos). Pero *mutatis mutandis* puede ser extendida tal explicación al Preámbulo constitucional: los Estatutos de Autonomía, aunque deban ser refrendados por el Parlamento estatal mediante Ley Orgánica, representan internamente, dentro de cada Comunidad Autónoma, su propia Constitución, que convive, aunque subordinada, a la Constitución de todo el Estado, de igual modo en que ésta convive, aunque también condicionada, a la Constitución Europea.

En cualquier caso, que el propio texto normativo constitucional pueda ser interpretado evolutivamente es posible, por las siguientes razones:

65 Sobre las dos alternativas extremas de valorar los Preámbulos constitucionales (como simple texto literario, filosófico o político, o bien como estricto texto jurídico con valor igualmente constitucional), me remito a la síntesis magníficamente expuesta por GUASTINI, R.: *Estudios*, cit., pp. 126-127; y que, sin embargo, PETER HÄBERLE no ve como incompatibles, al creer que todo Preámbulo Constitucional tiene esa doble función: política y jurídica, aunque junto al lenguaje técnico propio de los juristas que en él se emplea, se combinen también el lenguaje usual y el conmemorativo o grandilocuente (lo que conforma su conocida teoría de los tres estratos, o lenguajes, posibles a usar en los Preámbulos Constitucionales).

Primero, porque aquel Preámbulo encuentra reflejo íntegro a lo largo del articulado de la Constitución⁶⁶. De ahí su valor interpretativo, comúnmente aceptado en doctrina. Fundado en esta plena concordancia entre el texto preambular y el articulado, EZQUIAGA GANUZAS, FCO.J. (“Concepto, valor”, cit., p. 38), llegará a decir que el Preámbulo de la CE-1978 posee “fuerza normativa plena”.

Segundo, porque, aunque muchas de esas normas constitucionales donde aquél Preámbulo se refleja carezcan –también- de aplicación directa (como sucede, por ejemplo, con los arts. 10, 15,... CE), gozan de un valor interpretativo, incluso sociológico, en que la realidad social es expresada, sin necesidad de reformar la Constitución, sino gracias al propio Tribunal Constitucional, que –no se olvide- es su único intérprete auténtico, tanto del texto normativo, como de la realidad social en él contenido; como así sucedió, por ejemplo, en la STC 30 junio 1988 (al hacer una interpretación sociológica del Derecho desde el art. 24.I CE, sobre tutela judicial efectiva).

Por supuesto, la interpretación sociológica que el TC haga de cualquier norma desde la Constitución, sólo podrá hacerlo de aquella norma que tenga vigencia coetánea o anterior a la Constitución; pero ¿cómo interpretar sociológicamente desde la Constitución aquellas normas que sean posteriores a ella?; y, más aún, ¿cómo interpretar sociológicamente la propia Constitución, cuando, como en el caso español, ha transcurrido tanto tiempo desde su entrada en vigor? De intentar hacerlo desde ella misma, desde su propio Preámbulo, o incluso desde su propio articulado, amén de dificultoso, solo posibilitaría una interpretación histórica, atendida la realidad social existente en el momento de su entrada en vigor.

Para poder hacerlo, no bastará con la Constitución interna de cada país; en el caso europeo, hay que sumar la Constitución Europea (*living instrument*), y tantos otros Tratados Internacionales (cfr., arts. 10.2 y 96 CE), cada cual con su propio Preámbulo⁶⁷, y con la interpretación –también evolutiva, en su caso- que

66 De tan laboriosa comprobación se ocupó GARRIDO FALLA, F.: “Preámbulo”, en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, p. 18, ratificando que todo cuanto se condensaba en el Preámbulo de la CE encontraba detallado reflejo en su articulado (en los arts. 1, aps. 1 y 2, 9, aps. 2 y 3, 10.I, 53 y 54, 93 y 96, ...), lo que ha permitido, en el común de la doctrina constitucionalista, afirmar la fuerza interpretativa –que no normativa- de dicho Preámbulo (así, entre otros, el propio GARRIDO FALLA, F.: “Preámbulo”, cit., p. 18; MORODO, R. y MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: “Preámbulo”, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. O. Alzaga Villaamil, Madrid, 1996, pp. 72 a 74; y tantísimos otros).

67 En general, sobre el valor interpretativo finalista y, en este sentido, imperativo, en cuanto fundamental, de los preámbulos que preceden a los Tratados internacionales, y en particular al Constitutivo de la Unión Europea vigente, asentado por la propia jurisprudencia Europea, vid., por todos, ISAAC, G.: *Manual de Derecho Comunitario general*, 4ª ed., Barcelona, 1997, p. 145, a quien siguen, con actualización de jurisprudencia, IGLESIAS CABRERO, M.: *Fundamentos de Derecho Comunitario Europeo*, 2ª ed., Madrid, 1995; MANGAS MARTÍN, A.: “Preámbulo”, en *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, pp. 93 y 94; y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ: “El preámbulo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa”, en *Libro I: La UE; el Derecho de la UE; Competencias de la UE; las Instituciones*, dirs. E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol, Valencia, 2004, pp. 121 y 122.

de ellos se contenga en el Informe del *Praesidium* (que, no obstante, nada diría sobre dicho preámbulo del TCE), y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y del de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE). La propia lectura de los textos internacionales (normativos o jurisprudenciales), se ha de hacer también en tono evolutivo. No podemos quedarnos ni con la letra, ni con la interpretación pasada que de tales textos se hiciera, si su sentido se ha renovado también⁶⁸.

Lo contrario sería como intentar una lectura progresiva de la norma constitucional vigente desde prismas regresivos, pretéritos, ya superados por la nueva realidad. Como datos jurídicos que son, para su propia pervivencia, los internacionales también pueden, y deben, ser objeto de interpretación sociológica, como, en efecto, así a veces ha ocurrido. Así, por ejemplo⁶⁹, de anclarnos en tal pasado no hubiera sido posible hace algunos años negar al transexual el matrimonio conforme a su nuevo sexo si no fuese, precisamente, a partir de una interpretación sociológica de las normas internacionales sobre el derecho a contraer matrimonio (como, *a.e.*, el art. 12 del Convenio de Roma, que hablaba de “hombre y mujer”) que permitiera afirmar, como en un principio hizo el propio TEDH, que la diferencia de sexo, exigida en tales textos y en tantas otras normas constitucionales europeas, significaba una diferencia de sexo cromosómico, no meramente morfológico, ni tampoco psicológico, siendo entonces el momento de poder hacer aquella interpretación habida cuenta de los avances técnicos y conocimientos científicos alcanzados⁷⁰. Y como otro ejemplo, referido éste al

68 Así ya lo advirtió, refiriéndose a la jurisprudencia –que PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Realidad social*, cit., p. 126 ss., llama “jurisprudencia evolutiva”-, la STC de 21 diciembre 1992: “... la evolución en la interpretación judicial de la legalidad... constituye, junto con la modificación normativa, uno de los instrumentos para la adaptación del Derecho a la realidad cambiante. Y el cambio razonado de una línea jurisprudencial, interpretativa de un determinado precepto legal, puede venir impuesto, entre otros factores, no solo por la necesidad de corregir mediante cánones de interpretación más correctos o adecuados lo que se considera un entendimiento erróneo de dicho precepto, sino también por la necesidad de acomodar la interpretación de las normas a las circunstancias sociales que han surgido con posterioridad a su entrada en vigor; lo que se expresa en el art. 3.1 C.C. al establecer que, junto a otros criterios, las normas se interpretarán según ‘la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas’. Por consiguiente, la exigencia de igualdad y no arbitrariedad en la aplicación judicial del Derecho no puede en modo alguno traducirse en una petrificación de la jurisprudencia, de forma que cada órgano judicial quede rígidamente vinculado por sus propios precedentes (STC 91/1990)”.

69 Para otros casos, cabe remitirse a los trabajos de REPETTO, G.: “Premesse ad uno studio sull’interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione Europea dei Diritti dell’uomo”, en *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudice di Strasburgo*, Nápoles, 2012, pp. 33 ss; MANETTI, M.: “Diritti dei membri della famiglia legittima ed evoluzione sociale: la parola del giudice”, *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009; en la obra colectiva citada, dirigida por Alpa y Ludica, véanse los trabajos de FERRANDO, G.: “Matrimonio e famiglia: la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ed i suoi riflessi sul diritto interno”, p. 131 y ss; y el de PATTI, S.: “Il principio famiglia e la formazione del diritto eurpeo della famiglia”, pp. 245 y ss; o, en Francia, el de GARAPON, A.: “Les limites à l’interpretation évolutive de la Convention européenne des droits de l’homme”, *Revue Trimestrielle des Droit de l’homme*, 2011.

70 En la primera jurisprudencia europea, destacan las SSTEDH de 17 octubre 1986 (caso Rees vs. Reino Unido, sobre una mujer con apariencia de hombre), la de 27 septiembre 1990 (caso Cossey vs. Reino Unido), la de 25 marzo 1992 (caso Botella vs. Francia), y la de 30 julio 1998 (caso Sheffield y Horsbam vs. Reino Unido). En contra, las dos SSTEDH de 11 julio 2002 (casos Goodwin e I. vs. Reino Unido), refiriéndose al art. 12 del Convenio de Roma, admitieron que tal norma no exigía en su literalidad la diversidad de sexo cromosómico, entre otras razones, porque el art. 9 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea ni siquiera hacía referencia al hombre y a la mujer. Y dicho esto, reconocían, no obstante, que esa

estricto matrimonio "homosexual", la única conclusión que resultaba aceptable a la vista de la evolución habida en el Derecho internacional (en sus normas y en la jurisprudencia internacional habida en su entorno), que culmina con la dicción neutral, o impersonal, de la Constitución Europea (según justificación del *Praesidium*), es que la admisión o el rechazo del matrimonio homosexual era, y sigue siendo, una cuestión interna de cada país de la Unión Europea según lo admita o no previamente su conciencia social colectiva en cuya virtud deba interpretarse su texto constitucional⁷¹. Aunque, al menos, sí anunciaba una realidad social europea cambiante en dicha milenaria institución.

Esta referencia al Derecho de la Unión Europea, y del Derecho Internacional en general, no significa que también tenga para el TC un valor interpretativo sociológico el Derecho comparado⁷², como, en cambio, hizo –erróneamente, según creo– la STC 198/2012, sobre la Ley del matrimonio homosexual. Su empleo como método de estudio, según advirtiera ya en general CASTÁN (pp. 104 y 105, 247 y 148), diferenciándolo de los métodos genético (o histórico) y evolutivo, tiene su mayor utilidad para hacer internamente propuestas legales de futuro. El Derecho comparado, en cuanto fundado en la norma extranjera, carece de valor interpretativo sociológico para la norma nacional salvo que ella misma exprese la conciencia social colectiva propia, interna que fuerce a interpretar conforme a ella la norma nacional que por sí no se adecua a dicha nueva realidad social. En otro caso, de ser influyente la norma extranjera⁷³, estaríamos ante un elemento interpretativo histórico o genealógico, que por su propia anterioridad en el tiempo a la norma interpretada a la que inspira no puede dar idea de cambios sociales, de nuevas realidades en la conciencia colectiva. En general, la interpretación

norma no impedía que las leyes de cada Estado Miembro sí atendieran a la diversidad de sexo biológico, como así hacía por aquel entonces la gran mayoría de los Derechos europeos, pues así lo permitía el art. 12 del Convenio de Roma. Mayor detalle al respecto, véase el reciente estudio de GONZALEZ VEGA, A.: "Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual", *Revista española de Derecho internacional*, 2004, pp. 163-184.

- 71 Ya lo decía yo en mi trabajo de 2005: "¿Es constitucional, hoy, el matrimonio 'homosexual' (entre personas de idéntico sexo)?", *RDP*, 2005, pp. 37 a 56, que "en nada influye en este punto que la Constitución Europea no hable ya de hombre y mujer y sólo consagre impersonalmente, con un 'se', el derecho a casarse. Es un 'texto neutro'. Ni abre, ni cierra la puerta al matrimonio 'homosexual', dejando que sea el Derecho interno de cada Estado miembro el que la abra o la mantenga cerrada, como así lo dice la propia Constitución Europea en la remisión de su inciso final (en su 'según las leyes nacionales que regulen su ejercicio'); máxime cuando ya en el momento de su redacción existía heterogeneidad de normas dentro del ámbito europeo que respetar, unas pocas permitiendo el matrimonio 'homosexual' (Bélgica y Holanda), precisamente porque no había texto constitucional que lo impidiera, y otras, la mayoría, exigiendo la intersexualidad, porque -tampoco es casual- su texto constitucional la imponía". Ya en el Informe del *Praesidium* de la Convención se advirtió que 'este artículo no prohíbe ni impone el que se conceda el derecho matrimonial a la unión de personas del mismo sexo'.
- 72 En cambio, GENY, F.: *Método*, cit., p. 586 y ss.; y DEGNI: *L'interpretazione*, cit., pp. 335 y 336, comprendían la legislación y la jurisprudencia comparadas para conocer o que GENY llamaba "la naturaleza positiva de las cosas" como comprensión de la realidad social.
- 73 A cuyo caso se referían, precisamente, DEGNI: cit. supra; y, también, en su conocido trabajo, HÄBERLE, P.: "Principios y métodos de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, pp. 385 y ss, 393 y 394, refiriéndose al método comparado como el quinto elemento interpretativo. Para nosotros lo es el sociológico.

sistemática que *in sensu lato* presupone la sociológica de una norma ya caduca en su sentido originario sí ha de basarse en normas posteriores a ella, contemporáneas y vigentes en el momento en que la anterior norma, a interpretar sociológicamente, es aplicada (ex art. 3.1 CC). Por la misma razón que han de ser descartadas las normas foráneas, también han de serlo las sentencias provenientes de Cortes o Tribunales extranjeros que hayan resuelto, con anterioridad, igual o parecida cuestión. Su única posible virtualidad queda limitada a la lógica argumentativa propia de tales pronunciamientos (referida a su *ratio decidendi*, no a la de los hechos), pero por sí mismos no han de servir como exponentes de una nueva realidad social que afecte a nuestra conciencia colectiva nacional y, por ende, al modo de interpretarla. Por eso, ha de ser valorada positivamente la sola cita que en la STC núm. 198 se hace de la sentencia de la Corte constitucional canadiense (antes citada), por hacerlo con la única intención, y referencia, de mostrar la necesidad de que también hay que interpretar sociológicamente la norma constitucional al ser, según decía, "un árbol vivo".

El dato de origen extranjero sólo puede servir como fundamento de una interpretación sociológica cuando, de algún modo, ha sido interiorizado, por entrar a formar parte de nuestra propia jurisprudencia o bien de nuestro propio ordenamiento, ya sea por su conversión en norma interna, como, en efecto, puede suceder con los Tratados internacionales, una vez ratificados e integrados en el Derecho propio (cfr., arts. 1.5 CC y 96.1 CE), ya sea por el propio valor interpretativo que nuestras leyes le reconozcan (cfr., art. 10.2 CE), como puede suceder con la jurisprudencia comunitaria (en el caso español), proveniente del TEDH o del TJUE.

La mención expresa que se hace en el art. 10.2 CE de la Declaración Universal de Derechos Humanos es de vital trascendencia, no tanto como mero reconocimiento a un hito histórico, sino habida cuenta de su peculiar naturaleza, que no permite su calificación como estricta norma jurídica, lo que de suyo imposibilitaría su juego interpretativo para nuestra Constitución.

Por eso mismo, tampoco deben tenerse en cuenta, en la interpretación sociológica de la CE, las Resoluciones europeas. En sí mismo, el empleo de tal dato, meramente fáctico al carecer las Resoluciones de naturaleza estrictamente normativa, es legítimo si se toma como realidad social que justifica la promulgación de una ley que pretende satisfacerla. Pero es estéril si se pretende desde ella interpretar sociológicamente una estricta norma jurídica interna, máxime si esa norma es de rango constitucional. Sólo tendrían valor interpretativo de la realidad social tales Resoluciones si fueran acogidas previamente por una norma interna (como, de hecho, así hizo la Ley 13/2005, sobre el matrimonio "homosexual", al apoyarse, en su Exposición de Motivos, en la realidad social europea refrendada

en la Resolución de 8 febrero 1994; sobre la que, sin embargo, la STC 198/2012 guardaría -quizás un prudente- silencio).

Esta exclusión del material de Derecho comparado, sin embargo, solo puede ser entendida cuando TC hace interpretación sociológica de la propia Constitución interna. No sucede así, en cambio, cuando son el TEDH o el TJUE los que interpretan evolutivamente la Constitución Europea u otros textos internacionales: siempre habrá de hacerlo teniendo en cuenta el panorama normativo europeo al completo: bien en lo que de común haya entre los ordenamientos de los países miembros de la Unión, o bien, precisamente, en lo que algunos de ellos hayan evolucionado al respecto⁷⁴. El propio constituyente europeo tuvo tal panorama comparado muy en cuenta, cuando, por ejemplo, al regular el derecho al matrimonio pasó a una redacción impersonal, asexual, a la vista de que ya entonces algunos países (como Bélgica u Holanda), habían reconocido en su legislación el matrimonio homosexual. A tal realidad, novedosa, evolutiva, habría también de plegarse el TEDH.

Por eso mismo, a nivel interno de cada país, también las Exposiciones de Motivos y Preámbulos de normas inferiores a la Constitución pueden servir para interpretar evolutivamente a ésta. No habrá en ello vulneración del principio de jerarquía normativa, ni supeditación normativa de la CE, ni de la jurisprudencia constitucional, a normas jerárquicamente inferiores (en contra de lo que impone el art. 9 CE, en sus apartados 1 y 3), pues no se trata de supeditar la norma constitucional, ni la *ratio* que en ella se contiene, a la de otras normas. La utilidad aquí de aquellos textos expositivos contenidos en normas inferiores a la constitucional no se refiere a su *ratio legis* (mucho menos, todavía, si en tal Exposición de Motivos se hace interpretación de alguna norma constitucional, lo que, por lo demás, suele ser muy habitual en España, por ejemplo, a fin de legitimar competencialmente la norma, como estatal o como autonómica). La utilidad a que me refiero viene circunscrita, limitada a la interpretación que de la realidad social haya hecho el legislador ordinario en el texto motivador de la norma. Piénsese, sobre todo, en las normas programáticas de la Constitución (ya anticipadas en su Preámbulo), que inevitablemente necesitan del desarrollo legislativo para su efectiva aplicación. Solo el legislador ordinario puede hacer tal interpretación social auténtica. Al TC, en cambio, solo le atañe la interpretación auténtica del texto normativo constitucional y, tan solo, la de la realidad social que lo circunda (sobre todo, de la procedente de los Tratados y jurisprudencias internacionales), y de la propia interpretación sociológica que del texto constitucional finalmente haga; pero, para tal fin, no puede erigirse en intérprete de toda la realidad social, circundante o no a la Constitución, ni mucho menos de la posterior a ella, como

74 Con mayor detalle lo explican, REPETTO, G.: "Premesse", cit, pp. 36 y ss; y COHEN-JONATHAN, G.: "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme", en *Mélanges à l'hommage de L-E. Pettiti*, Bruselas, 1998, pp. 186 y ss.

tampoco es intérprete de todo el Ordenamiento (sino solo en cuanto éste haya de estar conforme con la CE), ni tampoco puede erigirse en legislador universal (sino tan solo -como legislador negativo- cuando efectivamente el ordenamiento derivado no esté conforme a la CE).

Todo ello, por supuesto, no impide rechazar aquella realidad, interpretada por el legislador, si ésta ha sido malinterpretada, o incluso manipulada, esto es, si no es conforme a la realidad social extraída de otras normas o del entero ordenamiento jurídico (según quedó ya dicho antes).

IV. A MODO DE EPÍLOGO: LA ACTUAL CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO, EN ESPAÑA, COMO AFFECTIO MARITALIS EJERCIDA EN PLENA IGUALDAD Y LIBERTAD, DESDE UNA INTERPRETACIÓN SOCIOLÓGICA DE SU CONSTITUCIÓN.

En la circunscripción de la realidad social a la interna de cada país, entiéndase la singularidad de España, en la que convive una doble realidad –estatal y autonómica-, también legal, recíprocamente influyente. Como así ha sucedido, en mi opinión, en materia de Derecho de familia: en España, mucho antes de las leyes estatales de 2005, sobre matrimonio “homosexual” y divorcio “express”, muchas Comunidades Autónomas se habían apresurado a establecer, casi a calcar las unas de las otras anteriores (siendo pionera la catalana), un régimen legal, más o menos completo, de las parejas no casadas, heterosexuales o también homosexuales, equiparándolas casi plenamente a las uniones matrimoniales, frente al régimen fragmentario y parcialísimo sobre tales parejas no casadas contenido en el Derecho común⁷⁵.

Ante tal contraste, al legislador estatal de aquel momento posterior -de 2005- no le quedaba otra salida que la del matrimonio “homosexual”, constreñido probablemente por la multitud de leyes autonómicas que regulaban un régimen completo para las parejas no casadas homosexuales, permitiéndoles una fácil y rápida ruptura en caso de crisis y permitiéndoles el acceso a la adopción, o al acogimiento familiar como poco. Ante tal panorama, una ley estatal que hubiese regulado las uniones de hecho, para sólo cobijar a las parejas homosexuales, negándoles la adopción conjunta o el sometimiento a las técnicas de reproducción

75 En todo ese panorama, tal vez el punto de inflexión se produjo en 1994 (con una serie de normas estatales en España que empezaban a conceder algunos efectos a las parejas de hecho); fecha en que el Auto del TC 222/1994, tras “admitir la plena constitucionalidad del principio heterosexual como calificador del vínculo matrimonial, ... de tal manera que los poderes públicos pueden otorgar un trato de privilegio a la unión familiar constituida por hombre y mujer frente a una unión homosexual”, advierte, aunque de pasada: “Lo cual no excluye, que por el legislador se pueda establecer un sistema de equiparación por el que los convivientes homosexuales puedan llegar a beneficiarse de los plenos derechos y beneficios del matrimonio, tal como propugna el Parlamento Europeo”; refiriéndose a la pionera Resolución de febrero de 1994 en que explícitamente se apoyará la Ley 13/2005, según dice en su Exposición de Motivos.

asistida sí que hubiera resultado inconstitucional por discriminatoria, por ser perjudicial para el homosexual frente a los beneficios que le otorgaba aquella legión de leyes autonómicas. Ante aquella nueva realidad social, generada por aquella pléyade normativa autonómica, la Ley estatal 13/2005 puede considerarse conforme al art. 32.1 CE, acorde a su revolucionario espíritu igualitario (literal e intencionadamente expresado en su inciso final: “con plena igualdad jurídica”), impuesto por el más general art. 14 CE, que, en su exigencia de igualdad, ahora se ve renovado, y reforzado, por aquella ley para expandirse hasta alcanzar a todas las personas, al margen de su sexo (como ya hacía desde 1978), y con independencia de su orientación sexual (como hace ahora en su necesaria renovación desde la Constitución europea, que añade tal nueva circunstancia a la exigencia de igualdad). Como se ve, el resultado de interpretar evolutivamente el art. 32.1 CE ha sido expandirlo, extenderlo en su significado y alcance respetando su *ratio*, su exigencia de igualdad.

Por eso, dirá la STC 198/2012: “El reconocimiento del derecho al matrimonio a todas las personas, independientemente de su orientación sexual, implica la posibilidad para cada individuo de contraer matrimonio con personas de su mismo sexo o de diferente sexo, de manera que ese ejercicio reconozca plenamente la orientación sexual de cada uno. Ello no afecta al contenido esencial del derecho, porque el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse.” Y añadirá, a renglón casi seguido, que “las personas homosexuales gozan ahora de la opción, inexistente antes de la reforma legal, de contraer matrimonio con personas del mismo sexo, de tal modo que el respeto a su orientación sexual encuentra reflejo en el diseño de la institución matrimonial, y por tanto su derecho individual a contraer matrimonio integra también el respeto a la propia orientación sexual. De este modo se da un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)”.

Algo similar había ocurrido en la década anterior, en los años 90, cuando, también por interpretación evolutiva de la Constitución, el propio TC entiende como legítimas a las uniones de hecho, no casadas. Antes de la actual Constitución española, la diferencia entre estas parejas y el matrimonio se cifraba en la inmoralidad de aquellas uniones frente a la licitud exclusiva de la unión matrimonial (según se decía, entre otras, en las SSTS 16 octubre 1906, 8 marzo 1918 y 2 abril 1941). En cambio, tras la Constitución, nuestro propio TC en multitud de sentencias considerará que el matrimonio no es ya la única vía legal, ni lícita para la cohabitación y la procreación. Equiparada por exigencias de igualdad, *ex arts. 14 y 39 CE, toda filiación (matrimonial, extramatrimonial y adoptiva), y permitidas por ley la adopción y la reproducción asistida a matrimonios y a uniones de hecho, concluirá*

el TC español que la posibilidad de fundar una unión extramatrimonial, en cuanto posible comunidad de vida diversa del matrimonio, constituye una expresión de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y, también, una manifestación de la libertad en general (art. 16 CE), y, en particular, del derecho -o la libertad- a no casarse que, leído a contrario sensu, consagra el art. 32.1 CE.

Precisamente, por esos principios de libertad e igualdad, no sólo la Ley 13/2005 vino a responder a esa nueva realidad social, igualitaria y libre. A la libertad implícita en el art. 32 CE, ahora en su ap. 2, donde se mencionaban -lata, pero intencionadamente, en plural- las “causas de disolución”, respondería la coetánea Ley 15/2005, sobre el llamado divorcio “express”, conformando ambas un nuevo sistema matrimonial que se mostraba totalmente respetuoso con el art. 32 CE. A su vista, la esencia del matrimonio es, hoy, la *affectio maritalis* que ha de ejercitarse en igualdad (como exige el art. 32.1 CE y permite la Ley 13/2005)⁷⁶, y en libertad (como consiente el art. 32.2 CE y hace plenamente efectivo la Ley 15/2005).

El paso inevitable siguiente vendría, una década después, de manos de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, al introducir las separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario. En esta ocasión, naturalmente, el cambio no vino tampoco desde una simple interpretación evolutiva de la Constitución. Era necesaria una reforma de la letra y del espíritu de la ley ordinaria (del CC, sobre todo). Pero tal reforma venía auspiciada por el espíritu y por la nueva realidad social contenida en las leyes anteriores que obligaron, también, a expandir el espíritu de la Constitución; pues si la ley del divorcio de 2005 vino a equiparar la libertad para casarse con la libertad para “descasarse” cuando hay acuerdo entre ambos esposos, la ley de jurisdicción voluntaria de 2015 no hizo más que llevar esa equiparación de libertades a sus últimas consecuencias: si ya antes había libertad para casarse ante el juez o ante otra autoridad, ¿por qué no había ya de haberla también para “descasarse” ante otra autoridad cuando también hay acuerdo para el divorcio? También vino aquella Ley de 2015 a responder a la exigencia de igualdad: por un lado, al regular las dos vías para separarse o

76 De hecho, en su Exposición de Motivos no deja de hablarse de “la relación y convivencia en pareja, basada en el afecto”, de “la convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad”, de “una opción sexual y afectiva por personas del mismo sexo”. Y así lo ha destacado y entendido la STC 198/2012, al decir que “La interpretación evolutiva a que nos referimos facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto socio-jurídico actual como tal matrimonio. Tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador.”

divorciarse por mutuo acuerdo, la judicial y la notarial, en pie de igualdad, a la que el ciudadano podía acceder según su libre decisión; y así lo demuestra, por otro lado, que en ambas opciones, tanto la autoridad judicial como la notarial, debieran ejercer un control de legalidad y de justicia en el contenido del convenio regulador que los cónyuges presentasen para su posible homologación. Con todo, en mi opinión, todo ello se hizo en aras de la propia dignidad de la persona, del libre desarrollo de su personalidad; y con el fin de igualar a toda persona en su acceso a la vida familiar, o en su salida de ella, siempre bajo el manto de un control público (aunque se haya desjudicializado), que vela no solo por la estricta legalidad (por la seguridad), sino también por la equidad (o justicia de cada caso en particular), y, sobre todo, por la protección del más débil, como en esta sede acontece con la especial tutela de los menores y discapacitados (según puede verse, por ejemplo, en los nuevos arts. 90 y ss CC).

Y así, de momento, están las cosas. Pero ¿y mañana? Ignoro si la expresión de igualdad y libertad contenida en las dos leyes de julio de 2005 y en la de 2015, acordes todas al art. 32 CE, será asumida en el futuro con tanta normalidad como hoy lo es la igualdad entre el hombre y la mujer o entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, que las leyes han venido consagrando desde el mandato constitucional (contenido en los arts. 14 y 39 CE), y que en su día también fueron objeto de críticas. Pero sí podemos estar seguros de una cosa: admitida que la *affectio maritalis* libre e igualitaria constituye el contenido esencial del matrimonio según el art. 32 CE, en el futuro cualquier otra reforma, exigida por la nueva realidad social, que respete aquel contenido esencial será admisible.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho Civil, I: Introducción y Parte General*, vol. 1º: *Introducción y Derecho de la persona*, 9ª ed., Barcelona, 1983.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "A la realidad social de qué tiempo ha de acudir para interpretar las normas. Comentario a la STS de 7 marzo 1998", *RDP*, 1998, pp. 646-652 (y en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y legislación*, núm. 29, 1999, pp. 109-121).

ALONSO GARCÍA, E.: *La interpretación de la Constitución*, Madrid, 1984.

ANDENAS, M. y BJORGE, E.: "Giudice nazionale e interpretazione evolutiva della convenzione dei diritti dell'uomo", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 64, núm. 4, 2010, págs. 1267-1278.

ASCARELLI, T.: "Norma giuridica e realtà sociale", en *Problemi Giuridici*, I, Milán, 1959, pp. 67-111.

BADILLO O'FARRELL, P.: "Ante la 'interpretación de la norma según la realidad social' (art. 3.1 CC). Unas reflexiones", en *Estudios de Filosofía del Derecho y Ciencia Jurídica en memoria y homenaje al Prof. Legaz y Lacambra*, Tomo I, Madrid, 1983, pp. 151-157.

BERTI, G.: *Interpretazione e Costituzione*, Padua, 1987.

BETTI, E.: *Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. y prólogo de J. L. De Los Mozos, Madrid, 1975.

CANOSA USERA, R.: "Interpretación evolutiva de los derechos fundamentales" (tomado de www.juridicas.unam.mx)

CARBONNIER, J.: *Derecho flexible. Para una sociología no rigurosa del Derecho*, trad. y prólogo de L. Díez-Picazo, Madrid, 1974.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho Civil Español, Común y Foral, T. I: Introducción y Parte general*, vol. 1º: *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*, 12ª ed. revisada por J. L. De Los Mozos, Madrid, 1982.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Teoría de la aplicación e investigación del Derecho (Metodología y técnica operativa en Derecho privado positivo)*, con prólogo de J. Pintó Ruiz, Madrid, 2005

COGLIOLO, P.: "L'interpretazione sociale del codice civile", en *Scritti varii di Diritto Privato*, vol. I, 6ª ed., Turín, 1925, pp. 39-44.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Naturaleza de las reglas para la interpretación de la ley", *ADC*, 1977.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho Civil de España*, Madrid, 1984.

DE LA VEGA BENAYAS, C.: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas en el Código Civil*, con prólogo de E. García de Enterría, Madrid, 1976.

DE LOS MOZOS, J.L.: *Metodología y Ciencia en el Derecho privado moderno*, Madrid, 1977.

DE RUGGIERO, R.: *Instituciones de Derecho Civil*, vol. 1º: Introducción y Parte General. Derecho de las personas, derechos reales y posesión, trad. 4ª ed. italiana por R. Serrano Suñer y J. Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, 1929.

DEGNI, F.: *L'interpretazione della legge*, con prólogo de B. Brugi, 2ª ed., Nápoles, 1909.

DELGADO, G.: "La interpretación evolutiva de la norma", *Ius Canonicum*, vol. XVI, núm. 32, 1976, pp. 117-136.

DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, J.: "La interpretación sociológica de las normas sobre el estado civil en la doctrina preconstitucional de la Dirección general de los Registros y del Notariado", en *Libro Homenaje a M. Peña Bernaldo de Quirós*, 1996, pp. 503-510.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: "Los preámbulos de las leyes (En torno a la motivación y la causa de las disposiciones normativas)", *ADC*, 1992, pp. 501-533.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: "La interpretación de la ley", *ADC*, 1970, pp. 711-738.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 3ª ed., Barcelona, 1993.

DULADE, J.: *Una revolución en la lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del Derecho privado)*, Barcelona, 1933.

ESCRICHE, J.: voz "Interpretación de las leyes", *Diccionario Razonado de Jurisprudencia*.

EZQUIAGA GANUZAS, FCO. J.: "Concepto, valor normativo y función interpretativa de las exposiciones de motivos y los preámbulos", *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 20, 1988, pp. 27-49.

FASSÓ, G.: "Il giudice e l'adeguamento del diritto alla realtà storico-sociale", en sus *Scritti di Filosofia del Diritto, II*, Milán, 1982, pp. 985-1050.

FERRARA, F.: *Trattato di Diritto Civile italiano, vol. I: Dottrine generali, Parte I: Il Diritto, I soggetti, Le cose*, Roma, 1921.

FROSINI, V.: *La letra y el espíritu de la Ley*, trad. y prólogo de C. Alarcón Cabrera, Barcelona, 1995.

GARAPON, A.: "Les limites à l'interprétation évolutive de la Convention européenne des droits de l'homme", *Revue Trimestrielle des Droit de l'homme*, 2011.

GARRIDO FALLA, F.: "Preámbulo", en *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1985, pp. 17 y 18.

GENY, F.: *Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*, con Prólogo de R. Saleilles, Madrid, 1925.

GOG MARTÍNEZ, J.M.: "La interpretación constitucional y las SSTC: de la interpretación evolutiva a la mutación constitucional", *Revista de Derecho UNED*, núm. 12, 2013, pp. 257-292.

GONZÁLEZ VEGA, J.A.: "Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual", *Revista española de Derecho internacional*, 2004, pp. 163-184.

GORDILLO CAÑAS, A.: *Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid, 1990.

GORDILLO CAÑAS, A.: "Comentario a la STS de 30 enero 1995", *CCJC*, núm. 38, 1995, pp. 677-691.

GRECO, V.: *L'interpretazione evolutiva della legge. Un utile strumento per tutti studiosi e gli operatori del diritto*, Florencia, 2006.

GUASTINI, R.: "Specificità dell'interpretazione costituzionale?", en *Analisi e diritto*, Torino, 1996.

GUASTINI, R.: *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. M. Gascón y M. Carbonell, 9ª ed., Méjico, 2011.

HÁBERLE, P.: "Principios y métodos de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas", *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 13, 2010, pp. 379-411.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *El cambio político español y la Constitución*, Barcelona, 1982.

ISAAC, G.: *Manual de Derecho Comunitario general*, 4ª ed., Barcelona, 1997.

LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho Civil: Parte General del Derecho Civil*, vol. 1º: Introducción, Barcelona, 1988.

LARENZ, K.: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. y revisión de M. Rodríguez Molinero, Barcelona, 1994.

LAVAGNA, C.: *La Costituzione italiana: commentata con le decisioni della Corte costituzionale*, Turín, 1970.

LAZZARO, G.: *L'interpretazione sistematica della legge*, Turín, 1965.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M.: "En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)", *Derecho Privado y Constitución*, núm. 27, 2013.

MANETTI, M.: "Diritti dei membri della familia legittima ed evoluzione sociale: la parola del giudice", *Giurisprudenza Costituzionale*, 2009.

MANGAS MARTÍN, A. (Dir.): "Preámbulo", en *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008.

MARTÍN CASALS, M.: "Preámbulo y disposiciones directivas", en *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*, Barcelona, 1986, pp. 61-92.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C.: "El criterio de la realidad social en la interpretación de las normas jurídicas (Comentario a la STS de 31 abril 1984)", *ADC*, 1985, pp. 212-220.

MORODO, R. Y MURILLO DE LA CUEVA, P. L.: "Preámbulo", en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, dir. O. Alzaga Villaamil, Madrid, 1996, pp. 69-75.

PABÓN DE ACUÑA, J. M^a.: *La interpretación según "la realidad social" del artículo 3 del Código Civil*, Valencia, 1999.

PÉREZ ALGAR, F.: *La interpretación histórica de las normas jurídicas. Análisis del artículo 3.1 del Código Civil*, Barcelona, 1995.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Interpretación y jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del Código Civil*, Pamplona, 1994.

PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, 2005.

PÉREZ LUÑO, E.: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 10^a ed., Madrid, 2010.

PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 1980.

REPETTO, G.: "Premesse ad uno studio sull'interpretazione evolutiva tra Costituzione e Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo", en *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudice di Strasburgo*, Nápoles, 2012, pp. 21-42.

RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, J.: "El preámbulo del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa", en *Libro I: La UE; el Derecho de la UE; Competencias de la UE; las Instituciones*, dirs. E. Álvarez Conde y V. Garrido Mayol, Valencia, 2004.

ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, M^a C.: *Valor y función de las "exposiciones de motivos" en las normas jurídicas*, Santiago de Compostela, 1972.

SAGUÉS, N.P.: "Interpretación constitucional y Constitución viviente (*living Constitution*)", en *Interpretación constitucional, Tomo II*, (coord. E. Ferrer Mac-Gregor), Méjico, 2005, pp. 1017-1032.

SAGUÉS, N.P.: "Nuevas fronteras de la igualdad: el recurso al dato sociológico y al intérprete externo en la interpretación constitucional", *Revista de Derecho*, 2005, pp. 229-239.

SALLEILLES, F.: en su Prólogo a GENY, F.: *Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*, Madrid, 1925.

SALVADOR CODERCH, P.: "Los materiales prelegislativos: entre el culto y la polémica", *ADC*, 1983, pp. 1657-1684.

SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario al art. 3.1 CC", en *Comentarios al Código Civil*, dir. M. Albaladejo García y S. Díaz Alabart (tomado de vlex).

SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: "Exposiciones de Motivos de las Leyes: motivos para su eliminación", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pp. 47-64.

SANTI ROMANO: "Interpretación evolutiva", en *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, trad. S. Sentis Melendo y M. Ayerra Redín, Buenos Aires, 1964, pp. 203-213.

SANTOS BRIZ, J.: "La aplicación de las normas jurídicas en el nuevo Título Preliminar del Código Civil", en *Libro-Homenaje a R. M^a Roca Sastre*, vol. I, Madrid, 1976, pp. 753-779.

SAVIGNY: *Sistema de Derecho romano actual, Tomo I*, trad., Madrid, 1878.

TAJADURA TEJADA, J.: *El preámbulo constitucional*, Granada, 1997.

TAJADURA TEJADA, J.: "Preámbulos constitucionales e interpretación constitucional", en *Interpretación constitucional*, Tomo II, (coord. E. Ferrer MacGregor), Méjico, 2005, pp. 1135-1155.

VALVERDE Y VALVERDE, C.: *Tratado de derecho civil español, Tomo I: Parte general*, 4^a ed., Valladolid, 1935.

VELARDE, C.: "Apuntes sobre la realidad social en la interpretación del derecho", *Ars Iuris*, núm. 37, 2007, pp. 139-162.

VERDE, G.: *L'interpretazione autentica della legge*, Turín, 1997.

CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL. PRINCIPIO DE
IGUALDAD Y DERECHO FAMILIAR ARGENTINO

*MULTILEVEL CONSTITUTIONALISM. PRINCIPLE OF EQUALITY
AND ARGENTINE FAMILY LAW*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 446-473



Mariel F.
MOLINA DE
JUAN

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de agosto de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: El artículo profundiza sobre las dimensiones del principio de igualdad desde la perspectiva del constitucionalismo multinivel, sus interacciones con la dignidad y la autonomía de las personas para diseñar su plan de vida familiar, y examina el lugar que le cabe en la re-construcción del derecho familiar argentino, conforme a las exigencias de la sociedad contemporánea y del paradigma de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Principio de igualdad; discriminación; constitucionalismo; derecho familiar.

ABSTRACT: *This article delves into the dimensions of the equality principle from the perspective of multilevel constitutionalism and its interactions with human dignity and autonomy to create a family life plan. It also examines its role in the reconstruction of Family Law in Argentina, as stated by the requirements of contemporary society and the fundamental rights paradigm.*

KEY WORDS: *Equality principle, discrimination, constitutionalism, Family Law.*

SUMARIO.- I. PUNTO DE PARTIDA.- II. PRIMERAS PRECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.- III. LA POSITIVIZACIÓN MULTINIVEL DE LA IGUALDAD.- IV. LAS PROYECCIONES DE LA IGUALDAD: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA.- I. Prohibición de discriminar.- 2. El principio de protección de la diferencia.- V. LOS CRITERIOS PROTEGIDOS CON MAYOR IMPACTO EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS.- VI. PROYECCIONES DE LA IGUALDAD SOBRE EL DERECHO DE LAS FAMILIAS.- 1. No discriminación de la familia no matrimonial.- 2. Igualdad de derechos de hombres y mujeres en las relaciones intrafamiliares.- 3. La orientación sexual y la identidad de género en las relaciones familiares. VII. BREVES CONCLUSIONES.

I. PUNTO DE PARTIDA

El principio de igualdad y su consagración como derecho humano no solo se proyecta en la vida social, laboral y comunitaria de la persona, sino también, y en lo que aquí interesa, en la trama de relaciones que se desenvuelven en el plano intrafamiliar. Este postulado cumple un papel fundamental en el diseño, interpretación y aplicación del derecho familiar, materia que en las sociedades occidentales contemporáneas enfrenta el desafío de superar las discriminaciones que la condicionaron históricamente, fundadas en los aspectos más sensibles de la vida íntima: en el género, la orientación sexual y el estatus familiar no matrimonial.

En los Estados democráticos de derecho, el paradigma igualitario condiciona el alcance con el que se regulan las diferentes instituciones: matrimonio, convivencias afectivas, uniones convivenciales¹ o de hecho, efectos económicos de la vida familiar, filiación, derechos de los hijos, ejercicio de la responsabilidad parental, etc. Ello es así, pues la naturaleza de estos vínculos impone el deber de extremar los recaudos cuando se han de precisar sus consecuencias jurídicas o distinguir categorías, a fin de no caer en discriminaciones arbitrarias y, por tanto, inaceptables².

Este estudio propone revisar algunos aspectos de su contenido esencial, en el afán de detectar las proyecciones más relevantes sobre el derecho que regula las relaciones familiares y vincularlas con otros postulados fundamentales como la dignidad y la autonomía personal.

1 Cfr. Código Civil y Comercial argentino (arts. 509 a 528)

2 LLOVERAS, N., SALOMÓN, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional* Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 113.

• Mariel F. Molina de Juan

Prof. Titular derecho de las familias, Universidad Nacional del Cuyo, Argentina. Correo electrónico: marielmolina@estudiojuan.com.ar

Para cumplir este propósito resulta imprescindible recordar los hitos de su positivización multinivel, así como también explorar algunos aportes de los tribunales que, durante las últimas décadas, han sido los máximos custodios del Sistema Internacional de Derechos Humanos: el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)³, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), y de un modo creciente, el Tribunal de Justicia de la Unión (TJCE – TJUE)⁴. Esta jurisprudencia tiene potencialidad expansiva a través de la llamada doctrina del control de convencionalidad, que confiere a los jueces nacionales un rol protagónico como primeros intérpretes del sistema internacional de los derechos humanos⁵.

En el ámbito americano, se destaca, además, la función consultiva de la Corte⁶. La reciente Opinión núm. 24/17 sobre “Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo” (en respuesta a una consulta de Costa Rica), precisa las obligaciones estatales en relación con la protección de los derechos humanos de las personas LGTBI. Concretamente, define los principios que los Estados deben respetar y las obligaciones a cumplir en materia de derecho a la igualdad y no discriminación de estos colectivos minoritarios⁷.

La perspectiva de análisis convencional se justifica también desde el punto de vista del derecho interno, que viene dando pasos decididos en pos de la recuperación de la coherencia entre la legislación interna y la dimensión constitucional. El artículo 1º del nuevo Código Civil y Comercial argentino (vigente desde el 1 de agosto del año 2015) comienza diciendo: “Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte”. Y a renglón seguido, deja sentada la pauta de interpretación conforme las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos y

3 La riquísima jurisprudencia de este tribunal excede los límites de este trabajo. Para abundar, entre otros, SANZ CABALLERO, S.: *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006; ALMEIDA, S.: *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos humanos*, Juruá Ed. Lisboa, 2015.

4 En el espacio americano, las resoluciones de la Corte tienen un importante impacto en el derecho interno a través del sistema de reparaciones, pues el objetivo fundamental de su jurisdicción contenciosa es amparar a las víctimas y reparar los perjuicios sufridos. Si ha existido una violación a un derecho contenido en la Convención, podrá disponer que se garantice su ejercicio, la reparación de las consecuencias de la medida que hubiera lesionado a la víctima y el pago de una justa indemnización según corresponda. En muchas ocasiones también ordena al Estado una modificación, cambio o sustitución de la decisión judicial (BARBOSA, J.: *Derecho Internacional Público*; Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 667).

5 Para el caso americano, véase Corte IDH; caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. 26-11-2010 (www.corteidh.or.cr) Para el caso europeo, véase NUEVO LÓPEZ, P.: “Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la unión europea”, *Revista Catalana de dret públic*, núm. 50, 2015, pp. 141/160 www.rcdp.cat [Fecha consulta 16/02/2018].

6 Cfr. Art. 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ampliar en VENTURA ROBLES, M. y otros: *La naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* http://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IDH%2007.pdf [Fecha de consulta 17/02/2018]

7 Opinión Consultiva Corte IDH núm. 5024/17, 24 de noviembre de 2017, Párr. 21.

los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2 CC y C).

II. PRIMERAS PRECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD.

El examen del principio de igualdad refleja las más diversas concepciones personales y sociales del ser humano, de la sociedad y del Estado. Prueba de ello es que aunque se lo ha considerado como una exigencia constante de la vida colectiva, su significación, contenido y relevancia social varía a lo largo de la historia⁸. A menudo, el carácter escurridizo de sus contornos y la abstracción y relatividad de los criterios para su determinación, dificultan y hacen controvertida su interpretación y aplicación⁹.

Una primera aproximación conceptual permite afirmar que la igualdad se desprende directamente de la dignidad de los seres humanos, y con ello persigue que todos sean tratados de una manera uniforme, a menos que haya una razón suficientemente justificada para no hacerlo¹⁰. Así fue como en un caso en el que se examinaba la responsabilidad internacional de Chile, por haber privado a una madre del derecho a la custodia de sus hijas en razón de su condición homosexual, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) dijo:

“La noción (de igualdad) se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que, por considerar superior a un determinado grupo, conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incursos en tal situación de inferioridad. No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”¹¹.

Entonces, ante idénticos supuestos de hecho, la ley debe ofrecer iguales consecuencias, y las distinciones de trato solo son admisibles si existen buenas razones para establecerlas. Aunque el principio igualitario no ignora las diferencias personales vinculadas con las capacidades, el esfuerzo, el talento o méritos del

8 Cfr. PEREZ LUÑO, A.: *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005, p. 16.

9 Cfr. GUTIERREZ DE CABIEDES, P. y otros: “Derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación: Cultura, Constitución y autonomía de la voluntad”, en AA.VV.: *Los Alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares* (coord. J. MARIN LOPEZ), Casio de Irún, Irún, 2000 pp. 29-60.

10 Cfr. RABOSI, E.: “Derechos Humanos; El principio de igualdad y la discriminación”, en AA.VV.: *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, (coord. M. ALEGRE, R. GARGARELLA), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 45.

11 K. A. e Hijas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 17/09/2010. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la CIDH contra Estado de Chile. CASO 12.502 Disponible en www.cidh.oas.org.

individuo, rechaza todas aquellas que depende de factores sobre los cuales la persona no tiene control, como las razones naturales o las circunstancias de orden económico y social¹².

La igualdad ha sido entendida como el fundamento último del constitucionalismo y la democracia, dado que permite moderar o disolver la tensión que suele encontrarse entre estos dos valores centrales que son la columna vertebral de la mayoría de sociedades modernas. Mientras la democracia alude al ideal de autogobierno colectivo, el constitucionalismo señala los límites al ejercicio de ese gobierno, principalmente bajo un listado de derechos y reglas de juego institucionales. El ideal de la democracia apunta a la afirmación de todo aquello que la mayoría sostenga, mientras que el ideal del constitucionalismo deja en claro que hay ciertas acciones o decisiones que no deben permitirse nunca, aunque la mayoría se obstine en ponerlas en práctica. La idea de igualdad parece ofrecer una salida atractiva a dicha tensión: la democracia implica afirmar que todo individuo tiene igual derecho a intervenir en la resolución de los asuntos que afectan a la comunidad, mientras que el constitucionalismo impone partir de un presupuesto igualitario para preservar ciertos derechos fundamentales que permitan a cada uno vivir conforme sus propios ideales¹³.

La igualdad jurídica o formal es comprensiva de la igualdad ante la ley y de la igualdad en la formulación de la ley. Siguiendo a Alexy, hay que distinguir, por una parte, un derecho general y derechos especiales de igualdad y, por la otra, el mandato de igualdad en la formulación del derecho que exige que todos sean tratados igual por el legislador; pero esto último no significa ni que el legislador deba colocar a todos en las mismas posiciones jurídicas, ni que tenga que procurar que todos presenten las mismas propiedades naturales y se encuentren en idénticas situaciones fácticas¹⁴.

La perspectiva de la igualdad en la aplicación de la ley conecta con el principio de seguridad jurídica. Impone que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales. Cuando ese órgano considera que debe apartarse de sus precedentes tiene el deber de ofrecer una justificación suficiente y razonable. Es decir, debe aplicar la ley de modo igual a todos aquellos que se encuentran en la misma situación, sin poder establecer diferencias en razón de las personas o de las circunstancias que no sean las contempladas por la norma¹⁵.

12 Cfr. SLONIMSKI, P.: *La ley Antidiscriminatoria*, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2001, pp. 23-24.

13 Cfr. ALEGRE, M., GARGARELLA, R. (Coord.): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007, p. 4 y ss.

14 Cfr. ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 381-384.

15 PEREZ LUÑO, A.: *Dimensiones de la igualdad*, cit., p. 2.

En el Siglo XX, al amparo del Estado social y democrático de Derecho, comenzó a gestarse un concepto superador del paradigma formal, asociado a un contenido sustancial, y a concebirse la idea de igualdad material como garantía de equiparación de puntos de partida. Esta perspectiva presupone un estado dinámico que frente a las desigualdades que naturalmente se dan en la sociedad¹⁶, proporcione los recursos necesarios para superar las diferencias, y de este modo garantizar el desenvolvimiento autónomo de la persona¹⁷.

En un profundo estudio sobre el tema, Pérez Luño apunta que la igualdad se perfila en tres dimensiones: como una exigencia de generalidad, como exigencia de equiparación y como exigencia de diferenciación: (a) como exigencia de generalidad, supone el reconocimiento de un mismo estatuto jurídico para todos los ciudadanos, al tiempo que se constituye en un límite al poder legislativo, (b) como exigencia de equiparación, impone idéntico trato aunque existan diferencias de situaciones o circunstancias, siempre que las mismas se estimen irrelevantes para impedir el disfrute de determinados derechos¹⁸, (c) como exigencia de diferenciación requiere que situaciones sustancialmente diferentes sean tratadas de un modo distinto. Aquí la igualdad es considerada en sentido dinámico, ya que si se la entendiera mecánicamente y se la aplicara de manera uniforme como un criterio formal y abstracto podría degenerar en una sucesión de desigualdades reales¹⁹.

III. LA POSITIVIZACIÓN MULTINIVEL DE LA IGUALDAD

El principio de igualdad tiene una consolidada recepción en el marco del Derecho Internacional, tanto a nivel universal como regional.

La Convención sobre Esclavitud de Ginebra (1926) fue uno de los primeros instrumentos en colocar la piedra fundacional de su positivización; allí los Estados se comprometieron a abolir progresivamente la propiedad de unos hombres sobre otros. Años más tarde, la Carta de Naciones Unidas (1945) introdujo la prohibición de realizar distinciones en el goce de los derechos humanos y libertades fundamentales por razón de raza, sexo, idioma, religión. Entre otros instrumentos de vigencia universal que recogen estos postulados se enumeran la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, la Convención sobre discriminación en la enseñanza adoptada por la UNESCO de 1960, la Convención

16 Cfr. JIMENEZ, E.: *Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. II, p. 129.

17 Cfr. NINO, C.: *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*; Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 212.

18 Lo que importa para concretar esta exigencia es establecer el criterio para estimar los datos como relevantes (no equiparar lo que tiene diferencias relevantes y no discriminar cuando las divergencias son irrelevantes).

19 Ampliar en PEREZ LUÑO, A.: *Dimensiones de la igualdad*, cit., pp. 18 y 22-28.

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de Naciones Unidas de 1965, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 (CEDAW). Los más significativos del ámbito europeo son el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 14), la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (art. 20), mientras que en el espacio americano encontramos la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969; la Convención Interamericana para prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Belén do Pará) de 1994, la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 2015, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999, la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia de 2013, etc.

La enumeración podría continuar (de hecho no puede sostenerse que el proceso de positivización se encuentre concluido), pero lo cierto es que todos estos instrumentos internacionales conforman un completo "corpus iuris", un sólido andamiaje jurídico que condiciona las decisiones de los tribunales internacionales (TEDH, Corte IDH)²⁰, y se proyecta en el espacio interno. Tal como enseña Robert Alexy, los derechos fundamentales contienen principios que son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Es decir, son "mandatos de optimización"²¹ que recorren transversalmente todo el derecho nacional de los Estados constitucionales.

Así como del lado español el art. 10.2 de Constitución Española de 1978 no deja lugar a dudas sobre la obligación de interpretar los derechos fundamentales y las libertades consagradas, a la luz del sistema internacional de derechos humanos, del lado argentino, este mandato integra el Bloque de Constitucionalidad Federal. Por eso podría sostenerse que el art. 75 introducido por la reforma Constitucional (1994) cambió el arquetipo de la igualdad constitucional, avanzando de la igualdad formal hacia la igualdad real de oportunidades o igualdad material. Ello es así porque a la potencialidad del inc. 22, se suma la facultad del Congreso Nacional de introducir medidas de acción positiva que proporcionen mecanismos de reparación histórica para ciertos grupos tradicionalmente marginados (las mujeres, los niños, los ancianos y las personas con discapacidad).

20 Véase OC 24/2017 párr. 60.

21 ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 86.

Este nuevo paradigma viene a ser uno de los pilares esenciales del constitucionalismo contemporáneo que mayor impacto ha tenido en el derecho de las familias argentino.

IV. LAS PROYECCIONES DE LA IGUALDAD: DOS CARAS DE LA MISMA MONEDA

Del principio de igualdad se derivan dos postulados concatenados y articulados; la no discriminación y la protección de la diferencia. Cada individuo se distingue de una parte de sus semejantes por sus creencias religiosas, su género, sus prácticas sexuales, el color de su piel, su pertenencia a determinado grupo cultural, etc. Frente a estas diferencias, que configuran su propia identidad, le corresponde al ordenamiento jurídico decidir si la política de igualdad se limita a responder a ellas con un trato similar o neutro, o si, por el contrario, las reconoce y se hace cargo de ellas²².

I. Prohibición de discriminar.

La Real Academia Española dice que discriminar es dar trato desigual a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, de sexo, etc²³. Como se observa, antes que un fenómeno jurídico, es una manifestación social fundada en estereotipos y prejuicios consolidados²⁴, como por ejemplo que el sexo femenino es inferior al masculino, que la homosexualidad es una enfermedad, que ciertas razas son superiores a otras, etc. Se la suele definir como la faceta negativa de la igualdad, porque prohíbe diferenciar sobre la base de fundamentos arbitrarios o irrazonables²⁵. Ello no quiere decir que no puedan existir distinciones normativas referidas a criterios objetivos, siempre que incluyan a todos los que están en una situación similar respecto de la ley²⁶.

Se distingue entre discriminación directa, que se produce cuando la norma establece una diferencia de trato por razones injustificadas, y discriminación indirecta, que es una forma mucho más sutil de discriminación porque, aunque la norma está formulada de manera *neutra*, su aplicación concreta perjudica de hecho a un grupo determinado²⁷. Para que se configure esta discriminación

22 Cfr. SABA, R.: "Discriminación, Trato igual e inclusión," en AA.VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, ABREGÚ, M. Y COURTIS, C. (Comp.): CELS, Editores del Puerto y CELS, Buenos Aires, 2004, p. 563.

23 Real Academia Española, Edición del tricentenario (2017) www.rae.es

24 KIPER, C.: *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 52.

25 Cfr. GIL DOMINGUEZ, A. FAMA, M. HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, 2006, t. I, p. 78.

26 COLAUTTI, C.: *Derechos Humanos constitucionales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999, p. 19.

27 Referida a la discriminación por razones de sexo, la Directiva de la Unión Europea 2006/54/CE en el artículo 2.1. define a la forma directa como toda situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable y a la indirecta

indirecta debe existir: (a) una disposición aplicable indistintamente a hombres y mujeres, o a nacionales y extranjeros que en la práctica impone una diferencia de tratamiento entre los beneficiarios en detrimento de una parte de entre todos ellos; (b) un ataque o afectación, de modo preponderante, a las personas de uno u otro grupo; y (c) la falta de una justificación objetiva del tratamiento formalmente igual, pero diferente de hecho²⁸.

Tomando como base el *corpus iuris* internacional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte IDH la definen como:

“Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”²⁹.

En la Argentina estas discriminaciones estuvieron implícitamente prohibidas por el principio de igualdad reconocido por el art. 16 de la Constitución originaria, pero desde finales del siglo pasado se han sumado nuevos instrumentos de protección (la ley antidiscriminatoria³⁰ y los tratados internacionales de derechos humanos que proscriben la discriminación).

No obstante este progresivo proceso de positivización en todos los niveles, la realidad demuestra que no aún no se logra acabar con las múltiples formas de discriminación que existen en la sociedad contemporánea y que perpetúan la vulnerabilidad de los grupos históricamente desfavorecidos. Fenómenos como la violencia de género en su dimensión interfamiliar parecen incontrolables mientras no se avance en un cambio cultural que se estructure sobre las bases de una educación democrática e inclusiva. Con razón se ha dicho que, por más que el Estado cuente con una normativa interna e internacional antidiscriminatoria, la igualdad real no se logrará si los procesos de incorporación a la cultura y de constitución subjetiva, niños y niñas se mantienen impregnados por mandatos promotores de la intolerancia³¹.

como aquella situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúan a personas de un sexo determinado en desventaja particular con respecto a personas del otro sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesarios.

28 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *El principio de igualdad y el derecho comunitario, El principio de igualdad y el derecho comunitario*, Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997, p. 51.

29 Corte IDH OC 24/2017, párr. 62. *Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 81, y *Caso Duque Vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, párr. 90.

30 Ley 23.592 Sancionada el 3/VIII/1988; prom. 23/VIII/1988; “B.O.”, 5/IX/1988.

31 Cfr. GIL DOMINGUEZ, A. FAMÁ, M. HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia*, cit., pp. 177, 395- 396.

De ahí la trascendencia de un instrumento internacional del tenor de la última Opinión Consultiva 24/17 de la Corte IDH. No solo es un antídoto contra la vulneración de los derechos de las personas LGTBI, quienes son víctimas de discriminación estructural, estigmatización, y diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales (párr. 33), sino que, además, la amplitud de sus considerandos y la firmeza de sus conclusiones habrá de funcionar como garantía de igualdad de otros grupos históricamente vulnerados. En este instrumento, la Corte IDH explica que no toda diferencia de trato debe ser reputada discriminatoria, sino:

“[...] solo aquella que se base en criterios que no puedan ser racionalmente apreciados como objetivos y razonables, es decir, cuando no persigue un fin legítimo y no existe una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido”³².

Una distinción de este tipo genera una presunción de invalidez respecto del objetivo perseguido por el Estado al establecer la diferencia y, en consecuencia, éste debe presentar fuertes razones que justifiquen su utilización. Ello quiere decir que existe un mayor rigor en el examen y admisión de cualquier desigualdad que se derive de esas específicas razones, y para no convertirse en una injerencia estatal arbitraria, debe superar el “test de razonabilidad”³³, conforme pautas exigentes y restrictivas³⁴.

El Tribunal de Estrasburgo se ha ocupado de ellas precisando que: (a) la condición específica de “no discriminación” no debe entenderse en el sentido de que éste prohíba el establecimiento de diferenciaciones legítimas; (b) una diferencia de trato vulnera el Art. 14 cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de tal justificación debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada, considerados desde la perspectiva de los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas; (c) una diferencia de trato no sólo debe perseguir una finalidad legítima, sino que ha de respetar asimismo una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida³⁵.

Para el Tribunal de Luxemburgo, el principio de proporcionalidad exige que las medidas adoptadas no rebasen los límites de lo que resulta adecuado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa

32 Corte IDH OC 24/17, párr. 66.

33 Cfr. SABA, R.: “Igualdad ante la ley. Del principio de racionalidad al principio de no sometimiento” (Prólogo) en *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, ADC Siglo XXI, Buenos Aires, 2005, p. 126.

34 Cfr. KIPER, C.: *Derechos de las minorías ante la discriminación*, cit., p. 133.

35 Cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *El principio de igualdad y el derecho comunitario*, cit., p. 41.

controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos³⁶.

También en la dimensión americana se exige este escrutinio estricto del principio de proporcionalidad, de modo que, para que la distinción no sea arbitraria debe: (a) constituir una medida necesaria para alcanzar un objetivo convencionalmente imperioso (para analizar la idoneidad no es suficiente que el fin sea legítimo en el marco de la Convención, sino, además, imperioso); (b) El medio escogido no solo debe ser adecuado y efectivamente conducente, sino también necesario, es decir, que no pueda ser reemplazado por un medio alternativo menos lesivo; y (c) adicionalmente, se incluye un juicio de proporcionalidad en sentido estricto, conforme al cual los beneficios de la medida enjuiciada deben ser claramente superiores a las restricciones que ella impone a los principios convencionales afectados con la misma³⁷.

Conviene advertir que la Corte IDH no parece recoger la doctrina del margen de apreciación nacional. En este punto existe una diferencia relevante con el sistema del TEDH, que manifiesta una preocupación constante por señalar que el Convenio no tiene la pretensión de crear un derecho único para todos los Estados que lo integran, sino más bien delimitar estándares mínimos dentro de toda sociedad democrática y pluralista, con la finalidad de incluir en la interpretación de las normas internacionales europeas la diversidad de realidades jurídicas nacionales³⁸. Y por eso, en la práctica, confiere a las autoridades de los Estados nacionales amplias facultades para regular ciertos derechos, ya que, según entiende, son éstos los que se encuentran en mejores condiciones para determinar las necesidades y los riesgos existentes³⁹.

2. El principio de protección de la diferencia.

El derecho a ser diferente conlleva el de elegir su propio destino y no ser tratado en forma perjudicial por ello, y tiene una estrecha vinculación con aquello

36 TJCE, 10 de marzo de 2005, Tempelman y van Schaijk, C-96/03 y C-97/03 (LA LEY 57570/2005), EU:C:2005:145, apartado 47; TJUE 16 de julio de 2015, CHEZ Razpredelenie Bulgaria, C-83/14 (LA LEY 92912/2015), EU:C:2015:480, apartado 123, y de 15 de febrero de 2016, N., C-601/15 PPU, EU:C:2016:84, apartado 54.

37 Corte IDH OC 24/17, Párr. 81.

38 VALIÑA, L.: "El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno", en AA.VV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales*, ABREGÚ, M. y COURTIS, C. (Comp.), Editores del Puerto y CELS, 1º ed. Buenos Aires, 1997, p. 179. retaciejercitaciejercicio de su funcide Deiciudente exigiendo a los Estados que os vinculados a la interpretaciejercitaciejercicio de su funcide Deiciudente exigiendo a los Estados que os vinculados a la interpretaciejercicio de su funcide Dec

39 io de su funcide De TEDH *Caso Stjerna c. Finlandia*, 24 de noviembre de 1994, Serie, A núm., 299 B.

que Perez Luño llamó “exigencia de diferenciación.” Involucra el respeto y la tolerancia y exige reconciliar igualdad con diversidad; esto es, que la igualdad en esencia sea compatibilizada con la diversidad en existencia, partiendo de la base de que igualar no implica uniformar ni suprimir diferencias personales⁴⁰, y permite proporcionar un trato desigual a aquellos que son diferentes⁴¹, precisamente para garantizar la real protección de los derechos fundamentales de todos.

Este principio se vincula intrínsecamente con la autonomía, el derecho al libre desarrollo de la personalidad (OC 24/2017 párr. 89) y la configuración de la propia identidad, que define a la persona como tal, expresa su modo de ser y de existir, y la proyecta al mundo exterior⁴². La esfera íntima y la facultad de autodeterminarse por un lado, y la de manifestar y desarrollar su personalidad del modo elegido por el otro, son el punto crucial (que implica el derecho a ser distinto, a pensar distinto y a manifestarse en consecuencia), en que se puede encontrar la auténtica igualdad, y con ello, la real posibilidad del disfrute pleno de sus derechos humanos.

La protección del derecho a la identidad personal opera como una restricción insuperable para el legislador, quien no puede exigir a ningún individuo la renuncia a ser él mismo, distinto de los demás, como una condición para el ejercicio de un derecho igual que el resto. Tal como explicó la Corte Suprema de la Nación Argentina:

“Carece de todo sentido hablar del derecho a un trato igualitario si previamente se nos forzó a todos a ser iguales. El artículo 19 de la Constitución Nacional, en combinación con el resto de las garantías y los derechos reconocidos, no permite dudar del cuidado que los constituyentes pusieron en respetar la autonomía de la conciencia como esencia de la persona –y, por consiguiente, la diversidad de pensamientos y valores – y no obligar a los ciudadanos a una uniformidad que no condice con la filosofía política liberal que orienta a nuestra norma fundamental”⁴³.

Proteger el derecho a ser diferente exige un rol proactivo del Estado mediante las llamadas medidas de acción positiva orientadas remover obstáculos y asegurar que todos puedan disfrutar sus derechos en plenitud. Procuran compensar y equilibrar la situación de un determinado grupo o sector históricamente perjudicado y, a largo plazo, reducir los niveles de desigualdad en la sociedad⁴⁴.

40 JIMÉNEZ, P.: *Derecho Constitucional Argentino*, cit., t. II, p. 124.

41 Cfr. RABOSI, E. “Derechos Humanos”, cit., p. 45.

42 Para ampliar FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 113.

43 CSJN; 21/11/2006; “Asociación Lucha por la Identidad Travesti – Transexual c/ Inspección general de justicia,” LL 2006-F 727 II.

44 Cfr. MARTÍN VIDA, M.: *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002, p. 37.

Para ilustrar sobre estas medidas, puede recordarse el camino recorrido por el TJCE en materia de discriminación de género, desde el precedente “Kalanke”⁴⁵ que, al rechazar las acciones positivas, generó fuertes críticas e impulsó a la Comisión Europea a replantearse la cuestión. Luego, en Marschall, reconoció la legitimidad a estas medidas (incluidas las cuotas), con determinadas condiciones de flexibilidad, proporcionalidad y apertura declarando la prioridad de las mujeres en el acceso al empleo y la promoción, siempre que sus capacidades, competencia y experiencia profesional se encuentren al mismo nivel que las del hombre “salvo que concurran en la persona del candidato masculino motivos que inclinen la balanza a su favor”⁴⁶. A partir del art. 23 de la Carta de Derechos Fundamentales, no existen dudas sobre su legitimidad.

En territorio americano, la OC 24/17, en su párrafo 65 deja en claro que los Estados están obligados a adoptar medidas positivas para revertir o cambiar situaciones discriminatorias existentes en sus sociedades, en perjuicio de determinados grupos de personas.

V. LOS CRITERIOS PROTEGIDOS CON MAYOR IMPACTO EN EL DERECHO DE LAS FAMILIAS

Lo fundamental para avanzar hacia un derecho de las familias humanista es determinar cuáles son las “propiedades” que no autorizan establecer distinciones de trato.

La revisión de los textos básicos de la normativa internacional arroja nóminas de criterios críticos referidos a rasgos o condiciones generales que pueden significar la realización de actos típicamente discriminatorios por razones concretas estimadas como especialmente rechazables. La doctrina los llama “categorías sospechosas”⁴⁷, pues históricamente sirvieron para someter a diversos grupos de personas, menoscabando su dignidad y privándolos del acceso a derechos básicos.

Según la Corte IDH la arbitrariedad surge:

“[...] en casos de tratos diferentes desfavorables, cuando el criterio diferenciador se corresponde con uno de aquellos protegidos por el artículo I.1 de la Convención que aluden a: i) rasgos permanentes de las personas de los cuales

45 TJCE, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, Case C-450/93 (17/10/1995). Petición de decisión prejudicial. Alemania. Sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres. El texto completo en español está disponible en <http://www.eur-lex.europa.eu>

46 TJCE, Marschall v. Land Nordrhein-Westfalen; Caso N ° C-409/95 II de noviembre de 1997 <http://eur-lex.europa.eu>

47 Sobre el concepto de categorías sospechosas, ver entre otros GULLO, H.: “El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino” en AAVV., *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, ALEGRE, M., GARGARELLA, R. (coord.) Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007 pp. 253.

éstas no pueden prescindir sin perder su identidad; ii) grupos tradicionalmente marginados, excluidos o subordinados, y iii) criterios irrelevantes para una distribución equitativa de bienes, derechos o cargas sociales⁴⁸.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, en su Artículo 21, enumera el sexo, la raza, el color, los orígenes étnicos o sociales, las características genéticas, la lengua, la religión o convicciones, las opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. Por su parte, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, proscribire cualquier discriminación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual.

Como se observa, el abanico de criterios que pueden funcionar como categorías sospechosas es amplio y diverso, pero al derecho de las familias interesan especialmente el género y la orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

En relación al primero de ellos es preciso recordar que uno de los principales estandartes de la lucha por la igualdad, ha sido la histórica situación de la mujer. Así, la “Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana”, redactada y presentada a la Asamblea Nacional Francesa en el año 1791 por Olympia de Gouges, que postulaba la dignidad de las mujeres y, por consiguiente, el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales, le costó perder la vida en la guillotina mientras sus compañeras fueron recluidas en hospicios para enfermos mentales, convirtiéndose en una de las primeras mártires de la causa y los movimientos feministas. Y qué decir de la “Reivindicación de los derechos de la mujer” que en el año 1792 escribió la inglesa Mary Wollstonecraft, uno de los manifiestos feministas más radicales de la historia, inspirado en cambiar la idea de que la mujer no solo existe para el placer del hombre, proponiendo que reciba el mismo tratamiento que aquél en educación, derechos políticos, en el trabajo, y que fuera juzgada por los mismos patrones morales.

Más allá de aquellos lejanos antecedentes, podría decirse que el punto de partida del reconocimiento de la mujer como sujeto de derechos se produjo recién en el siglo pasado, con la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Luego siguieron el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución ajena (1949), la Convención sobre derechos políticos de la mujer (1952), la Convención Sobre Nacionalidad de la Mujer Casada (1958), la Convención sobre discriminación en el empleo y la ocupación

48 Corte IDH OC 24/17, párr. 66.

(1958), la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza (1960), la Convención sobre la edad mínima de consentimiento y registro de matrimonios (1962), la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer (1967). Pero fue recién con la Convención sobre la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (1979) cuando se consagraron los derechos humanos específicos de la mujer, puesto que los Estados asumieron el compromiso de garantizarle el goce de derechos y libertades en igualdad de condiciones con el hombre y de adoptar medidas en todas las esferas de la vida tendientes a modificar patrones de conducta, prejuicios y prácticas consuetudinarias fundadas en la idea de inferioridad del sexo femenino⁴⁹.

Un paso más allá en esta evolución se concreta con la Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos de Viena (1993) que declaró: "los derechos humanos de la mujer y la niña son parte inalienable integrante e indivisible de los derechos humanos universales". Esta consagración obligó a una relectura de la condición de la mujer y avanzó hacia el reconocimiento de su paridad con el hombre, sin que ello signifique la supresión de las diferencias propias. Con ello hay un reconocimiento de que la problemática de los derechos humanos de las mujeres, a la vez que idéntica, es también distinta a la de los hombres. Igual que los varones, son víctimas de represión, tortura, desapariciones, hambre; pero, además, son discriminadas por su pertenencia al género femenino y en razón de ello, padecen violencia física, psicológica, económica, sexual y reproductiva.

En el ámbito comunitario europeo, la igualdad de sexos ha alcanzado especiales repercusiones en el plano laboral. Más allá que el artículo 22 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales se hace cargo del tema, ha sido muy importante el papel del TJCE, que en los casos Defrenne fue ampliando progresivamente el paraguas de protección de los derechos de la mujer⁵⁰.

49 Ver también las cuatro conferencias mundiales, Méjico -1975, Copenhague -1980, Nairobi 1985 y Beijing -1995.

50 En Defrenne I, una azafata belga de una compañía aérea planteó que la normativa de su país, que excluía a las azafatas del régimen de pensiones aplicables al resto de personas que trabajaban a bordo de una aeronave comercial, resultaba discriminatoria con argumento en que esa pensión abonada por la seguridad social constituía una ventaja pagada indirectamente por el empresario al trabajador en razón del empleo de este último. El tribunal rechazó la pretensión por entender que no había discriminación (violación al 119 TCEE). En Defrenne II la mujer alegó discriminación porque no obstante haber realizado iguales funciones que sus compañeros varones existían diferencias en la remuneración. Aquí el Tribunal reconoció que el principio de igualdad de remuneración forma parte de los fundamentos de la comunidad y que "teniendo el Art 119 un carácter imperativo, la prohibición de discriminar entre trabajadores masculinos y trabajadores femeninos se impone no solamente a la acción de las autoridades públicas, sino también se extiende a todos los convenios que regulen de manera colectiva el trabajo asalariado, así como a los contratos entre particulares". Agregó que las jurisdicciones nacionales tienen el deber de asegurar la protección de los derechos que esa disposición confiere a los justiciables, sobre todo en el caso de discriminaciones que hallan directamente su origen en disposiciones legislativas o en convenios colectivos de trabajo, así como en el caso de una remuneración desigual de trabajadores femeninos y trabajadores masculinos por el mismo trabajo, cuando éste ha sido realizado en un mismo establecimiento, privado o público. Finalmente, en Defrenne III la mujer cuestionó la finalización obligatoria de su contrato de trabajo a los 40 años mientras sus compañeros de sexo masculino que cumplen idénticas tareas lo finalizan a otra edad superior.

Respecto al segundo criterio, el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica admitir que no existe una única forma de vivir y gozar la sexualidad y repulsa toda actitud paternalista de los Estados Constitucionales que, recurriendo al concepto de “bien común” o de “moralidad pública” descalifique o desproteja cualquier otra forma de sexualidad que no sea la heterosexual.

En el ámbito europeo, la consideración de esta categoría como criterio protegido por los instrumentos internacionales de derechos humanos ha iniciado un recorrido (no exento de dificultades) hacia finales del siglo pasado⁵¹. La resolución “sobre igualdad de derechos para homosexuales en la Comunidad”, aprobada por el Parlamento Europeo el 8 de febrero de 2002, señala una tendencia en su tratamiento y la necesidad de su reconocimiento jurídico. Postula que “todos los ciudadanos deben recibir el mismo trato, con independencia de sus tendencias sexuales” e invita a “abolir todas las disposiciones de leyes que incriminan y discriminan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo”.

La Corte IDH repara en que los documentos internacionales suelen incluir, entre los criterios que prohíben discriminar, la fórmula abierta “cualquier otra condición.” Esta expresión deja latente la posibilidad de considerar otras causales que tengan una entidad asimilable (tal como la orientación sexual), debiendo ser interpretada del modo más favorable a la tutela de los derechos de la persona humana, esto es, conforme a la aplicación del principio *pro persona*⁵². Al respecto, la OC 24/17 recoge la jurisprudencia evolutiva del TEDH, que se ha inclinado en forma progresiva por incluir la orientación sexual y la identidad de género como categorías comprendidas en la fórmula⁵³. Asimismo, recuerda que en el caso *S. L. vs. Austria*⁵⁴ el Tribunal de Estrasburgo consideró carentes de justificación objetiva y razonable las diferencias en el trato de las poblaciones heterosexual y homosexual sobre la base de la edad del consentimiento para tener relaciones sexuales.

En esta línea se encuentra también la identidad de género y sexual, que es uno de los componentes esenciales de todo plan de vida y de la individualización de la persona (OC 24/2017, párr. 91); su falta de reconocimiento podría resultar en una censura indirecta a las expresiones de género que se aparten de los estándares

El tribunal acogió su pretensión con fundamento en la prohibición de discriminar. (TJCE Defrenne v. Sabena 1976 C-43/75 TJCE Defrenne v. Sabena 15/06/1978 (No.3), C-149/77)
Compulsar <http://eur-lex.europa.eu> [Fecha de Consulta. 10/02/2018]

51 Recuérdese que durante mucho tiempo la homosexualidad ha sido una práctica perseguida por la mayoría de los sistemas jurídicos del mundo, despreciada por la iglesia católica (su más acérrima detractora) y considerada una enfermedad por la OMS, que recién la excluyó del listado en el año 1992

52 Corte IDH OC 24/17, párr. 67.

53 Cfr. TEDH, *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, No. 33290/96, Sentencia de 21 de diciembre de 1999, párr. 28, *Caso Clift Vs. Reino Unido*, No. 7205/07, Sentencia de 13 de julio de 2010, párr. 57.

54 TEDH, *Caso S.L. Vs. Austria*, No. 45330/99, Sentencia de 19 de enero de 2003, párrs. 44 a 46.

cisnormativos⁵⁵, o heteronormativos con lo cual se envía un mensaje generalizado de que aquellas personas que se aparten de dichos estándares “tradicionales” no contarán con la protección legal y el reconocimiento de sus derechos en igualdad de condiciones respecto de aquellas personas que no se aparten de los mismos (OC 24/2017 parr. 97). Por ello concluye en el parr. 101 inc. i):

“El reconocimiento de la identidad de género por el Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas *trans*, incluyendo la protección contra la violencia, tortura malos tratos, derecho a la salud⁵⁶, a la educación, empleo, vivienda, acceso a la seguridad social, así como el derecho a la libertad de expresión, y de asociación”.

En consecuencia, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género son categorías protegidas, y ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, puede disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos por estas razones. Como anticipé, en el espacio interamericano no parece tener cabida la teoría del margen de apreciación de los Estados, por eso la OC 24/2017 dice claramente:

“La falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de ciertos grupos o personas que se distinguen por su orientación sexual, su identidad de género o su expresión de género, reales o percibidas, no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restringirles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estos grupos o personas han sufrido. El hecho de que ésta pudiera ser materia controversial en algunos sectores y países, y que no sea necesariamente materia de consenso no puede conducir al Tribunal a abstenerse de decidir, pues al hacerlo debe remitirse única y exclusivamente a las estipulaciones de las obligaciones internacionales contraídas por decisión soberana de los Estados a través de la Convención Americana” (párr. 83).

Finalmente, en el marco de este sintético análisis de la progresiva evolución del reconocimiento de derechos de estos sectores tradicionalmente vulnerados, en fecha reciente el TJUE se pronunció sobre la posibilidad de someter a un solicitante de asilo a un examen psicológico para comprobar su orientación sexual. Aunque no se opuso a que la autoridad responsable del examen de la solicitud o los órganos jurisdiccionales, ordenen un dictamen pericial para la valoración de los hechos y las

55 En el párr. 32. define la cisnormatividad como la idea o expectativa de acuerdo a la cual, todas las personas son cisgénero (la identidad de género de la persona corresponde con el sexo asignado al nacer), y que aquellas personas a las que se les asignó el sexo masculino al nacer siempre crecen para ser hombres y aquellas a las que se les asignó el sexo o femenino al nacer siempre crecen para ser mujeres.

56 Para un análisis de la identidad de género en relación al derecho a la salud, CORCHETE MARTIN, M.: *Colectivos vulnerables y crisis económica en Europa. Una visión desde la identidad de género*. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 109, Septiembre-Diciembre, pp. 225-246.

circunstancias relativas a la orientación sexual, exigió que los métodos empleados respeten los derechos fundamentales garantizados por la Carta y que la autoridad y los órganos jurisdiccionales no fundamenten su decisión únicamente en esas conclusiones. Pero, sobre todo, dejó en claro que para valorar la credibilidad de la orientación sexual cuestionada no es posible utilizar un examen psicológico que tenga por objeto proporcionar una imagen de la orientación sexual del solicitante basándose en tests de personalidad proyectivos⁵⁷.

VI. PROYECCIONES DE LA IGUALDAD SOBRE EL DERECHO DE LAS FAMILIAS.

I. No discriminación de la familia no matrimonial

El pluralismo social y jurídico en el que se encuentran anclados los Estados constitucionales contemporáneos impone al legislador la obligación de proteger los derechos fundamentales de todas las personas con independencia de la configuración familiar que integren. Ello implica reconocer que el concepto de familia es evolutivo y dinámico⁵⁸:

“La existencia de la familia no ha estado al margen del desarrollo de las sociedades. Su conceptualización ha variado y evolucionado conforme al cambio de los tiempos”; (hasta no hace mucho, todavía se consideraba legítimo distinguir entre hijos nacidos dentro o fuera de un matrimonio). Incluso a veces, la evolución de estas nociones ha ocurrido mucho antes que la legislación de un Estado se adapte a las mismas”. (OC 24/17 párr. 177).

Una mirada a la realidad demuestra que hoy existe una multiplicidad de formas de vivir los afectos que cumplen las funciones básicas tradicionalmente asignadas a la familia por la comunidad: son medio de socialización de sus integrantes, vehículo de transmisión de pautas de comportamiento, de hábitos, de usos y creencias, lugar de desarrollo de los afectos y de proyección y concreción del proyecto vital⁵⁹.

La Corte IDH es terminante al señalar que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo en particular⁶⁰ (párr. 174 OC 24/2017). Sin dudas, la potencialidad evolutiva del concepto de vida familiar en la jurisprudencia del

57 TJUE, Sala Tercera, Sentencia de 25 Ene. 2018, C-473/2016 Ponente: Bay Larsen, Lars. núm. de Recurso: C-473/2016 Diario La Ley, núm. 9141, Sección La Sentencia del día, 16 de Febrero de 2018, Editorial Wolters Kluwer ECLI: EU:C:2018:36.

58 Ver por ejemplo TEDH, Caso *Marckx Vs. Bélgica*, No. 6833/74, Sentencia de 13 de junio de 1979, párr. 14. TEDH, Caso *Elsholz Vs. Alemania*, No. 25735/94, Sentencia de 13 de julio de 2000, párr. 43.

59 Compulsar LLOVERAS, N. SALOMÓN, M.: *El derecho de familia*, cit. pp. 339 a 348.

60 Corte IDH, Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, 2012, párr. 142.

TEDH a partir de la interpretación del art. 8 del CEDH⁶¹, ha funcionado como plataforma de argumentación⁶².

“[L]a definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes, como los tíos, primos y abuelos, para enumerar sólo algunos miembros posibles de la familia extensa, siempre que tengan lazos cercanos personales. Además, en muchas familias la(s) persona(s) a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de una niña o niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos (párr. 178).

[...] Una familia también puede estar conformada por personas con diversas identidades de género y/o orientación sexual” (OC 24/17, párr. 179).

La riqueza y diversidad de la región (americana) reflejada en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas⁶³, (OC 24/17, párr. 190).

En este entendimiento, cualquiera sea el modelo de familia elegido, ha de ser protegido por la sociedad y el Estado (OC 24/17 párr. 179). Sea matrimonial o no, homosexual o heterosexual, ensamblada o reconstituida, monoparental, etc., pues la valoración del espacio de autonomía para decidir de qué modo se desea vivir, implica el igual respeto por proyecto de vida que cada uno elige. Este panorama excluye cualquier justificación razonable para una diferencia de trato en cuanto a las garantías de derechos humanos en situaciones sustancialmente análogas, ya sea por la naturaleza de la pareja o por el modelo familiar elegido.

La contundencia de todos estos fundamentos ha impactado definitivamente en el derecho de las familias vigente en la Argentina. El Título III del Libro Segundo del nuevo Código Civil Comercial confiere un marco jurídico a las llamadas “uniones convivenciales”, brindándoles una protección que garantiza la igualdad

61 Para el derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el artículo 7 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, véase TJUE, 2 de diciembre de 2014, A y otros, C-148/13 a C-150/13 (LA LEY 160965/2014), EU:C:2014:2406.

62 Abundar SÁNCHEZ CORREA, R.: *La protección de la familia en el espacio europeo. Estándares básicos. Proyecciones al ámbito interamericano*. Revista institucional de la defensa pública, Año 3, Número 5, Buenos Aires, 2013, pp. 61-107.

63 Cfr. Corte IDH Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam. Reparaciones y Costas. Sentencia de 10 de setiembre de 1993.

en el reconocimiento de los derechos fundamentales de sus miembros (art. 519 a 522 CCyC).

2. Igualdad de derechos de hombres y mujeres en las relaciones intrafamiliares

La superación de las diferencias jurídicas entre hombres y mujeres en las relaciones intrafamiliares ha sido una preocupación constante de la mayoría de los sistemas legislativos de los estados democráticos durante los últimos cincuenta años, en tanto la CEDAW les reconoce idéntica capacidad e igualdad en materias civiles y las mismas oportunidades para su ejercicio (conf. art. 15). Además, el artículo 13 impone la obligación de adoptar medidas para eliminar la discriminación en las esferas de la vida económica y social, asegurando idéntico derecho a las prestaciones familiares.

En la Argentina, la ratificación de los instrumentos internacionales de protección de la mujer y su incorporación al bloque de constitucionalidad han venido impulsando reformas de aquellas normas que consagraban discriminaciones arbitrarias en el seno de las familias. Estrechamente ligado al principio de igualdad entre hombres y mujeres en todas las esferas de la vida, se fue afianzando el postulado de igualdad jurídica de los cónyuges y erradicándose la tradicional concepción de debilidad de la mujer asentada en el rol dedicado a las funciones domésticas frente a un varón “proveedor de sustento”.

No obstante esta importante evolución legislativa, una mirada realista exige reconocer que la igualdad proclamada en los textos no siempre alcanza su concreción plena. La dinámica de la vida moderna no ha logrado dar una respuesta idónea para superar las diferencias de trato que padecen muchas mujeres en su vida social o familiar, y que en incontables casos todavía están sometidas a diversas formas de discriminación.

De allí la importancia que ha sido necesario diseñar un derecho de las familias que contemple medidas de acción positiva; por ejemplo, el art. 455 del CCyC que confiere valor económico al trabajo doméstico, de algún modo semejante a la consideración del art. 1438 del Código español; o el art. 441 CCyC que introduce la compensación económica como una figura con perspectiva de género (cuya principal fuente comparada ha sido el art. 97 del Código español).

3. La orientación sexual y la identidad de género en las relaciones familiares.

Las uniones homosexuales han sido protegidas con diferente extensión en varios países europeos. Algunos habilitan el matrimonio con todos sus efectos, mientras que otros les proveen un estatuto diferenciado. Al respecto, aunque el TEDH no abandona el postulado de que el Convenio no impone a los Estados

contratantes la obligación de conceder acceso al matrimonio a las parejas del mismo sexo, puede repasarse su jurisprudencia evolutiva⁶⁴.

En el ámbito americano, la cuestión parece ser diferente, especialmente a partir de la OC 24/17, cuyo párrafo 228 exige a los Estados miembros que:

“[...] garanticen el acceso a todas las figuras ya existentes en los ordenamientos jurídicos internos, incluyendo el derecho al matrimonio, para asegurar la protección de todos los derechos de las familias conformadas por parejas del mismo sexo, sin discriminación con respecto a las que están constituidas por parejas heterosexuales” (párr. 228).

Históricamente, la Argentina no fue ajena a la posición represiva de las uniones homosexuales. Recién en el año 2002, la ley 1004 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que reguló a las “uniones civiles” se erigió tímidamente como un primer paso en el reconocimiento jurídico a las relaciones homosexuales. Un argumento muy utilizado para mantener la distinción entre el matrimonio y las uniones de hecho ha sido la interpretación literal de los textos de los tratados de derechos humanos. Para rebatirlo se argumentó que cuando éstos se refieren al “derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio” (tal como el art. 32 de la Constitución Española)⁶⁵ lo hacen en un sentido inclusivo, que debe ser interpretado o en forma dinámica y evolutiva.

A partir de entonces, en ejercicio de las facultades que le confiere el control difuso de convencionalidad y constitucionalidad, varios tribunales nacionales declararon la inconstitucionalidad de las normas que impedían el derecho a contraer matrimonio a las personas homosexuales. Buena parte de la sociedad civil acompañó esta tendencia, que movilizó al Congreso a sancionar la ley 26.618/2010, por la que se suprimió la exigencia de la heterosexualidad. Finalmente, llegado el año 2015 entró en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial que consagró el derecho al matrimonio y a la igualdad de los efectos, con independencia de la orientación sexual. El art. 402 expresa:

64 Ver por ejemplo el caso Horst Michael Schalk y Johan Franz Kopf v. Austria (solicitud núm. 30.141/2004; de fecha 24/06/2010), mediante el cual el TEDH recordó que el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia contemplado en el art. 12 del Convenio (que en el contexto histórico de su sanción no pudo sino referirse a la unión de personas de distinto sexo) está sujeto a “las leyes nacionales de los Estados contratantes,” pues el matrimonio es una institución que tiene raíz en las connotaciones sociales y culturales propias de cada Estado, que pueden diferir en gran medida de una sociedad a la otra. No obstante, la reglamentación no puede restringir o reducir el derecho de tal manera que resulte comprometida su esencia. Se trata de un tema que se encuentra todavía en evolución y sobre el cual no existe consenso; en consecuencia, el TEDH no condena por no permitir el matrimonio homosexual, siempre y cuando haya protección suficiente para la vida familiar de la pareja homosexual (Compulsar comentario en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. ROMERO C. HERRERA, M.: Síntesis Jurisprudencial Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, 2010 III, p. 263.)

65 Ley 13/2005, que modifica el artículo 44 del Código Civil español.

“Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”.

Con esta decisión legislativa, el derecho privado argentino se ha anticipado a los mandatos recientes de la Corte IDH, avanzando de forma notoria en el estándar de protección igualitaria de las relaciones familiares.

VII. BREVES CONCLUSIONES

Al comenzar este estudio he postulado que uno de los principales desafíos que deben enfrentar los ordenamientos jurídicos nacionales, a la hora de regular las relaciones familiares, reside en diseñar un derecho pluralista e inclusivo, que trascienda el discurso único y ofrezca un marco de contención para el proyecto de vida personal y familiar que cada uno haya decidido emprender.

Se ha visto que para lograrlo es preciso articular las transformaciones socioculturales con el paradigma de los derechos fundamentales examinado a la luz del sistema internacional, y superar aquella aparente contradicción entre lo público y lo privado anclada en una supuesta incompatibilidad de caracteres que obstaculizaba cualquier interacción entre ellos.

De este modo, el diálogo fecundo entre el principio de igualdad y sus derivados (prohibición de discriminar y protección de las diferencias como forma de consolidación de la identidad personal) con las instituciones del derecho local se convierte en el sustrato sobre cual han de de-construirse y reconstruirse las normas del derecho de las familias.

El nuevo Código Civil y Comercial Argentino es un reflejo fiel de este proceso de transformación y adecuación. El Libro Segundo que regula las relaciones familiares es, quizás, su máximo exponente: La consagración plena de la igualdad jurídica del hombre y la mujer que se expresa desde el lenguaje utilizado (se sustituyen los términos hombre y mujer para referirse a los miembros de la pareja por cónyuges o convivientes), la incorporación de figuras con perspectiva de género, preocupadas por equiparar las diferencias ancladas en viejos patrones culturales heteropatriarcales (compensación económicas, valor del trabajo doméstico o del cuidado de los hijos) y la consagración plena de los derechos familiares de las personas con independencia de su orientación sexual, expresan que el sistema interno está en sintonía con el Estado democrático de derecho.

Resta esperar que la interpretación y aplicación de este nuevo derecho familiar pluralista e inclusivo se encuentre a la altura de los tiempos y de las exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y paradójica.

BIBLIOGRAFÍA

ALEGRE, M. y GARGARELLA, R. (coord.): *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002

ALMEIDA, S.: *Familia a la luz del Convenio Europeo de Derechos humanos*, Juruá Ed., Lisboa, 2015.

BARBOSA, J.: *Derecho Internacional Público*, Zavalía, Buenos Aires, 2003.

COLAUTTI, C.: *Derechos Humanos constitucionales*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999.

CORCHETE MARTIN, M.: "Colectivos vulnerables y crisis económica en Europa. Una visión desde la identidad de género", *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109, Septiembre –Diciembre, pp. 225-246.

FERNÁNDEZ SESSAREGO, C.: *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

GIL DOMINGUEZ, A., FAMÁ, M., HERRERA, M.: *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, 2006.

GULLCO, H.: "El uso de las categorías sospechosas en el derecho argentino", en AA.VV.: *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (coord. M. ALEGRE y R. GARGARELLA), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

GUTIERREZ DE CABIEDES, P. y otros.: "Derecho a la igualdad y prohibición de la discriminación: Cultura, Constitución y autonomía de la voluntad", en AA.VV.: *Los Alardes: una perspectiva jurídica. Libertad e igualdad en las relaciones entre particulares* (coord. J. MARÍN LÓPEZ), Casio de Irún, Irún, 2000.

JIMENEZ, E.: *Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., ROMERO C., HERRERA, M.: *Síntesis Jurisprudencial Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, RDF, 2010, III,163.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: *El principio de igualdad y el derecho comunitario, El principio de igualdad y el derecho comunitario*, Academia nacional de derecho y ciencias sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1997.

KIPER, C.: *Derechos de las minorías ante la discriminación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1998.

LLOVERAS, N., SALOMÓN, M.: *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009.

NUEVO LÓPEZ, P.: "Control de convencionalidad y aplicación judicial de los derechos fundamentales de la unión europea", *Revista Catalana de dret públic*, núm. 50, 2015, pp 141-160 www.rcdp.cat

MARTIN VIDA, M.: *Fundamento y límites constitucionales de las medidas de acción positiva*, Civitas, Madrid, 2002.

NINO, C.: *Fundamentos de Derecho Constitucional. Análisis filosófico, jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

PEREZ LUÑO, A.: *Dimensiones de la igualdad*, Cuadernos Bartolomé de las Casas, núm. 34, Dykinson, Madrid, 2005.

RABOSI, E. "Derechos Humanos; El principio de igualdad y la discriminación", en AAVV.: *El derecho a la igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario* (coord. M. ALEGRE, R. GARGARELLA), Lexis Nexis, Buenos Aires, 2007.

SABA, R., "Igualdad ante la ley. Del principio de racionalidad al principio de no sometimiento" (Prólogo), en *La Corte y los Derechos. Un informe sobre el contexto y el impacto de sus decisiones durante el período 2003-2004*, ADC Siglo XXI, Buenos Aires, 2005.

SABA, R.: "Discriminación, Trato igual e inclusión", en AAVV.: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales* (coord. M. ABREGÚ, C. COURTIS), CELS, Editores del Puerto y CELS, Buenos Aires, 2004.

SÁNCHEZ CORREA, R.: "La protección de la familia en el espacio europeo. Estándares básicos. Proyecciones al ámbito interamericano", *Revista institucional de la defensa pública*, Año 3, núm. 5, Buenos Aires, 2013, pp. 61-107.

SANZ CABALLERO, S.: *La familia en la perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

SLONIMSKI, P.: *La ley Antidiscriminatoria*, Fabián Di Placido Editor, Buenos Aires, 2001

VALIÑA, L.: "El margen de apreciación de los Estados en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en el ámbito interno", en AA.VV.:

La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales (coord. M. ABREGÚ, C. COURTIS), Editores del Puerto y CELS, 1° ed. Buenos Aires, 1997. retaciejercicio de su funcide Deiciudente exigiendo a los Estados que os vinculados a la interpretaciejerciretaciejercicio de su funcide Deiciudente exigiendo a los Estados que os vinculados a la interpretaciejercicio de su funcide Dec

VENTURA ROBLES, M. y otros.: *La naturaleza de la Función Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* http://www.corteidh.or.cr/tablas/Ventura_%20IIDH%2007.pdf



LA CONSTITUTIONNALISATION DU DROIT DE LA
FAMILLE

THE CONSTITUTIONALIZATION OF FAMILY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 474-495



Isabelle
SAYN

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Les principes d'égalité et de non ingérence dans la vie privée et familiale ont conduit à des évolutions considérables du droit de la famille. Du point de vue des enfants, l'égalité est acquise quelles que soient les circonstances de la naissances dès lors que leur filiation a été établie. Mais le principe d'égalité n'a pas (encore ?) abouti à permettre dans toutes les hypothèses l'établissement d'un double lien de filiation. Du point de vue des adultes, les inégalités persistent entre les différents modes de conjugalité. L'accès à certains droit sociaux et à la protection patrimoniale liée aux régimes matrimoniaux ou au droit des successions reste réservé aux époux. Admettre le mariage des couples homosexuels revient à maintenir les inégalités entre les modes de conjugalité, au prétexte de la possibilité offerte aux membres du couple de choisir leur statut juridique. Dans ce processus, les juridictions françaises sont plutôt restées en retrait, se contentant souvent d'enregistrer des évolutions induites par les juridictions européennes ou par la loi nationale. Les évolutions ne résultent donc pas de la seule convocation de la Constitution mais bien plus de l'intégration de normes d'origine européenne au droit interne, y compris constitutionnel, sous l'influence de la jurisprudence de la CourEDH.

PALABRAS CLAVE: Famille; couple; filiation; égalité; droits fondamentaux.

ABSTRACT: *The principles of equality and non-interference in private and family life have led to family law to a considerable evolution. From the point of view of the children, equality is acquired, whatever the origin of the filiation, from the moment in which it has been established. However, regarding adults, differences persist: only married couples have access to certain social rights and to the protection derived from matrimonial economic regimes. In this process the French Courts have only evolved driven by european jurisprudence or by the national law itself. The evolution is not based on the mere invocation of the Constitution, but rather, as a consequence of the integration of rules of european origin in domestic law, including the constitutional one, as a consequence of the influence of the jurisprudence of the European Court of Human Rights.*

KEY WORDS: *Family; couple; filiation; equality; fundamental rights.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- 1. Une définition de la famille?.- 2. Constitutionnalisation ou fondamentalisation du droit de la famille?.- 3. Contrôle de constitutionnalité.- 4. Contrôle de conventionnalité. - 5. Les droits fondamentaux aux origines des évolutions du droit de la famille.- II. L'ÉGALITÉ DES ENFANTS AU-DELÀ DES MODES DE CONJUGALITÉ.- I. L'égalité des filiations.- 2. Le droit d'établir sa (double) filiation.- A) La filiation des enfants nés sous X.- B) Le double lien de filiation des enfants naturels.- C) Sanctionner le recours frauduleux à une technique de procréation médicalement assistée.- D) Empêcher l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'un père décédé.- E) Ecarter l'établissement d'un deuxième lien de filiation d'un enfant né de relations incestueuses.- F) Empêcher l'établissement de la filiation homoparentale des enfants élevés par un couple homosexuel.- III. L'INÉGALITÉ PERSISTANTE DES DIFFÉRENTS MODES DE CONJUGALITÉ.- 1. L'égalité limitée des couples homosexuels et hétérosexuels par le mariage.- A) Le mariage pour tous.- B) La procréation assistée.- 2. L'égalité incomplète des modes de conjugalité en matière de protection sociale.- A) La marche vers l'égalité.- B) Et la pension de réversion?- 3. L'inégalité des différents modes de conjugalité en matière patrimoniale.

I. INTRODUCTION.

I. Une définition de la famille?

Si le droit français a longtemps pris pour modèle la famille légitime et unie, celui-ci a volé en éclat depuis le milieu du 20^{ème} siècle. Les façons de "faire famille" se sont multipliées en même temps que les ruptures et remises en couple successives, avec ou en dehors du mariage, en présence ou pas d'enfants communs. Il n'est donc plus possible de s'appuyer sur une notion partagée qui ferait office de définition implicite.

Il n'en reste pas moins que la "famille" est l'objet de multiples dispositions juridiques. En premier lieu, on identifie parmi elles des règles qui relèvent du droit civil et qui construisent des liens juridiques de nature familiale, liens auxquels sont attachés des droits et des devoirs. C'est le cas, s'agissant des membres du couple, lorsque le droit instaure le mariage, mais aussi et dans une moindre mesure un partenariat conventionnel (le PACS pour la France), en définissant les modalités d'entrée et de sortie dans ce statut. C'est le cas également lorsque le droit instaure un lien de filiation, là encore en définissant des modalités d'établissement et d'annulation de ce lien et organisant les relations personnelles et patrimoniales entre les parents et de leurs enfants.

• Isabelle Sayn

Directrice de recherche au CNRS, Centre Max Weber (UMR 5283), Université de Lyon (France). Correo electrónico: Isabelle.SAYN@cnrs.fr

On identifie parallèlement des règles qui ne participent pas à la construction de liens juridiques de nature familiale mais qui attachent des droits à des liens de famille juridiquement reconnus, établis par les premières. Elles organisent les droits et obligations des personnes au regard de leur statut familial, tels que les obligations alimentaires, l'attribution de l'autorité parentale ou encore les droits de succession, pour ne donner que ces exemples. On identifie enfin des règles qui ne participent pas à la construction de liens juridiques de nature familiale et qui attachent des droits à des relations de nature familiale, sans se préoccuper de savoir si ces liens sont sanctionnés par le droit (mariage, filiation) ou pas. L'existence d'un couple de fait ou l'établissement de relations de nature parentale entre un enfant et un adulte, au titre de la notion de "personne à charge" par exemple, peuvent ainsi entraîner des conséquences au plan de la protection sociale, indépendamment de l'existence d'un lien de famille préalablement établi sous l'autorité du droit civil.

Les règles d'institution de liens de famille comme les règles leur attachant des droits et obligations ont fortement évolué, en particulier au nom de l'égalité. Alors que l'objet "famille" renvoyait à une approche traditionnelle qui prévalait généralement devant les juridictions françaises et qui structurait leurs interprétations, cette tradition a été bousculée ces dernières décennies. C'est donc l'ensemble de ces liens institués et des droits qui y sont rattachés qui peuvent faire l'objet de l'analyse à l'aune de leur constitutionnalisation. Dans ce processus, les juridictions françaises sont plutôt restées en retrait, se contentant souvent d'enregistrer des évolutions survenues par ailleurs, au niveau des juridictions européennes ou du fait de la loi. Si les droits fondamentaux ont pris une grande part dans ces évolutions, spécialement le principe d'égalité, leur application à la matière familiale ne résulte donc pas de la seule convocation de la constitution mais bien plus de l'intégration de normes d'origine européenne au droit interne, y compris constitutionnel, tout spécialement sous l'influence de la jurisprudence de la CouEDH.

2. Constitutionnalisation ou fondamentalisation du droit de la famille?

La revendication de droits identiques dans des situations jugées comparables s'est affranchie de l'existence de liens de droit et s'est appuyée sur des textes d'une valeur supérieure à la loi nationale. La mobilisation de ces textes a bousculé l'ordre interne. Elle a conduit un mouvement d'égalisation des droits et obligations ou bien en octroyant à des situations de fait des droits et obligations initialement réservés à des situations de droit sanctionnées par l'existence d'un lien juridique de famille, ou bien en modifiant les règles de construction même des liens de famille. Pour la France, le terme de constitutionnalisation du droit de la famille est cependant abusif, au sens où les règles régissant la famille n'ont pas acquis pour autant une valeur constitutionnelle. Simplement, les textes de valeur législative ont

beaucoup plus souvent qu'auparavant fait l'objet de contrôles de conformité, que ce soit à l'égard de la constitution ou à l'égard de la Convention Européenne des droits de l'Homme (CEDH).

3. Contrôle de constitutionnalité.

Le contrôle de constitutionnalité tel que prévu par la constitution de 1958 était particulièrement limité, tant du point de vue des textes de référence que du point de vue des conditions de ce contrôle. Le Conseil Constitutionnel a su élargir les textes de référence dans lesquels il puise pour exercer son contrôle en créant, pas deux décisions successives, un "bloc de constitutionnalité" qui englobe non seulement la constitution de la 5^{ème} République (1958) mais aussi le préambule de la constitution de 1946¹ et la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC, 1789). La réforme des modalités de saisine du conseil a parallèlement renforcé sa place, jusqu'à la loi organique du 10 décembre 2009 instaurant la question prioritaire de constitutionnalité (QPC). Depuis, et depuis seulement, un particulier peut saisir le Conseil, y compris pour le contrôle d'une disposition déjà entrée en vigueur, dès lors que cette disposition lui est opposée à l'occasion d'une procédure juridictionnelle. Le nombre de décisions rendues s'est donc considérablement accru, dans les domaines les plus variés. Le Conseil Constitutionnel issu de la Constitution de 1958, institution essentiellement politique, ressemble dorénavant beaucoup plus à une véritable juridiction constitutionnelle, au point qu'il est maintenant question de supprimer la participation automatique des anciens présidents de la République à ses délibérations.

Le Conseil Constitutionnel ainsi reconfiguré a reconnu au fil des ans l'existence de plusieurs droits fondamentaux mobilisables dans le cadre des relations familiales, qu'il s'agisse du principe d'égalité, du droit à une vie familiale normale ou du droit au respect de la vie privée. Dorénavant, le principe d'égalité trouve sa source dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC, 1789)², qui dispose que la loi "doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse". Selon le Conseil, ce texte n'empêche pas pour autant de traiter différemment des situations jugées différentes et il admet des dérogations dès lors qu'elles sont suffisamment justifiées par la protection de l'intérêt général

1 Les dispositions du Préambule de la Constitution de la 4^{ème} République (1946) concernant directement la famille sont ses alinéa 10 ("La nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement" et éventuellement 11 ("Elle garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos, les loisirs ... "). Ces textes peuvent être utilisés par le Conseil pour affirmer l'obligation de l'Etat d'assurer une protection sociale minimale, sans que cette affirmation ne l'ait jamais conduit à déclarer inconstitutionnel un texte relatif à la protection sociale.

2 Art. 6. La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les Citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

“pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit”³. Le droit à une vie familiale normale est fondé selon le Conseil sur l'alinéa 10 du préambule de la Constitution de 1946, au terme duquel “La Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement”, tandis que le droit au respect de la vie privée a trouvé sa source d'abord dans l'article 66 de la Constitution (1958) confiant la protection de la liberté à l'autorité judiciaire, ensuite dans l'article 2 de la DDHC protégeant la liberté comme une droit imprescriptible⁴. Une éventuelle atteinte au droit au respect de la vie privée doit donc être dûment justifiée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur, sans quoi elle justifierait une déclaration d'inconstitutionnalité. La jurisprudence constructive du Conseil constitutionnel ne peut pas être comprise indépendamment des évolutions corrélatives de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme (CourEDH). Bien que le Conseil constitutionnel refuse de contrôler la conventionnalité des lois qui lui sont soumises, les droits fondamentaux qu'il a déduit de la lettre de la Constitution font en effet écho aux droits fondamentaux tels qu'ils sont analysés par la CourEDH⁵.

4. Contrôle de conventionnalité.

Parallèlement à cette évolution, la Cour de cassation française, juridiction suprême de l'ordre civil et donc compétente pour produire des interprétations éventuellement constructives du droit de la famille, s'est reconnue compétente pour procéder à un contrôle de la conformité des lois à la Convention Européenne des droits de l'Homme (CEDH). Ceci constitue une voie supplémentaire de fondamentalisation du droit de la famille, sans pour autant que l'on puisse parler de constitutionnalisation. Il n'en reste pas moins que c'est l'ensemble que constitue la jurisprudence du Conseil constitutionnel et la jurisprudence de la Cour de cassation qui a été sollicité pour participer aux évolutions du droit, la première sur la base d'une lecture constructive de la Constitution, la seconde sur la base d'une lecture du droit interne à l'aune de la CEDH telle qu'interprétée par la CourEDH.

5. Les droits fondamentaux aux origines des évolutions du droit de la famille.

Les évolutions du droit de la famille doivent cependant plus à la jurisprudence de la CourEDH et à l'intervention de la loi qu'à la jurisprudence de ces deux instances. Ainsi, lorsque la question du mariage entre personnes de même sexe a été soulevée, ces deux autorités ont refusé de s'écarter d'une définition traditionnelle de la famille, en arguant de la nécessité de ne pas empiéter sur le rôle

3 Voir par exemple Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011.

4 La constitutionnalisation de la vie privée, MAZEAUD Vincent, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 48, 2015, p. 7.

5 Sur cette analyse, voir par exemple, Les grands arrêts des droits fondamentaux, Dalloz, p. 234 s.

du législateur et en refusant corrélativement de toucher à la fabrication des liens de famille. Il s'agit clairement d'une autolimitation par le Conseil constitutionnel lui-même de son pouvoir de contrôle, qui refuse ainsi d'instaurer un "gouvernement des juges" en laissant les choix déontologiques, philosophiques ... au législateur dès lors qu'il s'agit de "questions de sociétés"⁶.

Cette abstention s'explique également comme illustrant le respect, par le Conseil constitutionnel, de la nature première des droits de l'homme, qui sont des "droits-libertés" et non pas des "droits-créances". Parce qu'ils sont de droits-libertés, ces droits fondamentaux ne pourraient que protéger les citoyens contre des intrusions de l'autorité publique dans leur sphère d'intimité. Ils ne sauraient en revanche justifier l'octroi de droits nouveaux, y compris de droits civils nouveaux, tels que le droit au mariage. Cette distinction classique, souvent mobilisée pour disqualifier les droits *sociaux* fondamentaux, également qualifiés de "droits de deuxième génération", permet aux juges de ne pas sanctionner l'Etat en raison de son inaction. Elle permet ici de justifier le refus du Conseil constitutionnel d'imposer au législateur, au nom de la Constitution, l'admission de situations nouvelles comme pouvant faire l'objet de liens familiaux juridiquement sanctionnés. A cette abstention du Conseil Constitutionnel s'ajoute une position constante de la Cour de cassation : la haute juridiction refuse d'utiliser son pouvoir d'interprétation pour assimiler des situations de fait (couples de fait, exercice d'une responsabilité parentale) à des situations de droit (mariage, filiation) pour en tirer des effets de droit (autorité parentale, obligations alimentaires, adoption de l'enfant du conjoint, régime matrimonial des biens des époux, successions...). A défaut de dispositions légales, l'existence d'un couple non marié ne saurait ouvrir tout ou partie des droits liés à la situation d'un couple marié. De même, l'existence de relations "de nature parentale" ne saurait ouvrir tout ou partie des droits attachés à un lien de filiation.

Face à cette abstention, le rôle joué par les règles légales qui construisent les liens juridiques de famille et octroient le statut juridique d'"époux", de "parent de" et "d'enfant de" a donc été essentiel. Or c'est précisément sur ce terrain que la jurisprudence du Conseil constitutionnel est restée en retrait, en renvoyant à la compétence du législateur⁷. Les effets déduits par les juges de la référence au droit constitutionnel ou aux droits fondamentaux sur le traitement juridique de la famille ont donc été relativement limités. C'est plutôt le législateur qui, tirant les conséquences des évolutions à la fois juridiques, au plan européen, et

6 Sur cette analyse, voir CHENÉDÉ, F.; DEUMIER, P.: "Le droit des personnes et de la famille, une zone de non-conrôle constitutionnel ?", *Les Nouveaux cahiers de Conseil constitutionnel*, n° 39, Dossier: La constitution et le droit des personnes et de la famille, 2013.

7 La CourEDH a pu retenir un raisonnement comparable, en considérant l'absence de consensus sur telle ou telle question et notamment celle du mariage entre personnes du même sexe. Mais il s'agissait alors de ne pas trancher un débat en cours entre plusieurs législations nationales.

sociales, a transformé profondément la figure traditionnelle de la famille, sous le contrôle limité du Conseil constitutionnel. Cependant, en admettant au sein de la "famille" des figures qui n'y avaient pas leur place au préalable, en particulier les couples homosexuels, le législateur a aussi confirmé, a contrario, que l'on ne saurait assimiler des situations de fait à des situations juridiquement construites. On peut donc considérer que la notion même de "famille" en sort renforcée, dans la mesure où les droits et obligations traditionnellement attachés à des liens de famille juridiquement construits restent attachés à de tels liens. Simplement, la possibilité d'établir ces liens a été ouverte à des situations nouvelles.

Quelle qu'en soit l'origine, il n'en reste pas moins que ces dernières décennies ont été un moment d'évolution considérable des droits concernant les relations familiales et leurs conséquences juridiques, à l'aune des droits fondamentaux. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous aborderons ici l'émergence - et les limites - de l'égalité des enfants face aux différentes modes de conjugalité (I) avant d'aborder l'inégalité persistante des différents mode de conjugalité (II).

II. L'ÉGALITÉ DES ENFANTS AU-DELÀ DES MODES DE CONJUGALITÉ

Au fil des décennies, les discriminations dont faisaient l'objet les enfants en raison des circonstances de leur naissance ont été progressivement supprimées, au point que les termes de "filiation naturelle", qui visaient les enfants nés en dehors du mariage et de "filiation légitime" ont disparu du code civil. Les conséquences attachées à la filiation en mariage ou hors mariage (autorité parentale, nom, successions...) étant devenues identiques, le débat s'est déplacé sur l'établissement à la filiation.

I. L'égalité des filiations.

Le lien de filiation étant établi, l'égalité des droits de tous les enfants, quelles que soient les circonstances de leur naissance a été achevée au tout début du 21^{ème} siècle. Cet acquis doit être associé à la jurisprudence de la CourEDH : sa condamnation de la France par l'arrêt *Mazurek*⁸ a conduit au vote de loi du 3 décembre 2001 établissant l'égalité successorale entre tous les enfants, mettant ainsi tardivement le droit français en accord avec le principe d'égalité des enfants⁹. Les débats les plus récents ne portent donc plus sur cette question, dorénavant

8 CEDH, 1er févr. 2000, n° 34406/97, *Mazurek c/ France*

9 La CEDH a, plus récemment, refusé de condamner la France en raison des dispositions transitoires de cette loi, qui limite son application aux successions à venir et aux successions ouvertes qui n'ont pas encore fait l'objet d'un partage. Le but poursuivi et particulièrement la sécurisation des droits acquis dans un affaire où la donation-partage critiquée (entre les seuls enfants légitime) remontait à l'année 1970 constituait une justification objective et raisonnable de l'atteinte au droit de l'enfant adultérin, *Fabris contre France* (CEDH, 5e sect., 21 juill. 2011, n° 16574/08).

acquise. Il porte sur le droit d'établir sa filiation, dans des situations où il est traditionnellement admis qu'il n'y a pas lieu de l'établir.

2. Le droit d'établir sa (double) filiation.

Le droit d'établir au moins un lien de filiation, s'il a pu être discuté, est aujourd'hui réglé d'une façon générale par l'application de l'adage *Mater semper certa est* à toutes les naissances, écartant ainsi la nécessité d'une reconnaissance par la mère ou les difficultés liées à l'établissement de la filiation par possession d'état : la filiation maternelle est désormais établie par la seule désignation de celle-ci dans l'acte de naissance de l'enfant (art. 311-25 C. civ.) ; sur ce point, reste seulement le débat concernant les accouchements pour lesquels la mère a demandé le secret de la naissance, dit accouchement sous X. En dehors de cette situation, c'est le droit d'établir un *double* lien de filiation qui reste discuté.

A) La filiation des enfants nés sous X.

La loi peut-elle empêcher l'établissement des filiations paternelle et/ou maternelle de ces enfants ? et à défaut d'établissement d'un lien de filiation, la loi peut-elle s'opposer à la communication à l'enfant des informations sur ses origines ? La CourEDH comme le Conseil constitutionnel ont admis respectivement la conventionalité et la constitutionnalité de l'accouchement anonyme, avec comme conséquences possibles l'impossibilité pour l'enfant à la fois d'établir ses filiations maternelle et paternelle et de connaître ses origines. La CourEDH a considéré que l'équilibre des intérêts en présence était suffisamment préservé et n'excédait pas la marge de manœuvre dont disposent les Etats. Le Conseil constitutionnel a considéré pour sa part qu'il ne lui appartenait pas de se substituer au législateur pour évaluer l'équilibre entre une préoccupation de santé publique et les intérêts en présence¹⁰. Notons cependant que les dernières évolutions législatives ont d'une part supprimé la fin de non-recevoir aux actions en recherche de maternité qui avait été instaurée par une loi du 8 janvier 1993, d'autre part – anticipant une possible condamnation par la CourEDH - créé un Conseil national pour l'accès aux origines personnelles dont l'objectif est de conserver, s'il y a lieu, les données identifiantes de la mère et de faire le lien entre la mère et l'enfant, à la demande de l'un ou de l'autre, sous la condition préalable de leur accord (loi du 22 janvier 2002). La situation du père qui souhaiterait établir un lien de filiation avec l'enfant né sous X a également été abordée : l'établissement d'un lien de filiation est possible, sous réserve des difficultés d'identification de l'enfant qui s'opposeraient, de fait, à sa reconnaissance¹¹. Cette reconnaissance est même susceptible de

¹⁰ C. Constit. 16 mai 2012, n°2012-248, QPC.

¹¹ La reconnaissance est l'acte par lequel le père déclare devant un officier d'état civil être le père de tel enfant né ou à naître et qu'il désigne, ce qui suppose a minima d'avoir connaissance de la grossesse.

paralyser une procédure d'adoption, sous réserve de survenir suffisamment tôt : toute procédure relative à la filiation reste impossible dès lors que l'enfant a été adopté ou a été placé en vue de son adoption.

B) Le double lien de filiation des enfants naturels.

La première vague d'évolution législative a donné la possibilité aux enfants naturels de faire établir leur filiation paternelle dans des circonstances où elle leur était déniée auparavant, considérant pour l'essentiel qu'il n'y avait de paternité que légitime – ou volontaire. L'action en établissement était alors fermée, parfois par des “cas d'ouverture” restrictifs, parfois par l'établissement préalable d'une filiation légitime, prioritaire, acquise automatiquement par application de la présomption de paternité. Même si les modalités d'acquisition de la filiation restent différentes (la présomption de paternité s'applique dans le cadre du couple marié seulement), l'ouverture des modes d'établissement de la filiation est aujourd'hui acquise, y compris face à une filiation paternelle légitime automatiquement établie. Cette évolution, législative¹², ne doit rien à la Constitution mais fait écho à l'interprétation de la CourEDH selon laquelle le droit au respect de la vie familiale implique un droit national “rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille”¹³. Cette règle n'est cependant pas regardée comme absolue et le législateur, parfois conforté par le Conseil constitutionnel ou la Cour de cassation, continue d'y déroger, que ce soit pour sanctionner le recours frauduleux à une technique de procréation médicalement assistée, pour préserver la dignité des pères prétendus mais décédés, pour empêcher la reconnaissance juridique d'une relation incestueuse ou encore pour empêcher l'établissement d'une filiation homoparentale. Ces différents cas de figure ont fait l'objet de développements variables, à partir d'une articulation du droit interne et du droit conventionnel.

C) Sanctionner le recours frauduleux à une technique de procréation médicalement assistée.

C'est sur l'argument de l'intérêt de l'enfant et du respect de sa vie privée que la CourEDH a récemment condamné la France qui n'acceptait pas de tirer les conséquences, sur son territoire, d'une naissance obtenue à l'étranger par le recours à une mère porteuse. La convention de mère porteuse étant interdite en France, la Cour de cassation avait en effet considéré que l'indisponibilité de

12 C'est la loi du 3 janvier 1972 qui a proclamé le principe d'égalité des filiations, tout en conservant des limites à l'établissement de la filiation naturelle et des droits réduits pour les enfants naturels adultérins. Les conditions d'établissement de la paternité furent assouplies par les lois du 25 juin 1982 et du 8 janvier 1993 et l'ordonnance du 4 juillet 2005 vint reconstruire un droit de la filiation mis à mal par les interprétations jurisprudentielles dont il avait fait l'objet. Cette ordonnance supprime la distinction entre filiation légitime et filiation naturelle. Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006, elle a été ratifiée – et modifiée à cette occasion – tardivement, par la loi du 16 janvier 2009.

13 CEDH 14 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, série A, n°31.

l'état des personnes et la fraude à la loi s'opposaient à la reconnaissance en France de la maternité pour autrui, y compris de façon indirecte, par la transcription en France d'actes de naissance établis à l'étranger¹⁴, rendant ainsi inopérante la reconnaissance faite par le père biologique de l'enfant¹⁵. Confirmant deux arrêts de condamnation¹⁶, la CourEDH a de nouveau condamné la France sur la base de deux décisions rendues en 2013 l'une par la Cour de cassation¹⁷, l'autre par la cour d'appel de Rennes¹⁸, tout en prenant acte du revirement de jurisprudence opéré entre temps, par deux arrêts du 3 juillet 2015¹⁹. La cour suprême française reconnaît dorénavant l'obligation pour le Service central de l'état civil de transcrire sur les registres français les actes de naissance étrangers, dès lors qu'ils ne sont ni irréguliers ni falsifiés et que les faits qui y sont déclarés correspondent à la réalité²⁰. L'établissement de la filiation à l'égard de l'un des membres du couple permettra ensuite de procéder à l'adoption de l'enfant du conjoint – à la condition d'un mariage préalable.

D) Empêcher l'établissement d'un lien de filiation à l'égard d'un père décédé.

Sur ce terrain, la CourEDH a condamné le droit français en ce qu'il exclut la possibilité de procéder à une expertise génétique post-mortem dans le cadre d'une recherche de paternité, interdisant de fait l'établissement du lien de filiation paternelle. La cour considère qu'une telle expertise génétique doit être admise dès lors qu'elle est la seule solution offerte au demandeur pour connaître ses origines, y compris après le décès du père prétendu, peu important que l'on puisse remettre en cause la réalité du consentement préalable du de jure. Elle considère que les arguments de la sécurité juridique et du droit à ne pas être soumis à un tel examen ne sauraient ici valablement s'opposer au droit à connaître ses origines²¹. Le Conseil constitutionnel a cependant affirmé, trois mois plus tard seulement, qu'il appartient au législateur de déterminer les règles de preuve applicables en matière d'établissement et de contestation des liens de filiation, sauf à prévoir des dispositions qui seraient jugées contraires à la constitution. Il considère "qu'en disposant que les personnes décédées sont présumées ne pas avoir consenti à une identification par empreintes génétiques, le législateur a entendu faire obstacle aux exhumations afin d'assurer le respect dû aux morts" et qu'il ne saurait substituer

14 Cass. Civ. I^{ère}, 6 avril 2011 (3 arrêts), D. 2011, p. 1585, obs. F. Granet-Lambrecht ; Cass. Civ. I^{ère}, 13 septembre 2013 (2 arrêts), note H. Fulchiron, Ch. Bidaud-Garon, D. 2013, p. 2349.

15 Cass. Civ. I^{ère}, 19 mars 2014, note H. Fulchiron, Ch. Bidaud-Garon, D. 2014, p. 905.

16 CEDH, 26 juin 2014, aff. Menesson et aff. Labassee, 65192/11 et 65941/11.

17 CEDH, 21 juillet 2016, Bouvet c. France.

18 Rennes, 8 janvier 2013 ; CEDH, 19 janv. 2017, Laborie c/ France.

19 Cass. ass. plén., 3 juill. 2015, n^{os} 14-21.323 et 15-50.002, P+B+R+

20 Mais la véracité des faits retranscrits, notamment la paternité biologique du père déclaré, est une condition nécessaire pour que le refus de retranscription soit considéré comme abusif : CEDH, grande chambre, 24 janv. 2017 Paradisio c/Italie.

21 CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n^o19535/08.

son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte du respect dû au corps humain. Il confirme donc la validité du texte incriminé (article 16-11 C. civ.), les griefs tirés de la méconnaissance du respect dû à la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale devant être écartés²².

E) Ecarter l'établissement d'un deuxième lien de filiation d'un enfant né de relations incestueuses.

La possibilité d'établir la double filiation paternelle et maternelle des enfants nés d'une relation incestueuse reste limitée. Le code civil prévoit que s'il existe entre les père et mère de l'enfant un empêchement à mariage en raison de leur proche parenté²³, la filiation déjà établie à l'égard de l'un interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre.

Pourtant, et suivant sur ce point le contrôle de proportionnalité inauguré par la Cour de cassation dans un arrêt du 4 décembre 2012²⁴, la cour d'appel de Caen a récemment refusé d'annuler le deuxième lien de filiation d'un enfant né des relations entre des frère et soeur utérins, séparés dès leur enfance. L'enfant, née en 2009, avait fait l'objet d'une reconnaissance paternelle prénatale et sa filiation maternelle avait été établie par l'inscription du nom de sa mère dans son acte de naissance. Considérant que la filiation de la mère avait été établie en second lieu, la demande d'annulation avait été formée par le ministère public en 2013 seulement, contre la filiation maternelle et alors que l'enfant avait été élevé par sa seule mère. Conformément aux conclusions du ministère public (qui relève que le père n'ayant pas été assigné, rien n'est possible à son égard), la cour a refusé de prononcer cette annulation "au regard de l'intérêt particulier de cette enfant, et des conséquences dommageables qu'[elle] aurait pour elle, dans la construction de son identité", au visa des articles 8 et 14 de la CEDH et de l'article 7 de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant. L'interdiction légale d'établir un double lien de filiation dans le cas d'inceste dit absolu est donc maintenue, mais les textes internationaux, tels qu'ils ont été reçus par les juridictions internes, permettent d'y déroger, dès lors que le respect de cet ordre public familial conduirait à malmener de façon disproportionnée les droits fondamentaux des individus.

22 Décision n° 2011-173 QPC du 30 septembre 2011

23 Qu'ils soient ascendants et descendants et alliés dans la même ligne (art. 161 C. civ.) ou frères et sœurs (art. 162 C. civ.).

24 Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, D. 2014. 179, note F. Chénéde ; AJ fam. 2014. 124, obs. S. Thouret ; RTD civ. 2014. 88, obs. J. Hauser et 307, obs. J.-P. Marguénaud. Dans cet arrêt, la cour refuse l'annulation d'un mariage pourtant incestueux, célébré sans opposition 20 ans plus tôt, en considérant que, dans cette espèce, elle constituerait une ingérence injustifiée dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale des époux.

F) Empêcher l'établissement de la filiation homoparentale des enfants élevés par un couple homosexuel.

La possibilité d'établir un deuxième lien de filiation avec un deuxième père ou mère a longtemps été éludée, le droit français permettant l'adoption de l'enfant de l'autre membre du couple dans le seul cadre du mariage – lequel était réservé aux couples hétérosexuels.

En effet, l'adoption plénière rompt les liens avec la famille d'origine, de sorte que le parent biologique perd le lien de parenté qui le rattache à l'enfant en cas d'adoption par son partenaire, au profit du nouveau lien de filiation, adoptive cette fois. L'adoption de l'enfant du *conjoint* permet d'écarter cette substitution, mais elle reste réservée aux époux. Quant à l'adoption simple, si elle permet d'ajouter la filiation adoptive à la filiation par le sang, elle prévoit le transfert automatique des droits d'autorité parentale aux adoptants. Par conséquent, la Cour de cassation juge de manière constante que, lorsque le père ou la mère biologique entend continuer à élever l'enfant, le transfert des droits d'autorité parentale qui résulterait de l'adoption est contraire à l'intérêt de l'enfant et s'oppose au prononcé de cette adoption. Le Conseil constitutionnel a jugé quant à lui que la disposition prévoyant le transfert de l'autorité parentale à l'adoptant et l'impossibilité corrélative d'adopter l'enfant du partenaire qu'en déduit la Cour de cassation est une disposition constitutionnelle, y compris dans le cas d'une adoption simple²⁵. Sur l'argument de la rupture de l'égalité, le conseil a rappelé que le principe d'égalité permet de traiter différemment des situations différentes et qu'il n'a pas à se substituer au législateur pour apprécier "les conséquences qu'il convient de tirer, en l'espèce, de la situation particulière des enfants élevés par deux personnes de même sexe". Sur le droit à mener une vie familiales normale, le conseil a affirmé que ce droit "n'implique pas que la relation entre un enfant et la personne qui vit en couple avec son père ou sa mère ouvre droit à l'établissement d'un lien de filiation adoptive", dès lors que la vie familiale normale est assurée par la "liberté du parent d'un enfant mineur de vivre en concubinage ou de conclure un pacte civil de solidarité avec la personne de son choix" et par la possibilité pour ce parent d'associer son concubin à l'éducation et à la vie de l'enfant.

Cette position a été renforcée par une décision ultérieure de la CourEDH (2012)²⁶. La Cour y rappelle que si la demande d'adoption ne saurait être refusée au motif de l'orientation sexuelle du demandeur, ce qui avait valu une condamnation antérieure de la France²⁷, il n'en reste pas moins qu'il n'y a pas de différence de traitement avec les couples hétérosexuels et homosexuels *non*

25 Conseil Constit. 6 octobre 2010 - Décision N° 2010-39 QPC.

26 CEDH, 15 mars 2012, Confirmation du refus d'accorder à une femme le droit d'adopter l'enfant de sa compagne, C. Siffrein-Blanc, AJ fam. 2012. 220.

27 CEDH, 22 janvier 2008, AJ Famille 2001, obs. F. Chénéde.

mariés. Elle ajoute que le mariage “confère un statut particulier” qui justifie une différence de traitement, et que la Convention n'impose pas aux États l'obligation d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels, ces couples bénéficiant d'un autre mode de reconnaissance juridique. L'arrêt rappelle parallèlement que la Cour n'impose pas l'établissement d'un lien de filiation dès lors que l'absence de statut légal n'empêche pas de vivre avec les enfants et prévoit notamment, s'agissant de la France, un mécanisme de délégation de l'autorité parentale et la possibilité de désigner l'autre membre du couple comme tuteur en cas de prédécès du parent légal. Ainsi, dès lors que le mariage restait nécessairement hétérosexuel et donc interdit aux couples homosexuels, l'adoption de l'enfant du conjoint leur était fermée, au même titre qu'aux couples hétérosexuels non mariés – à la différence près que les seconds pouvaient décider de se marier pour accéder à cette solution. Le mariage leur est dorénavant ouvert mais la distinction entre couples mariés et couples non mariés reste une ligne rouge.

Au final, si l'égalité de traitement des enfants disposant d'une filiation est acquise, celle-ci reste relative s'agissant de l'entrée dans le statut “d'enfant de”, lorsqu'il s'agit d'acquérir un double lien de filiation dans des situations qui heurtent une conception traditionnelle de la famille. La question semble réglée par la CourEDH pour les enfants nés d'une gestation pour autrui (GPA) et, de façon plus casuistique pour les enfants nés d'un inceste. En revanche, elle ne l'est pas encore clairement pour les enfants dont le père prétendu est décédé. Quant aux enfants élevés par un couple homosexuel, leur situation a évolué avec l'admission du mariage pour tous, montrant a contrario le maintien de différences de traitement entre les différentes façons d'être en couple.

II. L'INÉGALITÉ PERSISTANTE DES DIFFÉRENTES MODES DE CONJUGALITÉ.

L'égalité revendiquée entre couples homosexuels et hétérosexuels a été partiellement atteinte au moyen de l'admission du mariage pour tous. Cette légitimation des couples homosexuels, via le mariage, impose une forme de normalisation à tous ceux qui souhaitent se prévaloir de droits qui restent réservés aux époux, les différences de traitement entre les différents modes de conjugalité (mariage, concubinage, partenariat enregistré) restant importantes. La question de l'égalité des couples hétérosexuels et homosexuelles croise en effet celle de l'égalité des différentes formes de conjugalité. A la ligne de fracture selon l'orientation sexuelle des membres du couple s'ajoute en effet une ligne de fracture selon la “nature” des couples. Des débats plus anciens, en lien avec la place du mariage et de la famille légitime comme fondement de notre société, croisent ainsi des débats plus récents sur l'homosexualité et sa reconnaissance comme une forme légitime de mode de vie.

L'adoption de l'enfant de l'autre membre du couple a été examinée au titre de l'égalité de traitement des enfants. Elle aurait pu être examinée sur le terrain de l'égalité de traitement des couples et c'est d'ailleurs généralement sur ce terrain que le débat est placé. Mais d'autres questions doivent être abordées, qu'il s'agisse de l'accès à la parentalité via l'accès aux techniques de procréation assistée, des conséquences attachées aux couples sur le terrain de la protection sociale ou de leurs conséquences sur le terrain patrimonial. Ici, le degré de réalisation de l'égalité est très différent d'un champ à l'autre.

I. L'égalité limitée des couples homosexuels et hétérosexuels par le mariage.

A) Le mariage pour tous.

La revendication des couples homosexuels d'accéder au mariage a conduit à promouvoir une lecture renouvelée de textes rédigés dans un tout autre contexte. Appeler à statuer sur ces propositions d'interprétation à la suite de la célébration formellement valide d'un mariage entre personnes de même sexe, la Cour de cassation a affirmé que "selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme", ce principe n'étant contredit "par aucune des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme"²⁸. La loi ainsi interprétée a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. En 2011, le Conseil constitutionnel a affirmé à son tour que "le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit". Il estime donc "qu'en maintenant le principe selon lequel le mariage est l'union d'un homme et d'une femme, le législateur a [...] estimé que la différence de situation entre les couples de même sexe et les couples composés d'un homme et d'une femme peut justifier une différence de traitement quant aux règles du droit de la famille" et "qu'il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer son appréciation à celle du législateur [...]". C'est donc le parlement qui est intervenu en votant la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe. Dans sa décision n° 2013-669 DC du 17 mai 2013²⁹, le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi conforme à la Constitution, en écartant notamment l'argument selon lequel l'altérité sexuelle dans le mariage serait un principe fondamental reconnu par les lois de la République ou encore selon lequel le législateur serait incompétent pour décider d'ouvrir le mariage aux couples homosexuels. Le Conseil relève que mariage et adoption allant de pair, les époux de même sexe pourront adopter et il affirme une nouvelle fois qu'il ne lui

28 Ni d'ailleurs de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, "qui n'a pas en France de force obligatoire", Cass. 13 mars 2007, n°05-16627.

29 Cons. const. 17 mai 2013, Loi ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, n° 2013-669 DC.

appartient pas de substituer son appréciation à celle du législateur sur la prise en compte, pour l'établissement de la filiation adoptive, de la différence entre couples homosexuels et hétérosexuels. Il rappelle cependant que la procédure d'adoption prévoit un agrément préalable à l'occasion duquel l'autorité administrative doit vérifier la conformité de l'adoption à l'intérêt de l'enfant. Il relève également que la présomption de paternité ne saurait s'appliquer aux couples homosexuels, faisant ainsi obstacle à ce que deux filiations maternelles ou paternelles "par le sang" soient établies à l'égard d'un enfant.

On sait que CourEDH considère que le mariage homosexuel relève de la marge d'appréciation des Etats, dès lors que la loi nationale offre aux couples une forme suffisante de reconnaissance juridique et de protection de leur relation³⁰. Ainsi, en l'absence d'injonction sur ce point, c'est bien le législateur qui a avancé sur le terrain de l'égalité entre les couples homo et hétéro, tout en limitant les conséquences de cette assimilation sur le terrain de la procréation assistée.

B) La procréation assistée.

En matière de procréation médicalement assistée, l'inégalité des couples homosexuels et hétérosexuels est maintenue, en même temps qu'est affirmée l'égalité entre tous les modes de conjugalité.

S'agissant de la gestation pour autrui (GPA), la loi³¹ assure l'égalité de tous en interdisant purement et simplement le recours à cette solution, ce qui a conduit la CourEDH à condamner la France qui refusait de reconnaître les conséquences d'une GPA légalement pratiquée à l'étranger. Pour le reste, la loi française considère que les techniques de procréation médicalement assistée (PMA) doivent être réservées aux couples souffrant d'une infertilité d'origine pathologique. Tous les couples sont concernés, quel que soit leur statut civil (mariage, partenariat enregistré, concubinage). L'évolution vers une complète égalité résulte de la loi du 7 juillet 2011 qui a supprimé le délai de deux ans de vie commune préalablement imposé aux concubins ou aux partenaires pour pouvoir bénéficier d'une technique de PMA.

La condition d'infertilité d'origine pathologique suppose que les demandeurs doivent nécessairement être en âge de procréer et hétérosexuels. Ces dispositions excluent donc les couples homosexuels de l'accès aux PMA. Comme pour les GPA pratiquées à l'étranger, se pose alors la question de la réception en France des conséquences d'une PMA pratiquée à l'étranger à la demande de couples homosexuels. Deux avis de la Cour de cassation se sont prononcés pour l'admission

30 CEDH, 21 juillet 2015, D. 2015, I646, obs. F. Sudre, note H. Fulchiron.

31 Loi du 7 juillet 2011.

en France d'une procédure d'adoption permettant de donner une filiation à un enfant né dans ces circonstances³². Ces avis ont été rendus le 24 octobre 2014, soit quatre mois après la décision de la CourEDH condamnant la France pour le défaut de reconnaissance en France des conséquences d'une GPA pratiquée à l'étranger.

Des débats sont en cours en France pour envisager une nouvelle évolution du cadre légal de la procréation médicalement assistée, notamment sur la question de l'anonymat et sur la possible distinction entre les règles relatives à l'établissement de la filiation et celles qui permettraient de connaître ses origines. L'une des évolutions proposées est l'admissions de PMA pour toutes les femmes, qu'elles vivent en couple ou non et quelle que soit leur orientation sexuelle, la GPA restant interdite à tous.

2. L'égalité incomplète des modes de conjugalité en matière de protection sociale.

De façon très sommaire, on peut affirmer s'agissant de la protection sociale que l'essentiel des prestations est aujourd'hui indifférent au statut civil des membres du couple. Certaines sont attachées à son foyer (prestations familiales, allocations logement). Dans ce cas, elles sont distribuées au regard de la situation matérielle de ce foyer, appréhendé comme une unité économique, en tenant compte de l'ensemble des ressources dont bénéficie ce foyer et apportées par les personnes qui y sont rattachées. Peu importe ici aussi le statut civil des bénéficiaires. D'autres sont attachées à la personne de l'assuré (assurance retraite, assurance chômage, assurance maladie) et sont indifférentes au statut civil. Mais ces dernières n'ont pas été conçues comme universelles : elles étaient liées au versement préalable de cotisations assises sur les revenus tirés de l'activité professionnelle. Il n'y a pas de difficultés pour l'assurance chômage, qui est strictement personnelle. S'agissant de l'assurance maladie, la notion de droits sociaux dérivés permettait d'étendre le domaine d'application de l'assurance maladie aux enfants de l'assuré ainsi qu'à l'autre membre du couple, s'il ne dispose pas lui-même d'une telle assurance. On reconnaît ici le modèle du *breadwinner* qui est un fondement du fonctionnement des assurances sociales en France. C'est donc sur le terrain de l'attribution de la qualité d'ayant-droit que s'est jouée l'égalité entre les différents modes de conjugalité comme l'égalité entre les couples homosexuels et les couples hétérosexuels, avant que la loi n'intervienne, très récemment, pour créer un droit individuel à l'assurance maladie. Restent en retrait de ce mouvement l'assurance retraite et les conditions d'attribution de la pension de réversion au conjoint survivant.

32 Avis du 24 oct. 2014 n°15010 et 15011, D. 2014, 2031, note A.-M. Leroyer.

A) La marche vers l'égalité.

La qualité d'ayant-droit du concubin hétérosexuel, au même titre que l'époux, a été acquise assez rapidement, mais elle a été un temps déniée au partenaire homosexuel. La Cour de cassation avait en effet, à l'origine (1989), refusé la qualité de concubin au partenaire homosexuel, écartant ainsi la possibilité de bénéficier des droits attachés au concubinage. Les conséquences de cette jurisprudence avaient en partie été neutralisées par une loi du 27 janvier 1993 étendant le bénéfice de l'assurance maladie au partenaire homosexuel, mais la Cour avait confirmé sa position (1997) et refusé le droit au transfert du bail d'habitation en faveur de concubin à la suite de prédécès de son partenaire homosexuel. C'est dans ce contexte que la loi créant le pacte civil de solidarité (PACS) a été votée (1999³³), puis réformée (2006³⁴). Elle instituait une forme nouvelle d'union, qualifiée initialement de contractuelle, entre les partenaires homosexuels ou hétérosexuels, leur permettant d'accéder à une plus grande égalité de traitement sur le plan de la protection sociale notamment. C'est aussi à l'occasion de la loi instaurant le PACS que le code civil s'est enrichi d'une définition du concubinage englobant expressément les couples homosexuels³⁵. Depuis une loi du 1^{er} janvier 2016, toute personne résidant en France de manière stable et régulière est affiliée à titre personnel à l'assurance maladie³⁶ et peut à ce titre bénéficier de ces prestations en nature (remboursement des frais de santé). A titre transitoire, la qualité d'ayant droit est maintenue jusqu'au 1^{er} janvier 2019, sauf demandes contraires. Avec l'entrée en vigueur de cette loi, la définition du périmètre des ayants-droits a perdu de son intérêt.

B) Et la pension de réversion?

En matière d'assurance maladie comme de prestations familiales, l'égalité des couples homosexuels et hétérosexuels au sein des trois catégories de couples est dorénavant acquise, au sens où la question de la "nature" du couple est hors de propos: les droits sont ouverts soit à titre individuel, soit au regard du foyer, quelle que soit sa composition. Il n'en est pas de même s'agissant de la pension de réversion, qui constitue une forme de droit dérivé à la retraite.

Dans les régimes de base, cette pension est versée à celui des membres du couple qui n'a pas eu d'activité professionnelle ou qui a eu une activité trop réduite pour bénéficier de droits à la retraite suffisants (très majoritairement une femme).

33 Loi du 15 décembre 1999 instaurant le PACS. Voir par ex. Le Pacs, n° spé., Dr. Famille, déc. 1999.

34 Loi du 23 juin 2006. Voir par ex. H. Fulchiron, Le nouveau Pacs est arrivé, Defrenois 2006, p. 1621.

35 Cette disposition a été introduite par des parlementaires opposés au PACS et espérant ainsi le rendre sans objet; MALAURIE, PH.; FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2016, n° 311.

36 La qualité d'ayant droit permettait d'accéder gratuitement à cette assurance sociale. Dorénavant, cette affiliation peut donner lieu à une cotisation distincte.

Ce droit, essentiel pour assurer un revenu minimal aux personnes retraitées n'ayant pas ou pas suffisamment cotisé, est réservé à l'époux survivant³⁷, tant s'agissant de la retraite des fonctionnaires que de la retraite des personnes relevant du droit privé (régime général de la sécurité sociale, régimes complémentaires obligatoires)³⁸. Dans un premier temps, le Conseil d'Etat (2006)³⁹, s'agissant des retraites relevant du droit public, a considéré que "les conjoints sont assujettis à une solidarité financière et à un ensemble d'obligations légales, telles que la contribution aux charges de la vie commune" qui ne pèsent pas sur les concubins et que cette différence de situation justifiait cette différence de traitement. Par la suite, et alors que la réforme du Pacs (2006) avait entretemps imposé aux partenaires une obligation d'assistance, la Cour de cassation (2014)⁴⁰ a pu affirmer que "la protection du mariage constitue une raison importante et légitime pouvant justifiant une différence de traitement" entre les époux et, dans cette espèce, des partenaires pacsés, d'autant que les membres du couple ont la possibilité de choisir tel ou tel statut.

Elle reprenait ainsi à son compte la solution retenue par la Cour EDH justifiant un traitement différent (2010), de même que les arguments retenus par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une QPC (2011) pour valider cette différence de traitement, le mariage ayant pour objet "d'assurer la protection de la famille".

On notera cependant que l'argument de la singularité du mariage, pour justifier cette différence de traitement, s'affaiblit au fur et à mesure que les droits et obligations liés aux différentes modes de conjugalité se rapprochent⁴¹. Il reste cependant valide si l'on considère les conséquences patrimoniales qui y sont attachées, nettement plus protectrices des époux.

3. L'inégalité des différents modes de conjugalité en matière patrimoniale.

En matière de PMA, l'égalité entre les différentes modes de conjugalité hétérosexuels est acquise quel que soit leur statut civil, qu'il s'agisse d'interdire la GPA à tous ou de permettre l'accès aux autres techniques médicales disponibles. Cette égalité est également très avancée sur le terrain de la protection sociale, cette fois sans exclusive à l'égard des couples homosexuels. Le traitement juridique des membres du couple reste en revanche fondamentalement différent s'agissant

37 En tout cas dans les régimes obligatoires, les retraites complémentaires facultatifs pouvant prévoir des dispositions différentes.

38 Il s'agit dans les deux cas de régimes obligatoires de retraite qui donnent lieu à des versements qui ne sont pas considérés comme des compléments de salaires, les laissant en dehors du domaine d'application des règles européennes sur l'égalité de traitement en matière salariale.

39 CE, 6 déc. 2006, n°262096, AJDA 2007, 142, Concl. L. Vallée.

40 Cass. Civ. 2^{ème}, 23 janvier 2014, n°13-11.362

41 Sur cette discussion, voir MALAURIE, PH.; FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, cit.

des conséquences économiques de leur situation⁴², que ce soit pendant la vie commune ou au sortir de la vie commune. Sur ce point, le mariage reste un outil de protection important, d'une façon générale par le moyen du régime matrimonial ou par le droit des successions mais aussi, de façon plus spécifique, par les modalités de protection du logement de la famille et par la possibilité pour l'époux divorcé d'obtenir une prestation compensatoire en cas de divorce. S'agissant du régime matrimonial, on précisera seulement que le régime légal français est un régime communautaire, qui conduit globalement à partager les biens acquis pendant la vie commune au moment où elle prend fin (divorce et décès). Quant au droit des successions, depuis la loi du 3 décembre 2011 il donne une place importante au conjoint survivant. L'un et l'autre de ces régimes sont réservés aux époux : le régime des biens des partenaires est un régime de séparation et il n'existe pas de régime des biens applicable entre concubins ; il n'y a pas de droits successoraux ab intestat entre partenaires comme entre concubins⁴³.

Tant s'agissant de la protection de logement que de la possibilité d'obtenir une prestation compensatoire en cas de séparation, le statut du couple est également essentiel, même si le sort des partenaires s'est modestement rapproché du sort des époux sur le terrain du logement. La loi a progressivement renforcé la protection du conjoint séparé en assurant son maintien dans son logement, qu'il y réside avec ou sans enfant. Les dispositions concernent aussi bien la co-titularité automatique du bail d'habitation que l'impossibilité de disposer unilatéralement des droits assurant ce logement, y compris pour l'époux qui en serait seul propriétaire. Elles prévoient en outre le droit d'occuper ce logement après le décès du conjoint propriétaire, d'abord un an à titre gratuit ensuite au titre de la succession, ou encore la possibilité au moment du divorce de se voir attribuer le droit d'y résider (avec les enfants) alors qu'il appartient exclusivement à l'autre parent. Le partenaire bénéficie quant à lui, pour l'essentiel, de la jouissance gratuite de son logement pendant une période d'un an après le décès de son partenaire propriétaire et d'un droit à la continuation du bail d'habitation dont il n'était pas titulaire face au prédécès ou au départ de son partenaire titulaire du bail. Cette disposition vise aussi les concubins non pascés pour lesquels elle constitue la seule protection légale du logement. Quant à la prestation compensatoire, destinée à compenser la disparité de niveaux de vie au moment du divorce (et qui

42 On ne traitera pas ici des conséquences personnelles différentielles à la forme du couple : elles concernent les seuls époux, sauf l'obligation d'assistance qui a été étendue aux partenaires pendant leur vie commune, et s'applique à défaut d'autres dispositions contractuelles.

43 La loi a cependant aligné le régime fiscal applicable aux partenaires enregistrés sur celui des époux : le conjoint et le partenaire survivant sont totalement exonérés de droit de succession et en cas de libéralités, elle prévoit un abattement de 80724 euros puis taux d'imposition par tranches, de 5 à 45%). Les concubins restent quant à eux soumis au taux d'imposition applicable entre "étrangers", soit 60% de droits d'enregistrement sur la totalité de la valeur du bien. Prolongeant le parallèle, la loi prévoit également que les règles d'imposition sur le revenu sont identiques pour les époux et les partenaires : ils doivent faire une déclaration commune, qui conduit à additionner leurs revenus comme les personnes dont ils assument la charge pour calculer le montant de l'impôt, tandis que les concubins font l'objet d'une imposition séparée.

s'ajoute à une éventuelle contribution pour les enfants), elle reste réservée aux seuls époux. En aucun cas, la longueur de la vie en couple, le nombre des enfants communs ou le retrait du marché de travail ne justifient le versement d'une telle prestation en dehors du cadre du mariage.

Sur le terrain économique, les différences de traitement entre les différents modes de conjugalité restent donc importantes, sans avoir été remises en cause au nom du droit constitutionnel ou des droits fondamentaux. L'argument classique de la différence de traitement entre les époux et les autres formes de couple est celui de l'existence d'une solidarité légale entre eux. Cet argument ne tient plus – ou de moins en moins- pour les partenaires enregistrés, la loi ayant prévu pour eux aussi une forme de solidarité. D'ailleurs, dans sa décision du 29 juillet 2011, le Conseil constitutionnel prend soin de distinguer les concubins qui “à la différence des époux”, “ne sont légalement tenus à aucune solidarité financière à l'égard des tiers ni à aucune obligation réciproque” et les partenaires. Pour ceux-là, le Conseil constitutionnel relève que s'ils sont bien assujettis à des obligations réciproques comme à l'égard des tiers, la loi ne prévoit “aucune compensation pour perte de revenus en cas de cessation du pacte civil de solidarité au profit de l'un des partenaires [ce qui constitue une référence à la prestation compensatoire] ni aucune vocation successorale au survivant en cas de décès d'un partenaire”. Cet argument positiviste conduit le Conseil constitutionnel à fonder ses décisions sur l'état du droit positif, utilisé comme argument pour valider le droit positif. C'est donc bien le législateur qui, au final, garde le pouvoir d'initiative et pourrait décider de rapprocher encore le traitement juridique des différents couples. En l'état, c'est bien le mariage, désormais ouvert aux couples homosexuels, qui permet d'accéder à un statut plus protecteur. Si l'égalité a progressé, c'est donc par l'ouverture du mariage bien plus que par l'égalisation des situations juridiques entre les différents modes de conjugalité, sous réserve de l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée.



CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO Y
PROHIBICIONES MATRIMONIALES: UNA COMPARACIÓN
DE LAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS ESPAÑOLA E ITALIANA*

*CAPACITY TO CONTRACT MARRIAGE AND MARRIAGE
IMPEDIMENTS: A COMPARISON BETWEEN SPANISH AND ITALIAN
LEGAL EXPERIENCE*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 496-569

* El presente trabajo, realizado en el marco de las labores del Grupo de Investigación Permanente de la Universidad de Valencia "Persona y Familia" (GIUV 2013-101) es fruto de las reflexiones jurídicas de los autores, realizadas en diversas estancias científicas en la Universidad de Valencia y en la LUMSA. El epígrafe I ha sido escrito conjuntamente por ambos; el II, por José Ramón de Verda y Beamonte; y el III, por Pietro Virgadamo.



José Ramón
DE VERDA Y
BEAMONTE
y Pietro
VIRGADAMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de septiembre de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: El trabajo tiene como finalidad estudiar el sistema de requisitos e impedimentos matrimoniales en España e Italia, haciendo una comparación entre las experiencias jurídicas de ambos países. La primera parte del trabajo contiene consideraciones preliminares; a la que siguen dos partes, respectivamente dedicadas al Derecho español e italiano. No obstante, la comparación entre los dos sistemas legales es constante, en orden a constatar semejanzas y diferencias. El análisis de las dos experiencias jurídicas legales, a pesar del común referente cultural, permite afirmar que, en algunos aspectos, hay puntos de vista legales diversos, que, a menudo, dan lugar a consideraciones semejantes a través de elaboraciones doctrinales.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio; capacidad; impedimentos; España; Italia; comparación.

ABSTRACT: *The research work aims to investigate the system of the requirements and impediments to marriage in Spain and in Italy, making a comparison between the two legal experiences. A first part of the study, after some preliminary considerations, is dedicated to Spanish law. The treatment of Italian law follows. However, the comparison between the two legal systems is constant, in order to highlight similarities and differences. The analysis of these two legal experiences, although culturally similar, allows to affirm that they are, for some aspects, different from the normative point of view, but often similar in the elaboration of the doctrine.*

KEY WORDS: *Marriage; capacity; impediments; Spain; Italy; comparison.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. DERECHO ESPAÑOL.- I. La nulidad matrimonial.- 2. Los requisitos de capacidad.- A) La edad.- B) La libertad de estado.- C) Capacidad natural de entender y de querer e incapacitación.- 3. Los impedimentos matrimoniales en sentido estricto.- A) El parentesco.- B) El crimen.- III. DERECHO ITALIANO.- I. La nulidad matrimonial.- 2. Los requisitos de capacidad.- A) La edad.- B) La libertad de estado.- C) Capacidad natural de entender y de querer e incapacitación.- B) El crimen.- 4. Los impedimentos matrimoniales impeditivos.- A) El luto vidual.- B) La omisión de la publicación de las proclamas matrimoniales.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

El objeto del presente trabajo es llevar a cabo una comparación entre el Derecho español e italiano sobre la capacidad nupcial y los impedimentos matrimoniales, materia ésta, que, si bien ha sido objeto de modificación en 2015, en sus líneas esenciales, fue pergeñada por la Ley 30/1981, de 7 de julio, la cual llevó a cabo una labor de *personalización* del matrimonio (destacadamente, introduciendo el divorcio vincular y dando relevancia en sede de nulidad a las causas de invalidez, basadas en la falta de *realidad o integridad* del consentimiento matrimonial), acentuando su función de ser un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, un valor social, lo que explica la tradicional conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y, de ahí, la secular exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes, suprimido por la Ley 13/2005, I de julio.

Por cuanto ahora nos interesa, hay que recordar que el Código civil español de 1889 estableció una regulación de los impedimentos matrimoniales, heredera de la establecida en la Ley de Matrimonio civil obligatorio de 1870, claramente inspirada en el Derecho Canónico.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Valencia. Correo electrónico: J.Ramon.de-Verda@uv.es

• Pietro Virgadamo.

Profesor Titular de Derecho Privado de la LUMSA (sede de Palermo). Correo electrónico: pietrovirgadamo@hotmail.it

El originario art. 83.1º del Código civil español permitía casarse a los varones a partir de los catorce años y a las mujeres a partir de los doce años², lo que traslucía una concepción *institucionalista* del matrimonio, que consagraba el impedimento de edad, primando el dato biológico de la posibilidad de procreación (que se consideraba una finalidad típica de aquél)³; y establecía la revalidación *ipso facto* (sin necesidad de declaración expresa) del matrimonio contraído por impúberes, “si un día después de haber llegado a la pubertad legal hubiesen vivido juntos sin haber reclamado en juicio contra su validez, o si la mujer hubiera concebido antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación”⁴.

Aunque el hecho de que se fijara una edad tan temprana para poder casarse traslucía una consideración del matrimonio como una institución tal servicio de la perpetuación de la especie, cumplía, además, una clara función práctica, que era permitir regularizar legal y, por consiguiente, socialmente la situación de los menores que habían mantenido (o pretendían mantener) relaciones sexuales y evitar que los hijos nacidos de ellas fueran extramatrimoniales, con la consiguiente discriminación que esta circunstancia en aquel tiempo comportaba⁵.

- 1 Correspondiente al art. 4 de la Ley de Matrimonio Civil Obligatorio.
- 2 Es el criterio entonces seguido por el Derecho canónico, asociado a la pubertad, que también recoge POTHIER: *Traité du contrat de mariage*, t. I, Paris, Orleans, 1771, p. 99.
- 3 No se puede decir que el art. 83. 1º CC fuera totalmente excéntrico en el contexto de otros países europeos, en los que el matrimonio también se permitía, aunque fuera por vía de dispensa, a edades tempranas.
De hecho, era exacta la coincidencia del originario art. 83.1 del Código civil español con el art. 1073.4º del Código civil portugués de 1867, el cual fijaba también la edad para contraer matrimonio en 14 años, para el varón, y en 12 años, para la mujer.
En su primera redacción, el antecedente de lo que posteriormente sería el art. 144 del Código civil francés, esto es, el art. II del Capítulo II, titulado de las *Cualidades y de las Condiciones necesarias para poder contraer matrimonio*, del 6º Proyecto de ley del Libro I del Código, *Del matrimonio*, establecía que el hombre no podía casarse antes de la edad de quince años cumplidos y la mujer antes de los trece.
El precepto fue discutido en la sesión del 26 de Fructidor del año 9 de la República, discusión de las que nos da noticias, LOCKÉ: *Procès-Verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du Projet de Code civil*, años 9 y 10, I, Imprimerie de la République, Paris, Año XII (1804), pp. 231-233. Hubo quien, como Berlier, defendió el precepto, argumentando que se hallaba en sintonía con la costumbre y que siempre se había ligado la capacidad para contraer matrimonio a la pubertad y que, siendo raro el matrimonio a edades tan tempranas, debía dejarse al cuidado de las familias la posibilidad de reparar a través del matrimonio deslices de los jóvenes. Por el contrario, el Primer Cónsul sostuvo que no sería provechoso que la entera generación se casara a edades tan tempranas, por lo no que había que acoger la regla general que establecía el precepto, en lo que estuvieron de acuerdo la mayoría de los asistentes, por lo que se rechazó el artículo, proponiéndose que se fijara como edad mínima para casarse en dieciocho años para el varón y en quince años para la mujer, a menos que se obtuviera dispensa para casarse antes.
El art. 144 del Código civil francés acabaría, así, fijando la edad para contraer matrimonio en los dieciocho años para el varón y en los quince años para la mujer. Comentando el precepto MALEVILLE, J. de: *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. I, Paris, 1805, observa que tal previsión se explica porque los cónyuges demasiado jóvenes no tienen la madurez de espíritu y la experiencia necesaria para llevar adelante una casa y criar a sus hijos. No obstante, el art. 145 del Código civil galo permitía al Gobierno dispensar el impedimento de edad por motivos graves.
El art. 55 del Código civil italiano de 1865, al igual que el francés, establecía la edad de quince años para la mujer y de dieciocho para el hombre, pero permitía al Rey dispensar el impedimento, una vez que la mujer hubiera cumplido los 12 años y el varón los 14.
- 4 V. las agudas críticas de esta regulación realizadas por SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 46 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 157-158, desde un punto de vista constitucional.
- 5 Utilizamos palabras de FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (coord. F. GALGANO), tomo II, arts. 84-158, Zanichelli, Bolonia, II Foro italiano, Roma, 1993, p. 25.

El Código civil español, inspirándose en el Derecho canónico, regulaba como impedimentos la impotencia⁶, el orden sagrado y la profesión religiosa⁷, el parentesco de afinidad⁸, el conyugicidio⁹ y el raptio¹⁰, así como una serie de licencias cuya infracción, afectaba a la licitud, pero no, a la validez del matrimonio (impedimentos no dirimientes, sino impedientes, en terminología canónica) según resultada del viejo art. 50 CC, las cuales estaban recogidas en el art. 45 CC, que afectaban a los menores de edad (que para casarse tenían que obtener el consentimiento de la familia en los términos previstos en el art. 46); a la viuda durante los trescientos un días siguientes a la muerte de su marido, o antes de su alumbramiento, si hubiese quedado encinta, y a la mujer, cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo, “en los mismos casos y términos, a contar desde su separación legal”; y al tutor y a sus descendientes con las personas que tuviera o hubiese tenido en guarda hasta que, acabada la tutela, se aprobasen las cuentas de su cargo, salvo el caso de que el padre de la persona sujeta a tutela hubiese autorizado el matrimonio en testamento o en escritura pública¹¹.

El Código civil español se apartaba del Código civil francés (su modelo, salvo en ámbitos como el del Derecho de familia), el cual, ya en 1804, suprimió el impedimento de impotencia¹², pero, con toda probabilidad, esa supresión no vino

- 6 El art 83. 3º CC (correspondiente al art. 4.3 de la Ley de Matrimonio civil obligatorio) impedía contraer matrimonio a “Los que adolecieren de impotencia física, absoluta o relativa, para la procreación con anterioridad a la celebración del matrimonio, de una manera patente, perpetua e incurable”.
- 7 Según el art. 83. 4º CC (correspondiente al art. 5.2 de la Ley de Matrimonio civil obligatorio), no podían contraer matrimonio “Los ordenados in sacris y los profesos en una Orden religiosa canónicamente aprobada, ligados con voto solemne de castidad, a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica”.
- 8 El art. 84 CC (trasunto del art. 6 núm. 1, 3 y 4 de la Ley de Matrimonio civil obligatorio) establecía el impedimento de parentesco por afinidad legítima o natural en la línea recta; y en línea colateral hasta el cuarto grado en la afinidad legítima y hasta el segundo grado en la afinidad natural, si bien éstos últimos podían ser dispensados por el Gobierno, a instancia de parte, con “justa causa”.
- 9 En la primera edición del Código civil el impedimento de conyugicidio estaba contenido en el número 8º del art. 84, que se refería a “Los que hubiesen sido condenados como autores, o como autor y cómplice de la muerte del cónyuge de cualquiera de ellos”, pasando el mismo texto al número 7º del precepto en la segunda edición del Código.
En la primera edición el número 7º del art. 84 CC (trasunto del art. 6.6. de la Ley de Matrimonio civil obligatorio) impedía contraer matrimonio entre sí a los adúlteros condenados por sentencia firme, impedimento, que fue suprimido en la segunda edición del Código.
- 10 El originario art. 101.3 CC declaraba nulo el matrimonio “contraído por el raptor con la robada, mientras ésta se halle en su poder”.
- 11 Los antecedentes de estos preceptos se hallan en los arts. 5, núm. 3 y 4, y 6, núm. 9 y 10, de la Ley de Matrimonio civil obligatorio.
- 12 Como también el de raptio, al que, sin embargo, PORTALIS, J. E. M.: *Discours, rapports et travaux sur le Code civil*, Jouvart, Paris, 1844, p. 25, consideraba (junto a la falta de libertad y al error sobre la persona) como un impedimento para contraer matrimonio, impuesto por la naturaleza misma en atención a los fines y caracteres del mismo, que nunca podía ser dispensado, al provocar la falta de un verdadero consentimiento. De hecho, el impedimento sí aparecía en el art. IV.I del Capítulo II, titulado de las *Cualidades y de las Condiciones necesarias para poder contraer matrimonio*, del 6º Proyecto de ley del Libro I del Código, *Del matrimonio*, el cual decía que no hay consentimiento (además de en los casos de violencia y error en la persona del otro contrayente, contemplados en los núms. 1 y 2 del precepto) si hubiera habido raptio, salvo que la persona raptada lo hubiese prestado, una vez recuperada su libertad.
El precepto sería rechazado en la sesión de 26 de Fructidor del año 9 de la República, acogiéndose, como expone LOCKÉ: *Procès-Verbaux*, cit., I, p. 240, la propuesta de Bigot-Préameneu, conforme a la cual “No hay matrimonio, cuando no hay consentimiento; no hay consentimiento cuando hay violencia, seducción

motivada porque el legislador galo tuviera una concepción del matrimonio muy distinta a que subyacía en la mente del legislador español¹³. Ambos presuponían, en realidad, una visión del matrimonio, en la que primaba su consideración como una institución de carácter social encaminada a la procreación y educación de los hijos¹⁴; de otro modo no se entiende por qué un sector de la doctrina francesa¹⁵ habría de calificar como *inexistente* (no meramente nulo) el matrimonio entre personas del mismo sexo, reputando la heterosexualidad un requisito esencial de la institución matrimonial¹⁶.

o error en la persona". Sin embargo, esta propuesta tampoco pasaría al art. 146 del *Code*, que se limita a decir que "No hay matrimonio, cuando no hay consentimiento", sin que en el art. 180 del mismo, que declara la nulidad del matrimonio contraído sin consentimiento libre, exista ninguna referencia al rapto o a la seducción.

DURANTON: *Cours de Droit civil, suivant le Code français*, tomo II, 2ª ed., Alex-Gobelet, Paris, 1828, pp. 36-38, observa que el rapto violento, al igual que cualquier intimidación, sólo da lugar a la posibilidad de ejercitar una demanda de nulidad en favor de la persona violentada, siempre que la violencia subsista al tiempo de la celebración del matrimonio. Respecto del rapto por seducción, también llamado *raptus in parentes*, por considerarse cometido contra la familia del menor seducido, constata que ya no es causa de anulación del matrimonio, limitándose el art. 182 del *Code* a conceder a los familiares la acción de nulidad, cuando el matrimonio se hubiera celebrado sin su consentimiento cuando fuera preciso.

- 13 Con anterioridad, la impotencia era un impedimento dirimente, pero POTHIER: *Traité du contrat de mariage*, t. II, Paris, Orleans, 1771, pp. 78-79, entendía que, a pesar de ello, no podía ser invocada por el contrayente impotente, sino, exclusivamente, por el otro contrayente, pues, siendo una cuestión secreta, no ofendía a la honestidad pública. Por ello, aunque no lo dijera expresamente, hay que entender, que, a su juicio, tampoco podía ser invocada por el Ministerio Público, pues, según el autor, éste no podía demandar la invalidez del matrimonio por motivos ignorados por el público (p. 87).
- 14 Es, así, de todos conocida la célebre definición de matrimonio de PORTALIS, quien, en la Sesión del Consejo de Estado, de 1 de Ventôse del año XI de la República, en la Exposición de Motivos del Título V del Proyecto de Código civil, lo define como la sociedad del hombre y de la mujer, que se unen para perpetuar su especie, para ayudarse a llevar adelante las dificultades de la vida, a través del socorro mutuo, y para compartir su común destino. Cfr. LOCRE: *Procès-Verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du Projet de Code civil*, año XI, tomo II (1803), Imprimerie de la République, Paris, 1803, p. 505.
En la doctrina PROUDHON: *Cours de Droit français*, parte 1ª, *Sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code Napoléon*, tomo I, 2ª ed., M. Antoine, Paris, 1811, pp. 214-215, definía, así, el matrimonio como una asociación legítimamente contraído por un hombre y una mujer que comporta la mutua entrega de sus facultades naturales con promesa de asistencia y de fidelidad recíprocas; y afirma que ha sido instituido por la naturaleza para la propagación del género humano, siendo el fundamento de la sociedad. TOULLIER, C. B. M.: *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, tomo I, Nève, Paris, 1811, p. 594, afirma tajantemente que la finalidad del matrimonio es la procreación de los hijos y la perpetuación de la especie. VAZEILLE, F. A.: *Traité du mariage*, tomo I, Bavoux, Nèvem, Paris, 1825, p. 3, entiende, en cambio, que, aunque la procreación no es, en sentido estricto, la finalidad del matrimonio, es, en general, efecto necesario del mismo, añadiendo que, como institución civil, el matrimonio tiene con objeto principal determinar un padre para los hijos.
- 15 Cfr. en este sentido ZACHARIAE, C. S.: *Cours de Droit civil français* (revisado y aumentado por C. AUBRY y C. RAU), t. III, F. Lagier, Estrasburgo, 1839, p. 212; o LAURENT, F.: *Principes de droit civil*, tomo II, Bruylant-Cristophe, Bruxelles, Paris, 1870, p. 343.
La categoría de la inexistencia, asociada a la idea que *en matière de mariage il n'y a pas de nullité sans texte*, que impedía, además, la aplicación de la institución del matrimonio putativo, fue, sin embargo, perdiendo fuerza en la doctrina científica francesa, que acabó admitiendo causas de nulidad implícitas o virtuales. Cfr., en este sentido, BATTEUR, A.: *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 334; MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, 5ª ed., LGDJ, 2016, pp. 170-171, o TERRE, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil, La famille*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 2018, pp. 139-140.
Por otro lado, al admitir la Ley nº 404 de 17 de marzo de 2003 el matrimonio entre personas del mismo sexo, desapareció la causa prototípica de inexistencia. En efecto, el art. 13 de dicha Ley introdujo un art. 6.1 al Código civil francés, según el cual el matrimonio produce idénticos efectos, con independencia de que los cónyuges sean de diferente o del mismo sexo.
- 16 V. a este respecto Cass. Civ. 6 abril 1903, S., 1904-I, 273, que afirma que el matrimonio no puede ser legamente contraído más entre dos personas de sexo masculino y femenino, por lo que subordina su existencia a la condición de que el sexo de cada uno de los contrayentes sea conocido y difiera del otro.

La razón fundamental (además buscar un modelo de matrimonio civil propio diferenciado del canónico) –nos parece a nosotros- fue otra, a saber, preservar la intimidad de la familia, evitando injerencias judiciales en un ámbito –sobre todo, en aquella época- tan *espinoso* como el de la capacidad sexual del marido para mantener relaciones sexuales con su mujer; nos parece, así, indicativo que, entre las causas de divorcio contempladas en los originarios arts. 239 a 233 del *Code*, al menos expresamente, no se recogiera la impotencia del marido¹⁷. Eso sí, había una importante diferencia entre ambas legislaciones, porque en la francesa, aunque la procreación fuera un fin implícito de la institución matrimonial *in genere*, no tenía por qué serlo de los concretos matrimonios que se celebraran (siempre, entre un hombre y una mujer)¹⁸. Por otro lado, el común de los autores, propugnó, desde tiempos tempranos, la relevancia invalidante del error consistente en ignorar la impotencia *coeundi* del otro contrayente, merced a una interpretación extensiva de la expresión “*erreur dans la personne*” del art. 180 del *Code*¹⁹.

El derecho a contraer matrimonio, consagrado en el art. 32 CE, es manifestación del principio de libertad nupcial, el cual, a su vez, tiene una evidente conexión con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en la medida en que a través de aquélla se salvaguarda un interés fundamental de la persona a constituir una familia fundada en el matrimonio y a desenvolverse en ella la propia personalidad, por lo que

17 Así se deduce claramente de los términos en que se pronuncia DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, pp. 55-56. Observa el autor que, con anterioridad a la promulgación del Código civil francés, la impotencia era un impedimento para contraer matrimonio, constatando que el Código guarda silencio absoluto sobre este punto, lo que explica porque la prueba de la impotencia natural repugna a las buenas costumbres, por ser siempre difícil, indecente y raramente segura. Admite, en cambio, que la impotencia que llama accidental, existente antes del matrimonio, causada por accidente o por “*une operation de l'art*”, pueda encauzarse por vía de error.

18 DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, pp. 4-5, se refiere, así, al matrimonio, como a la unión legítima entre un hombre y una mujer, que generalmente se asocian para perpetuar su especie y siembre para compartir su común destino.

19 Cfr., ya en este sentido, DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, p. 56, respecto a la impotencia accidental (no natural). VAZELLE, F. A.: *Traité*, cit., tomo I, p. 98 y ss., atribuye relevancia invalidante a la ignorancia de la impotencia del otro contrayente, tanto en el caso de impotencia accidental, como natural, tesis ésta, que es la que acabaría prevaleciendo, siendo acogida, entre otros, por DEMOLOMBE, C.: *Traité du mariage et de la séparation de corps*, tomo I, Imprimerie Générale, Paris, 1884, pp. 405-406; MARCADE, V.: *Explication méthodique et raisonnée du Code civil*, tomo I, 2ª ed., Corbeil, Paris, 1844, p. 555.

Esta tesis acabaría imponiéndose, a pesar, de la resistencia de autores, como LAURENT, F.: *Principes*, cit., t. II, pp. 379-380, a interpretar extensivamente la expresión “*erreur dans la personne*” del art. 180 del *Code*, negando la relevancia invalidante del error recayente sobre cualquier cualidad personal del otro contrayente, y, en particular, el atinente a la potencia *coeundi*, considerado dicha posibilidad como una “*herejía jurídica*”, por dar lugar a la consideración como vicio del consentimiento de un mero error sobre los motivos o móviles subjetivos y ser una doctrina “*deplorable*”, al reducir al Derecho al arbitrio del juez.

En cualquier caso, la Ley de 11 de julio de 1975 dio nueva redacción al art. 180 del *Code*, admitiendo que el error sobre cualidades esenciales del otro contrayente pueda también (junto al error sobre su identidad) ser causa de nulidad de matrimonio, entendiendo el común de la doctrina que entre dichas cualidades esenciales se incluye la aptitud para mantener relaciones sexuales, salvo que se trate de un contrayente de edad relativamente avanzada. V. en este sentido, entre otros, BATTEUR, A.: *Droit des personnes*, cit., p. 316; BUFFELAN-LANORE, Y. y LARRIBAU-TERNEYRE, V.: *Droit civil. Introducción, Biens, Personnes, Famille*, 19 ed., Sirey, Paris, 2015 p. 607; COURBE, P. y GOUTTENoire, A.: *Droit de la famille*, 6ª ed., Sirey, Paris, 2013, p. 55; MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, cit., p. 131; o TERRÉ, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil*, cit., p. 141.

sólo puede ser limitada legalmente, mediante una regulación de los impedimentos matrimoniales respetuosa con esta idea²⁰.

Por ello, hay que valorar positivamente que la Ley 30/1981 suprimiera los impedimentos de impotencia, orden sagrado y profesión religiosa, parentesco por afinidad y de raptó (así como las licencias, cuya no obtención no afectaban a la validez, sino a la ilicitud del matrimonio), introduciendo un nuevo factor de *personalización* del matrimonio, que se convirtió, así, en cauce de desarrollo personal de los individuos carentes de potencia *coeundi*, así como de los impedidos para contraer matrimonio en virtud de reglamentaciones de carácter confesional o de los ligados entre sí por parentesco de afinidad.

El Estado renunció, pues, a excluir el acceso al matrimonio de estas personas, sin perjuicio de que el error sobre la aptitud sexual o sobre la condición de sacerdote o religioso profeso puedan alcanzar relevancia invalidante, en el caso concreto, ex actual art. 73.4º CC (que, tras la reforma operada por la Ley 30/1981, contempla entre las causas de nulidad matrimonial el error en cualidad); y la situaciones de coacción o miedo grave a través del también reformado (por la misma Ley 30/1981) art. 73.5º CC (coincidente con el segundo inciso del originario art. 101.2º CC), es decir, como vicios del consentimiento; con exclusión, por lo tanto, de consideraciones de orden público acerca de la estructura de la familia, idea ésta última, que preside la regulación de los impedimentos matrimoniales.

En particular, la supresión del impedimento de impotencia²¹ también debe ser enjuiciada positivamente desde el punto de vista del respeto al derecho fundamental

20 La libertad nupcial positiva no puede quedar coartada por normas puramente administrativas, pues el art. 32.2 CE establece que "La ley regulará [...] la edad y capacidad para contraerlo".

Así lo constató la RDGRN 3 diciembre 1993 (RAJ 1993, 10175), que resolvió un recurso del Ministerio fiscal contra el auto del juez encargado del Registro civil, que autorizaba el matrimonio de una española con un ciudadano checo a quien, por expediente administrativo, se había expulsado de España, habiéndosele prohibido la entrada en territorio español por un período de tres años. La DGRN entendió que "el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental de las personas, reconocido en el art. 32 de la Constitución [...] y por los Convenios internacionales que ligan a España. Por esto [...] sólo está supeditado a los obstáculos de orden civil establecidos por el Código, pero no puede quedar coartado por normas administrativas de otro carácter, máxime cuando ninguna de ellas subordina, porque ello supondría una limitación intolerable a un derecho fundamental, la celebración del matrimonio de un extranjero en España a su condición de residente legal en España".

21 En Italia, la Ley nº 51, de 9 de mayo de 1975, suprimió el impedimento de impotencia, supresión que, en aquel momento, suscitó reparos en algún sector de la doctrina.

Así, PIETROBON, V.: "Comentario al art. 122 del Código civil", en AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cargo de L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABBUCHI), t. I, parte 1ª (arts. 1-89), *Introduzione generale. Domicilio e assenza. Matrimonio. Scioglimento del matrimonio e separazione personale. Regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova 1977, pp. 158-160, opuso dos reparos. El primero que la reconducción de la impotencia a una cuestión de puro error en cualidad personal no era, quizás, del todo adecuada, en la medida en que se privaba del derecho a solicitar la nulidad del matrimonio al contrayente que careciera de capacidad para mantener relaciones sexuales, el cual podría llegar al convencimiento de que, si su consorte hubiera conocido la verdadera situación de hecho, no habría prestado el consentimiento; mientras que éste último, por el contrario, pudiera tener reparos morales en invocar un error de esta naturaleza. El otro inconveniente señalado por el autor era el de que la acción de nulidad por error no podía ser ejercitada, si los contrayentes, antes de la celebración del matrimonio, conocían la impotencia de uno de ellos, pero tenían dudas acerca de su posible curación.

a la intimidad personal y familiar, consagrado en el art. 18 CE²². El originario art. 102 CC excluía la legitimación activa del Ministerio Fiscal respecto del ejercicio de la acción de nulidad por impotencia, pero atribuía dicha legitimación, no sólo a los contrayentes, sino a cualquier persona que tuviera interés en la nulidad: se posibilitaba, así, la intromisión de terceros en aspectos que afectaban a la intimidad de las partes del negocio. Dicha intromisión no es ya posible: suprimido el impedimento de impotencia, el vigente art. 76.I CC concede legitimación para ejercitar la acción de nulidad por error sobre la potencia *coeundi* del otro contrayente²³, exclusivamente, a quien padeció el vicio del consentimiento, con lo que se evitan eventuales lesiones del derecho a la intimidad familiar²⁴.

La posibilidad de que el matrimonio sea declarado nulo por error sobre la cualidad de sacerdote o religioso profeso del otro contrayente no es contraria al principio constitucional de aconfesionalidad del Estado, que impone su neutralidad ante el hecho religioso y, por ende, excluye que la legislación estatal haya de estar inspirada en los postulados de una determinada confesión religiosa. Dicho principio sería claramente vulnerado si la legislación civil, inspirándose en la canónica, hubiera

Respecto de la primera de las objeciones, entendemos que es razonable atenerse a la particular valoración que de las circunstancias realice el contrayente que padeció el error: si éste, por las razones que sea, decide no impugnar la validez del matrimonio, debe respetarse su libérrima decisión. El segundo de los reparos está, obviamente, fundado, porque el estado psicológico de duda excluye el error. No obstante, si los contrayentes sabían que existía la posibilidad de que la impotencia no llegara a ser curada y, pese a ello, consintieron en contraer matrimonio (cuya validez, a tenor del art. 45, II CC español, no puede ser subordinada a la condición de que la impotencia sea curada), no parece reprochable que deban soportar los riesgos anejos a su decisión. El supuesto nos parece radicalmente distinto a la hipótesis en la que un contrayente ignorara la impotencia de la otra parte en el momento de la celebración de las nupcias: en tal caso, existiría un error en una cualidad de incontestable entidad, que viciaría gravemente el consentimiento, y de ahí que el legislador establezca la pertinente acción de impugnación del matrimonio.

JEMOLO, A.C.: "La nullità per impotenza", *Riv. dir. civ.*, 1979, II, pp. 649 ss., consideró otro inconveniente el hecho de que, tras la reforma de 1975, la ignorancia de la impotencia *coeundi* del otro contrayente sólo podrá ser alegada en el plazo de un año, a contar desde el desvanecimiento del error, con la consecuencia de que la mujer quedar unida en matrimonio, si, una vez descubierta la impotencia del varón, no interpone la acción antes del transcurso del plazo de caducidad de la misma, por lo que no podrá esperar a los resultados de las pruebas y del tratamiento clínico a los que se someta la otra parte (la crítica -repárese en ello- parte de la premisa de que la impotencia debiera poder ser invocada en todo tiempo).

Sin embargo, a nuestro parecer, no debe olvidarse que el interés de los contrayentes a la tutela de la *integridad* del consentimiento nupcial ha de ser combinado con el interés público a la certeza de las actuaciones relativas al estado civil de las personas.

- 22 GARCÍA CANTERO, G.: "Nulidad de matrimonio", *AC*, 1993-3, p. 537, va más lejos y apunta la idea de que, quizás, la supresión del impedimento de impotencia esté relacionada con "las dificultades prácticas de la prueba en relación con el derecho a la intimidad".
- 23 La SAT Valencia 9 mayo 1984 (*RGD* 1984), p. 2455, contempló un supuesto de impotencia *coeundi*, alegada por la demandante, como consecuencia de una pretendida psicopatía asténica del demandado. La Audiencia desestimó la demanda por dos motivos. De una parte, entendió que en el supuesto juzgado no existió error porque la propia actora había tenido conocimiento de las irregularidades psicológicas del demandado, según testimonió el propio médico que había emitido un certificado acreditando que el demandado, antes de la celebración de las nupcias, había sido tratado de una impotencia *coeundi* absoluta. De otra, entendió el tribunal que la cualidad alegada no tenía entidad suficiente, por el carácter contradictorio de las pruebas médicas presentadas (tres médicos testimoniaron que el demandado podía cumplir sus "obligaciones matrimoniales") y "porque hubo consumación del matrimonio seguida de flacidez y repulsión".
- 24 "La regla -observan DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 6ª ed. (2ª reimpresión), Tecnos, Madrid, 1995, p. 83, merece parabienes en la medida en que la nulidad por error sólo puede demandarla quien ha sufrido el error mientras que la nulidad por falta de presupuestos permite una acción del Ministerio Fiscal (art. 74). Así, el debate sobre el vidioso tema de la potencia o impotencia se restringe a los directamente afectados por ella".

mantenido los impedimentos de orden sacerdotal o profesión religiosa o si hubiese negado capacidad para contraer matrimonio civil a los miembros de la confesión religiosa católica o a los que, estando canónicamente casados, hubieran solicitado y obtenido sentencia de divorcio. En este caso, existiría además una reprochable restricción de la libertad matrimonial y del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad. Nos hallaríamos en presencia de una discriminación que, por carecer de justificación objetiva y razonable (desde la perspectiva de los valores constitucionales), lesionaría el principio de igualdad proclamado en el art. 14 CE. Se privaría del derecho fundamental a contraer matrimonio a ciertas *categorías* de personas (sacerdotes, religiosos, individuos casados canónicamente o católicos, en general), que resultarían, así, discriminadas respecto de las personas en que no concurrieran los caracteres definitorios de la *categoría* en cuestión.

Pero el principio de aconfesionalidad no significa que el Estado deba ignorar las creencias religiosas de los ciudadanos. Así se deduce del art. 16.3 CE, que contiene un mandato dirigido a los poderes públicos, en cuya virtud éstos deberán tener en cuenta "las creencias religiosas de la sociedad española". Por ello, no creemos que una sentencia de nulidad por error en *cualidades confesionales* vulnerara el principio de aconfesionalidad del Estado. Dicha sentencia no se dirigiría a privar del *ius connubii* a ciertas categoría de personas (no entrañaría, pues, una discriminación por razón de religión), sino que, conforme al principio de libertad nupcial, estaría orientada a tutelar la *libertad e integridad* del consentimiento de aquellos contrayentes que, en virtud de sus creencias religiosas, desean unirse en matrimonio con personas que no estén afectadas por una incapacidad para contraer según la normas establecidas por la confesión a la que libremente se adscriben. Es más, posibilita una eficaz tutela de una concreta manifestación de la libertad religiosa, consistente en la libertad de contraer matrimonio con respeto a las propias creencias de la persona.

Creemos que la supresión del impedimento de afinidad merece un juicio positivo, pues en este tipo de parentesco legal no se dan las circunstancias morales y biológicas que hacen que el matrimonio entre consanguíneos próximos, sea algo, no sólo socialmente reprobable (rechazo del incesto), sino desaconsejable desde el punto de vista de la perpetuación de la especie: que un suegro se case con su nuera o un cuñado con su cuñada podrá parecer a algunos poco decoroso, pero no pensamos que ello sea motivo suficiente para limitar su libertad nupcial, impidiéndoles contraer matrimonio entre sí, lo que, a nuestro parecer, sería una injerencia estatal desproporcionada en el ejercicio de un derecho fundamental.

Sobre el marco diseñado por la Ley 30/1981, de 7 de julio opera la reforma de Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, que, como tendremos ocasión de exponer afecta la edad para contraer matrimonio (eliminando la posibilidad de dispensa por justa causa en el caso de mayores de edad), al denominado

impedimento de crimen y a la tramitación del expediente para autorización de matrimonio, en orden a constatar la posible existencia de deficiencias psíquicas que impidan a los contrayente prestar el consentimiento matrimonial.

En este trabajo partiremos de una distinción (plenamente asentada en la doctrina italiana)²⁵ entre los requisitos de capacidad para contraer matrimonio, exigibles a todo contrayente, cualquiera que sea la persona con la que pretenda casarse (los tradicionalmente denominados impedimentos absolutos en la tradición canónica) y los impedimentos en sentido estricto, que prohíben que un contrayente, plenamente capaz para casarse, pueda, no obstante, contraer matrimonio con determinada persona (de ahí, que se llamen impedimentos relativos).

En el Derecho español los requisitos de capacidad y los impedimentos matrimoniales afectan a la validez del vínculo, es decir, tienen carácter *dirimente*, mientras que el Derecho italiano, como veremos, regula también impedimentos *impedientes* (o meramente prohibitivos) esto es, aquellos cuya presencia no provoca la nulidad del matrimonio, sino que, exclusivamente, afectan a la regularidad o licitud de su celebración, por lo que, en este punto, faltará el término de comparación español²⁶.

Respecto a los requisitos de capacidad para contraer matrimonio, tanto el Derecho español, como el italiano, regulan (aunque con significativas diferencias) la mayoría de edad y la libertad de estado. Pero, además, el Código civil italiano (lo que, como veremos, es criticado por un sector de la doctrina, que duda de la constitucionalidad de la solución consagrada en este punto por dicho Código) considera un requisito de capacidad la inexistencia de un estado de incapacitación judicial de los contrayentes. Este último requisito es desconocido en el Derecho español, el cual, no obstante, antes de la reforma de 1981, contemplaba como una cuestión de capacidad nupcial, no la inexistencia de un estado de incapacitación (que, entre nosotros nunca fue un impedimento), sino la circunstancia de que quienes pretendieran contraer matrimonio se hallasen en la plenitud de sus facultades mentales.

El originario art. 83.2º CC²⁷ impedía, así, casarse a “Los que no estuviesen en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”²⁸, pero la Ley

25 Y, entre nosotros, claramente formulada por GARCÍA CANTERO, G.: “De los requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2º ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 51, al que sigo en este punto.

26 La distinción, de claro origen canónico, era seguida por POTHIER: *Traité*, cit., t. I, pp. 92-93.

27 Correspondiente al art. 4.2 de la Ley de Matrimonio civil obligatorio.

28 El mismo planteamiento se encuentra en POTHIER: *Traité*, cit., t. I, pp. 97-99, quien considera un impedimento dirimente absoluto el estar privado del uso de razón, admitiendo, no obstante, la validez del matrimonio

30/1981 eliminó, sin embargo, dicho impedimento²⁹, por lo que la cuestión debe reconducirse ahora al art. 73.I CC (falta de consentimiento matrimonial), sede ésta que parece más adecuada, en la medida en que se evidencia mejor que la capacidad natural para consentir tiene que tener como referencia el concreto matrimonio que se pretende celebrar³⁰. En cualquier caso, dada la naturaleza de

contraído en intervalo lúcido y afirmando que no podía entenderse que estuviesen privados del uso de razón los sordomudos de nacimiento, que hacen entender su pensamiento a través de signos.

- 29 El impedimento no aparece en el Código civil francés, aunque, sí en el art. III del Capítulo II, titulado de las *Cualidades y de las Condiciones necesarias para poder contraer matrimonio*, del 6º Proyecto de ley del Libro I del Código, *Del matrimonio*, el cual consideraba incapaces para contraer matrimonio a los incapacitados por causa de demencia o de locura (núm. 1º), así como a los sordomudos de nacimiento, a menos que se hubiese constatado que fuesen capaces de prestar el consentimiento.

Lo cierto es que, al discutirse el precepto en la sesión de 26 de Fructidor del año 9 de la República, surgió una gran discusión por lo que se refiere a la exclusión de la capacidad nupcial del sordomudo de nacimiento, que es posible seguir en LOCARÉ: *Procès-Verbaux*, cit., I, pp. 234-236. En particular, fue contrario el Primer Cónsul, quien preguntó por qué la privación del oído y de la palabra habría de ser considerada un impedimento, más que otras enfermedades que se podían traer a colación; y propuso que el precepto no nombrara a los sordomudos, ya que estos podrían casarse, a condición (requerida para todos los contrayentes) de que pudieran prestar el consentimiento, por lo que debía limitarse a decir cómo debían expresarlo. El precepto fue rechazado.

Comentando el iter legislativo del art. 146 del *Code*, concluye DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, p. 19, que pareció suficiente la regla general, que pasó a ser la versión definitiva del precepto, según la cual "No hay matrimonio sin consentimiento". No obstante, el autor considera que no existe ninguna duda razonable acerca de que el incapacitado por causa de demencia o locura no pueda contraer matrimonio válidamente en virtud del art. originario 502 del *Code* (hoy no vigente), conforme al cual todos sus actos posteriores a la incapacitación, realizados sin la asistencia del consejo, son nulos (p. 20); y que, si el demente no estaba incapacitado, el matrimonio podrá ser anulado por falta de consentimiento (p. 23). Cfr. en el mismo sentido, entre otros, MARCADE, V.: *Explication*, cit., tomo I, p. 458; o VAZEILLE, F. A.: *Traité*, cit., tomo I, p. 86. PLANIOL, M: *Traité élémentaire de Droit civil*, tomo III, F. Pichon, Paris, 1901, observa que las personas privadas de uso de razón carecen de capacidad para contraer matrimonio y, refiriéndose al contraído por el loco en intervalo lúcido, afirma que el Código admite implícitamente su validez, pues atiende a la voluntad en el momento de prestar el consentimiento, pero entiende que tal solución es desacertada y que, afortunadamente, se corrige por los efectos de la incapacitación judicial por demencia o locura, la cual provoca una incapacidad general permanente, de modo que se cierra la posibilidad de que el loco incapacitado pueda celebrar matrimonio válidamente en un intervalo lúcido.

Un sector autorizado de la doctrina científica posterior afirmó, en cambio, con sólidos argumentos, la validez del matrimonio contraído por el incapacitado en un intervalo lúcido. Así, CARGANDEL, L.: *Le consentement des époux au mariage en Droit civil français et en Droit canonique modernes*, Sirey, Paris, 1934, p. 20, refiriéndose al originario art. 502 del *Code*, afirma que no se aplica al matrimonio, puesto que el matrimonio sólo puede ser consentido por el interesado, sin que un tutor pueda contraer por él una obligación en una materia tan personal. El mismo argumento es utilizado por RAYMOND, G.: *Le consentement des époux au mariage. Étude de Droit positif français*, LGDJ, Paris, 1965, pp. 100-101, quien considera inadmisibles exigir el consentimiento de un tercero cuando el incapacitado es plenamente consciente, pues ello supondría un atentado a la libertad individual y a la libertad de matrimonio, y concluye afirmando que, desde el momento en que hay consentimiento, puede haber matrimonio.

Sin embargo, no fue ésta la posición que la legislación francesa acabaría adoptando. Así, el art. 406 del *Code* (en vigor hasta el 1 de enero de 2009) estableció que "en los casos de mayor sujeto a tutela no está permitido el matrimonio, más que con el consentimiento de un consejo de familia especialmente convocado para deliberar sobre la cuestión", después de haber oído a los futuros cónyuges; precisó que no era necesario la reunión del consejo de familia si ambos progenitores daban su consentimiento al matrimonio; y requería, en todo caso, la opinión del médico que lo tratase.

En la actualidad, el art. 460 del *Code*, en la redacción dada por la Ley nº 308 de 5 de marzo de 2007 (en vigor, desde el 1 de enero de 2009), afirma que "El matrimonio de una persona sujeta a curatela no está permitido, más que con autorización del curador, o en su defecto, con la del juez"; y que "El matrimonio de una persona sujeta a tutela no está permitido, más que con autorización del juez o del consejo de familia, si ha sido constituido y después de haber oído a los futuros cónyuges y recabado, cuando se considerare preciso, la opinión de los padres y del entorno". MALAURIE, Ph.: *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016, p. 365, observa que la Ley de 2007, conforme a su espíritu, orientado a aumentar la libertad de los mayores protegidos, ha aligerado las formalidades de estos matrimonios.

- 30 En este sentido se pronuncia DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 76 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA

este trabajo, estudiaremos aquí esta materia, para poder realizar la correspondiente comparación con el Derecho italiano, el cual no es que considere dicha aptitud como un requisito de capacidad nupcial (tal y como hacia el originario art. art. 83.2° CC), pero sí –como acabamos de decir- la inexistencia de incapacitación judicial de los contrayentes, por lo que es común que los autores italianos traten de ambas cuestiones en esta sede.

Por cuando concierne a los impedimentos hay coincidencia respecto a los regulados como dirimentes (invalidantes del matrimonio), ya que ambos códigos civiles regulan como tales el de parentesco (que el italiano, a diferencia del español, extiende también a los afines) y el de crimen. En cambio, como ya hemos dicho, el código civil italiano regula también impedimentos meramente impeditivos (el de luto vidual y el de omisión de publicaciones), inexistentes en el español.

Con carácter previo a la exposición comparada de los requisitos de capacidad y de los impedimentos, nos referiremos, si bien brevemente, a la categoría de la nulidad, desde la perspectiva de ambos derechos, al objeto de encuadrar las explicaciones, punto éste sobre el que mantenemos posiciones que –como se verá- no son idénticas.

II. DERECHO ESPAÑOL.^{31*}

I. La nulidad matrimonial.

A mi parecer, es indudable la autonomía de la teoría de la nulidad matrimonial respecto del Derecho civil patrimonial, porque el matrimonio no es un acuerdo de voluntades, dirigido a constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales, sino un negocio jurídico de Derecho de familia y, más concretamente, un negocio constitutivo de *status*, que incide sobre la persona de los cónyuges, dando lugar entre ellos a una plena comunidad de vida (material y espiritual), tendencialmente perpetua, con los derechos-deberes de convivencia, fidelidad, respeto, socorro mutuo y de actuar en interés superior de la familia (arts. 67 y 68 CC). Por ello, la construcción de la teoría de la nulidad matrimonial debe partir, ineludiblemente, de las normas específicamente dictadas al efecto por el Código civil, de tal modo que la disciplina de la nulidad de los contratos sólo será aplicable por analogía (para integrar lagunas legales) y en la medida en que dicha disciplina sea compatible con la peculiar naturaleza del negocio jurídico matrimonial.

FERNÁNDEZ, 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 462, que observa que “no se trata de exigir una madurez de juicio abstracta, necesaria para realizar toda clase de actos”, sino la concreta para prestar un consentimiento matrimonial. GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 56 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 128, crítica, sin embargo, tanto la colocación sistemática, como el contenido de la norma.

31 * Este epígrafe ha sido escrito por José Ramón de Verda y Beamonte.

En particular, creo que no es aplicable la tradicional bipartición, propia de los negocios jurídicos patrimoniales, entre nulidad absoluta y anulabilidad³², sino que la “nulidad” matrimonial (que es el término que, en sede de invalidez matrimonial, siempre utiliza el legislador de 1981, que, conociendo de la distinción, para nada habla de “anulabilidad”) es una categoría única³³ (regulada por los arts. 73 ss. CC),

- 32 Otra es, sin embargo, la tesis que, desde antiguo, sigue la doctrina francesa, que, desde antiguo, distingue claramente entre nulidades absolutas y relativas: las primeras son las que están fundadas en motivos de orden público, por lo que pueden ser invocadas por ambos esposos y por el Ministerio Público; las segundas son las fundadas en motivos de interés privado, por lo que sólo pueden ser invocadas por las personas en cuyo interés están establecidas y cuyo silencio, durante un cierto tiempo, es suficiente para que no se pueda atacar la validez del matrimonio por dichos motivos. Cfr., así, DELVINCOURT: *Cours de Code civil*, tomo I, Victor Lagier, Dijon, Videcoq, Paris, 1834, pp. 74-75; como también DEMOLOMBE, C.: *Traité*, cit., tomo I, pp. 366-367; DURANTON: *Cours*, cit., tomo II, p. 225; MARCADÉ, V.: *Explication*, cit., tomo I, p. 538; VAZELLE, F. A.: *Traité*, cit., tomo I, pp. 322-323; y, ya posteriormente, PLANIOL, M.: *Traité*, cit., tomo III, pp. 116 y 129. V., en el mismo sentido, en la reciente manualística, entre otros, BATTEUR, A.: *Droit des personnes*, cit., p. 334; BUFFELAN-LANORE, Y. y LARRIBAU-TERNEYRE, V.: *Droit civil*, cit., p. 626; COURBE, P. y GOUTTENOIRE, A.: *Droit de la famille*, cit., pp. 76-77; MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, cit., p. 170; o TERRÉ, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil*, cit., pp. 131 y 133.
- 33 En la doctrina española es mayoritaria la opinión de que la nulidad matrimonial constituye una categoría única, de tal modo, que no es trasladable al negocio matrimonial la distinción entre nulidad y anulabilidad, distinción ésta, propia del ámbito del Derecho de la contratación, donde permanece indiscutida. Cfr., en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, 12ª ed. (puesta al día por S. DÍAZ ALABART), Edisofer, Madrid, 2013, pp. 79-80; BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones de Derecho civil. Derecho de familia*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 266; DÍAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 801-802; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 119; GETE ALONSO Y CALERA, Mª C.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 360 ss.; PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 1991, p. 31; MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: “La nulidad matrimonial”, en AA.VV.: *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia* (coord. E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2009, pp. 69-100; SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio civil*, Edisofer, Madrid, 2005, p. 91; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 74 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 458. Especialmente certeras me parecen las observaciones de LUNA SERRANO, A.: *La nulidad del matrimonio*, en LACRUZ BERDEJO, J. L., *El nuevo régimen de la familia, vol. I, Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982, p. 135, para quien “el diferente tratamiento que en materia de nulidad matrimonial tienen [...] la legitimación y la convalidación según las diferentes causas de invalidez no obedece a circunstancias formalmente reconducibles a categorías abstractas -en cuanto conectadas a intereses homogéneos- sino que, a diferencia de lo que ocurre en tema de contratos -en cuya materia los intereses son homogéneos-, se basa en consideraciones de prudencia y, en definitiva, de política legislativa polivalentes y, desde luego, más sensibles a la diversa apreciación moral y política de las distintas causas que invalidan al matrimonio y a las circunstancias que subsiguen, en cada caso, a su celebración”.
- Sin embargo, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *La nulidad del matrimonio después de la Constitución*, RGLJ, 1979, pp. 187-189, distingue, en sede de matrimonio, entre nulidad absoluta (en función del carácter objetivo de las respectivas causas de invalidez, es decir, por falta de los elementos esenciales del negocio, y caracterizada por las siguientes notas: acción pública o semi-pública, inaplicabilidad de la convalidación e imprescriptibilidad de la acción) y anulabilidad (nulidad incierta por el carácter subjetivo de la causa que la origina: en consecuencia, la acción para hacerla efectiva es privada y está sujeta a plazo de caducidad, previéndose, además, la eventual convalidación del negocio inválido). Con posterioridad a la promulgación de la Ley 30/1981, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 73 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 204, admite la distinción entre nulidad absoluta y relativa, aceptando también la categoría de la inexistencia, en la cual engloba los supuestos de falta de consentimiento, así como (en el matrimonio por poderes) la revocación del poder, la muerte del poderdante o la sobrevenida pérdida de capacidad para contraer nupcias en el período trascurrido entre el otorgamiento del poder y la celebración del matrimonio. Más matizada es la opinión de LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t. VI, *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1997, p. 88, quien, tras afirmar que el matrimonio no es un contrato, no obstante, sostiene que la regulación de su régimen de ineficacia sigue parámetros paralelos a los de la ineficacia contractual (distinción nulidad/anulabilidad), observando que hay casos en los que la falta de ejercicio de la acción por quien tiene legitimación para interponerla determina el mantenimiento de un acto o negocio que, en principio, podría haber sido declarado nulo. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pp. 80-83, asume claramente la distinción contractual entre nulidad y anulabilidad, considerando como causas de la primera los supuestos de inexistencia de consentimiento matrimonial, de falta de forma

dependiendo de las concretas normas (arts. 75, 76.I C.c.) la legitimación activa para ejercitarla, sin que esté sujeta a plazo de prescripción³⁴, aunque la misma no podrá ejercitarse en los casos (expresamente previstos por los arts. 75.II y 76.II CC) de convalidación de matrimonio nulo, la cual no tiene lugar por el mero transcurso del tiempo (no estamos, pues, ante un caso de caducidad de la acción), sino por la convivencia de los cónyuges durante un año, a contar desde que el contrayente menor alcanzare la mayoría de edad o desde que hubiere cesado el vicio de consentimiento (en supuestos de error, coacción o miedo grave). Es, pues, la convivencia conyugal durante un plazo de tiempo la que convalida el matrimonio, y no el transcurso del plazo, en sí mismo considerado³⁵.

Estamos aquí ante una nulidad matrimonial, que precisa siempre de declaración judicial firme³⁶, contrastando dicho régimen con el de los contratos, donde las partes del negocio nulo pueden, de mutuo acuerdo, constatar la nulidad (p. ej. en documento público) sin necesidad de acudir a un proceso. Además, la declaración de nulidad matrimonial no hace desaparecer los efectos ya producidos respecto de los hijos y contrayentes de buena fe (art. 79 CC), de tal modo que la figura del matrimonio putativo concurre a matizar las rigurosas consecuencias resultantes de la aplicación del principio *quod nullum est, nullum effectum producit*.

2. Los requisitos de capacidad.

esencial y de concurrencia de impedimentos, salvo la edad; en cambio, califica como causas de anulabilidad el impedimento de edad y los vicios del consentimiento.

- 34 Surge la pregunta de si los plazos contemplados en los arts. 75 y 76 CC constituyen el único límite al ejercicio de la acción de nulidad o, por el contrario, aquélla está, además, sujeta a plazo de prescripción. La opinión negativa es la prevalente en la doctrina. Según ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, cit., IV, p. 90, “no hay límite de tiempo para pedir la nulidad. Así se sigue de que no establece la ley un plazo máximo como regla para cualquier caso, y de que por excepción sí fija en ciertos casos un cierto plazo para el ejercicio de la acción, lo que implica que en los demás, no hay plazo”. En el mismo sentido se pronuncian DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 120, para quienes se trata de “una nulidad radical y de una acción que no está sometida a plazo de ejercicio en principio”; como también GETE ALONSO Y CALERA, M^o C.: “Comentario al art. 73 CC”, cit., p. 410; y DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 76 CC”, cit., p. 466. PUIG BRUTAU, J.: *Compendio de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 36, parece adherirse a la opinión favorable a la imprescriptibilidad de la acción de nulidad, en cuanto acción relativa al estado civil de las personas.
- En contra, sin embargo, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 73 CC”, cit., pp. 236-237, que, aplicando al negocio jurídico matrimonial las categorías de la inexistencia, nulidad y anulabilidad, distingue los siguientes supuestos: 1º) la acción es imprescriptible en los supuestos que él denomina de inexistencia (matrimonio celebrado sin consentimiento, art. 73.1º C.c.) y de nulidad absoluta por bigamia y por impedimento no dispensable; 2º) la acción prescribe a los quince años en los demás supuestos de nulidad absoluta (básicamente, en caso de concurrencia de un impedimento dispensable y de matrimonio celebrado con defecto de forma); la acción prescribe a los cuatro años (por aplicación del art. 1301 CC) en los supuestos que el autor califica de anulabilidad (error, coacción o miedo grave).
- 35 Es cierto que el art. 76.II CC emplea la palabra “Caduca”, pero, como constata DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 76 CC”, cit., p. 466, el fundamento de la convalidación se halla en la tradicionalmente llamada *sanatio in radice*, conforme a la cual la convivencia de los cónyuges sana determinados efectos de los que adolecía el matrimonio al tiempo de su celebración.
- 36 Como observa GETE ALONSO Y CALERA, M^o C.: “Comentario al art. 73 CC”, cit., p. 36, tal exigencia se puede desprender de diversos preceptos del Código civil que aluden a la declaración de nulidad, presuponiendo que es el juez quien la pronuncia (arts. 78, 91, 95, 98).

Me referiré aquí, no sólo a lo que desde la perspectiva del código civil español son requisitos de capacidad, sino también, por las razones ya explicadas, a lo que, para nosotros, es un presupuesto de la existencia de consentimiento, a saber, la aptitud natural de entender y de querer de los contrayentes.

A) La edad.

El art. 46.1º CC afirma que “No pueden contraer matrimonio: los menores de edad”, por lo que pueden casarse los mayores de edad o los menores emancipados³⁷.

La Ley 30/1981 elevó, pues, la edad requerida para contraer matrimonio, pues, como hemos dicho, el originario art. 83.1º CC permitía celebrarlo a los varones mayores de catorce y a las mujeres mayores de doce años³⁸, lo que supone la sustitución del criterio de la madurez biológica por el de la psicológica³⁹.

La reforma fue, desde luego, perfectamente razonable: en un principio podría llamar la atención que una regulación que pretendía eliminar obstáculos a la celebración del matrimonio acabara imponiéndolos a los menores de edad. Sin embargo, esta posición del legislador no era contraria al libre desarrollo de la personalidad de los menores, sino todo lo contrario, ya que en la realidad social actual no cabe sostener, al menos con carácter general, que un contrayente de doce o catorce años tenga la madurez de juicio suficiente para asumir libre y conscientemente un matrimonio⁴⁰.

37 El vigente art. 144 del Código civil francés, redactado por la Ley nº 399, de 4 de abril de 2006, ha igualado la edad requerida para contraer matrimonio entre hombre y mujer, fijándola en 18 años (aunque dispensable judicialmente), tanto para uno como para otro, con la finalidad de establecer el principio de igualdad y de proteger a la mujer contra el matrimonio forzado o fuertemente influenciado por la familia, según explican MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, cit., p. 123.

El vigente art. 1601, letra a) del Código civil portugués de 1966 fija la edad mínima en 16 años (no dispensable), tras la reforma llevada a cabo por el Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre, pues anteriormente se fijaba la edad núbil en los 16 años para el varón y en 14 años para la mujer. En el núm. 12 de la Exposición de Motivos del Decreto Ley se justifica la reforma en el principio de igualdad formal entre los sexos, en la necesidad de impedir que pudiera acceder al matrimonio quien no hubiese alcanzado la madurez psíquica necesaria para un acto de tal gravedad y en el propósito de evitar futuras discriminaciones para la mujer, derivadas del riesgo de que un matrimonio a una edad tan temprana le pudiera privar de la posibilidad de una posterior formación profesional.

El vigente § 1303 BGB redactado por *Gesetz zur Bekämpfung vor Kinderehen* de 17 de julio de 2017 afirma que no puede contraer matrimonio quien no haya alcanzado la mayoría de edad, eliminándose la posibilidad de dispensa judicial del impedimento a partir de los 16 años, que contemplaba el (hoy derogado) § 1303, II BGB (redactado por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998), cuando el otro contrayente fuera mayor de edad.

38 Se daba la circunstancia de que en 1981 la posición del Código civil español sobre la edad mínima requerida para poder contraer matrimonio era más rigurosa que la del Derecho canónico en este momento vigente, pues el c. 1067 §1 CIC de 1917, como posteriormente el c. 1083 del vigente CIC, fijaba la edad mínima para contraer matrimonio en dieciséis años para el varón y 14 para la mujer.

39 CARRIÓN OLMOS, S.: “Comentario al art. 46 CC”, AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 161, nota 13. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, cit., vol. IV, p. 77, observan que “al legislador le ha preocupado, más que la procreación, la madurez para afrontar las responsabilidades de la unión conyugal”.

40 SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 46 CC”, cit., p. 119.

No obstante, el art. 48.II CC, redactado por la Ley 30/1981, permitía que el impedimento de edad pudiera ser dispensado a partir de los 14 años por el Juez de Primera Instancia, a petición del propio menor, cuando concurriera “justa causa”, debiendo ser oídos en el procedimiento sus padres o guardadores; y por aplicación del art. 48. CC (redactado por la misma Ley) la dispensa ulterior convalidaba, “desde su celebración, el matrimonio, cuya nulidad no hubiera sido instada judicialmente por alguna de las partes”⁴¹.

Aunque, probablemente, el legislador estuviera pensado en el embarazo de la mujer (como un vestigio del llamado matrimonio reparador) acabó imponiéndose la idea de que el mero embarazo, por sí solo, no era “justa causa” para la dispensa⁴², si no iba acompañado de otras circunstancias, como la no oposición de los padres al matrimonio, y, sobre todo, de un grado de madurez, por parte del menor, superior al propio de su edad biológica⁴³, lo que remitía a una valoración judicial del caso concreto⁴⁴.

En cualquier caso, el art. 48.II CC ha sido derogado por la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, por lo que actualmente no es posible la dispensa del impedimento de edad⁴⁵, lo que, a mi

41 Este sistema de elevación de la edad para contraer matrimonio con el correctivo de la dispensa a partir de los catorce años mereció el juicio positivo de GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 44 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 73, que destacaba su flexibilidad.

42 V. en este sentido RRDGRN 25 abril 1996 (RAJ 1996, 4181) y 29 abril 2000 (RAJ 2000, 6149), que se apartan de la doctrina anteriormente sentada por la RDGRN 25 enero 1985 (RAJ 1986, 6833).

43 Esta era la posición dominante en la doctrina. V. en tal sentido GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 48 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 90.

44 La RDGRN 25 enero 1985 (RAJ 1986, 6833) observa que “no puede afirmarse sin más que toda persona de quince años de edad carece de discernimiento para contraer matrimonio, pues, si así fuera, no tendría sentido que el legislador admitiera la dispensa de edad, que puede concederse incluso posteriormente y cuya ausencia no impide tampoco en ciertos casos una convalidación legal automática del matrimonio inicialmente nulo (cfr. artículos 48, III, y 75, II Código Civil)”.

La RDGRN 7 abril 1995 (RAJ 1995, 3516) consideró justa causa para la dispensa la concurrencia en un menor de una serie de circunstancias, que aconsejaban su concesión, entre ellas, “la edad del conyacente, huérfano de diecisiete años; su convivencia hoy, fuera de la casa paterna, con una mujer a la hija de la cual ha reconocido, y su propósito de fundar una familia matrimonial”.

45 Del mismo modo en que acontece en Alemania, donde, por *Gesetz zur Bekämpfung vor Kinderehen* de 17 de julio de 2017, se ha derogado el § 1303, II BGB (redactado por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998), de manera que ya no es posible la dispensa judicial del impedimento a partir de los 16 años, cuando el otro conyacente sea mayor de edad. Se ha suprimido, igualmente, el párrafo III del § 1303, II BGB, según el cual el Juez, en caso de oposición del representante legal del conyacente que hubiera pedido la dispensa (o de quien estuviera a cargo de él), sólo podía concederla, si los motivos de la oposición no estaban fundados; como también el párrafo IV del mismo (ambos redactados por la misma Ley de 4 de mayo de 1998), que decía que, si el juez concedía la dispensa, el demandante de la misma ya no requería el previo consentimiento de su representante legal (o de quien estuviera a cargo de él) para casarse. SCHWAB, D.: *Familienrecht*, 24ª ed., C.H. Beck, München, 2016, p. 37, observaba que este conglomerado normativo era complicado, surgiendo la duda de si el representante legal del menor podía autorizar su matrimonio, respondiendo negativamente a la pregunta, pues dicha autorización no era un requisito positivo de la celebración del matrimonio, sino que se expresaba negativamente a través de una mera oposición a la petición de dispensa del hijo menor

En cambio, el art. 146 del Código civil francés, redactado por Ley nº 1970-1266, de 23 de diciembre, admite la dispensa del impedimento de edad (fijado en la actualidad en 18 años para ambos sexos) por el Procurador de la República, por motivos graves, que, según MALAURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*,

entender, merece un juicio positivo, ya que no parece adecuado que una persona menor de dieciocho años pueda acceder a una realidad vital tan compleja como es el matrimonio, además de que el nacimiento de un hijo fuera del matrimonio ya no es un grave estigma social para la madre, ni un motivo de discriminación para el hijo⁴⁶.

A esto hay que añadir la necesidad de luchar contra los matrimonios forzados y precoces, que, si bien son admisibles en la tradición cultural islámica (en la que se insertan numerosos inmigrantes venidos en tiempos recientes a nuestro país), sin embargo, no pueden ser aceptados en España, por ser contrarios al orden público, al lesionar la libertad, valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1.1. CE), el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el derecho a contraer matrimonio (art. 32.1 CE), que, como afirman el art. 16.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el art. 23.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York, “no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes”⁴⁷.

De ahí que el Artículo Único.90 de la Ley Orgánica 1/2015, de 15 de marzo haya establecido el delito de matrimonios forzados (como una modalidad del de coacciones), en el art. 173 bis CP⁴⁸, cuyo núm. 1, establece que “El que con

cit., p. 123, en la práctica concurren en el caso de embarazo de la mujer, que ha demostrado su aptitud psicológica para el matrimonio. En cualquier caso, subiste la vieja regla, procedente de la tradición jurídica francesa, de que el matrimonio de los menores debe ser autorizado, so pena de invalidez, por sus padres, conforme a los arts. 148 y ss. del mismo Código. TERRE, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil*, cit., p. 87, justifican dicha regla en la necesidad de esclarecer el consentimiento de los menores inexpertos que se casan a edad temprana y en la circunstancia de que el matrimonio, no sólo les interesa a ellos, sino también a sus respectivas familias.

- 46 CARRIÓN VIDAL, A.: “Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras modificación del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 378, observa que la norma ahora suprimida nació “lastrada” por la polémica y las razones que llevaron en 1981 a permitir la dispensa del impedimento de edad, “parecían responder a ‘razones’ ya obsoletas en la España de aquél momento (tratar de dar una ‘solución’ normativa, se entiende, a los llamados ‘matrimonios de reparación’)”.
- 47 Para una visión de Derecho comparado sobre el matrimonio infantil, puede verse PERAMATO MARTÍN, T.: “Matrimonio infantil, precoz y forzado (Iª Parte)”, *Diario La Ley*, núm. 8965, 21 de abril de 2017, LL 3733/2017, epígrafe II.
- 48 CARPIO BRIZ, D.: “Comentario al art. 172 bis CP”, en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. CORCOY BIDASOLLO y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 609-610, se muestra favorable a la tipificación específica del delito de matrimonio forzado, por entender que, de este modo, “se refuerza el mensaje preventivo dirigido a determinados sujetos pertenecientes a comunidades asentadas en territorio español que no atienden al necesario respeto a nuestro sistema de valores constitucionales”. Critica, incluso, que no contemple también los casos en los que se obliga a uno de los contrayentes, normalmente, la mujer a permanecer unido en matrimonio, con independencia de que haya sido concertado o no, “con aberrantes medios destinados a garantizar la indisolubilidad”. Sin embargo, en la doctrina penalista no todas las voces han sido favorables a la introducción de este nuevo delito de matrimonio forzado, sino que existen opiniones críticas, que consideran que estamos ante una reforma de carácter simbólico, pues las conductas en él tipificadas, podían ser ya reconducidas a otros tipos delictivos, afirmando que la lucha contra los matrimonios forzados exige respuestas más allá del Código Penal, focalizándose los esfuerzos en la educación y en la prevención. V. en este sentido CISNEROS ÁVILA, F.: “Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del art. 172 bis del Código Penal”, *Diario La Ley*, 2 de noviembre de 2017, LL 14345/2017, epígrafe. En sentido semejante, se pronuncia GUINARTE CABADA, G.: “El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del Código Penal)”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Código Penal de 2015* (dir. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC), 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015,

intimidación grave o violencia compeliere a otra persona a contraer matrimonio será castigado con una pena de prisión de seis meses a tres años y seis meses o con multa de doce a veinticuatro meses, según la gravedad de la coacción o de los medios empleados”, añadiendo, en su núm. 2, “La misma pena se impondrá a quien, con la finalidad de cometer los hechos a que se refiere el apartado anterior, utilice violencia, intimidación grave o engaño para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar al mismo”⁴⁹.

Sin embargo, no se ha establecido un delito de matrimonio infantil, sino que, exclusivamente, el art. 172. bis CP, en su núm. 3, se limita a considerar como agravante del delito de matrimonio forzado la circunstancia de que víctima fuera menor de edad, en cuyo caso, las penas “se impondrán en su mitad superior”, lo que es criticado por un sector de la doctrina, no sólo por la escasa entidad de la pena impuesta⁵⁰, sino también por el hecho de que, en no pocos casos, la decisión de casarse (en particular, si se trata de una niña), no será consecuencia de una “intimidación grave o violencia” (aunque pueda serlo), sino de una educación y situación ambiental que obliga al menor a aceptar la decisión paterna sin discutirla⁵¹.

En definitiva, tras la supresión de la dispensa del impedimento de edad, quien pretenda contraer matrimonio ha de ser, inexcusablemente, mayor de edad o ha de haberse emancipado, bien por concesión de quienes ejerzan la patria potestad, bien por concesión judicial (art. 323), requiriéndose en ambos casos que el menor haya cumplido los dieciséis años (arts. 317 y 320 CC).

Pero creo que también podrán contraer matrimonio los mayores de dieciséis años que vivan independiente de sus padres con el consentimiento de estos, pues el art. 319 CC los considera emancipados “a todos los efectos”, por lo tanto, también, a efectos de poder contraer matrimonio⁵². No me parece que sea razón

pp. 536-537, como también, en relación con el art. 127 bis del Anteproyecto de 2012, MAQUEDA ABREU, M^a L.: “El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP”, en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 529-534, que pedía la supresión del precepto, por considerar que se estaba ante un delito cultural, fruto de una reforma excesivamente ideológica.

49 Hay, además, que tener en cuenta, que, si mediare un beneficio económico para los padres que imponen al menor el matrimonio forzoso o a quien se casa con él, estaríamos ante un delito de trata de seres humanos, a tenor del art. 177 bis.1, letra e), introducida por el art. único.94 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Tal sería el caso, según PERAMATO MARTÍN, T.: “Matrimonio infantil, precoz y forzado (2ª Parte)”, *Diario La Ley*, núm. 8966, 24 de abril de 2017, LL 3878/2017, epígrafe V, de que hubiera mediado dote.

50 Para CARPIO BRIZ, D.: “Comentario al art. 172 bis CP”, cit., p. 612, resulta llamativo que, junto al menor de edad, no se contemple también al incapacitado, al que se fuerce a contraer matrimonio.

51 PERAMATO MARTÍN, T.: “Matrimonio infantil, precoz y forzado (2ª Parte)”, cit., epígrafe VI.

52 V. en este sentido ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, cit., IV, p. 48; CRESPO MORA, M^a C.: “La celebración del matrimonio”, en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. G. DIEZ-PICAZO), Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 408; GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, p. 80; LINACERO DE LA FUENTE, M^a: “Matrimonio. Parejas de hecho”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. M^a LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 77; MONJE BALMASEDA, O.: “Requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dir. F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002, p. 66; SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 46 CC”, cit., p. 165. En contra, sin embargo, DURÁN RIVACOBIA, R.

suficiente para negarles capacidad nupcial la circunstancia de que los padres puedan revocar dicho consentimiento y, desde luego, si lo hicieran después de que se hubiesen casado (pudiendo haberlo hecho antes perfectamente, evitando, así, el casamiento), no, por ello, el matrimonio sería nulo, porque, en el momento de celebrarse, habría concurrido el requisito de capacidad del art. 46.I CC (en virtud de la estricta aplicación del art. 319 CC). Es más, me parece dudoso que, después de celebrar el matrimonio, los padres conservasen la posibilidad de revocar el consentimiento⁵³, pues la solución contraria podría llevar a un resultado absurdo: encontrarnos ante un menor casado y no emancipado.

El art. 75 CC establece una norma especial de legitimación para pedir la nulidad del matrimonio, en el caso de matrimonio celebrado concurriendo el impedimento de edad. En su párrafo primero afirma que “Si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal”. En cambio, según el párrafo segundo del precepto, “Al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla”⁵⁴.

B) La libertad de estado.

La libertad de estado y el consiguiente impedimento absoluto de ligamen (que no era, ni sigue siendo dispensable) se encuentra también establecido en el art. 46 CC, precepto que prohíbe contraer matrimonio a quienes “estén ligados con vínculo matrimonial”⁵⁵.

Por lo tanto, para poder contraer matrimonio se requiere la libertad de estado, esto es, no estar previamente vinculado por un matrimonio anterior. En caso contrario, el posterior matrimonio sería nulo (art. 73.2º CC), pudiéndose, además, incurrir en un delito de bigamia (art. 217 CP)⁵⁶.

y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: “Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria)”, *Actualidad civil*, enero 2016, LL 264/2016, epígrafe III, 6; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 45 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 356; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, cit., p. 52, nota 43.

53 Lo constatan CRESPO MORA, Mª C.: “La celebración”, cit., p. 408; y MONJE BALMASEDA, O.: “Requisitos”, cit., p. 66.

54 V. a este respecto RDGRN 8 noviembre 1991 (RAJ 1991, 9673).

55 Es un impedimento basado en la concepción monogámica occidental del matrimonio, por lo que es consagrado por el común de las legislaciones europeas.

56 Ello, sin embargo, no ha impedido a la jurisprudencia reconocer ciertos efectos en España al matrimonio poligámico celebrado en el extranjero. Es el caso de la polémica STS (Sala 3ª) 24 enero 2018 (RJ 2018, 130), que ha reconocido a las dos mujeres de un ciudadano marroquí muerto, que sirvió en el ejército español en el Sahara, el derecho a compartir la pensión de viudedad.

El problema de la libertad de estado se plantea únicamente en los casos en que uno o ambos cónyuges se encuentren previamente vinculados por un matrimonio que tenga efectos civiles en España y que no haya sido previamente declarado nulo o disuelto por divorcio, muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (art. 85 CC)⁵⁷. Obviamente, quien se limita a convivir *more uxorio* con una persona tiene siempre plena libertad de estado para contraer matrimonio con otra; y ello, con independencia de que su unión de hecho esté, o no, inscrita en el correspondiente Registro administrativo autonómico⁵⁸.

El Código civil permite celebrar el matrimonio en nuestro país, cuando uno de los contrayentes sea español, bien en forma civil, bien en una de las formas religiosas legalmente previstas, y fuera de España en la forma prevista en la ley del lugar de su celebración (art. 49 CC), como también permite que contraigan matrimonio en nuestra patria dos extranjeros, “con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos”.

Por ello, se ha denegado la autorización para contraer matrimonio a los vinculados por un previo matrimonio coránico no disuelto, que había sido celebrado por un español en el extranjero o por dos extranjeros musulmanes en España, pues la islámica es una de las formas religiosas de celebración legalmente previstas (conforme a la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueba la cooperación del

57 Del art. 85 CC se deduce la disolución definitiva del matrimonio del declarado fallecido y la plena validez del ulterior matrimonio contraído por el cónyuge del declarado fallecido, regla ésta, que, por su sencillez, contrasta con la de otros ordenamientos, como, por ejemplo, el portugués o el alemán.

El art. 115 del Código civil portugués (redactado por Decreto Ley n° 496/1977, de 25 de noviembre) establece que la declaración de fallecimiento produce los mismos efectos que la muerte, pero no disuelve el matrimonio, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 116 (redactado por el mismo Decreto Ley), según el cual el cónyuge del declarado fallecido, casado civilmente, podrá contraer nuevo matrimonio, en cuyo caso, si regresara el declarado fallecido o se tuviera noticia de que estaba vivo cuando se celebraron las segundas nupcias, el primer matrimonio quedará disuelto por divorcio desde la fecha de la declaración de fallecimiento. Según PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, vol. I, *Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª ed., Universidad de Coimbra, Coimbra, 2015, p. 303, los preceptos suscitan reparos, pues se comprende mal que el cónyuge del declarado fallecido puede celebrar un segundo matrimonio, no estando disuelto el primero, calificando de insólita la conversión automática y legal de la disolución por muerte en disolución por divorcio.

Según el § 1319.I BGB (redactado por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998), cuando, después de la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, el otro contrae ulterior matrimonio, estando vivo el declarado fallecido, el segundo matrimonio sólo puede ser anulado en virtud del § 1306 BGB [es decir, por concurrir impedimento de ligamen], cuando los dos contrayentes del mismo, al casarse, sabían que el declarado fallecido estaba todavía vivo al tiempo de recaer la declaración de fallecimiento. Añade el precepto, en su párrafo II, que el previo matrimonio queda disuelto como consecuencia de la celebración del nuevo, a no ser que los dos contrayentes de éste último, al tiempo de celebrarlo, supieran que el declarado fallecido estaba todavía vivo en la fecha de la declaración: el primer matrimonio queda disuelto, incluso, aunque posteriormente se revoque la declaración de fallecimiento.

Conforme al § 1320 BGB (redactado por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998), si el cónyuge declarado fallecido estuviera vivo, sin perjuicio de lo dispuesto en el § 1319.I BGB, su cónyuge podrá pedir la anulación del nuevo matrimonio, a menos que, al tiempo de celebrarlo, supiera que el declarado fallecido estaba vivo al tiempo de la declaración. La anulación puede ser pedida sólo en el plazo de un año, que comienza a contarse desde el momento en que el cónyuge del anterior matrimonio supiera que el declarado fallecido está vivo.

58 No sucede, así, en Alemania, donde el § 1306 BGB impide el matrimonio cuando entre quien desea contraerlo y una tercera persona existe un previo vínculo matrimonial o una unión de hecho (*Lebenspartnerschaft*).

Estado con la Conferencia Islámica de España); y, en no pocos casos, se ha dado la circunstancia de que quienes pretendían que se les autorizara la celebración del matrimonio en forma civil eran quienes ya estaban casados entre sí en forma coránica, a los que la Dirección General de los Registros les ha recordado que lo procedente era solicitar la correspondiente inscripción de su matrimonio (válido) en el Registro civil español, y no pretender volver a casarse en forma civil, lo que era imposible, además de innecesario⁵⁹. En cambio, se ha autorizado la celebración del matrimonio en forma civil, cuando lo que había existido no era un previo matrimonio coránico, sino una pura formalidad familiar de carácter simbólico⁶⁰; como también, desde otra perspectiva totalmente diversa, la autorización del matrimonio, por no concurrir impedimento de ligamen, en el caso de una pareja que afirmaron haberse “casado” por el rito gitano, al no ser dicho rito una forma de celebración legalmente admitida⁶¹.

Cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, los requisitos de capacidad de los contrayentes se regirán por su respectiva ley nacional (art. 9.1. CC), a la cual, por lo tanto, habrán de atenerse los Tribunales españoles (cuando sean competentes) para determinar si están, o no, casados; y, por lo tanto, si es inválido el segundo matrimonio (art. 9.2. y 107.1 CC); como también el Encargado del Registro Civil para autorizar el segundo matrimonio o para inscribirlo en los Registros españoles, cuando ya se haya celebrado (normalmente, en el extranjero)⁶².

No obstante, se deniega la inscripción en el Registro Central de matrimonios poligámicos, válidos según la legislación nacional de los contrayentes, por ser contrarios al orden público, al atentar la poligamia contra la concepción monogámica española del matrimonio, la dignidad de la mujer y el derecho fundamental a la igualdad; y la inscripción se deniega, no sólo cuando se comprueba que, de hecho, alguno de los contrayentes está anteriormente casado⁶³, sino, simplemente, cuando del acta de celebración del matrimonio que se presenta para solicitar la inscripción se deduce que el mismo se rige sustantivamente por la ley musulmana,

59 V. en este sentido RDGRN 15 abril 2004 (RAJ 2004, 3945); RDGRN 21 enero 2009 (JUR 2010, 99162); RDGRN 30 marzo 2011 (JUR 2012, 92736); RDGRN 1 septiembre 2017 (1ª) (BMJ, septiembre de 2018, pp. 620-622); RDGRN 29 septiembre 2017 (11ª) (BMJ, septiembre de 2018, pp. 624-627); y RDGRN 21 abril 2017 (36ª) (BMJ, abril de 2018, pp. 357-358).

60 Cfr. RDGRN 31 mayo 2011 (JUR 2012, 147837).

61 Cfr. RDGRN 2 septiembre 2007 (JUR 2007, 314998).

62 Por ello, RDGRN 2 septiembre 2010 (JUR 2011, 315107) denegó la inscripción en el Registro Central de un matrimonio celebrado en Pakistán entre un español, nacido pakistaní, y una nacional de dicho estado, porque el primero de ellos estaba ligado por un previo matrimonio celebrado en España, que no había sido disuelto por sentencia de divorcio, de modo que para la ley de española (que regía su capacidad para contraer matrimonio) seguía casado. V. en el mismo sentido, respecto de un supuesto semejante RDGRN 25 septiembre 2015 (3ª) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 584-586).

63 Como sucedió en los casos resueltos por RDGRN 30 septiembre 2008 (JUR 2009, 443067); y RDGRN 25 septiembre 2015 (13ª) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 586-588).

y, por lo tanto, es de tipo poligámico⁶⁴, sin que se considere que la declaración jurada de ambos contrayentes de que su matrimonio no es poligámico pueda enervar lo que resulta de dicha acta⁶⁵: así resulta, por ejemplo, además de cuando hay una remisión expresa a la *sharia*, en los casos en los que el certificado literal de acta de matrimonio, en el apartado de datos relativos al esposo, se dice “Número de esposas casadas con él en la actualidad: ninguna”⁶⁶; o que “el novio no podrá contraer segundas nupcias sin permiso de la novia”⁶⁷.

Igualmente, se ha denegado la inscripción de matrimonios consuetudinarios celebrados en países, como Guinea, Ghana o Senegal, válidos según la ley de dichos países, pero que atentan contra el orden público, por permitir la poligamia, posibilitar contraerlo a niñas con doce años y poder celebrarse sin el consentimiento de la mujer, que es entregada por su familia al marido⁶⁸.

Hay que recordar que, a efectos de la apreciación de la libertad de estado es indiferente que el primer matrimonio esté, o no, inscrito⁶⁹, por que, conforme al art. 61 CC, el matrimonio produce “efectos civiles desde su celebración”⁷⁰ y, por lo tanto, desde ese momento, vincula a los cónyuges y los sujeta al impedimento de ligamen, de modo que el encargado del Registro Civil deberá denegar la inscripción de un segundo matrimonio, si le consta que alguno de los de los “cónyuges” está vinculado por la existencia de un primero, aunque éste no haya sido inscrito⁷¹.

64 V. así RDGRN 28 agosto 2015 (60^a) (BMJ, 26 enero 2016, RRDGRN 01/08/2015-30/08/2015, pp. 481-483); RDGRN 28 agosto 2015 (101^a) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 483-485); RDGRN 18 septiembre 2015 (22^a) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 578-581); RDGRN 2 junio 2017 (5^a) (BMJ, junio de 2018, pp. 588-590); RDGRN 7 abril 2017 (4^a) (BMJ, abril de 2018, pp. 359-360); y RDGRN 7 abril 2017 (12^a) (BMJ, abril de 2018, pp. 360-362).

65 V. en este sentido RDGRN 24 febrero 2017 (39^a) (BMJ febrero de 2018, pp. 225-226).

66 RDGRN 28 agosto 2015 (202^a) (BMJ, 26 enero 2016, pp. 487-492).

67 RDGRN 27 octubre 2017 (8^a) (BMJ, septiembre de 2018, pp. 444-445).

68 V. así RDGRN 21 abril 2014 (JUR 2015, 79346); y RDGRN 23 enero 2015 (JUR 2015, 261421), según las cuales “Los matrimonios celebrados en cualquiera de los tres supuestos enumerados, todos ellos concurrentes en el consuetudinario ecuatoguineano, son nulos, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 73 del Código Civil y, en consecuencia, el aducido por los interesados, aunque este fehacientemente acreditado, no puede tener acceso al Registro Civil Español”. Cfr., en los mismos términos, respecto de Ghana, RDGRN 27 enero 2017 (7^a) (BMJ, 3 de enero de 2018, pp. 150-152). RDGRN 30 junio 2017 (37^a) (BMJ, junio de 2018, pp. 599-600), denegando la inscripción de un matrimonio consuetudinario celebrado en Senegal, observa que “En el caso actual, los interesados presentan un “acta de matrimonio constatado” celebrado según la costumbre. Este tipo de matrimonios son una forma de unión conyugal que produce efectos en Senegal, tratándose de una forma de matrimonio poligámico que permite la subsistencia de otros vínculos matrimoniales anteriores o posteriores al mismo. Esta forma de matrimonio choca frontalmente con el sistema jurídico matrimonial instituido en nuestro país”.

69 Lo constata la SAP Madrid I julio 2009 (JUR 2010, 31490). En el caso por ella decidido se trataba de un matrimonio celebrado en Rusia en el año 1954, que no había sido inscrito en el Registro Central hasta el año 2000. A pesar de estar casado, el marido contrajo nuevo matrimonio con otra mujer en el año 1970, matrimonio éste que es el que la sentencia declara nulo por impedimento de ligamen, afirmando que a este respecto es indiferente que el primero no estuviera inscrito. Afirma, así, que “los efectos constitutivos del matrimonio inter partes y terceros intervinientes en las relaciones con aquellos son desde la celebración”.

70 Sin perjuicio de que, como dice el referido precepto, para su pleno reconocimiento y para que perjudique los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas sea necesaria su inscripción en el Registro Civil.

71 La RDGRN 17 mayo 1995 (RAJ 1995, 4360) denegó la autorización para celebrar un segundo matrimonio, por existir otro anterior, celebrado en forma islámica y, por lo tanto, válido según la legislación española, que no había sido inscrito. Se daba la circunstancia de que dicho matrimonio había sido disuelto en

El impedimento de ligamen existe, si al tiempo en que se pretende la celebración del segundo matrimonio, el primero matrimonio no ha sido disuelto. Cuando la causa de disolución alegada es el divorcio judicial, se requiere que, en ese momento, hubiera ya recaído sentencia firme, por lo que no basta que los cónyuges que formaban el primero estuvieran meramente separados⁷², ni tampoco que el procedimiento de divorcio solamente estuviera iniciado o decidido por una sentencia que careciera de firmeza, por ejemplo, por ser susceptible de recurso, incluso, aunque posteriormente fuese confirmada⁷³.

En la práctica se ha planteado el caso de matrimonios que habían sido disueltos por sentencias de divorcio dictadas por tribunales extranjeros, que, sin embargo, carecían de eficacia en España, por no haberse solicitado su reconocimiento mediante el exequatur; por ese motivo se denegó la inscripción en el Registro Civil del segundo de los matrimonios celebrados, porque desde la perspectiva del Derecho español el primer matrimonio seguía siendo válido y, por lo tanto, subsistía el matrimonio anterior⁷⁴.

También se ha planteado el supuesto de matrimonios coránicos celebrados en Marruecos, tras haber sido disueltos otros anteriores, sólo provisionalmente, por divorcios revocables, razón por la cual se ha denegado la inscripción de los posteriores⁷⁵; en particular, porque el matrimonio había sido contraído tras haber repudiado el varón a su anterior mujer una sola vez, sin que concurrieran, pues, las dos repudiaciones sucesivas que, según el Derecho musulmán, son necesarias para que el acto de repudiación sea irrevocable y se disuelva, de modo que el hecho de que la primera repudiación permitiera al varón casarse no significaba que su primer matrimonio hubiera quedado disuelto de manera definitiva⁷⁶.

Pudiera ocurrir que el matrimonio anterior estuviera incurso en causa de nulidad, pero la misma no hubiera sido declarada judicialmente. En este caso, el

territorio español por el Centro Islámico de Barcelona. El Centro Directivo niega toda validez a esta disolución por ser totalmente ajena a las previsiones de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, que aprueba la cooperación del Estado con la Conferencia Islámica de España.

72 Cfr. a este respecto SAP Cádiz 24 marzo 2011 (JUR 2011, 241878).

73 La SAP Madrid 21 abril 1997 (AC 1997, 1666) contempló este supuesto. Un varón casado obtuvo sentencia de divorcio, falleciendo antes de la que la misma hubiera alcanzado firmeza por falta de notificación a su primera mujer, que se encontraba en situación procesal de rebeldía; aun así, contrajo un segundo matrimonio, que fue declarado nulo a instancia de la primera (y, en realidad, única) mujer. La segunda de las conyugadas interpuso recurso de apelación en el que argumentaba la validez del segundo matrimonio con fundamento en el principio del *favor matrimonii* y en el criterio de la equidad, pues se estaba ante un acto irreplicable (al haber muerto el conyugado varón). La Audiencia Provincial desestimó el recurso, por considerar obvio la concurrencia del impedimento de ligamen al tiempo de celebrarse el segundo matrimonio.

74 Cfr. así RDGRN 5 octubre 1990 (1990, 8344); RDGRN 2 junio 1994 (RAJ 1994, 6029); RDGRN 12 febrero 1994 (RAJ 1994, 1602); RDGRN 29 octubre 1994 (RAJ 1995, 1333); RDGRN 11 noviembre 1995 (RAJ 1995, 9914); y RDGRN 4 octubre 1996 (RAJ 1997, 2140); y RDGRN 13 marzo 2012 (JUR 2012, 396153).

75 Cfr. RDGRN 18 septiembre 2015 (42ª) (BMJ), 26 enero 2016, RRDGRN 01/09/2015-30/09/2015, pp. 582-584).

76 RDGRN 30 septiembre 2008 (JUR 2009, 443067).

Encargado del Registro deberá denegar la autorización del segundo matrimonio, pero, si, aun así, lo hubiera autorizado y posteriormente se instara su nulidad, aquél contra quien se dirija la demanda podrá plantear una cuestión prejudicial sobre la validez del primero⁷⁷, siempre –claro está– que el mismo no hubiera sido convalidado, por haber convivido los contrayentes durante un año después de que menor de edad hubiera cumplido los dieciocho años (art. 75.II CC) o de haberse desvanecido el error o haber cesado la fuerza o la causa del miedo (art. 76.II CC). Desde luego, no podrá prosperar la demanda de nulidad del segundo matrimonio, si en el momento de su presentación ya hubiera recaído sentencia declarativa de la nulidad del primero⁷⁸.

Si quien demanda la nulidad del matrimonio es quien contrajo segundo matrimonio, desconociendo que el otro contrayente estaba ya casado, es conveniente que, además, de invocar el impedimento de ligamen, alegue, con apoyo en el art. 73.4° CC, la existencia de un error en cualidad inducido por la reticencia dolosa del otro contrayente, para, así, poder pedir que el mismo sea condenado al resarcimiento de daños y perjuicios, por causación dolosa de la invalidez del matrimonio. Así, sucedió en un caso en que la mujer ignoraba que el contrayente varón estaba casado en la India, por lo que pidió y obtuvo una indemnización de 12.000 euros, que se fundamentó en la *culpa in contrahendo* en la que aquél había incurrido, por haber lesionado la confianza ajena, “violando las exigencias de buena fe en la formación del acto”⁷⁹.

C) Capacidad natural de entender y de querer e incapacitación.

Para poder contraer matrimonio hay que tener capacidad natural para entender y querer el acto que se realiza. El art. 56.II CC (en la redacción dada al precepto por la Ley 30/1981) establecía que, si en el expediente previo a la autorización del matrimonio el funcionario observare que alguno de los contrayentes está “afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”⁸⁰.

77 Esta es la solución sancionada por el art. 124 del Código civil italiano.

78 V. a este respecto el art. 1633.I, letra c) (redactado por Decreto Ley n° 496/1977, de 25 de noviembre) del Código civil portugués.

79 V. SAP Cádiz 4 diciembre 2006 (AC 2007, 1026).

80 Con anterioridad, como se ha dicho en su lugar, el originario art. 83.2° CC, regulaba la cuestión de la capacidad natural de entender y de querer en sede de impedimentos matrimoniales, impidiendo, así, casarse a “Los que no estuviesen en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”. Todavía lo hace, así, el mucho más riguroso art. 1602, letra b) del Código civil portugués (redactado por Decreto Ley n° 496/1977, de 25 de noviembre), que establece como impedimento dirimente la demencia notoria, incluso durante los intervalos lúcidos, y la incapacitación o inhabilitación por anomalías psíquicas. El rigor de este precepto, que impide, incluso, el matrimonio del demente no incapacitado, en intervalo lúcido, sólo se explica, si se tiene en cuenta que, como observan PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., vol. I, p. 297, este impedimento no protege el interés particular del contrayente con enfermedades psíquicas, sino intereses públicos, de carácter eugenésico y social, concretados en la conveniencia de evitar la posible transmisión de enfermedades mentales a los hijos y evitar la constitución de familias que, desde el punto de vista social, no sean sanas y útiles.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria dio una nueva redacción al precepto, que quedó redactado del siguiente modo: “Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

Esta redacción era coherente con la dicción que la misma Ley 15/2015 ha dado al art. 51.I CC, según el cual “La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero”.

Sin embargo, la entrada en vigor de este precepto, que encomienda la competencia del control de los requisitos de capacidad de los contrayentes, también a los Notarios y Secretarios Judiciales (ante los que, tras la reforma de 2015, pueden ya celebrarse matrimonios civiles, según resulta de la disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 15/2015), se pospuso al 30 de junio de 2017, fecha en la que debía haber comenzado la vigencia de la LRC de 2011, según preveía la disposición final 21.3 de la Ley 15/2015, que, sin embargo, ha sido modificada por el art. Único.5 de la Ley 4/2017, de 28 de junio, el cual ya no establece el concreto momento a partir del cual será aplicable el nuevo art. 51 CC (y otros preceptos relativos a la tramitación y celebración del matrimonio civil), sino que se remite, sin más, a la fecha de la “completa entrada en vigor” de LRC de 2011, que ha sido nuevamente aplazada al 20 de junio de 2020 (disposición final décima, I, LRC, modificado por la disposición final primera de la Ley 5/2018, de 11 de junio).

Por lo tanto, y en cuanto aquí nos interesa, hasta el 20 de junio de 2020 el control de la capacidad de los contrayentes seguirá siendo realizado, exclusivamente, en el expediente previo tramitado ante el Registro Civil, también en los casos en que el matrimonio se celebre ante Notario o Secretario Judicial (disposición transitoria cuarta.2 de la Ley 15/2015).

A mi parecer, basta considerar la razón de ser del precepto, para rechazar su formulación, por contraria al principio de libre desarrollo de la personalidad de los discapacitados, sin que sirva de contrapeso la circunstancia de que, conforme al art. 1643.I, letra a) (redactado por Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre), después de la cesación de la demencia o de haber sido revocada la incapacitación o inhabilitación, sólo sea el propio interesado quien pueda ejercitar la acción de invalidez del matrimonio en el plazo máximo de seis meses, o de que éste, pueda validarlo ante el funcionario del Registro Civil y dos testigos, según el art. 1633.I, letra b) (redactado por Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre), una vez revocada la incapacitación o inhabilitación o una vez que haya hecho verificar judicialmente su estado de salud.

Dicho esto, hay que observar que el nuevo art. 56.II CC hablaba, no sólo de “deficiencias o anomalías psíquicas” (como sucedía antes de la reforma del 2015), sino de “deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales”, locución ésta, evidentemente más amplia, que, interpretada literalmente, llevaba a que el encargado del Registro civil tuviera que pedir dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento del contrayente que padeciera una deficiencia sensorial, aunque la misma no tuviera incidencia sobre su capacidad natural de entender y de querer (por ejemplo un invidente), lo que, además, de absurdo, era contrario al art. 23.I.a del Convenio de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificado por España en 2008), según el cual los Estados Partes tomarán medidas efectivas para que se “reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges”.

Por ello, la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado aclaró que el precepto debía ser interpretado siempre de manera estricta “y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impositiva, aun proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento, y lógicamente no a aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan sólo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver con ni guarde relación con la aptitud para prestarlo”; concluyendo que la exigencia de solicitar un dictamen médico se debía “entender necesariamente limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento”.

En cualquier caso, la Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, ha vuelto a dar una nueva redacción al art. 56.II CC (como se dice en su Preámbulo, que hace suya la interpretación preconizada por la Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016), con el fin de aclarar “que la intención de la reforma introducida por la Ley [15/2015, de 2 de julio] es favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio”.

El precepto queda redactado así: “El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes.

Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento⁸¹.

Por de pronto, parece claro que esa “condición de salud” no se dará en personas que sufran una mera discapacidad de carácter sensorial (como es el caso de los invidentes o de los sordos), pues, a través de las medidas de apoyo previstas en el precepto, podrán prestar su consentimiento para contraer matrimonio. Por lo tanto, la “condición de salud” que obliga al encargado del Registro Civil a recabar dictamen médico hay que referirla a las deficiencias de carácter psíquico o intelectual; y no a todas, sino exclusivamente a las que “de modo evidente, categórico y sustancial” puedan obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial⁸². No bastan, pues, *meras dudas* del encargado al respecto, sino que se requiere *certeza* respecto a la falta de capacidad natural del contrayente, faltando la cual no deberá pedir el dictamen, sino que deberá autorizar la celebración del matrimonio, lo que parece correcto desde el punto de vista del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y desde la consideración del *ius connubii* como un derecho fundamental, que no debe ser menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad⁸³. Esto, claro está, sin perjuicio de que posteriormente pueda examinarse judicialmente la aptitud del contrayente para prestar el consentimiento *ad nuptias* y, si se prueba que no la tuvo, se dicte la correspondiente sentencia de nulidad⁸⁴.

Ciertamente, el art. 56 CC, en su redacción actual, es uno de los preceptos que no entrarán en vigor hasta el 20 de junio de 2020, pero me parece indudable que el criterio que establece debe aplicarse por el encargado del Registro Civil, como una exigencia ineludible de interpretar el todavía vigente art. 56 CC (el

81 No parece que la exigencia de un dictamen médico comporte una discriminación de las personas con discapacidad contraria al art. 5 de la Convención de Nueva York, pues no se trata aquí de decidir si el matrimonio les “conviene”, lo que supondría una inadmisibles intromisión en una decisión personal íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad, sino de determinar si tienen capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio y discapacidad”, *Derecho Privado y Constitución*, 2018, núm. 32, pp. 83-84, aun no considerando discriminatorio la exigencia del dictamen médico, observa que, quizás, fuera más conveniente recabar un informe familiar, social y psicosocial del contrayente.

82 GUILARTE MARTÍN-CALERO, C: “Matrimonio”, cit., p. 79, critica el empleo de la expresión condiciones de “salud”, por considerarla demasiado amplia “para acotar situaciones excepcionales”, entendiendo que hubiera sido preferible que el legislador se hubiese limitado a suprimir la referencia a las deficiencias “sensoriales”, aludiendo, exclusivamente a las “mentales” e “intelectuales”.

83 El *ius connubii*, en cuanto “derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución” [...] “no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de existencia de impedimentos o de falta de capacidad”, tal y como expone la RDGRN 12 marzo 1994 (Act. Civ. R376/1994, p. 347), según la cual, “aun en caso de duda han de prevalecer los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad y del ejercicio de los derechos fundamentales”.

84 La STS 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478) observa que, “con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio”.

redactado por la Ley 30/1981) de acuerdo con el art. 23.1.a del Convenio de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Las deficiencias que pueden obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial pueden ser, tanto transitorias (por ejemplo, un estado de embriaguez o drogadicción), como duraderas, esto es, enfermedades o deficiencias intelectuales graves que en el momento en que ha de celebrarse el matrimonio priven a quienes las padecen de la facultad de discernimiento y, en consecuencia, de la posibilidad de ponderar el significado y las consecuencias del consentimiento que deben prestar.

Se ha denegado⁸⁵, así, la autorización del matrimonio del contrayente afectado por una hemiplejía con afasia, que le imposibilitaba para hablar, por lo que sólo podía comunicarse apretando la mano izquierda⁸⁶; del que padecía un deterioro cognitivo severo compatible con una demencia mixta, de carácter crónico, progresivo y permanente, por lo tenía gravemente alterada su capacidad de conocer y querer el alcance y las consecuencias de sus actos⁸⁷; del que sufría patología neurodegenerativa en su sistema nervioso, que le provocaba un deterioro cognoscitivo grave que afectaba a su capacidad de comprensión, elección y utilización de conceptos abstractos⁸⁸; o del que presentaba una demencia senil avanzada con un deterioro cognitivo importante que afectaba a todas las funciones psíquicas (orientación, memoria, comprensión del lenguaje, etc.) y, como consecuencia de ello, tenía totalmente impedida la capacidad de gobernar sus propios asuntos⁸⁹.

Desde luego, no se exige “que los contrayentes se encuentren en un óptimo goce de sus facultades intelectuales o mentales, bastando al efecto que los mismos tengan la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieren y conste su libre decisión de asumirlo”⁹⁰.

Se ha autorizado, así, la celebración del matrimonio del contrayente con un coeficiente mental bajo, cierta inmadurez y dependencia de las personas que

85 Muy discutible me parece la RDGRN 16 junio 2011 (JUR 2012, 153313), que denegó la autorización del matrimonio del que, siendo dieciséis años mayor que una contrayente extranjera, tenía deficiencias que, según el informe psiquiátrico aportado, hacían aconsejable que se le sometiera a una incapacitación parcial (curatela), con aras a protegerle de pautas conductuales pródigas y se le asesorara sobre actos civiles que supusieran una administración económica y patrimonial compleja.

86 RDGRN 29 octubre 2014 (JUR 2015, 266357), la cual, haciendo suya la argumentación del auto recurrido, afirma que “no es posible la comunicación, únicamente a través de apretar la mano izquierda y que es posible que, dado que se ha afectado el área del lenguaje, pueden existir también alteraciones de la comprensión y el pensamiento imposibles de determinar”.

87 RDGRN 29 enero 2004 (RAJ 2004, 2790).

88 RDGRN 18 octubre 1999 (RAJ 1999, 10145).

89 RDGRN 23 octubre 2004 (RAJ 2005, 1079).

90 SAP Valencia 21 septiembre 2016 (JUR 2016, 247157).

rodeaban, pero que tenía “una capacidad intelectual dentro de la normalidad”, que le permitía “conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias”⁹¹.

No sé yo hasta qué podrá mantenerse el criterio, seguido por algunas resoluciones de la Dirección General respecto a contrayentes con oligofrenia o que presentan un cierto grado de retraso mental orgánico, de autorizar el matrimonio de quienes tienen una edad mental de catorce años⁹² y denegar el de los que tienen una edad mental inferior⁹³; y ello no tanto, porque el impedimento de edad no sea ya dispensable a partir de los catorce años, que era el fundamento de dichas resoluciones, sino por ser dudosa la compatibilidad de dicho criterio, al menos, formulado como una regla general, con el ya mencionado art. 23.I.a del Convenio de Nueva York.

91 RDGRN 30 junio 2005 (JUR 2006, 7457).

92 La RDGRN 12 marzo 1994 (RAJ 1994, 2295) confirmó el auto favorable del juez encargado del Registro civil, el cual, en la tramitación del expediente previo al matrimonio civil (art. 56, II CC, había autorizado el matrimonio de un deficiente mental. El Ministerio Fiscal interpuso recurso contra el mencionado auto, alegando que el contrayente en cuestión padecía una oligofrenia que dejaba reducida su edad mental en torno a los catorce años, razón por la cual -a su juicio- no podía prestar el consentimiento matrimonial. La DGRN desestimó el recurso, entendiendo que la edad mental de catorce años hacía referencia a una equivalencia aproximada del nivel de inteligencia de la contrayente, pero no a sus vivencias, que correspondían a una persona de mayor edad; consideró, así mismo, que, “si a partir de la edad física de catorce años hay capacidad natural para contraer matrimonio, como se deduce de la posible dispensa prevista por el art. 48 del Código civil, no hay motivo para negar totalmente tal capacidad, por esta sola razón, a quien tiene una edad mental equiparable a la de los catorce años”. Y añade: “La conclusión adoptada es la que mejor se compagina con la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC) y con la esencia misma del *ius nubendi*, “derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución”. V. también RDGRN 12 marzo 1994 (RAJ 1994, 2295).

93 A los que, ciertamente, a veces se ha querido “utilizar” para la celebración un matrimonio de conveniencia, con el fin de que el contrayente (extranjero) pueda obtener el permiso de residencia en nuestro país. La RDGRN 25 febrero 1994 (Act. Civ., R284/1994, p. 274) rechazó el recurso interpuesto contra el auto denegatorio de la autorización del matrimonio civil de un deficiente mental. Dice, así que, si el “dictamen médico afirma que el contrayente tiene un retraso mental orgánico con una edad mental entre 7 y 10 años, lo que se confirma con el informe psiquiátrico previo en el que se asegura que la edad mental de esa persona no es superior a la de los 12 años, hay que concluir que el contrayente no tiene la aptitud exigida para contraer matrimonio, puesto que sólo a partir de los 14 años de edad -en su caso, con dispensas- es válido el matrimonio (cfr. arts. 46.2 y 48, II, C.C.)”; añade: “Realmente todas las circunstancias del caso, como la extranjería de la recurrente, la diferencia de edad y el estado mental del varón español, inducen a sospechar fundadamente que se ha intentado contraer un matrimonio simulado para aprovecharse de las ventajas indirectas de tal institución en relación con la estancia de los extranjeros en España, pero sin verdadera voluntad de contraer matrimonio”. La RDGRN 20 enero 1995 (RAJ 1995, 1605) conoció de un recurso interpuesto por el promotor de un expediente de autorización previa para la celebración de un matrimonio con una súbdita marroquí. La Juez dispuso que el promotor fuera reconocido por el Médico Forense a fin de dictaminar su capacidad matrimonial; éste informó que el promotor manifestaba tener una edad mental entre 6 y 8 años, por lo que la Juez denegó la aprobación del expediente. El promotor recurrió ante la Dirección General de los Registros y del Notariado, que confirmó el auto recurrido: “Habiendo afirmado el Médico Forense en su informe que el contrayente tiene una edad mental comprendida entre los 6 y 8 años y que se trata de un oligofrénico de grado medio, hay que concluir que evidentemente carece de aptitud para contraer matrimonio, ya que sólo a partir de los 14 años y con la debida dispensa el matrimonio es válido, careciendo de valor las alegaciones contenidas en el escrito de recurso sobre el embarazo de la contrayente. Existen, por el contrario, fundadas sospechas de que en este caso se ha intentado aprovechar la institución matrimonial para conseguir, por la vía del reagrupamiento familiar previsto en la legislación de extranjería, la entrada y estancia de la contrayente extranjera en España”.

El art. 56.II CC (tanto en su redacción actual, como en la anterior) está pensando, sin duda, en un contrayente que no haya sido previamente incapacitado⁹⁴, pero, como ha evidenciado la doctrina⁹⁵, la jurisprudencia⁹⁶ y la Dirección General de los Registros y del Notariado, ello no significa que no pueda y deba aplicarse a los incapacitados para regir su persona y sus bienes por causa de una enfermedad psíquica⁹⁷.

94 Téngase en cuenta que la figura de la incapacitación, tal y como hoy la concebimos, está llamada a desaparecer, de prosperar el Anteproyecto de Ley de 21 de septiembre de 2018, por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, con el que se pretende adaptar la legislación española a las exigencias derivadas Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York.

Por ello, en la Exposición de Motivos del citado Anteproyecto se observa que “Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones”. Por ello, “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse”.

En particular, la tutela deja de ser una medida de protección de las personas con discapacidad, que estarán, en su caso, sujetas a curatela, quedando la tutela como un mecanismo de asistencia residual, exclusivamente, en favor de los menores no emancipados en situación de desamparo o no sujetos a patria potestad (como resulta de la redacción del art. 199 CC que propone el artículo diecinueve del Anteproyecto). En la Exposición de Motivos se explica, que “La institución objeto de una regulación más detenida es la curatela, principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad. El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general” (v. a este respecto la redacción de los arts. 266 y ss. CC que propone el Anteproyecto).

95 La aplicación del art. 56.II CC a los incapacitados judicialmente es confirmada por el común de la doctrina. V. en este sentido, ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil*, cit., IV, pp., 49 y 50; BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones*, cit., p. 74; CRESPO MORA, M^a C.: “La celebración”, cit., p. 405; DIAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 56 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, pp. 717-718; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 79; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios*, cit., t. VI, p. 65; LINACERO DE LA FUENTE, M^a: “Matrimonio”, cit., pp. 81-82; OSORIO SERRANO, J. M.: “Requisitos del matrimonio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones* (coord. F. J. SÁNCHEZ CALERO), 8^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 69; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 76 CC”, cit., p. 462; SANCHO REBULLIDA, F.: “Celebración del matrimonio”, en LACRUZ BERDEJO, J. L., et alii, *Elementos de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, fasc. 1^o, 3^a ed., Bosch, Barcelona, 1989, p. 115; VENTURA VENTURA, J. M.: “Comentario al art. 56 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2^a ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 399; MONJE BALMASEDA, O.: “Requisitos”, cit., p. 70; e implícitamente GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 56 CC”, cit., p. 128; y PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de familia*, cit., p. 56. También PUIG FERRIOL, L.: “Comentario al art. 56 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 256, que observa la que la sentencia de incapacitación por enfermedad de carácter psíquico comportará la presunción de que el contrayente incapacitado no es apto para prestar el consentimiento matrimonial.

96 En particular, en la reciente STS 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478) se dice que, “a pesar de que con la incapacitación desaparece la presunción general de capacidad de los mayores de edad (arts. 322 y arts. 199 CC y 756 a 762 LEC), siempre que puedan prestar consentimiento matrimonial pueden celebrar un matrimonio válido tanto los incapacitados como las personas que, sin estar incapacitadas, adolezcan de alguna discapacidad que, a otros efectos, les impida gobernarse por sí mismas”.

97 Podemos traer a colación a este respecto diversas resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. La RDGRN 18 marzo 1994 (RAJ 1994, 2957) afirma que el “precepto es aplicable también a los judicialmente incapacitados de modo total, sin necesidad de una modificación previa de la sentencia”. La RDGRN 2 junio 1999 (RAJ 1999, 10119) observa que el dictamen “debe ser exigido tanto en los casos de una incapacidad natural o de hecho para prestar el consentimiento como en los casos en los que la incapacitación haya sido declarada judicialmente”. La RDGRN 30 junio 2005 (JUR 2006, 7457) afirma que el art. 56.II CC “se ha de aplicar con independencia de que haya mediado o no una previa judicial de la persona, o, dicho, en otros términos, incluso aunque esta incapacitación se haya declarado formalmente. En definitiva,

Los incapacitados podrán contraer matrimonio, si en el momento de la ceremonia nupcial tienen aptitud natural para prestar el consentimiento (o, empleando la terminología tradicional, se hallan en un intervalo lúcido); y ello, sin necesidad de instar la previa modificación de la sentencia de incapacitación⁹⁸ (y, por supuesto, sin necesidad de la autorización del tutor o curador⁹⁹), solución ésta, que es conforme al principio de libre desarrollo de la personalidad y al de libertad nupcial¹⁰⁰, que también permitirá al otro contrayente demandar la nulidad de matrimonio por error, si hubiera ignorado la enfermedad de aquél con quien se casa¹⁰¹.

No obstante, la existencia de una sentencia de incapacitación por causas psíquicas excepciona la regla general del art. 322.I CC¹⁰², haciendo surgir la presunción de que el incapacitado carece de la capacidad natural de entender y de querer el matrimonio, por lo que la prueba en contrario de que la tiene ha de ser *convinciente*¹⁰³; y de ahí que la más elemental prudencia imponga al encargado que deba autorizarlo que pida dictamen médico¹⁰⁴.

ha sido voluntad del legislador tomar como parámetro para apreciar la aptitud para acceder al matrimonio de una persona el de su capacidad natural para prestar de forma consciente el consentimiento matrimonial”.

98 V. en este sentido RDGRN 18 marzo 1994 (RAJ 19994, 2957).

99 Como, en cambio, prevé, a mi parecer, desafortunadamente, el vigente art. 460 del Código civil francés, en la redacción dada por la Ley n° 308 de 5 de marzo de 2007.

Digo desafortunadamente, porque, si el incapacitado se halla en condiciones de entender el acto que realiza, debe ser él quien, libremente, preste su consentimiento al matrimonio, sin necesidad de autorización alguna (ni del tutor o curador, ni del juez); y, si carece de capacidad natural de entender y de querer en el momento en que pretende casarse, no cabe que su voluntad sea sustituida o complementada por un tercero, el cual no debiera poder decidir sobre la conveniencia de que se celebre un negocio, que afecta en un aspecto tan vinculado al libre desarrollo de la personalidad de otro ser humano.

No obstante, la STEDH 25 octubre 2018, caso Delecolle v. Francia, núm. demanda 37646/13, ha considerado que el art. 460 del Código civil francés no es contrario al art. 12 del Convenio de Roma, entendiéndose que no restringe de manera o desproporcionada el derecho a contraer matrimonio.

100 PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., p. 56, nota 54, dice –creo que, con razón– que la sentencia de incapacitación no puede privar al incapacitado de la posibilidad de casarse, pues ello supondría crear un impedimento matrimonial no previsto por la ley, contrariando, así, el art. 32.2 CE.

101 La RDGRN 18 marzo 1994 (RAJ 19994, 2957) autorizó la celebración de un matrimonio de una persona incapacitada y sujeta a tutela al existir informes que no ponían en duda su aptitud actual para contraerlo, afirmando que “no es bastante para impedir el ejercicio de un derecho fundamental de la persona la oposición de la madre, la cual, aparte de otras alegaciones ajenas al caso, se limita a invocar el contenido de informes médicos muy anteriores a los ahora presentados, fundamentalmente los tenidos en cuenta en 1986, cuando se dictó la sentencia de incapacitación”.

102 La RDGRN 27 julio 1993 (RAJ 1993, 6361), que denegó la autorización de un matrimonio de una persona incapacitada, observa que se trata “de una persona que por sentencia previa ha sido declarada en situación de incapacidad total (cfr. art. 210 CC), de modo que la presunción general de capacidad que ha de apreciarse respecto de todo mayor de edad (cfr. art. 322 CC) está aquí desvirtuada y ha de presumirse, por el contrario, que el afectado carece de aptitud para consentir cualquier acto jurídico”.

103 Tal y como observa la RDGRN 2 junio 1999 (RAJ 1999, 10119), que no autorizó el matrimonio de una persona incapacitada sujeta a tutela, por entender que la presunción de carecer de la aptitud natural para prestar el consentimiento matrimonial no había sido desvirtuada por la circunstancia de que el dictamen del médico forense no fuera “totalmente negativo”. Observa también que “el médico forense, a pesar de su conclusión, indica que el coeficiente mental de la contrayente se corresponde con una edad de siete a diez años, muy inferior a la de catorce años, a partir de la cual puede ser válido el matrimonio con la oportuna dispensa” (se refiere –claro está– a la situación anterior a la reforma operada por la Ley 15/2015).

104 CRESPO MORA, M^a C.: “La celebración”, cit., p. 405, lo considera “necesario”.

El art. 52.II CC, en la redacción todavía en vigor (debida a la Ley 30/1981), hacía dudosa la aplicación del art. 56.II CC a los matrimonios contraídos por un enfermo en peligro inminente de muerte, que podían autorizarse, sin previo expediente, cuya tramitación presuponia el art. 56.II CC.

La Dirección General de los Registros tuvo ocasión de pronunciarse, afirmando que, no obstante el hecho de que en esta clase de matrimonios no sea necesaria la tramitación del expediente, en caso de duda sobre la aptitud natural del contrayente para poder prestar el consentimiento, el funcionario autorizante, “cuando la urgencia del caso lo permita deberá recabar el oportuno dictamen médico”, ya que “concurren las mismas o más fuertes razones” para ello¹⁰⁵; y ello, sin perjuicio, del posible control posterior de la aptitud del contrayente enfermo en la fase de inscripción del matrimonio celebrado¹⁰⁶. Concretamente, autorizó la celebración del matrimonio de una persona en fase terminal, sometida a la medicación propia de los cuidados paliativos, porque no se apreciaban “alteraciones de las funciones psíquicas superiores, siendo capaz de evocar recuerdos pasados y recientes (recordando la fecha de la boda, relata problemas con sus hijos, cuenta las razones que le impulsan a celebrar contraer matrimonio...) y no apreciándose alteraciones en la exploración de la memoria ni del pensamiento ni de las demás funciones psíquicas superiores”¹⁰⁷.

El nuevo art. 52.II CC (en la redacción dada por la Ley 15/2015 y que no entrará en vigor hasta el 20 de junio de 2020) ha confirmado esta orientación, puesto que afirma que, si bien “El matrimonio en peligro de muerte no requerirá para su celebración la previa tramitación del acta o expediente matrimonial”, “cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65”. Este precepto en su nueva redacción (tampoco en vigor hasta el 20 de junio de 2020), dispone que “En los casos en que el matrimonio se hubiere celebrado sin haberse tramitado el correspondiente expediente o acta previa, si éste fuera necesario, el Secretario judicial, Notario, o el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo”.

Resulta, pues, evidente que, en el caso de celebrarse el matrimonio en peligro de muerte “por enfermedad o estado físico”, se es más riguroso, pues

¹⁰⁵ RDGRN 17 febrero 2010 (JUR 2011, 102449).

¹⁰⁶ Cfr. RDGRN 11 febrero 2003 (RAJ 2011, 4025), la cual consideró procedente la inscripción del matrimonio.

¹⁰⁷ RDGRN 17 febrero 2010 (JUR 2011, 102449).

ha de pedirse dictamen médico siempre que sea posible; en cambio; en la forma ordinaria, tras la reforma llevada a cabo en el art. 56.II CC de Ley 4/2017, de 28 de junio, la mera existencia de una enfermedad de carácter psíquico no es suficiente para que el Encargado pida dictamen. No sé yo hasta qué punto esta discordancia es razonable y respetuosa con el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad.

Como ya he dicho, el hecho de que quien tramitara expediente no hubiera solicitado el dictamen médico no significa que no pueda demandarse posteriormente la nulidad del matrimonio si se demuestra que el contrayente carecía de aptitud para prestar el consentimiento¹⁰⁸. Así, se ha declarado nulo el matrimonio celebrado *in articulo mortis*, por haberse acreditado mediante dictamen emitido por experto neurológico que el contrayente se hallaba en situación de coma, dormido patológicamente y desconectado del medio, sin ninguna función intelectual, ni posibilidad de pensar, ni de comunicarse con el exterior, habiendo prestado su presunto consentimiento a través de un encogimiento de hombros y de un apretón de manos¹⁰⁹.

Por el contrario, se ha desestimado la demanda interpuesta por los hermanos de una persona fallecida, por considerar que, si bien parecía probado que el contrayente padeciera “un leve retraso mental y presentara cierto grado de inmadurez y dependencia”, no podía “entenderse acreditado que el déficit apreciado revistiera entidad suficiente para invalidar la emisión de un consentimiento matrimonial”, máxime, cuando había otorgado diversas escrituras (de partición de herencia paterna y de apoderamiento en favor de uno de sus hermanos), sin que el Notario autorizante hubiese hecho reserva alguna al respecto, dándose además la circunstancia de que el día anterior a su muerte había sido nombrado administrador mancomunado de una sociedad mercantil por parte sus hermanos demandantes¹¹⁰.

Tratándose de enfermedades crónicas que excluyen la capacidad natural de entender y de querer de quienes las padecen de manera continuada (por un ejemplo, una demencia senil irreversible o un Parkinson o Alzheimer acusados), la

108 Pero, en su caso, como observa ROCA TRIAS, E.: “Los requisitos del matrimonio”, cit., p. 69, habrá nulidad por inexistencia de consentimiento, no por defecto de forma.

Hay que llamar la atención sobre una serie de casos en los que un cónyuge trata de “desvincularse” de su matrimonio, mediante una utilización torticera de la nulidad, alegando, precisamente, que, cuando se casó, carecía de aptitud para prestar el consentimiento, junto con otras causas de invalidez, que, desde luego, tampoco llegan a demostrarse, en particular, la reserva mental o la coacción del otro contrayente. V. en este sentido SAP Córdoba 16 noviembre 1996 (AC 1996, 2086); SAP Madrid 26 mayo 1998 (AC 1998, 1066); SAP Barcelona 27 abril 2005 (JUR 2005, I22091); o SAP Barcelona 10 septiembre 2008 (JUR 2009, 253420). En el supuesto resuelto por la SAP Islas Baleares 18 junio 2014 (AC 2014, 1140), quien pretendía la nulidad del matrimonio, que no fue concedida, era la madre del contrayente muerta, que, a la vez, alegaba la existencia de una reserva mental por parte de su mujer.

109 SAP Murcia 27 febrero 2002 (JUR 2002, I26479).

110 STS 29 abril 2015 (RAJ 2015, 2208).

prueba de su existencia antes y después de la celebración del matrimonio, puede ser un indicio de que el enfermo carecía de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial en el período intermedio durante el cual se casó. Pero hay que tener en cuenta que este tipo de enfermedades no afectan por igual al enfermo durante toda la etapa de su desarrollo (puede haber intervalos lúcidos), por lo que para declararse la nulidad del matrimonio tiene que quedar perfectamente acreditado que, precisamente, al tiempo de conclusión del matrimonio, se encontraba en un estado en el que tenía la gravedad suficiente para excluir su capacidad de discernimiento¹¹¹.

Sobre este aspecto me parece pertinente referirme a una reciente y discutible sentencia del Tribunal Supremo¹¹², la cual ha considerado válido el matrimonio contraído por una persona, que, al tiempo de celebrarse, se encontraba incurso en un juicio de modificación de capacidad de obrar, el cual concluiría con una sentencia (dictada, una vez casada) que le incapacitaría para gobernar su persona y sus bienes, a consecuencia de padecer un alzhéimer, agravado por un posterior infarto cerebral que, según el informe médico forense (elaborado antes de la celebración del matrimonio), le ocasionaba “alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión”. Concretamente, en el informe se dice que no podía mantener una conversación, ni responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento o profesión, y que no recordaba el nombre de las hijas; así mismo, que no sabía coger el bolígrafo para escribir una frase y al final ponía su nombre de forma ilegible, en forma de garabatos, sin que tampoco fuese capaz de copiar un sencillo dibujo que se le indicaba y de realizar el test del reloj.

Sin embargo, sorprendentemente, el Tribunal Supremo, a pesar de la contundencia del informe, entiende que “no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la

111 Es reveladora a este respecto la SAP Madrid 15 marzo de 2013 (JUR 2013, 158526), que desestimó la nulidad de matrimonio contraído por una persona que padecía un Parkinson que le había llevado a ser incapacitado para gobernar sus bienes cuatro meses antes de casarse, recayendo una posterior sentencia que también le incapacitaba para gobernar su persona y le sujetaba a tutela un año y cinco meses después de la celebración del matrimonio. Afirma que “considerando todas las circunstancias en las que consta se celebró el matrimonio que nos ocupa, no queda acreditado que en el momento de contraerlo y de prestar su consentimiento, sus facultades intelectivas y cognitivas estuvieran hasta tal punto alteradas o interferidas como para considerar que no presto válidamente su consentimiento, cuando, por vertiginosa que sea la evolución de la enfermedad, no se acredita que en el período de aproximadamente un mes y 3 días que media entre el examen médico con resultado de conservación de la capacidad, y la celebración del matrimonio, el avance de la enfermedad fuera tal que sumiera al afectado en la situación un año después objetivada de grave alteración mental afectante a la capacidad de conocer y decidir, informada en proceso de incapacidad”.

112 STS 15 marzo 2018 (RAJ 2018, 1478), que cuenta con un voto particular, que, al igual que la sentencia recurrida, considera el matrimonio nulo por falta de capacidad natural para entender y querer del contrayente con Alzhéimer.

personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*". El argumento principal que sustenta este razonamiento, es el de que, durante la tramitación del juicio de incapacidad, el contrayente enfermo había presentado una demanda de divorcio contra su anterior mujer, la cual fue estimada, descartando expresamente el juez que pronunció el divorcio que la tramitación del procedimiento de modificación de la capacidad fuera obstáculo para ello (la demandada había planteado una cuestión prejudicial), lo que, obviamente, significa que, a su juicio, el actor conocía el significado de su pretensión, pues, "en nuestro derecho positivo, la misma voluntad que se considera apta para celebrar el matrimonio lo es para disolverlo por divorcio". No obstante, se utiliza otro argumento, que, aunque presentado como secundario, creo que es decisivo, esto es, la circunstancia de que la demanda de nulidad se hubiese presentado una vez muerto el contrayente, cinco años después de la celebración del matrimonio, sin que durante este tiempo la tutora (una de sus hijas, demandante, junto a sus hermanas, de la nulidad) hubiera considerado contrario al interés del incapacitado que residiera en su propia casa con la segunda mujer, dándose, además, la circunstancia de que ambos habían mantenido una relación durante años e, incluso, habían llegado a convivir antes de casarse. Parece, pues, que, en realidad, se busca la justicia del caso concreto, tratándose de no comprometer la estabilidad de una situación familiar consolidada con apoyo en cuestionables motivos subjetivos de las demandantes de la nulidad.

En otro orden de cosas, más problemas plantean las enfermedades que no excluyen de manera continuada la capacidad cognitiva y volitiva de quien las padece, sino sólo en determinados momentos, como es el caso de la depresión o de la esquizofrenia, que puede manifestarse en forma de brotes aislados. La cuestión –como siempre- será determinar si, en el preciso momento en que se celebró el matrimonio, el enfermo tenía gravemente deteriorada su capacidad cognitiva. Así, se ha declarado nulo un matrimonio contraído por quien padecía una depresión grave en fase aguda "con pensamientos negativos e ideas autodestructivas aptas para tomar decisiones contrarias a sus intereses", y no podía "conocer y querer el acto que estaba realizando, pues en tal momento sobrepasaba su capacidad"¹¹³; como también el contraído en fase maniaca por una persona que padecía una depresión y consumía cocaína, combinación que la sumió en un estado de descontrol en "el que su capacidad de discernimiento resultaba prácticamente anulada", estando "sustraída a los controles de la voluntad y del autodominio"¹¹⁴.

Por el contrario, se ha considerado válido el matrimonio de una persona aquejada de esquizofrenia, por no demostrarse que hubiese habido brotes esquizofrénicos antes o después de la celebración del matrimonio, no existiendo

¹¹³ STS 14 julio 2004 (RAJ 2004, 4297).

¹¹⁴ SAP Sevilla 28 junio 2000 (JUR 2000, 284516).

“la más mínima prueba de que la contratante se hallara aquejada de una crisis en el momento de emisión del consentimiento en el negocio matrimonial, ni tan siquiera que tuviera limitadas sus facultades mentales o se revelase una trascendencia de la problemática psíquica en relación con dicho acto”¹¹⁵. Ahora bien, en los estos casos en los que la persona afectada por la esquizofrenia haya tenido aptitud para prestar el consentimiento, el otro contrayente que desconociera la enfermedad de su consorte podría pedir la nulidad del matrimonio por error en cualidad, con apoyo en el art. 73.4º CC.

3. Los impedimentos matrimoniales en sentido estricto.

Los impedimentos matrimoniales en sentido estricto (o impedimentos relativos) son el parentesco y el crimen.

A) El parentesco.

El impedimento de parentesco¹¹⁶, como resulta del art. 47.I CC, prohíbe “contraer matrimonio entre sí” a los parientes en línea recta, por consanguinidad o por adopción¹¹⁷, sin limitación de grados, de modo que no podrá un padre

¹¹⁵ STS 18 septiembre 1989 (RAJ 1989, 6318).

¹¹⁶ Recuérdese que, tras la reforma llevada a cabo tras la Ley 30/1981, de 7 de julio, la afinidad no origina impedimento de parentesco.

Lo mismo acontece en la actualidad en el Derecho alemán, en el que el § 4.I *Ehegesetz* de 20 de febrero de 1946, establecía el impedimento de parentesco por afinidad en línea recta, que, sin embargo, fue suprimido por *Gesetz zur Neuordnung des Eheschließungsrechts* de 4 de mayo de 1998, por lo que no pasó al vigente 1307 § BGB.

Sin embargo, el art. 161 del Código civil francés (redactado por la Ordenanza nº 759/2005, de 14 de julio) sigue contemplando el impedimento de parentesco por afinidad en línea recta, si bien es dispensable por el Presidente de la República, por causas graves, cuando la persona que ha originado la afinidad haya muerto. El art. 1602, letra a) del Código civil portugués (redactado por Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre) regula también como impedimento dirimente el parentesco por afinidad en línea recta, pero no lo considera susceptible de dispensa. Pero, además, la Ley 143/2015, de 8 de septiembre, ha introducido un nuevo impedimento dirimente, recogido en el vigente art. 1602, letra b) del Código civil luso, que es el de “anterior responsabilidad parental”, lo que, según explican, PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., vol. I, pp. 307-308, significa que el cónyuge o conviviente de hecho del progenitor de un niño, que tenga atribuidas responsabilidades parentales respecto de dicho niño, no puede contraer matrimonio con él. Explican los autores que no se trata aquí de un impedimento de parentesco, sino que se basa en razones de carácter social, aunque, si el titular de la responsabilidad parental estuviera casado con el padre o la madre del niño existiría también un impedimento dirimente de afinidad.

¹¹⁷ El Código civil portugués no contempla, expresamente, el impedimento de parentesco por adopción en línea recta, aunque es evidente que se subsume dentro de su art. 1602, letra a) (redactado por Decreto Ley nº 496/1977, de 25 de noviembre), que establece como impedimento dirimente el parentesco en línea recta, en virtud de la aplicación del art. 1986, que establece la equiparación entre los hijos biológicos y los adoptivos.

El Código civil francés contempla, expresamente, el impedimento de parentesco por adopción en línea recta, exclusivamente, en relación con la adopción simple, en el art. 366.I (redactado por Ley nº 604/1996, de 5 de julio), pero, obviamente, la doctrina lo considera aplicable en la adopción plena, como consecuencia de la equiparación que efectúa el art. 358 (redactado por Ley 305/2002, de 4 de marzo), entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza legítimos. Cfr., así, TERRÉ, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil*, cit., p. 120.

casarse con su hijo (sea éste biológico o adoptivo), ni tampoco un abuelo con un nieto¹¹⁸.

Así mismo, el art. 47.2 CC impide contraer matrimonio entre sí a los parientes colaterales por consanguinidad que se encuentren dentro del tercer grado¹¹⁹; por lo tanto, no es posible el matrimonio entre hermanos biológicos, ni entre un tío o sobrino; en cambio, pueden casarse entre sí los primos carnales, al tratarse de parientes colaterales que se hallan en el cuarto grado. Este precepto (a diferencia de lo que hace el art. 47.1 CC respecto de los parientes en línea recta) no se refiere a los parientes colaterales por adopción, por lo que no existe impedimento para que dos hermanos por adopción puedan casarse entre sí¹²⁰, pues las normas que restringen la capacidad nupcial no deben ser objeto de interpretación extensiva, máxime cuando en este caso no existen razones eugenésicas para prohibir el matrimonio¹²¹. Estamos, pues, ante una norma especial, que desplaza la norma general del art. 108.II CC, según la cual la filiación por naturaleza y por adopción "surten los mismos efectos"¹²².

118 Hay que tener en cuenta que, aunque a tenor del art. 178.I CC la adopción extingue los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia biológica, el art. 178.3 CC precisa que dicho efecto debe entenderse "sin perjuicio de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales". Por tanto, subsiste el impedimento para contraer matrimonio entre el adoptado y sus parientes consanguíneos.

119 El § 1307 BGB establece, en cambio, el impedimento de parentesco por consanguinidad en línea colateral, exclusivamente, entre hermanos, sean de vínculo doble o sencillo, precisando que el impedimento subsiste, aunque el parentesco se extinga como consecuencia de la adopción de uno de ellos.

El art. 1602, letra c) del Código civil portugués [la Ley n° 143/2015, de 8 de septiembre, convirtió en letra c), lo que anteriormente, era letra b)] establece el impedimento dirimente de parentesco en línea colateral, también solamente, hasta el segundo grado, si bien el art. 1604, letra c) (redactado Decreto Ley n° 496/1977, de 25 de noviembre) regula como impedimento, meramente impediendo, el parentesco de tercer grado en línea colateral, el cual es, además, dispensable, según el art. 1609.I, dispensa que podrá realizar el encargado del Registro Civil, cuando haya motivos serios que justifiquen la celebración del matrimonio.

120 Sí que, en cambio lo hay en Derecho alemán, pues el § 1308 BGB impide el matrimonio entre hermanos adoptivos, aunque el impedimento puede ser dispensado judicialmente.

El Código civil portugués no establece, expresamente, la prohibición de contraer matrimonio entre hermanos adoptivos, pero la doctrina entiende que la misma resulta del art. 1602, letra c), que establece el impedimento de parentesco en el segundo grado de la línea colateral, en virtud de la aplicación del art. 1986, del mismo modo en que a los parientes en línea recta por adopción les resulta aplicable la letra a) del art. 1602. Cfr., en tal sentido, PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso*, cit., vol. I, p. 305.

Lo mismo puede decirse respecto del Código civil francés, respecto de la adopción plena, en virtud de la equiparación de efectos realizada por el art. 358 (redactado por Ley 305/2002, de 4 de marzo) entre los hijos adoptivos y los hijos por naturaleza legítimos. En el caso de adopción simple, existe un impedimento expreso, contemplado en el art. 366.3 y 4 (redactado por Ley n° 604/1996, de 5 de julio), que prohíbe el matrimonio entre los hijos adoptivos de la misma persona, así como entre el adoptado y los hijos biológicos del adoptante; aunque el párrafo del mismo precepto prevé la posibilidad de dispensa por parte del Presidente de la República por motivos graves.

121 En cambio, el adoptado no podrá casarse con sus hermanos biológicos, según resulta del art. 178.3 CC.

122 La opinión de que el impedimento de parentesco por adopción no se extiende a la línea colateral es prácticamente unánime en la doctrina española. V. a este respecto CARRIÓN OLMOS, S.: "Comentario al art. 47 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 184, y las extensas citas que realiza en la nota número 9; CRESPO MORA, Mª C.: "La celebración", cit., p. 411; GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, Mª L.: "El matrimonio, realidad social e institución jurídica", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, vol. 1º (coord. V. M. GARRIDO DE PALMA), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 121; LINACERO DE LA FUENTE, Mª: "Matrimonio", p. 79; MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil, Derecho de familia* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Bercal, Madrid, 2007, p. 51; SANCHO REBULLIDA, F.: "Requisitos del matrimonio", en LACRUZ BERDEJO, J. L., et alii, *Elementos*

No es dispensable el impedimento de parentesco en línea recta, ni tampoco en línea colateral dentro del segundo grado (el que afecta a los hermanos), pero, según prevé el art. 48 CC, sí cabe dispensar judicialmente, a instancia de parte, el impedimento entre colaterales de grado tercero¹²³, en cuyo caso sería válido el matrimonio contraído por el tío con una sobrina carnal¹²⁴.

El precepto requiere que la dispensa tenga “justa causa”, que, de acuerdo, con el texto del todavía vigente art. 260 RRC, podrá ser un motivo de “índole particular, familiar o social”¹²⁵, habiendo declarado la Dirección General de los Registros y del Notariado que, aunque tales expresiones sean “conceptos indeterminados de difícil evaluación”, es posible considerar como justa causa para la dispensa la circunstancia de que tío y sobrina, por incapacidad del primero, llevarán conviviendo durante veintidós años¹²⁶.

La dispensa podrá tener lugar antes de celebrarse el matrimonio o después (en la rara hipótesis de que se haya autorizado la celebración por no haber reparado el instructor del expediente matrimonial en la existencia del impedimento), pero, en este segundo caso, según dice el mismo precepto, la dispensa, de darse, convalidará el matrimonio desde su celebración, siempre que la nulidad no hubiese sido ya instada judicialmente por alguna de las “partes”, palabra ésta, que no se refiere, exclusivamente, a las partes del negocio jurídico matrimonial, sino a todos los legitimados para demandar la nulidad del matrimonio, que, en este caso, no sólo son los cónyuges, sino también (en virtud de la norma general del art. 74 CC) el Ministerio Fiscal y cualquier tercero con interés legítimo¹²⁷.

de *Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, fasc. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989, p 108; SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio*, cit., p. 57. Es aislada la opinión contraria de ALBALADEJO GARCÍA, M.: “El impedimento matrimonial de adopción en el Código civil a hoy”, en AA.VV.: *Centenario del Código civil (1889-1999)*, Centro de Estudios Ramón Areces, t. I, Madrid, 1990, pp. 1 y ss., seguida por OSORIO SERRANO, J. M.: “Requisitos del matrimonio”, p. 70. DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016, p. 359, aun entendiéndose que, a tenor del art. 47.2º CC, se desprende que el impedimento de parentesco no se aplica a los parientes colaterales por adopción, sin embargo, defiende su extensión a ellos, invocando “acentradas convicciones de moralidad social compartidas por la gran mayoría de las culturas”.

123 El art. 164.3 del Código civil francés contempla también la posibilidad de dispensa del impedimento de parentesco por consanguinidad en tercer grado, por causas graves, por parte del Presidente de la República.

124 V. a este respecto RDGRN 18 octubre 1995 (RAJ 1995, 9565).

125 Según el todavía vigente art. 261.II RRC, “En la solicitud de dispensa de impedimento de grado tercero de parentesco entre colaterales se expresará con claridad el árbol genealógico de los esposos”.

126 V. así RDGRN 18 octubre 1995 (RAJ 1995, 9565), la cual afirma que es “menester entender que una convivencia prolongada y voluntaria entre tío y sobrina puede ser tal fuente de afecto entre ambos, que, sobrepasando el del simple parentesco, llegue a la *affectio maritalis*, cuya real existencia depende de la voluntad íntima de las personas y no puede desvelarse so pena de permitir intromisiones ilegítimas en su intimidad”.

127 En este sentido se ha orientado la SAP Teruel 24 marzo 2015 (JUR 2015, 123212). En el supuesto litigioso acontecía que el Ministerio Fiscal había demandado la nulidad del matrimonio antes de que los cónyuges pidieran la dispensa del impedimento, solicitándolo posteriormente, estando vigente el procedimiento judicial.

B) El crimen.

El art. 47.3 CC consagra el denominado impedimento de crimen o muerte dolosa¹²⁸.

El precepto ha sido reformado por la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015. En su redacción anterior (debida a la Ley 30/1981) impedía “contraer matrimonio entre sí”, a los “condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos”. Sin embargo, en su actual dicción, se refiere a “Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal”¹²⁹.

Se observa, pues, una extensión del régimen legal del impedimento¹³⁰; y ello en dos sentidos: de un lado, la prohibición de contraer matrimonio afecta ahora, no sólo afecta a los autores y cómplices (así, como en común interpretación de la doctrina a los inductores y cooperadores necesarios¹³¹), sino también a los encubridores; y de otro lado, el sujeto pasivo del delito que da origen al impedimento puede ser, no sólo el cónyuge, sino también el conviviente *more uxorio*.

La reforma de 2015 revitaliza, así, un impedimento, que parecía totalmente obsoleto. Es evidente que el impedimento de crimen surge en el contexto de un Derecho matrimonial contrario al divorcio¹³². Nace, obviamente, como una sanción civil a un comportamiento reprobable, pero, sobre todo, con la finalidad de disuadir a quienes, no pudiendo acudir al divorcio, pretendieran disolver su matrimonio, poniéndose de acuerdo para matar al cónyuge de cualquiera de ellos.

Pudiera, pues, pensarse que, admitido el divorcio y, además, con la amplitud con hoy se regula, carecería de sentido mantener el impedimento de crimen, pero

128 Que no se regula, ni en el Código civil francés, ni en el alemán, aunque sí, como veremos, en el italiano; como también en el art. 1604, letra f) (redactado por Decreto Ley 496/1977, de 25 de noviembre) del Código civil portugués.

129 Es, pues, distinta la regulación del impedimento en la legislación civil y la canónica, pues el c. 1090 CIC, no sólo regula el conyugicidio por cooperación mutua, física o moral (el único contemplado en el art. 47.3 CC, que exige además condena penal firme), sino también el conyugicidio simple, que comprende dos supuestos: causar la muerte del propio cónyuge (conyugicidio propio) o la del cónyuge de la persona con la que se desea contraer matrimonio (conyugicidio impropio): en estos dos supuestos, se exige siempre que el crimen haya sido causado con la intención de contraer matrimonio con determinada persona.

130 CARRIÓN VIDAL, A.: “Comentarios”, cit., p. 379.

131 V. en este sentido CARRIÓN OLMO, S.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 190; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 78; LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios*, cit., t. VI, p. 67; DE PABLO CONTRERAS, P.: “El matrimonio como acto jurídico. La nulidad del matrimonio”, en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV)* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ), 4ª ed., Madrid, Colex, 2013, p. 119; SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 119.

132 Es, por ello, que el impedimento de crimen no fue recogido en el Código civil francés, aunque sí en el italiano, tanto en el de 1865 (art. 62), como en el de 1942, en cuyo art. 88 pervive tras la reforma de 1975, que introdujo el divorcio en Italia.

no es así, porque dicho impedimento sigue manteniendo una utilidad social como una medida de lucha contra la lacra de la violencia en el ámbito de las relaciones familiares, que no hay por qué circunscribir a la que tiene lugar en el seno de la familia matrimonial: esta parece ser el nuevo fundamento del impedimento, pues, de otro modo, no se comprende por qué habría también de aplicarse a quienes, al estar meramente unidos de hecho, pueden casarse entre sí, sin necesidad de disolver un previo vínculo matrimonial, por tener libertad de estado para contraer matrimonio.

En cualquier caso, tanto antes, como ahora, se exige que exista una condena penal firme de ambos cónyuges o convivientes *more uxorio*, por muerte dolosa, pudiendo ser diverso su grado de autoría o participación (p. ej., uno es condenado como autor directo del delito y otro como inductor, cómplice o encubridor). No basta una condena por mera imprudencia temeraria (por ejemplo, la que pudiera tener lugar en un accidente de tráfico)¹³³, como tampoco -a diferencia de lo que, como veremos acontece en el Derecho italiano¹³⁴- una condena por mera tentativa de homicidio o asesinato no culminada con éxito, pues el precepto habla claramente de “muerte”, por lo que presupone que la misma ha tenido lugar¹³⁵.

Sin embargo¹³⁶, no parece necesario que la finalidad de la comisión del delito fuera, precisamente, acabar con la vida del propio cónyuge o el de la persona, con cuya connivencia se ha realizado el crimen, con la finalidad específica de casarse con ella¹³⁷ (aunque éste sea el supuesto clásico para el que estaba pensado el impedimento, cuando no había divorcio), porque, si, así lo fuera, no se entendería por qué el sujeto pasivo del delito puede ser un conviviente *more uxorio*, con el que no se está casado y del que, por lo tanto, no es necesario divorciarse.

La doctrina dominante entiende que la condena penal posterior a la celebración del matrimonio produciría la nulidad del matrimonio contraído anteriormente¹³⁸,

133 Cfr., así, BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones*, cit., p. 71; CARRIÓN OL MOS, S.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 191; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 78; DíAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 47 CC”, en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 670; GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 85; MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Requisitos”, cit., p. 50; DE PABLO CONTRERAS, P.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 359; SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 179; SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio*, cit., p. 57.

134 Como también en el Derecho portugués, según resulta del art. 1604, letra f) del Código civil luso.

135 V. en tal sentido BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones*, cit., p. 71; CARRIÓN OL MOS, S.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 191; DíAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 670; MARÍN LÓPEZ, M. J.: “Requisitos”, cit., p. 50; SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 359; SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio*, cit., p. 57. En contra, sin embargo, GARCÍA CANTERO, G.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 85, quien, atendiendo a la *ratio* de la norma, entiende que basta con que se dé el delito en grado de frustración o tentativa. Esta es, en cualquier caso, la solución adoptada por el art. 88 del Código civil italiano.

136 A diferencia de lo que exige el c. 1090 CIC.

137 Cfr., así, DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 78.

138 V. así CARRIÓN OL MOS, S.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 192; DíAZ MARTÍNEZ, A.: “Comentario al art. 47 CC”, cit., p. 671; DíEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, cit., p. 78; OSORIO SERRANO, J. M.: “Requisitos”, cit., p. 70; o SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario al art. 46 CC”, cit., p.

pero no creo que yo que se trate de una cuestión de retroacción de los efectos de la sentencia penal¹³⁹. La explicación creo que es otra: lo que justifica el impedimento matrimonial no es la sentencia en sí, sino los hechos en que ésta se basa, esto es, el homicidio o asesinato de la persona con quien se está casado o se convive *more uxorio* antes de celebrarse el matrimonio, que es lo que merece el reproche y la consiguiente sanción por parte del legislador civil: si se exige la condena penal firme es, sencillamente, porque, sin ella, no existe certeza jurídica de la comisión del delito y, en consecuencia, no se puede privar preventivamente al presunto autor, cómplice o encubridor del mismo de la posibilidad de casarse, ya que ello supondría una injustificada restricción de su derecho a contraer matrimonio¹⁴⁰.

La Ley 30/1981 introdujo la posibilidad de dispensar el impedimento de crimen¹⁴¹, la cual no estaba contemplada en el originario art. 85 CC, lo que mereció la crítica de un sector de la doctrina¹⁴². Sin embargo, a mi entender, esta novedad merece un juicio positivo, porque por muy reprochable que haya sido la conducta de quienes cometieron el delito, siempre cabe el arrepentimiento y la rehabilitación de los condenados. Otra cosa es que el anterior art. 48.I CC (redactado por la Ley 30/1981), incomprensiblemente, permitiera al Ministerio de Justicia la dispensa del impedimento sin concurrir una "justa causa"¹⁴³, lo que, en cambio, sí que requiere el vigente art. 48 CC (cuya redacción se debe a la Disposición Final Primera de la Ley 15/2015), que, además, encomienda ahora la facultad de conceder la dispensa al Juez, dejando la misma de ser un acto graciable y alejándose de la discrecionalidad administrativa¹⁴⁴.

Hay que recordar que la dispensa del impedimento (al igual que el de parentesco colateral de tercer grado) puede ser anterior o posterior a la celebración del matrimonio, pero ésta última sólo es posible si la nulidad no ha sido pedida

177. En contra, sin embargo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, cit., p. 53, nota 47; y DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 47 CC", cit., p. 359.

139 Como sostienen ROCA TRIAS, E.: "Los requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. E. ROCA TRIAS), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 65; y SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario al art. 46 CC", cit., p. 177.

140 En relación con el art. 88 del Código civil italiano de 1942, FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, cit., p. 45, observa que, aunque la norma ligue el impedimento a la existencia de una condena, no es posible una lectura puramente formal de la misma, que termina frustrando la función de la misma, que es la tutela del orden público, el cual queda perturbado, no por la sentencia misma, sino por el hecho que da lugar al proceso, por lo que no es posible distinguir entre condena anterior y condena posterior al matrimonio, si el hecho delictivo es anterior a la celebración del mismo.

141 Que no es posible en el Derecho italiano y portugués.

142 GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 48 CC", cit., p. 89, considera "sorprendente" la posibilidad de dispensar el impedimento de crimen.

143 Me parece fundada la crítica al respecto de GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 48 CC", cit., p. 89.

144 Con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2015, DE PABLO CONTRERAS, P.: "El matrimonio", cit., p. 119, observaba que, si bien la dispensa era *discrecional*, en cambio, no podía ser *arbitraria*, por lo que había que incluir una valoración del reproche o alarma social a que diera lugar el matrimonio del homicida, refiriéndose, en particular, al caso de que la mujer condenada sufriera malos tratos por parte del marido. SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio*, cit., p. 57, como pone ejemplo de justa causa la existencia de hijos.

judicialmente por alguna de las partes, en cuyo caso convalidará el matrimonio desde su celebración (art. 48 CC).

III. DERECHO ITALIANO^{145*}.

I. La nulidad matrimonial.

En el Derecho italiano la cuestión de los impedimentos matrimoniales es extremadamente delicada, no habiendo sido nunca sistematizada de manera nítida por la doctrina y jurisprudencia italianas, seguramente, por existir una falta de claridad al respecto por parte del legislador.

Como ya se ha dicho en las consideraciones preliminares de este trabajo, es tradicional la distinción entre los requisitos y los impedimentos matrimoniales: los primeros se configuran como condiciones positivas, que se deben verificar para poder contraer matrimonio; los segundos, en cambio, como condiciones negativas, que no deben concurrir para poder celebrarlo¹⁴⁶.

Según una sistematización usual, los impedimentos son dirimentes o impedientes, según que den lugar a la invalidez (nulidad o anulabilidad) del matrimonio o, simplemente, produzcan una irregularidad del mismo, que se sustancia en la imposición de una sanción administrativa¹⁴⁷. Frente a esta clara distinción, la determinación de los casos de anulación o de nulidad de matrimonio –motivados en esta materia por la ausencia de un requisito o la presencia de un impedimento– y su precisa distinción son todavía objeto de controversia entre los estudiosos. A dicha controversia contribuye indudablemente la imprecisa terminología frecuentemente empleada por el legislador, la cual induce a emplear con cautela unas categorías, que en el ámbito del Derecho contractual están deslindadas, de manera mucho más nítida¹⁴⁸. Da fe de ello, el uso del término “impugnar” (que, en italiano, es genérico), en relación con diversos casos de invalidez¹⁴⁹; y nada cambió, a nivel sistemático, con la reforma del Derecho de familia de 1975¹⁵⁰.

Un dato absolutamente relevante desde el punto de vista hermenéutico, es la circunstancia de que, ya se califique la invalidez del matrimonio como

145 * Este epígrafe ha sido redactado por Pietro Virgadamo.

146 FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. CICU y F. MESSINEO, continuado por L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 2002, p. 275 ss.

147 GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2017, p. 344 ss.

148 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, t. I, *L'atto e il rapporto*, en *Trattato di diritto civile* (dir. R. SACCO), Utet, Torino, 2011, p. 273 ss.; SANTORO PASSARELLI, F.: “L'autonomia privata nel diritto di famiglia”, en *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1986, p. 387.

149 BARASSI, L.: en *Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo*, II, Roma, 1933, p. 603.

150 FINOCCHIARO, A. y M.: *La riforma del diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1975, p. 70.

nulidad o anulabilidad, la misma debe ser siempre declarada judicialmente, como consecuencia de una específica impugnación, excluyéndose la posibilidad de que pueda ser apreciada de oficio *incidenter tantum*¹⁵¹.

Por ello, a algunos autores les ha parecido ociosa la tradicional distinción entre las dos categorías de invalidez¹⁵², mientras que otros la han aceptado, en particular, por las consecuencias que de ella se podrían extraer en relación a los plazos de prescripción de la acción. En principio, desde un punto de vista teórico, la nulidad debiera ser imprescriptible, mientras que la acción de anulación prescribiría en el término ordinario de los diez años¹⁵³.

Sin embargo, si de las afirmaciones resultantes de la teoría general se pasa al análisis de la disciplina concreta, se observa que, en supuestos tendencialmente calificados como causas de anulabilidad del matrimonio, contra lo que es la regla general, se prevé una legitimación activa absoluta para ejercitar la acción (v. art 119 del Código civil italiano, en adelante, CC it.)¹⁵⁴; y, desde este punto de vista, tampoco faltan supuestos particulares (la impugnación por defecto de edad, que no corresponde a cualquier interesado, pero tampoco, exclusivamente, al menor)¹⁵⁵.

Otro aspecto de la distinción entre nulidad y anulabilidad que se considera relevante tiene que ver con la posibilidad de confirmar el acto¹⁵⁶: según la tradición jurídica, sería anulable, si fuera susceptible de ser confirmado; y nulo, cuando no lo fuese¹⁵⁷. No obstante, más allá de la circunstancia de que algunos autores hayan puesto en duda el carácter absoluto de esta distinción¹⁵⁸, nunca se ha excluido claramente que la imposibilidad de impugnación del matrimonio, ligada al transcurso del tiempo, no fuera un caso de confirmación tácita del negocio inválido ex art. 1444, II CC it¹⁵⁹.

151 Trib. Milano 23 luglio 1980, *Giur. it.*, 1981, I, 2, p. 519, con nota de FRANCHI, G.: "Sull'accertamento incidentale dell'invalidità o dello scioglimento del matrimonio".

152 FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 535; PUTTI, P.M.: "L'invalidità del matrimonio", en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia*. Trattato (dir. G. FERRANDO), I, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 211.

153 Cass. 10 marzo 1980 n. 1587; Cass. 12 octubre 1978 n. 4567, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 51; en doctrina, por todos, v. FINOCCHIARO, F.: "Matrimonio civile", en *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975, p. 57.

154 BIANCA, C.M.: "Della nullità del matrimonio", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, Cedam, Padova, 1992, p. 275 ss.

155 VITALI, E.: "Nullità e annullabilità", en AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 2007, p. 410.

156 FRANCESCHELLI, V.: "Il matrimonio civile: l'invalidità", en *Trattato di diritto privato* (dir. P. RESCIGNO), I, 2, Utet, Torino, 1982, p. 625 ss.

157 Cass. 23 mayo 1969 n. 1815; Cass. 20 julio 1967 n. 1867, *Riv. dir. comm.*, 1968, II, p. 313, con nota de GAZZONI, F.: "Il negozio di conferma della donazione nulla e la sua forma"; Cass. 31 mayo 1966 n. 1450, *Giur. it.*, 1967, I, 1, p. 937, con nota de COLOMBO, G.E.: "In tema di falso in bilancio e di nullità della relativa deliberazione assembleare"; BIANCA, C.M.: "Della nullità del matrimonio", cit., p. 262.

158 PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2011, *passim*.

159 FERRI, G.B.: "Il c.d. recupero del negozio invalido", *Riv. dir. comm.*, 1986, I, 1, ss.; FRANZONI, M.: "Il recupero dell'efficacia del contratto invalido", *Dir. priv.*, 2000, p. 113.

Hechas estas aclaraciones, esta parte del trabajo tendrá como finalidad el análisis, incluyendo el histórico, de los impedimentos y de los requisitos nupciales en Italia, para también, al hilo de la comparación con el Derecho español, concluir acerca de la oportunidad de un radical replanteamiento de las categorías de la nulidad y de la anulabilidad, además de una decidida redimensión de las consecuencias de la distinción entre los primeros (impedimentos) y segundos (requisitos).

2. Los requisitos de capacidad.

A) La edad.

En el Derecho italiano para poder contraer matrimonio se requiere la mayoría de edad (art. 84 CC it.).

Esta previsión es una novedad introducida por la Reforma de Derecho de familia de 1975, previendo el Código civil italiano, en su redacción originaria, una edad diferente para el varón (dieciséis años) y para la mujer (catorce años), admitiendo, al mismo tiempo, que pudieran casarse, previa dispensa, el varón a partir de los catorce años y la mujer a partir de los doce. Se ligaba, así, la capacidad matrimonial, entendida en un sentido amplio, a la pubertad y a lo establecido por el Derecho Canónico¹⁶⁰.

Entre los estudiosos hay quien, autorizadamente, considera que el menor de edad está afectado por una incapacidad jurídica especial para contraer matrimonio¹⁶¹, es decir, de una radical imposibilidad de ser titular del derecho a casarse, y no de una mera imposibilidad de ejercitarlo¹⁶².

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede en el vigente Derecho español, cabe dispensa del impedimento de edad, siempre que quien pretenda contraer matrimonio se emancipe (precisamente, con la finalidad de casarse), para los cual habrá de tener, al menos, dieciséis años y cumplirse dos requisitos: a) que haya existido autorización del Tribunal¹⁶³, fundada en graves motivos; y b) que haya sido

160 V. una reconstrucción histórica en BOVE, L.: "Il matrimonio civile: condizioni, formalità preliminari, opposizione e celebrazione", en *Trattato di diritto privato*, dirigido por P. RESCIGNO, 2, Utet, Torino, 1992, p. 594 s.

161 SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989, p. 25; de modo más explícito, BARBERO, D.: *Il sistema del diritto privato*, nueva edición a cargo de LISERRE y FLORIDIA, Utet, Torino, 1990, p. 79.

162 En este sentido, en cambio, BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F.D., NATOLI, U.: *Diritto civile*, I, *Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1989, p. 113 s.

163 El procedimiento tiene lugar ante el Tribunal de menores a instancia del menor, que será escuchado, así como de sus padres (o el tutor) y el Ministerio Público. Dicho procedimiento concluye con un decreto emitido *in camera di consiglio*, que debe comunicarse a los contrayentes, a los padres (o al tutor) y al Ministerio Fiscal para un eventual recurso ante la sección de menores de la Corte de apelación. Pueden interponer el recurso: el menor, en el caso de desestimación de la demanda; y los padres y el Ministerio Fiscal, en los casos en que sea estimada. El fallo de la Corte de apelación no es recurrible en casación. Para una síntesis, v. AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 36.

constatada la madurez psicofísica del menor y que los motivos invocados estén suficientemente fundados.

Respecto al primero de estos aspectos, se requiere un examen de la personalidad del menor; que, a menudo, no tiene lugar, en la práctica judicial, con el suficiente detenimiento¹⁶⁴. Han sido considerados indicios de madurez la duración (no breve) de la relación afectiva, algunas experiencias positivas de estudio o de trabajo, el valor atribuido al matrimonio y, por último, la edad próxima a los dieciocho años¹⁶⁵.

La gravedad de los motivos es normalmente examinada con mayor atención por la jurisprudencia, aunque, en ocasiones, con criterios discrepantes: muchas decisiones consideran suficiente, p. ej., el embarazo o el parto sobrevenido como motivos graves para justificar la emancipación¹⁶⁶, mientras otras toman en consideración solamente la concurrencia de determinadas circunstancias ulteriores¹⁶⁷; motivo grave sería, así, la conclusión del matrimonio religioso¹⁶⁸, así como también la existencia de una convivencia *more uxorio* en el momento en que haya de recaer la autorización judicial¹⁶⁹. En cambio, se considera insuficiente la exigencia de mantener relaciones sexuales¹⁷⁰ o la permanencia en calidad de huésped de la menor en la casa del novio, como consecuencia de sus litigios con los propios progenitores¹⁷¹.

Por lo tanto, mientras en España, como se ha visto, es posible emanciparse a la edad de dieciséis años y, de este modo casarse, sin que esta sea necesariamente la finalidad de la emancipación, en Italia, en cambio, esta tiene lugar, exclusivamente, en consideración al matrimonio proyectado.

164 Según GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 197, "los límites (...) entre madurez, razones fundadas y motivos graves no son demasiado claros, creándose una expectativa que puede ser peligroso defraudar, abriéndose, al mismo tiempo, una puerta que puede ser peligroso traspasar".

165 Sobre el argumento, v. LIPARI, N.: "Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio", Art. 87, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (G. CIANI, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, Cedam, Padova, 1992, p. 130; COSSU, C.: "Il matrimonio del minore", *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 897 ss.; ORLANDO, A.: "Osservazioni sulla maturità psicofisica e sui gravi motivi richiesti dall'art. 84 c.c. per l'autorizzazione del minore sedicenne alle nozze", *Nuovo dir.*, 1994, p. 297 ss.

166 Cfr. Trib. min. Emilia Romagna 19 enero 1976, *Dir. fam. pers.*, 1976, p. 695; Trib. min. Firenze 3 octubre 1975, *ivi*, 1975, p. 1427, que requiere además la obvia investigación sobre la madurez del menor; App. Milano 16 enero 1976, *ivi*, 1976, p. 131.

167 App. Roma 23 enero 1982, *Giur. it.*, 1983, I, 2, c. 18; Trib. min. Palermo 18 diciembre 1985, *ivi*, 1985, p. 1024; Trib. min. Napoli 5 junio 1995, *ivi*, 1996, p. 183.

168 Siempre unidamente a la convivencia: Trib. min. L'Aquila 28 enero 1994, *Nuovo dir.*, 1994, p. 297.

169 Trib. min. Bari 15 marzo 1977, *Dir. fam. pers.*, 1977, p. 716; Trib. min. Perugia 25 enero 1978, *ivi*, 1979, p. 70; Trib. min. Firenze 16 diciembre 1976, *ivi*, 1977, p. 262, generalmente, junto a otras circunstancias relevantes.

170 Trib. min. Perugia 30 mayo 1979, *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 637.

171 Trib. min. Genova 20 noviembre 1980, *Dir. fam. pers.*, 1982, p. 1296.

Si el matrimonio es celebrado por el menor de edad, fuera de los casos autorizados, el mismo es considerado, por la doctrina dominante, anulable¹⁷².

Conforme al art. 117, II CC it., de hecho, “el matrimonio contraído, vulnerándose el art. 84 puede ser impugnado por los cónyuges, por cada uno de los progenitores y por el Ministerio Fiscal. La acción de anulación puede ser interpuesta por el menor hasta pasado un año después de que haya alcanzado la mayoría de edad. La demanda interpuesta por el padre o por el Ministerio Fiscal debe ser desestimada, también estando pendiente el juicio, cuando el menor haya llegado a la mayoría de edad, o cuando haya habido concepción o procreación o en otros casos en que haya sido constatada la voluntad del menor de mantener la vigencia del vínculo matrimonial”.

Se ha observado que “el ordenamiento tiende, pues, a limitar la injerencia de otros sujetos en la elección, plenamente consciente, de los esposos de no impugnar el matrimonio, sobre todo, cuando el interesado estaría en condiciones de celebrar nuevamente el matrimonio, como consecuencia de haber llegado a la mayoría de edad”¹⁷³.

El plazo de caducidad de un año, a contar, desde que se haya llegado a la mayoría de edad, aplicable al menor, no se extiende en el tenor literal del precepto a los otros sujetos legitimados, ante lo cual hay quien opina que surge una discutible disparidad de tratamiento¹⁷⁴.

Algunos estudiosos, con el argumento *a fortiori*, afirman que la demanda no puede ser interpuesta, ni por los padres, ni por el Ministerio Fiscal, después de que el menor haya alcanzado la mayoría de edad, dado que la acción no puede ser continuada (art. 117, II CCI), mientras que el otro cónyuge quedaría sujeto al plazo del año¹⁷⁵.

Otros, en cambio, observan que las dos situaciones no son comparables: “si en relación al menor el trascurso del plazo del año desde la llegada a la mayoría de edad se justifica por razón de la necesidad (...) de garantizarle un tiempo razonable para valorar los propios intereses desde cuando ya es legalmente capaz para disponer de ellos”, esto no es aplicable al Ministerio Fiscal, “cuyo legitimación para actuar encuentra su razón de ser en la incapacidad de obrar del sujeto y en

172 BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F.D., y NATOLI, U., *Diritto civile*, cit., p. 113 s.; BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, Cedam, Padova, 2006, p. 133; DE CUPIS, A.: “Della tutela dei minori”, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. por G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), IV, Cedam, Padova, 1992, p. 421.

173 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 169.

174 FERRANDO, G.: “Le cause di invalidità del matrimonio”, en *Trattato di diritto di famiglia* (dir. P. ZATTI), vol. I, t. I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 917.

175 V., entre otros, ACCARDO, G.: “Età matrimoniale”, en AA.VV.: *Sulla riforma del diritto di famiglia*, Seminario (dir. F. SANTORO PASSARELLI), Cedam, Padova, 1973, p. 27 ss.

la particular naturaleza del acto que el sujeto incapaz concluye”, ni a los padres, “cuyo legitimación se funda (...) en su posición ‘privilegiada’ en vista a la tutela de los intereses del propio hijos menor”¹⁷⁶.

El régimen de legitimación activa es, pues, diverso al previsto en el Código español, donde, como se ha visto, el cónyuge mayor de edad no puede impugnar la validez del matrimonio (art. 75.I CC esp.); y, donde, según el sentir de la doctrina mayoritaria, la acción de nulidad (ya se ha expuesto que la práctica unanimidad de los autores rechaza trasladar al ámbito de la invalidez matrimonial la distinción entre nulidad y anulabilidad) no caduca, sino que es imprescriptible, de modo que no está sujeta a plazo de ejercicio alguno, si bien, por razones de oportunidad, no podrá ejercitarse, cuando los contrayentes hubiesen convalidado el matrimonio, conviviendo durante un año, después de que el menor haya alcanzado la mayoría de edad (art. 75.II CC esp.): es, pues, la convivencia durante un periodo de tiempo lo que convalida el matrimonio, y no el mero transcurso de dicho periodo de tiempo.

Por cuanto respecta a la cuestión de los matrimonios forzosos, han existido algunos proyectos de ley, encaminados a introducir tipos penales específicos orientados a la represión de este fenómeno.

El Proyecto de Ley n. 2683, presentado en el Senado en la XVII Legislatura, prevé la introducción en el Código penal del art. 609 *terdecies*, conforme al cual, “salvo que el hecho constituya un delito más grave, quien con violencia o amenaza o mediante abuso de autoridad o de relación doméstica obliga a un menor de edad a contraer un vínculo de naturaleza personal, con sí o con un tercero, incluso en un país extranjero, del cual deriven una o más obligaciones típicas del matrimonio o de la unión civil, será castigado con reclusión de tres a siete años”.

Se propone también la introducción del art. 609 *quaterdecies*, según el cual “la pena es de reclusión de cinco a diez años, si el hecho al que se refiere el art. 609-*terdecies* es cometido por el padre, también el adoptivo, o de quien convive con él, por los parientes o afines dentro del cuarto grado, por el tutor, o por otra persona a la que, por razón de cuidado, educación, instrucción, vigilancia o custodia, el menor está encomendado o que tenga con este último una relación de convivencia. La pena es de reclusión de siete a doce años, si el hecho es cometido respecto de una persona que no haya cumplido los diez años”.

Además, debiera introducirse el art. 609 *quindécies*, según el cual “la condena por el delito a que se refiere el art. 609-*terdecies* comporta: a) la pérdida de la responsabilidad parental; b) la interdicción perpetua para cualquier cargo atinente

176 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 313; PUTTI, P.M.: “L’invalidità del matrimonio”, cit., p. 240.

a la tutela, curatela y *amministrazione di sostegno*; c) la pérdida del derecho a alimentos y la exclusión en la sucesión de la persona ofendida; d) la suspensión del ejercicio de una profesión u oficio”.

Se propone, en fin, la creación en el Ministerio de Justicia de un “Observatorio permanente para las acciones de prevención y de lucha contra los matrimonios forzados del que formen parte representantes del Ministerio del Interior, del Ministerio de Educación, Universidades e Investigación, de la Conferencia Unificada a que refiere el art. 8 del Decreto Legislativo de 28 de agosto de 1997, n. 281, de la Autoridad garante de la infancia y de la adolescencia y de las organizaciones no gubernamentales que específicamente operen en el ámbito de los matrimonios forzados y precoces. El Observatorio a que se refiere el párrafo primero redactará, dentro de los sesenta días siguientes a su creación, un plan de acción integrado para la monitorización, la prevención y la erradicación del fenómeno de los matrimonios forzados, también a través de la asistencia y de la recuperación social y escolar de las víctimas. En cada provincia y ciudad, el cuestor competente para la concesión de permisos de residencia del art. 5 del texto único concerniente a la disciplina de la inmigración y a las normas sobre la condición de extranjero, del Decreto Legislativo de 25 de julio de 1998, n. 286, y modificaciones sucesivas, nombrará uno o más funcionarios de policía como referentes para la lucha contra los matrimonios forzados con la misión de facilitar las relaciones con los representantes de los entes locales y de las organizaciones no gubernamentales de las que habla el párrafo primero del presente artículo (art. 2 del Proyecto de Ley n. 2683)¹⁷⁷.

B) La libertad de estado.

Al igual que sucede en el Derecho español, en el italiano, es requisito para contraer matrimonio la libertad de estado, lo que significa que no puede casarse quien está ligado por un vínculo matrimonial precedente, que, obviamente, tenga efectos civiles (art. 86 CC it).

¹⁷⁷ Recuérdese también el Proyecto de Ley n. 2441 de la XVII Legislatura, a tenor de cual, “a continuación del art. 605 del Código penal, se añaden los siguientes:

Art. 605-bis. - (*Constricción al matrimonio o a la unión civil*). – Quien, con violencia o amenaza o recurriendo a preceptos religiosos o aprovechándose de una situación de vulnerabilidad, obliga a otro a contraer matrimonio o una unión civil, incluso en un país extranjero, es penado con reclusión de tres a ocho años.

Art. 605-ter. - (*Inducción a viajar con la finalidad de contraer matrimonio*). – Salvo que el hecho constituya un delito más grave, en los casos previstos en el art. 605-bis, quien, con artificios y engaños, violencia o amenaza, o recurriendo a preceptos religiosos, o aprovechándose de una situación de vulnerabilidad, induce a otros a desplazarse al extranjero para contraer matrimonio o una unión civil es castigado con reclusión de uno a tres años, aunque el matrimonio o la unión civil no se hubieran contraído.

La pena se aumenta si concurren las circunstancias del art. 609-quater, párrafo primero.

Art. 605-quater. - (*Constricción al matrimonio de persona menor de edad*). – Si los delitos de los arts. 605-bis y 605-ter se cometen respecto de una persona de la familia, o de un menor de dieciocho años, o de una persona sujeta a la propia autoridad, tutela, curatela, o encomendada por razones de educación, instrucción, cuidado, vigilancia y custodia, la pena de reclusión será de seis a quince años”.

Concretamente, puede casarse civilmente, quien está vinculado por un matrimonio anterior celebrado, exclusivamente, en un rito meramente religioso, así como por un matrimonio concordatario no inscrito y, por lo tanto, privado de efectos civiles¹⁷⁸. Puede también contraer un segundo matrimonio quien haya obtenido sentencia de nulidad del primero, aunque esta tenga lugar después de la celebración de las nuevas nupcias, dada la retroactividad de dicha sentencia¹⁷⁹.

Es, pues, clara la diferencia, en este punto, con el Derecho español, en el que todo matrimonio, cualquiera sea la forma de su celebración, produce efectos, desde el momento de su celebración (arts. 60 y 61 CC esp.).

El matrimonio contraído inválidamente en el extranjero por falta de libertad de estado según la ley extranjera, en sí mismo, no está privado de efectos en Italia; es más, tiene efecto inmediato en el ordenamiento jurídico italiano, si no es impugnado por uno de los sujetos legitimados y, por consiguiente, no recae la respectiva sentencia judicial¹⁸⁰.

Por lo demás, en el Derecho italiano, desde tiempos recientes, hay una peculiaridad, inexistente en el español: el art. 1, XXXII, de la Ley de 20 de mayo de 2016, n. 76, ha modificado el art. 86 CC it., equiparando la unión de hecho al matrimonio, a efectos del impedimento de ligamen¹⁸¹.

178 PISAPIA, D.: "Bigamia (dir. pen.)", en *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 366.

179 Conforme al art. 124 CC it., la cuestión inherente a la invalidez del primer matrimonio debe ser juzgada preventivamente respecto a la del segundo matrimonio. El citado art. 124 ha sido modificado por la Ley n. 76 del 2016, que ha regulado las uniones civiles entre personas del mismo sexo. Conforme a la nueva regulación, el cónyuge puede impugnar en todo momento, tanto el matrimonio, como la unión civil del otro cónyuge.

180 App. Taranto 24 febrero 2014, n. 98, *Guida al dir.*, 2014, 28, p. 74.

181 Conforme a ella, "dos personas mayores de edad del mismo sexo constituyen una unión civil mediante una declaración realizada ante el funcionario del Registro Civil y en presencia de dos testigos. El funcionario del Registro Civil procede a la inscripción de la unión civil entre personas del mismo sexo en el Registro". Por cuanto aquí nos puede interesar, "son causas impeditivas para la constitución de una unión civil entre personas del mismo sexo: a) la subsistencia en una de las partes de un vínculo matrimonial o de una unión civil entre personas del mismo sexo; b) la incapacidad de una de las partes por enfermedad mental; si la demanda de incapacidad se halla pendiente de resolución, el Ministerio Fiscal puede pedir que se suspenda la constitución de la unión civil; en tal caso, el procedimiento no podrá tener lugar hasta que la sentencia de instancia adquiera firmeza; c) la subsistencia entre las partes de relaciones a las que se refiere el art. 87, I CC it.; no pueden tampoco contraer la unión civil del mismo sexo el tío y el sobrino y la tía y la sobrina; se aplican las disposiciones de dicho art. 87; d) la condena firme de un contrayente por homicidio consumado o en grado de tentativa del cónyuge o de quien está unido civilmente con la otra parte; si solamente se ha presentado el escrito de acusación, ha recaído sentencia de primer o segundo grado, o se ha dispuesto una medida cautelar, se suspende la constitución de la unión civil entre personas del mismo sexo hasta que recaiga sentencia absolutoria. La subsistencia de una de las causas impeditivas a las que se refiere el párrafo cuarto comporta la nulidad de la unión civil entre personas del mismo sexo. A la unión civil entre personas del mismo sexo se le aplican los arts. 65 y 68, además de los arts. 119, 120, 123, 125, 126, 127, 128, 129 e 129-bis del Código civil. La unión civil constituida vulnerando alguna de las causas impeditivas del párrafo cuarto o el art. 68 del Código civil puede ser impugnada por cada una de las partes de la unión civil, por los ascendientes próximos, por el Ministerio Fiscal y por cualquiera que tenga un interés legítimo y actual. La unión civil constituida por una parte durante la ausencia de la otra no puede ser impugnada mientras dura la ausencia". No obstante la aparente afirmación, según la cual la unión civil no debiera imitar al matrimonio, lo cierto es que se establece expresamente que "con la exclusiva finalidad de garantizar la efectividad de la tutela de los derechos y el pleno cumplimiento de las obligaciones derivada de la unión civil entre personas del mismo sexo, las disposiciones que se refieren al matrimonio

El impedimento de ligamen tiene su origen evidente en la prohibición de poligamia, penalmente sancionada, que constituye un precepto de orden público¹⁸².

Están legitimados activamente para ejercitar la acción de nulidad, sin límite de tiempo¹⁸³, el Ministerio Fiscal, los cónyuges, el cónyuge del primer matrimonio, los ascendientes y todos aquellos que tengan un interés actual y legítimo¹⁸⁴.

y las disposiciones que contienen las palabras “cónyuge”, “cónyuges” o términos equivalentes, concurran en leyes, actos con fuerza de ley, reglamentos, actos administrativos o convenios colectivos, se aplican también a cada una de las partes de la unión civil entre personas del mismo sexo”.

182 V. ya Cass. 29 enero 1979 n. 629, *Foro it.*, 1979, I, c. 636.

La prohibición de poligamia impide, según la Corte de Casación, acoger una petición de reagrupación familiar, aunque provenga de un sujeto distinto del cónyuge (Cass. 28 febrero 2013 n. 4984, *Foro it.*, 2013, I, c. 2519 ss.: en este caso, la petición había sido presentada por el hijo en favor de la madre, cuyo cónyuge, ya residente en Italia, había presentado una petición análoga en favor de otra mujer; en aplicación del principio anteriormente mencionado, la Corte estimó el recurso, excluyendo la necesidad de probar que el hijo había actuado por cuenta del padre). En la doctrina, v., en particular, la contribución de RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, Esi, Napoli, 2016, el cual observa (p. 158, nota 112) que, aun admitiéndose el reagrupamiento con una sola mujer, ésta podría ser la segunda esposa; GRONDONA, M.: “Il matrimonio poligamico”, en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia* (dir. G. FERRANDO), Zanichelli, Bologna, 2007, I, pp. 495 ss.

Dicho principio no impide, en cambio, el reconocimiento de otros efectos, como los sucesorios (cfr. Cass. 2 marzo 1999, n. 1739, *Dir. Eccl.*, 2000, p. 60: en este caso, la Corte confirmó la sentencia de instancia, la cual, entendiendo que las consideraciones de orden público respecto a la poligamia, propias del matrimonio islámico, no jugaban respecto de la relación sobre la que versaba el proceso, había afirmado la significación en sede hereditaria del *status* de cónyuge adquirido en virtud de un matrimonio celebrado en Somalia de acuerdo con la forma establecida por la *lex loci*, concurriendo los requisitos de estado y de capacidad de las personas). En realidad, se trataba de un matrimonio sujeto a una ley que admite la poligamia, pero que, en el supuesto concreto, era monogámico. Siempre en relación con los derechos sucesorios, se afirma que podrían ser dos cónyuges los herederos legales o necesarios, aunque la acción de reducción debiera considerarse ejercitable por el cónyuge extranjero, solamente, si se verificara la condición de reciprocidad exigida por el art. 16 de las disposiciones sobre la Ley en general del Código civil italiano (Cass. 30 junio 2014 n. 14811, *Dir. succ. fam.*, 2015, p. 563, con nota de E. CALO, E.: “La vedova non è più allegra: la mancanza di reciprocità con Cuba preclude lo status di legittimario”). En cierta medida, podrían garantizarse los efectos sucesorios al cónyuge superviviente del polígamo considerando a todos putativos (RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 162, nota 117). Si se estuviese en presencia de un matrimonio italiano posterior a un matrimonio extranjero polígamo en concreto, no se excluiría, desde este punto de vista, que el cónyuge italiano pudiera beneficiarse de parte de la herencia, según la ley extranjera eventualmente aplicable (CALO, E.: “I riflessi dell’immigrazione islamica sul diritto di famiglia”, *Fam. dir.*, 2009, pp. 85 ss.; *contra* CONETTI, G.: “La successione del polígamo musulmano”, en *Studium iuris*, 1997, pp. 247 ss.).

En relación a la pensión de viudedad y a la posibilidad de dividirla entre los varios cónyuges del polígamo, se ha observado (RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici*, cit., p. 159, nota. 114) que “en Italia todavía no existe una elaboración jurisprudencial comparable a la de otros países europeos, aunque el Instituto Nacional de Previsión Social, Circular 29 septiembre 2006, n. 25928, *Guida al lavoro*, 2006, p. 73, ha tenido ocasión de pronunciarse respecto a las pensiones familiares, negando, en nombre de la tutela del principio monogámico, que puedan disfrutar de ellas más de un cónyuge del mismo sujeto”. Se dice así, que se debe, no obstante, considerar la diferencia existente (...) entre los supuestos en que extender ciertas prestaciones sociales a las uniones polígamas implica una gravosa multiplicación de gastos, además de un reconocimiento directo de tal modelo familiar, y aquellos, en que, como sucede con la pensión de viudedad, se trata de repartir entre varios lo que la entidad debería, de igual modo, satisfacer a uno de ellos, teniendo en cuenta una situación en la cual el matrimonio polígamo ya se ha disuelto por la muerte de una parte y es necesario reconocer una tutela patrimonial solamente a los supervivientes, habiéndose pagado regularmente las cotizaciones por el muerto”.

183 Cass. 12 octubre 1978, n. 4567; Cass. 29 enero 1979, n. 629, cit.

184 La jurisprudencia de la Corte de Casación realiza tradicionalmente una lectura restrictiva del interés para accionar, excluyéndolo todas las veces en que adquiere relevancia, no el matrimonio en cuanto tal, sino la cualidad de cónyuge, como sujeto titular de derechos y deberes. Cfr. Cass. 6 febrero 1986, n. 720, *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, p. 860, que excluye la legitimación para ejercitar la acción de nulidad respecto del Instituto Nacional de Previsión Social, obligado a pagar la pensión de viudedad del cónyuge superviviente. *Contra* Trib. Milano 18 septiembre 1981, *Dir. fam. pers.*, 1981, p. 184.

Si la persona privada de libertad de estado contrae matrimonio, es opinión común que dicho matrimonio es radicalmente nulo¹⁸⁵.

También constituye causa de nulidad de matrimonio la supervivencia del declarado fallecido. Conforme al art. 68 CC it., si se descubre que el cónyuge declarado fallecido, en realidad, estaba vivo al tiempo de la celebración del segundo matrimonio, este será inexorablemente nulo, *reviviendo* – como suele decirse- el primero¹⁸⁶.

El Derecho español mantiene una posición diversa en este punto. Conforme al art. 195 CC esp., en la redacción dada al precepto por la Ley de 8 de septiembre de 1938, la declaración de fallecimiento no bastaba, por sí sola, para que el cónyuge presente pudiera contraer ulterior matrimonio, y, en todo caso, la reaparición del declarado fallecido (recaída la consiguiente resolución judicial tendente a dejar sin efecto la declaración de fallecimiento) comportaba la nulidad (por impedimento de ligamen) del segundo matrimonio celebrado con un tercero por el cónyuge presente¹⁸⁷. Dicha norma es totalmente distinta de la contenida en el actual art. 85 CC esp. (redacción conforme a la Ley 30/1981), que contempla, como causa de disolución del matrimonio, la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges, lo que, sin duda, posibilita que el cónyuge presente pueda contraer ulterior matrimonio, cuya validez, no se verá afectada por la eventual reaparición del declarado fallecido, ya que el primer matrimonio no existía -había sido disuelto- al tiempo de la celebración del segundo¹⁸⁸.

C) Capacidad natural de entender y de querer e incapacitación.

185 LA TORRE, E.: "Il matrimonio contratto dal coniuge di persona scomparsa (assente o presunta morta)", *Giust. civ.*, 2010, II, p. 57; FINOCCHIARO, A. e M.: *Riforma del diritto di famiglia*, I, cit., p. 70; FORTINO, M.: *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 141.

186 Cfr. VIRGADAMO, P.: "Morte presunta", en *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore* (dir. S. PATTI y P. SIRENA), vol. 9, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007, p. 695 ss.: "El matrimonio contraído por el cónyuge del presunto fallecido, en la hipótesis considerada, en el sentido del art. 68 CC it., está afectado por una causa de nulidad, salvados los efectos civiles del matrimonio declarado nulo. La norma es objeto de discusión: en la doctrina se considera que es necesario un pronunciamiento judicial que declare el matrimonio nulo, al tratarse, en realidad, de un supuesto de anulabilidad absoluta, aunque no faltan quienes se pronuncian en el sentido de un inmediato restablecimiento de los efectos del primer matrimonio, prescindiendo de la declaración de nulidad del segundo. La eficacia del matrimonio precedente se produciría *ex tunc* (es decir, desde el momento en que el segundo matrimonio hubiera sido contraído), considerando que este nunca se habría disuelto; según la otra orientación, el primer matrimonio recobraría, en cambio, sus efectos *ex nunc* (es decir, desde el momento en que hubiera sido pronunciada la sentencia de nulidad del segundo matrimonio). (...) No obstante, tal nulidad no puede ser declarada en el caso en que se haya probado la muerte del sujeto, aunque la misma haya tenido lugar en una fecha posterior a la del matrimonio (art. 68 CC it.). En la doctrina se considera que se trata de un caso de bigamia consentido legislativamente, hasta el punto de que se admite que el cónyuge vuelto a casar sucede al primero, que hubiera muerto después de las segundas nupcias".

187 V. a este respecto RDGRN 18 febrero 1995, Act. Civ., R325/1995, p. 233.

188 Cfr., en tal sentido, las autorizadas opiniones de ALONSO PÉREZ M.: "Comentario al art. 85 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994, p. 885; GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982, pp. 309-310, y MONTES PEÑADES, V. L.: "Comentario al art. 85 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 494.

Otro requisito para contraer matrimonio es la plena salud mental del contrayente. Así, según el art. 85 CC it., “No puede contraer matrimonio el incapacitado judicial, mientras, que, literalmente, “puede ser impugnado” el matrimonio contraído por el simple incapaz de entender y de querer, excepto que haya existido cohabitación durante un año después que el incapaz haya recuperado la plenitud de sus facultades mentales (art. 120 CC it.).

La *ratio* del impedimento de incapacitación (inexistente, como se ha dicho, en el Derecho español) es la convicción de que debe presumirse que el incapacitado judicialmente carece de aptitud para ejercitar la decisión de casarse con equilibrio y conocimiento de lo que hace¹⁸⁹. Así se deduce del hecho de que, en cambio, se permita contraer matrimonio al incapacitado legalmente, como consecuencia de una sentencia penal, y no, al enfermo mental. Esta opción legislativa ha sido criticada por algunos autores, según los cuales, dado el carácter patrimonial de la incapacitación, la exclusión categórica del matrimonio da lugar a una discriminación contraria al principio de igualdad: de ahí la propuesta, *de iure condendo*, de remitir a la apreciación judicial la valoración de la capacidad de entender y de querer el matrimonio en cada caso concreto¹⁹⁰.

La sentencia de incapacitación debe ser firme en la fecha de la celebración del matrimonio o debe recaer posteriormente, cuando la enfermedad que la motiva existiese ya en dicho momento (art. 119 CC it.)¹⁹¹.

Así, conforme al art. 86, II CC it., “si solamente se ha interpuesto la demanda de incapacitación, el Ministerio Fiscal puede pedir que se suspenda la celebración del matrimonio; en tal caso, la celebración no puede tener lugar hasta que la sentencia de instancia no sea firme”.

Es claro que el Ministerio Fiscal, en este caso, no está obligado, necesariamente, a solicitar la suspensión de la celebración del matrimonio¹⁹². En cambio, se duda sobre cuál es el órgano destinatario de dicha solicitud, que, según la opinión

189 Se refiere a los antecedentes históricos de la prohibición del incapacitado judicialmente de casarse GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 203 ss.

190 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 37. Recuérdese, además, la propuesta, hace tiempo presentada por exponentes de la doctrina, de la jurisprudencia y, en general, por expertos del sector (la denominada “Bozza P. Cendon” – “Rafforzamento dell’amministrazione di sostegno e abrogazione dell’interdizione e dell’inabilitazione”, *Dir. fam. pers.*, 2007, pp. 1005 ss.), con la finalidad de suprimir la incapacitación judicial (así como la inhabilitación legal) y de sustituirla por la *amministrazione di sostegno*, de cual se tratará en texto.

191 Cfr. App. Roma 19 abril 2002, *Arch. civ.*, 2002, p. 1323, con nota de SANTARSIERE, V.: “Matrimonio celebrato durante la procedura di interdizione di un coniuge. Accertamento di patologia coeva, nullità”, según el cual, cuando un sujeto contraiga matrimonio durante el juicio de incapacitación, siendo posteriormente incapacitado por una enfermedad mental, constatándose su existencia al tiempo de celebrarse las nupcias, el mismo es impugnable por causa de nulidad por cualquiera que tenga un interés legítimo, y no sólo, por el cónyuge, los padres y el Ministerio Fiscal.

192 Trib. Foggia 14 agosto 2013, *Giur. merito*, 2013, p. 2095.

dominante¹⁹³, es el Tribunal competente para pronunciarse sobre la incapacitación, mientras que, para un sector de la doctrina, es el encargado del Registro Civil¹⁹⁴.

Es distinto el supuesto en que el procedimiento de incapacitación no haya sido instado, porque el menor no tiene todavía diecisiete años (art. 416 CC it.). En esta hipótesis – en verdad, rara, teniendo en cuenta que el menor debería tener al menos dieciséis años, no diecisiete, y disponer de una reciente autorización judicial para celebrar el matrimonio, conteniendo una valoración de su idoneidad física - el Ministerio Fiscal está decididamente obligado a solicitar la suspensión de la celebración del matrimonio¹⁹⁵.

Está legitimados para impugnar el matrimonio del incapacitado el Ministerio Fiscal, el tutor, el incapacitado mismo, después de haber recuperado su capacidad, y todos aquellos que tengan un interés legítimo (art. 119 CC it.). Algunos autores afirman que después de la revocación de la incapacitación desaparece la legitimación activa de los otros sujetos, en cuanto que defendían un interés del incapacitado, el cual ya se encuentra en grado de atender a sus propios intereses¹⁹⁶; en cambio, otros afirman que el tenor literal del precepto, según el cual, después de la revocación de la incapacitado, el matrimonio podrá ser impugnado “también” por el incapacitado, unido al alcance general del art. 119, II CC it., no permite dicha interpretación restrictiva¹⁹⁷.

La acción no puede ser ejercitada, si ha habido una cohabitación entre los cónyuges durante un año, a contar desde la revocación de la interdicción (art. 119, II CC it.). Se discute el concepto de “cohabitación”, que, para algunos, se corresponde con la idea de la convivencia como cónyuges¹⁹⁸, dando relevancia al elemento volitivo¹⁹⁹, mientras que otros atienden al dato objetivo de vivir bajo el mismo techo²⁰⁰.

Por cuanto concierne a la incapacidad natural de entender y de querer, sea ésta transitoria o duradera²⁰¹, que no esté constatada en sentencia de incapacitación,

193 CARNELUTTI, F.: “Sospensione della celebrazione del matrimonio dell’interdicendo”, *Riv. dir. proc.*, 1956, p. 289; PEREGO, E.: “La richiesta della sospensione della celebrazione del matrimonio dell’interdicendo”, *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 273; cfr. Trib. Trapani 6 mayo 2010, *Banca Dati lus Explorer*.

194 Trib. Palermo 28 octubre 1977, *Dir. fam. pers.*, 1978, p. 536; Trib. Milano 11 junio 1964, *Temi*, 1964, p. 53.

195 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 38.

196 FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 580; TRABUCCHI, A.: “Matrimonio (dir. civ.)”, en *Noviss. dig. it.*, Appendice IV, Utet, Torino, 1983, p. 953.

197 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 321.

198 PUTTI, P.M.: “L’invalidità del matrimonio”, cit., p. 246; FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 581.

199 FORTINO, M.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 145.

200 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 322: “si el legislador hubiese querido mantener el matrimonio solo, concurriendo la voluntad del sujeto antes incapaz, debiera haberlo dicho, tal y como lo ha hecho en otros lugares”.

201 Cfr. Cass. 20 junio 1968 n. 2037, *Giust. civ.*, 1968, I, p. 1799; Cass. 11 febrero 1978 n. 619, *Giur. it.*, 1981, I, I, c. 615; FERRANDO, G.: “Le cause di invalidità del matrimonio”, cit., p. 925.

sólo está legitimado para impugnar el matrimonio, el cónyuge que la ha sufrido²⁰²; la acción, del mismo que sucede respecto de incapacitado, no puede ser ejercitada, “si ha habido cohabitación después de que el cónyuge incapaz haya recuperado la plenitud de sus facultades mentales (art. 120, II, CC it.). También, en este caso, un sector de la doctrina considera que el concepto de “cohabitación” debe ser interpretado en sentido objetivo, es decir, como vivir bajo el mismo techo²⁰³, por lo que se trataría de un supuesto no asimilable a la convalidación o sanación de un negocio inválido, de modo que sería irrelevante la voluntad subjetiva de querer mantener el vínculo matrimonial²⁰⁴; por el contrario, otro sector doctrinal interpreta la expresión “cohabitación”, exigiendo una cualificación subjetiva, esto es, una “verdadera y propia convivencia como cónyuges”, de modo que el desarrollo ininterrumpido de la relación matrimonial valdría “como una renovación del consentimiento para sanar el defecto originario del matrimonio”²⁰⁵.

Si el matrimonio se ha contraído por quien no se hallaba en plenitud de facultades mentales, es anulable, lo mismo – y ello produce cierta perplejidad²⁰⁶, si ha sido el contraído por el incapacitado²⁰⁷, como por el que carece de capacidad natural de entender y de querer, excepto que esta falta de capacidad de lugar a la total ausencia de consentimiento respecto del acto que realiza, pues, en tal supuesto sería indudablemente nulo²⁰⁸. Se han considerados casos de nulidad el estado hipnótico y la intoxicación por droga, cuando impida comprender totalmente el significado de lo que se hace²⁰⁹.

Existe también una evidente diferencia con el Derecho español, en el que el matrimonio contraído por una persona carente de capacidad natural de entender y de querer es nulo, siendo la acción imprescriptible y pudiendo ejercitarla, no sólo

202 Cfr. MAURINI, V.: *L'incapace naturale*, Cedam, Padova, 2002, p. 113; PUTTI, P.M.: “L'invalidità del matrimonio”, cit., p. 248; según BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 80, habría vulneración del art. 3 de la Constitución en la medida en que habría una legitimación activa distinta, no justificada, en el supuesto de incapacitación.

203 PUTTI, P.M.: “L'invalidità del matrimonio”, cit., p. 251; BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 82; GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 329.

204 GAZZONI, F.: “Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e volontà degli effetti civili”, *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 524.

205 FERRANDO, G.: “Le cause di invalidità del matrimonio”, cit., p. 926. La jurisprudencia, discutiblemente, parece orientarse en la actualidad hacia esta segunda opción hermenéutica. Cfr. App. Roma 22 abril 2015, *Rass. dir. civ.*, 2016, p. 1443 ss., con nota crítica de VIRGADAMO, P.: “Delibazione delle sentenze ecclesiastiche di nullità matrimoniale e contrarietà all'ordine pubblico tra nomoflachia e vincoli internazionali”; anteriormente, en sentido crítico, puntualmente GIACOBBE, E.: “Le Sezioni Unite tra nomoflachia e 'nomofantasia'”, *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1416 ss.

206 Cierta jurisprudencia de instancia habla, de hecho, de nulidad: cfr. App. Roma 19 abril 2002, *Arch. civ.*, 2002, p. 1323.

207 BIANCA, C.M.: “Art. 117”, en AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (coord. L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI), Cedam, Padova, 1977, p. 131.

208 PIETROBON, V.: “Gli atti e contratti dell'incapace naturale”, *Contr. impr.*, 1987, p. 766. Cfr. MAURINI, V.: *L'incapacità naturale*, cit., p. 18 ss.

209 DI CIOMMO, F.: *Manuale di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 450; TOMMASINI, R.: “Commento all'art. 122”, en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI, *Della famiglia*, coord. L. BALESTRA), Utet, Torino, 2010, p. 292.

cualquiera de los cónyuges, sino también el Ministerio Fiscal y cualquier tercero con interés legítimo (art. 74 CC esp.).

Atención particular merece el problema de la capacidad nupcial del sujeto beneficiario de la *amministrazione di sostegno*, figura esta inexistente en Derecho español, que fue introducida en el Código civil italiano en 2004: en ella el beneficiario, privado, en todo o en parte, de autonomía, es asistido por un administrador, que tiene como función proveer a sus necesidades y a los actos jurídicos que le afectan, con la menor limitación posible de la propia capacidad de obrar (arts. 404 ss. CC it.).

Según la más reciente jurisprudencia de la Corte de Casación italiana, el beneficiario de la *amministrazione di sostegno* puede, como regla general, contraer matrimonio, si el mismo parece ser conforme a sus intereses, aunque no se impide que el juez pueda prohibirle casarse. En todo caso, se excluye la aplicación automática de la regla de la incapacitación judicial en materia de legitimación activa para la impugnación²¹⁰.

3. Los impedimentos matrimoniales dirimentes.

Como dijimos, el Código civil italiano regula, no sólo impedimentos dirimentes sino también meramente impeditivos o prohibitivos.

210 Cass. 11 mayo 2017 n. 11536, *Giur. it.*, 2018, 2, c. 308, con nota de OLIVERO, L.: "Matrimonio e amministrazione di sostegno – incapacità e libertà matrimoniale tra dignità della persona e interessi familiari": según la Corte de Casación, cuando, en concreto, haya sido prohibido el matrimonio, el contraído por el beneficiario puede ser impugnado por él mismo ex art. 120 CC it. o por el administrador ex art. 412, II CC it., pero no, por terceros ex art. 119 CC it., no pudiéndose acudir a la disciplina de la incapacitación. En sentido sustancialmente conforme, en términos de posibilidad de contraer matrimonio, v. Trib. Modena 14 febrero 2017, *Banca Dati Ius Explorer*, según el cual el juez tutelar puede autorizar, no obstante, en situaciones particulares, al administrador a oponerse al matrimonio; Trib. Roma 4 marzo 2016, *Ifamiliarista.it*, admite la impugnación del matrimonio contraído por el beneficiario por parte del administrador; Trib. Modena 18 diciembre 2013, *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 761; en doctrina, entre otros, CORDIANO, A.: "L'esercizio delle situazioni esistenziali del beneficiario di amministrazione di sostegno", *ivi*, 2011, p. 1911 ss. Trib. Varese 6 octubre 2009, *Giur. merito*, 2010, p. 1004, afirmando el derecho general del beneficiario de casarse, evidencia que sujeta tal derecho al consentimiento previo del administrador supondría una grave vulneración de la libertad matrimonial. También la doctrina sostiene, a menudo, soluciones flexibles: cfr. RUSSO, R.: "Matrimonio e amministrazione di sostegno: vietare, permettere, accompagnare", *Fam. dir.*, 2010, p. 287, que enumera formas de acompañamiento del sujeto débil en el ejercicio de opciones existenciales, más allá de la dicotomía "capacidad-incapacidad". En favor de la extensión en el caso concreto de la prohibición de casarse al sujeto beneficiario, v. todavía Trib. Trieste 28 septiembre 2007, *Giur. it.*, 2007, p. 2738 con nota de CENDON, P.: "22 anni un forte ritardo mentale: meglio che la ragazza non si sposi subito". En un cierto sentido, también Trib. Roma 26 marzo 2008, *Dir. fam. pers.*, 2009, p. 1211, con nota de GIACOBBE, E.: "Questo matrimonio non s'ha da fare" (a proposito di infermi di mente e matrimonio)", el cual ha autorizado al administrador a solicitar la "suspensión" de las proclamas; GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 132; CALO, E.: *Amministrazione di sostegno*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 133, que, a tal fin, requiere, sin embargo, la existencia de circunstancias gravísimas; DELLE MONACHE, S.: "Prime note sulla figura dell'amministrazione di sostegno: profili di diritto sostanziale", *Nuova giur. comm.*, 2004, II, pp. 42 ss.; decididamente crítico ANELLI, F.: "Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia", en *Studi in onore di P. Schlesinger*, V, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 4238 ss., también con apoyo en el argumento de la imperatividad de las reglas en materia de libertad matrimonial, que no podría ser limitada, sino en los casos taxativamente previstos por la ley.

Los impedimentos dirimentes son los mismos que en España, a saber, el parentesco y el crimen.

A) El parentesco.

Son impedimentos para el matrimonio la existencia entre los contrayentes una relación de parentesco, afinidad o adopción dentro de los grados y de los límites fijados en el art. 87 CC it., siempre que no sean dispensables judicialmente.

Nótese que en la doctrina italiana se habla de impedimento de parentesco y de adopción, mientras que en la española se habla, simplemente de impedimento de parentesco, subsumiendo en él, tanto el que tiene causa en la consanguinidad, como en la adopción (si bien, en este último caso, como se ha expuesto, sólo se aplica a la línea recta, no a la colateral); y que, a diferencia de lo que sucede en el Código civil español, en el italiano se regula el impedimento de afinidad.

Existen, así, casos en los que el matrimonio no podrá celebrarse, en ningún caso, por ser el vínculo de parentesco o de afinidad demasiado estrecho, y otros, en los que sí podrá celebrarse, con autorización judicial, por ser dicho vínculo menos próximo²¹¹.

Según la doctrina prevalente, si se vulnera una prohibición del primer tipo (no dispensable), el matrimonio es nulo²¹²; si, por el contrario, se vulnera una prohibición del segundo tipo (dispensable)²¹³ - por ejemplo, se podría haber dado la autorización para el matrimonio²¹⁴, pero no se dio- la cuestión es más compleja,

211 Según el art. 87 CC it., “No pueden contraer matrimonio entre sí: 1) los ascendientes y los descendientes en línea recta; 2) los hermanos y las hermanas, consanguíneos o uterinos; 3) el tío y la sobrina, la tía y el sobrino; 4) los afines en línea recta; la prohibición subsiste también en el caso en el que la afinidad derive del matrimonio declarado nulo o disuelto o respecto del cual se haya pronunciado la cesación de efectos civiles; 5) los afines en línea colateral en segundo grado; 6) el adoptante, el adoptado y sus descendientes; 7) los hijos adoptivos de la misma persona; 8) el adoptado y los hijos del adoptante; 9) el adoptado y el cónyuge del adoptante, el adoptante y el cónyuge del adoptado. El tribunal, a petición de los interesados, con decreto emitido en *camera di consiglio*, oído el Ministerio Público, puede autorizar el matrimonio en los casos indicados en los números 3 y 5, aunque se trate de *affiliazione*. La autorización puede también ser acordada en el caso indicado en el número 4, cuando la afinidad derive de un matrimonio declarado nulo”. Por poner un ejemplo, no es dispensable el impedimento de parentesco entre hermano y hermana, mientras que sí lo es el existente entre tío y sobrina o el impedimento de afinidad entre los cuñados. Es dispensable el impedimento entre suegro y nuera, pero solamente si el matrimonio del que deriva la afinidad ha sido declarado nulo.

212 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 296.

213 Es dispensable, mediante autorización del tribunal ordinario, a petición de uno de los contrayentes, el impedimento de parentesco colateral de tercer grado y el de afinidad de segundo grado, además de todos los casos de afinidad derivados de un matrimonio declarado nulo. De hecho, la nulidad del matrimonio del cual deriva la afinidad no elimina el impedimento (art. 87 CC it.), pero lo hace dispensable mediante autorización judicial.

214 El procedimiento para obtener la autorización o para apelar la resolución que la concede o la niega es el mismo que el de la emancipación (v., *infra*, § 5.1). El decreto del tribunal debe ser notificado a los contrayentes y al Ministerio Público. Los primeros pueden recurrir en caso de que no se conceda la autorización, y el segundo en el caso de que la conceda. Surgen dudas en relación a los criterios de valoración que deben seguirse en la decisión relativa a la autorización. Según una línea de pensamiento

existiendo quienes defienden la tesis de la denominada anulabilidad absoluta²¹⁵ y quienes sostienen la tesis (según ellos, más convincente) de la nulidad superable²¹⁶.

De hecho, en dichos casos, no es posible “encontrar la ‘disponibilidad’ de la tutela concedida al sujeto interesado, que, por el contrario, siempre está presente en los supuestos en que el remedio predispuesto por el ordenamiento es la anulabilidad, aunque sea absoluta. En tal caso, la ‘superabilidad’ del vicio no se deja (como, por el contrario, sucede en el caso de confirmación del negocio anulable) a una valoración de conveniencia del sujeto en cuyo favor se predispone la tutela, sino que depende de circunstancias objetivas, que, en parte o en todo, prescinden de cualquier manifestación de voluntad o iniciativa de los cónyuges”²¹⁷.

La *ratio* del impedimento que se está examinando se reconduce históricamente a la necesidad de evitar uniones que podrían dar lugar a consecuencias negativas desde un punto de vista genético²¹⁸. Algún autor se refiere también a la exigencia de “favorecer el intercambio de las relaciones sociales”²¹⁹.

Con respecto a la adopción²²⁰, se prohíbe el matrimonio entre adoptante y adoptado o sus descendientes; entre cónyuge del adoptante y adoptado; entre

rigurosa, la valoración judicial sólo puede estar guiada por razones de naturaleza familiar. V. algunos ejemplos en LIPARI, N.: “Condizioni necessarie per contrarre matrimonio”, cit., p. 150.

215 BIANCA, C.M.: “Della nullità del matrimonio”, cit., p. 290; CARIOTA FERRARA, L.: “Annullabilità assoluta e nullità relativa”, en *Scritti minori*, Esi, Napoli, 1986, p. 295. Como es sabido, por anulabilidad absoluta se entiende comúnmente una forma de invalidez que, siendo menos grave que la nulidad, pueda ser hecha por cualquier interesado en ella y no solamente por sujetos específicamente determinados. Cfr. TOMMASINI, R.: “Commento all’art. 119”, en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), arts. 74-176, Utet, Torino, 2010, p. 276 s.

216 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 296.

217 GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 297. Se alude al hecho de que la nulidad puede ser sanada en el caso de que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio (art. 117, IV CC it.). Sin embargo, como, con toda lucidez, pone de manifiesto la autora, “debe, en verdad, excluirse que la imposibilidad de impugnar el matrimonio transcurrido un año desde la celebración del matrimonio, según el párrafo IV del art. 117 CC it., pueda reconducirse a un supuesto de confirmación tácita del negocio anulable, incluso desde la perspectiva, a veces invocada por la jurisprudencia, de la renuncia a la acción. El límite temporal para el ejercicio de la acción, en realidad, opera para cada uno de los sujetos legitimados activamente ex art. 117, I CC it. y puede ser opuesto por cada uno de ellos por vía de excepción. A tales sujetos, todos ellos legitimados para la impugnación, no puede reconocérseles un poder indistinto para confirmar un acto que sobrepasa sus respectivos intereses y sobre cuya válida conclusión no tendrían, ciertamente, ningún poder. Debe, por tanto, concluirse que se trata de una verdadera y propia caducidad introducida por el legislador para garantizar la certeza de los *status* familiares, la cual, dada la indisponibilidad de los intereses subyacentes, debe considerarse apreciable de oficio ex art. 2969 CC it.”.

218 DI ROSA, G.: “Commento all’art. 87 CC”, en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), cit., p. 94, el cual observa que “a diferencia del ordenamiento italiano, el Derecho canónico considera relevante, como impedimento matrimonial dispensable, el grado de consanguinidad representado por ser los esposos hijos de primos; en este punto no existe, sin embargo, una contradicción con el orden público italiano, a los efectos del juicio de homologación de la sentencia eclesiástica declarativa de la respectiva nulidad matrimonial, dado que el mayor rigor del ordenamiento canónico al regular el impedimento en cuestión no incide sobre las reglas fundamentales que en el ordenamiento italiano definen la estructura de la institución matrimonial. En el mismo sentido, Cass. 27 noviembre 1991 n. 12671, *Giur. it.*, 1992, I, I, p. 1970 ss.

219 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 38.

220 Sólo se hace referencia a la adopción no legitimante (esto es, a la adopción en casos particulares y a la del mayor de edad), dado que adopción legitimante está disciplinada al modo de la relación de filiación

cónyuge del adoptado y adoptante; entre hijos adoptivos e hijos de sangre del adoptante. La adopción, además, no excluye las prohibiciones matrimoniales existentes respecto de los miembros de la familia de origen.

Debe tenerse en cuenta que el impedimento de adopción es de carácter absoluto, es decir, no dispensable, aunque, según algunos, este tratamiento normativo pecaría de excesivo rigor; en relación con la adopción del mayor de edad, puesto que la relación entre adoptado mayor de edad y adoptante pretende esencialmente satisfacer intereses de naturaleza patrimonial, quedando los vínculos personales en su segundo plano, la mayor parte de las veces²²¹.

Sin embargo, no puede negarse que en este tipo de adopción (desconocida en Derecho español) se crea un cierto vínculo personal, como lo demuestra la asunción por parte del adoptado del apellido del adoptante. Por otro lado, la doctrina más reciente subraya la circunstancia de que actualmente la adopción del mayor de edad, desde una óptica constitucional, cada vez se dirige con mayor intensidad a satisfacer necesidades asistenciales o, simplemente, existenciales, además de patrimoniales²²².

El impedimento ex art. 87 CC it. comprendería, además, dado el implícito reenvío a esta norma realizado por el art. 300, último párrafo, último inciso, CC it. el caso del matrimonio entre el adoptado mayor de edad y los parientes del adoptante²²³, con la excepción de los colaterales²²⁴, no mencionados por el art. 87 CC it.

B) El crimen.

Es impedimento para el matrimonio el homicidio en grado de tentativa o consumado por un contrayente respecto del cónyuge del otro (art. 88 CC it.).

matrimonial, estando las dos totalmente equiparadas, con la consiguiente aplicación de los mismos impedimentos relativos al parentesco de sangre. Cfr. FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 312.

221 FORTINO, M.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 109; BIANCA C.M., *Diritto civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2005, p. 51; AUTORINO STANZIONE, G.: *Il diritto di famiglia*, I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 143 ss.

222 Referencias en VIRGADAMO, P.: "La revocazione della donazione per sopravvenienza di un figlio adottivo maggiorenne: per un'interpretazione assiologico-sistemica dell'art. 803 c.c. alla luce della riforma della filiazione", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 241 ss.

223 SALVI, C.: "Adozione (dir. civ.)", en *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957, p. 299; RUPERTO, C.: "Adozione (dir. civ.)", en *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958, p. 597.

224 Según algunos autores, la irrelevancia, a los efectos del impedimento aquí examinado, del parentesco colateral, de extendería a la adopción legitimante [LIPARI, N.: "Parentela, affinità, adozione, affiliazione", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. G. CIANI, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, cit., p. 149; SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir. P. ZATTI), I, Giuffrè, Milano, 2011, p. 785].

El sujeto pasivo del delito que da lugar al impedimento es solamente el cónyuge, quedando excluido, por el tenor literal de la norma, el conviviente *more uxorio*, lo que supone una importante diferencia con el Derecho español.

La normativa italiana establece el impedimento, no sólo en el caso de delito consumado, sino también cuando el mismo haya tenido lugar en caso de tentativa. Esto representa una notable diferencia respecto del Derecho canónico (así como respecto del Derecho civil español), que prevé el impedimento matrimonial, exclusivamente, en el supuesto de consumación del delito²²⁵. Otra diferencia consiste en la circunstancia de que el impedimento canónico contempla también el caso en el que el delito sea cometido contra el cónyuge del sujeto activo (c. 1090 CIC), mientras que la muerte del propio cónyuge causada con la finalidad de recobrar la libertad de estado y celebrar un nuevo matrimonio no constituye un impedimento civil²²⁶.

Es, pues, clara la diferencia entre la legislación italiana y española, ya que éste última exige la consumación del delito y, así mismo, la condena penal de las dos personas que pretenden contraer matrimonio, pues el art. 47.3 CC esp. sólo contempla el conyugicidio conjunto, excluyendo el individual, sea propio o impropio.

Se considera pacífico (en esto hay coincidencia entre la doctrina italiana y española) que no existe impedimento cuando el delito es meramente culposo²²⁷ o preterintencional²²⁸ (debe ser doloso), si bien no se requiere la específica intención de eliminar al sujeto pasivo con la finalidad concreta de contraer matrimonio, es decir, con el objetivo de que la persona con la que se pretende casarse recupere su estado de libertad²²⁹.

Es dudoso si la previsión puede también extenderse a delitos contra la vida, diversos del homicidio en sentido estricto, como el homicidio consentido ex art. 579 CP it. o la inducción o auxilio al suicidio ex art. 580 CP it.²³⁰.

225 MONETA, P.: "Matrimonio concordatario", en *Dig. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994, p. 286.

226 DALLA TORRE, G.: *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 170.

227 FINOCCHIARO, F.: "Matrimonio (diritto civile)", cit., p. 818; STELLA RICHTER, G.: "Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (coord. P. CENDON), Utet, Torino, 1991, p. 285 s.; BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 76.

228 App. Napoli 9 mayo 1959, *Foro it.*, 1960, I, c. 139.

229 SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", cit., p. 789.

230 En favor de la extensión del impedimento a la inducción al suicidio SANTOSUOSSO, F.: *Il matrimonio*, Utet, Torino, 2007, p. 85; en sentido contrario AUTORINO STANZIONE, G.: *Il diritto di famiglia*, cit., p. 148; SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", cit., p. 789.

El ilícito debe ser constatado en una sentencia firme²³¹. Si el juicio se halla en curso, la celebración del matrimonio debe ser suspendida en espera de un eventual auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria, según el art. 88, II CC it. (disposición ésta, que no existe en el Código civil español).

Si se contrajo el matrimonio, el mismo es radicalmente nulo²³², “porque se opone a un principio fundamental de nuestro ordenamiento”²³³. Se trata, según opinión comúnmente admitida, de una nulidad absoluta, de orden público, imprescriptible y no sujeta a plazo de caducidad ninguno, además de insubsanable²³⁴. A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, el impedimento de crimen no es dispensable.

4. Los impedimentos matrimoniales impedientes.

El Código civil italiano regula también como impedimentos meramente impedientes el denominado luto vidual y la omisión de las proclamas.

A) El luto vidual.

Con la expresión de luto vidual se designa a la prohibición, que tiene su origen en el Derecho romano, de que la mujer pueda contraer matrimonio antes de los trescientos días siguientes a la disolución, anulación o cesación de los efectos civiles del precedente matrimonio (art. 89 CC it.)²³⁵. La finalidad de la prohibición, que no

231 BONILINI, G., *Nozioni di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002, p. 36. La doctrina se encuentra dividida sobre la necesidad de que la sentencia firme que constate el delito sea, o no, anterior al matrimonio. En favor de la primera tesis se suele argumentar que, de no seguirla, carecería de sentido art. 88, II CC it., según el cual, en caso de mera orden de captura o de puesta a disposición judicial, se suspende la celebración del matrimonio hasta el eventual auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria [VITALI, E.: “Le condizioni per contrarre matrimonio”, en AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 1997, p. 141 s.; PALMERI, G.: “Le condizioni per contrarre matrimonio”, en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato* (dir. G. FERRANDO), vol. I, Zanichelli, Bologna, 2007, p. 156]. Sin embargo, otros autores observan que, de seguirse esta posición, se desatendería a la *ratio* della norma [BIANCA, C.M.: “Del matrimonio celebrato davanti all’ufficiale di stato civile. Matrimonio contratto con violazione degli articoli 84, 87 e 88”, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (dir. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), vol. II, Cedam, Padova, 1992, p. 291].

232 Conclusión pacífica: DI ROSA, G.: “Commento all’art. 88 CC”, en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), arts. 74-176, Utet, Torino, 2010, p. 97; BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 76; FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 570; VITALI, E.: “Nullità e annullabilità”, en AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 2007, p. 407.

233 AULETTA, T., *Diritto di famiglia*, cit., p. 170.

234 FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, cit., p. 570; BARBERA, L.: *Il matrimonio*, cit., p. 76.

235 Para una reconstrucción histórica, FIGONE, A.: “Lutto vedovile”, en *Dig. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994 p. 144; v. también BOVE, L.: “Il matrimonio civile: condizioni, formalità preliminari, opposizione e celebrazione”, cit., p. 600. Recuérdese que, en el Derecho italiano, la “cesación de los efectos civiles” del matrimonio es una expresión particular referida al denominado matrimonio concordatario. Se trata del matrimonio celebrado según el Derecho Canónico, pero con efectos en el ordenamiento jurídico italiano, una vez inscrito en el Registro Civil. Está regulado, principalmente, por el Concordato de 1929, modificado después en los años ochenta, esto es, por un Acuerdo entre el Estado italiano y la Santa Sede, con la finalidad de regular sus respectivas relaciones, entre las cuales se halla el reconocimiento de efectos jurídicos civiles al matrimonio canónico, siempre que se cumplan determinados requisitos.

existe en el vigente Código civil español, es, evidentemente, la de evitar cualquier duda sobre la paternidad de un eventual hijo²³⁶.

En el ordenamiento jurídico italiano hay dos presunciones legales dirigidas a determinar la filiación. La primera de ellas establece que el marido se presume padre del hijo nacido o concebido por la mujer durante el matrimonio (art. 231 CC it.). La segunda es la del art. 232 CC it., según el cual "se presume concebido durante el matrimonio el hijo nacido dentro de los trescientos días siguientes a la fecha de la anulación, de la disolución o de la cesación de los efectos civiles del matrimonio. La presunción no opera después del transcurso de trescientos días, a contar desde la sentencia de separación judicial, o desde la homologación de la separación de mutuo acuerdo, desde la fecha de la comparecencia de los cónyuges ante el juez cuando hubiera sido autorizados a vivir separadamente en el curso del juicio de separación o en los juicios previstos en el párrafo precedente"²³⁷.

Por lo tanto, lo que la prohibición pretende es evitar el conflicto entre dos presunciones de paternidad diversas: una, en favor del marido difunto; otra, en favor del nuevo cónyuge, cuando el hijo nazca dentro de los trescientos días siguientes a la muerte (u otras circunstancias a ella equiparadas) del primer sujeto²³⁸. Según algunos, sin embargo, "la alta fiabilidad de los modernos medios de determinación de la paternidad ha relativizado la finalidad de la prohibición, la cual origina una injustificada limitación de la libertad matrimonial"²³⁹.

Conforme al 89, II CC it., "se excluyen de la prohibición los casos en los que la disolución o la cesación de los efectos civiles del precedente matrimonio hayan tenido lugar con fundamento en el art. 3, n. 2, letras b) y f), de la Ley de 1 de diciembre de 1970, n. 898, y en los casos en que el matrimonio haya sido declarado nulo por impotencia (bastando la que impide procrear) de uno de los cónyuges".

Se refiere, además de al supuesto de impotencia, a los casos de disolución por separación judicial firme o mutuo consentimiento homologada y prolongada en el

236 Cfr., sobre la necesidad de impedir el parto *propter turbationis sanguinis*, GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 239, la cual recuerda el pensamiento de POTHIER, R.G.: *Le pandette di Giustiniano*, VIII, *Indice alfabetico ragionato*, Antonio Bazzarini e C., Venezia, 1835, p. 727: "aunque el marido sea tal que no convenga llorar su muerte, sin embargo, la viuda no puede contraer segundas nupcias antes del tiempo establecido por la ley".

237 Antes de 2013 el art. 232 CC it. preveía que la segunda presunción -la de los "trescientos días"- fuera unida a otra condición, esto es, que el hijo naciera después de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio. El art. 9 del Decreto Legislativo n. 154 de 2013, que llevó a cabo la reforma de la filiación, ha eliminado esta condición, lo que se explica por una nueva visión de la presunción: el plazo de, al menos ciento ochenta días, se explicaba por la necesidad de evidenciar que el hijo pudiera presumirse concebido por el marido, sin ningún tipo de dudas (de haber nacido antes hubiera sido un plazo demasiado breve para poderlo presumir). Sin embargo, con la reforma del 2012-2013, dicha presunción sirve solamente para atribuir legalmente la paternidad y no para vincular paternidad biológica y relación conyugal, dado que la condición de hijo no matrimonial no es de peor condición que la de hijo matrimonial.

238 SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", cit., p. 791.

239 AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, cit., p. 32.

tiempo durante tres años, a contar de la comparecencia de los cónyuges ante el Presidente del Tribunal, y de matrimonio no consumado.

La referencia a la impotencia ha sido objeto de críticas, por no ser una causa autónoma de anulación del matrimonio²⁴⁰. Se podría replicar, como ya se ha hecho, que puede llegar a serlo, por ejemplo, en caso de error, en el que la única dificultad para admitirla como causa de exclusión de la prohibición es que el encargado del Registro Civil deberá valorar la motivación del eventual fallo judicial que se le presente para confirmar la exclusión y considerar regular el matrimonio²⁴¹.

El impedimento es dispensable a instancia de la mujer²⁴². En tal caso, “el Tribunal, con decreto dictado *in camera di consiglio*, oído el Ministerio Fiscal, puede autorizar el matrimonio cuando se excluya de manera inequívoca el embarazo o resulte de sentencia firme que el marido no ha convivido con la mujer dentro de los trescientos días siguientes a la disolución, a la anulación o la cesación de los efectos civiles del matrimonio” (art. 89, II, CC it.).

La prohibición, no obstante, cesa desde el día de la terminación del embarazo (art. 89, III, CC it.).

También, respecto de este impedimento, la declaración de muerte presunta se equipara al fallecimiento²⁴³. En tal caso, el plazo de trescientos días empieza a contarse desde la fecha fijada en la sentencia de declaración de muerte presunta.

El impedimento es de carácter impediendo, lo que, como ya se ha dicho, significa que su concurrencia no origina la invalidez del matrimonio, sino, exclusivamente, su falta de regularidad, con la consiguiente imposición de una sanción administrativa a los contrayentes por parte del Encargado del Registro Civil (art. 140 CC it.).

B) La omisión de publicación de las proclamas matrimoniales.

Entre los impedimentos impediendo se encuentra la omisión de la publicación de las proclamas matrimoniales²⁴⁴. Normalmente, es obligatorio que, antes de casarse, se proceda a la publicación, por parte del encargado del Registro Civil, de la petición de contraer matrimonio en los ayuntamientos en que residan los esposos, a instancia de ellos mismos o de la persona encargada de tal menester. La petición de publicación debe contener el nombre, la fecha y lugar de nacimiento,

240 VITALI, E.: “Le condizioni per contrarre matrimonio”, cit., p. 143; BARBIERA L.: *Il matrimonio*, cit., p. 98.

241 LIPARI, N.: “Divieto temporaneo di nuove nozze”, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (dir. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, cit., p. 155.

242 SPALLAROSSA, M.R.: “Le condizioni per contrarre matrimonio”, cit., p. 792.

243 En general, VIRGADAMO, P.: “Morte presunta”, en *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, dirigida por S. PATTI y P. SIRENA, vol. 9, *Il Sole 24 Ore*, Milano, 2007, p. 695 ss.

244 GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2017, p. 338 ss.

la nacionalidad, la residencia y la libertad de estado de los futuros cónyuges, si han contraído un matrimonio precedente y si existen particulares impedimentos (arts. 93 y ss. CC it.; arts. 51 y ss.; Decreto del Presidente della Repubblica 3 noviembre 2000, n. 396).

Las publicaciones se pueden omitir – y no concurre el impedimento al matrimonio, si han sido omitidas - mediante autorización judicial por motivos gravísimos, “cuando los esposos, ante el funcionario, declaran bajo su responsabilidad que no concurren ninguno de los impedimentos matrimoniales establecidos por los artículos 85, 86, 87, 88 y 89” (art. 100, II, CC it.). En este caso, conforme al 100 CC it., “el funcionario debe proceder a la lectura de los artículos y advertir a los contrayentes sobre la importancia de su declaración y de la gravedad de las posibles consecuencias”.

En general los “motivos gravísimos” se hacen coincidir con la exigencia de mantener en secreto la celebración de un cierto matrimonio o la identidad de los esposos²⁴⁵.

Del mismo modo, “en el caso de inminente peligro para la vida de uno de los esposos, el funcionario del Registro Civil podrá proceder a la celebración del matrimonio sin publicaciones (...) con tal de que los esposos juren antes que no existen entre ellos impedimentos que no sean susceptibles de dispensa” (art. 101 CC it.)²⁴⁶.

La omisión de las proclamas, al encontrarnos ante un impedimento impediente, no ocasiona la invalidez, sino una mera irregularidad del matrimonio, con imposición de sanciones administrativas a cargo de los esposos y del funcionario del Registro Civil (art. 134 CCI).

245 Trib. Napoli 2 febrero 1996, *Fam. dir.*, 1996, p. 572, con nota de MOLTEDO, M.: “Autorizzazione alla omissione della pubblicazione matrimoniale per soggetti nubendi familiari di collaboratori di giustizia”. En el caso juzgado, que es aislado en la materia, la omisión de la publicación se justificaba en el hecho de que uno de los contrayentes estaba sujeto a medidas de protección previstas para los familiares de colaboradores con la justicia.

246 Un raro precedente en la materia admite la validez del matrimonio celebrado ex art. 101 CC it. sin que subsista el inminente peligro de vida. Cfr. Cass. 24 enero 1967 n. 216, *Giust. civ.*, 1967, I, p. 47. Se especifica (GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, cit., p. 130) que “más allá del inminente peligro de muerte, otros motivos graves o causas gravísimas que pueden llevar a omitir o a reducir el plazo de publicación deberán –hoy- ser sometidas a la valoración del Tribunal sobre la base del art. 100 CC it.”.

BIBLIOGRAFÍA:

ACCARDO, G.: "Età matrimoniale", en AA.VV.: *Sulla riforma del diritto di famiglia, Seminario* (dir. F. SANTORO PASSARELLI), Cedam, Padova, 1973, p. 27 ss.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: "El impedimento matrimonial de adopción en el Código civil a hoy", en AA.VV.: *Centenario del Código civil (1889-1999)*, Centro de Estudios Ramón Areces, t. I, Madrid, 1990.

ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Curso de Derecho civil, IV, Derecho de familia*, 12ª ed. (puesta al día por S. DÍAZ ALABART), Edisofer, Madrid, 2013.

ALONSO PÉREZ M.: "Comentario al art. 85 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

AULETTA, T.: *Diritto di famiglia*, Giappichelli, Torino, 2016.

AUTORINO STANZIONE, G.: *Il diritto di famiglia*, I, Giappichelli, Torino, 2011.

BARASSI, L.: en *Osservazioni e proposte sul progetto del libro primo*, II, Roma, 1933, p. 603.

BARBERO, D.: *Il sistema del diritto privato*, nueva edición a cargo de LISERRE y FLORIDIA, Utet, Torino, 1990.

BARBIERA, L.: *Il matrimonio*, Cedam, Padova, 2006.

BATTEUR, A.: *Droit des personnes, des familles et des majeurs protégés*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2015.

BIANCA, C.M.: "Art. 117", en *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (coord. L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABUCCHI), Cedam, Padova, 1977.

BIANCA, C.M.: "Del matrimonio celebrato davanti all'ufficiale di stato civile. Matrimonio contratto con violazione degli articoli 84, 87 e 88", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (dir. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), vol. II, Cedam, Padova, 1992.

BIANCA, C.M.: "Della nullità del matrimonio", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, Cedam, Padova, 1992.

BIANCA, C.M., *Diritto civile*, 2, Giuffrè, Milano, 2005.

BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., BUSNELLI, F.D., y NATOLI, U., *Diritto civile, I, Norme, soggetti e rapporto giuridico*, Utet, Torino, 1989.

BLASCO GASCÓ, F.: *Instituciones de Derecho civil. Derecho de familia*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

BONILINI, G.: *Nozioni di diritto di famiglia*, Utet, Torino, 2002.

BOVE, L.: "Il matrimonio civile: condizioni, formalità preliminari, opposizione e celebrazione", en *Trattato di diritto privato*, dirigido por P. RESCIGNO, 2, Utet, Torino, 1992.

CARGANDEL, L.: *Le consentement des époux au mariage en Droit civil français et en Droit canonique modernes*, Sirey, Paris, 1934.

CARIOTA FERRARA, L.: "Annullabilità assoluta e nullità relativa", en *Scritti minori*, Esi, Napoli, 1986, p. 295 ss.

CARPIO BRIZ, D.: "Comentario al art. 172 bis CP", en AA.VV.: *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015* (dir. M. CORCOY BIDASOLLO y S. MIR PUIG), Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

CARRIÓN OLMOS, S.: "Comentario al art. 46 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

CARRIÓN OLMOS, S.: "Comentario al art. 47 CC", AA.VV.: *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del Código civil* (coord. J. L. LACRUZ BERDEJO), 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

CARRIÓN VIDAL, A.: "Comentarios a vuela pluma en materia de capacidad y forma de celebración del matrimonio, tras modificación del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015.

CISNEROS ÁVILA, F.: "Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del art. 172 bis del Código Penal", *Diario La Ley*, 2 de noviembre de 2017, LL 14345/2017.

CRESPO MORA, Mª C.: "La celebración del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. G. DÍEZ-PICAZO), Cizur Menor (Navarra), 2012.

COSSU, C.: "Il matrimonio del minore", *Dir. fam. pers.*, 1979, p. 897 ss.

DALLA TORRE, G.: *Lezioni di diritto canonico*, Giappichelli, Torino, 2004.

DE CUPIS, A.: "Della tutela dei minori", en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (coord. por G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), IV, Cedam, Padova, 1992.

DELVINCOURT, *Cours de Code civil*, tomo I, Victor Lagier, Dijon, Videcoq, Paris, 1834.

DEMOLOMBE, C.: *Traité du mariage et de la séparation de corps*, tomo I, Imprimerie Générale, Paris, 1884.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

DÍAZ MARTÍNEZ, A.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO) tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.

DI CIOMMO, F.: *Manuale di diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2016.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia, Derecho de sucesiones*, 6ª ed. (2ª reimpresión), Tecnos, Madrid, 1995.

DI ROSA, G.: "Commento all'art. 88 CC", en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), arts. 74-176, Utet, Torino, 2010.

DURÁN RIVACOBA, R. y GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.: "Edad, emancipación y matrimonio (con arreglo a la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria)", *Actualidad civil*, enero 2016, LL 264/2016.

DURANTON: *Cours de Droit civil, suivant le Code français*, tomo II, 2ª ed., Alex-Gobelet, Paris, 1828.

FERRANDO, G.: *Il matrimonio*, en *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. CICU y F. MESSINEO, continuado por L. MENGONI), Giuffrè, Milano, 2002.

FERRANDO, G.: "Le cause di invalidità del matrimonio", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir. P. ZATTI), vol. I, t. I, Giuffrè, Milano, 2011.

FERRI, G.B.: "Il c.d. recupero del negozio invalido", *Riv. dir. comm.*, 1986, I, p. I ss.

FIGONE, A.: "Lutto vedovile", en *Dig. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994 .

FINOCCHIARO, A. y M.: *La riforma del diritto di famiglia*, I, Giuffrè, Milano, 1975

FINOCCHIARO, F.: "Matrimonio civile", en *Enc. dir.*, XXV, Giuffrè, Milano, 1975.

FINOCCHIARO, F.: *Matrimonio*, en AA.VV.: *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca* (coord. F. GALGANO), tomo II, arts. 84-158, Zanichelli, Bologna, Il Foro italiano, Roma, 1993.

FORTINO, M.: *Diritto di famiglia*, Giuffrè, Milano, 1997.

FRANCESCHELLI, V.: "Il matrimonio civile: l'invalidità", en AA.VV.: *Trattato di diritto privato* (dir. P. RESCIGNO), I, 2, Utet, Torino, 1982.

FRANZONI, M.: "Il recupero dell'efficacia del contratto invalido", *Dir. priv.*, 2000, p. 113 ss.

GARCÍA CANTERO, G.: "De los requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 44 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 48 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dir. M. ALBALADEJO), t. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1982.

GARCÍA CANTERO, G.: "Nulidad de matrimonio", *AC*, 1993-3, pp. 535 ss.

GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M^a L.: "El matrimonio, realidad social e institución jurídica", en AA.VV.: *Instituciones de Derecho Privado*, tomo IV, vol. I^o (coord. V. M. GARRIDO DE PALMA), Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2015.

GAZZONI, F., "Trascrizione tardiva del matrimonio canonico e volontà degli effetti civili", *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 511 ss.

GAZZONI, F.: *Manuale di diritto privato*, Esi, Napoli, 2017.

GETE ALONSO Y CALERA, M^a C.: "Comentario al art. 73 CC", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

GIACOBBE, E.: *Il matrimonio*, t. I, *L'atto e il rapporto*, en *Trattato di diritto civile* (dir. R. SACCO), Utet, Torino, 2011.

GIACOBBE, E.: "Le Sezioni Unite tra nomofilachia e 'nomofantasia'", *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 1416 ss.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2018, núm. 32, p. 55 ss.

GUINARTE CABADA, G.: "El nuevo delito de matrimonio forzado (artículo 172 bis del Código Penal)", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Código Penal de 2015* (dir. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC), 2^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

JEMOLO, A.C.: "La nullità per impotenza", *Riv. dir. civ.*, 1979, II, p. 649 ss.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E.: *La nulidad del matrimonio después de la Constitución*, *RGLJ*, 1979, p. 7 ss.; y p. 77 ss.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho civil*, t. VI, *Derecho de familia*, Trivium, Madrid, 1997.

LA TORRE, E.: "Il matrimonio contratto dal coniuge di persona scomparsa (assente o presunta morta)", *Giust. civ.*, 2010, II, p. 55 ss.

LAURENT, F.: *Principes de droit civil*, tomo II, Bruylant-Cristophe, Bruxelles, Paris, 1870.

LINACERO DE LA FUENTE, M^a: "Matrimonio. Parejas de hecho", en AA.VV.: *Tratado de Derecho de familia* (dir. M^a LINACERO DE LA FUENTE), Tirant lo Blanch, Valencia 2016.

LIPARI, N.: "Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio", Art. 87, en AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia* (G. CIAN, G. OPPO, A. TRABUCCHI), II, Cedam, Padova, 1992.

LIPARI N.: "Divieto temporaneo di nuove nozze", in AA.VV.: *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, II, Padova, 1992

LOCRÉ: *Procès-Verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du Projet de Code civil*, años 9 y 10, tomo I, Imprimerie de la République, Paris, Año XII (1804).

LOCRÉ: *Procès-Verbaux du Conseil d'État, contenant la discussion du Projet de Code civil*, año XI, tomo II (1803), Imprimerie de la République, Paris, 1803.

LUNA SERRANO, A.: *La nulidad del matrimonio*, en LACRUZ BERDEJO, J. L., *El nuevo régimen de la familia*, vol. I, *Matrimonio y divorcio*, Madrid, 1982.

MALAUURIE, Ph.: *Droit des personnes, La protection des mineurs et des majeurs*, 8ª ed., LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2016.

MALAUURIE, Ph. y FULCHIRON, H.: *Droit de la famille*, 5ª ed., LGDJ, 2016.

MALEVILLE, J. De: *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'État*, t. I, Paris, 1805.

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Manual de Derecho civil, Derecho de familia* (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Bercal, Madrid, 2007.

MAQUEDA ABREU, Mª L.: "El nuevo delito de matrimonio forzado: art. 172 bis CP", en AA.VV.: *Estudio crítico sobre el Anteproyecto de reforma penal de 2012* (dir. F. J. ÁLVAREZ GARCÍA), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N.: "La nulidad matrimonial", en AA.VV.: *Nuevos conflictos en el Derecho de Familia* (coord. E. LLAMAS POMBO), La Ley, Madrid, 2009.

MAURINI, V.: *L'incapace naturale*, Cedam, Padova, 2002.

MONETA, P.: "Matrimonio concordatario", en *Dig. civ.*, XI, Utet, Torino, 1994.

MONJE BALMASEDA, O.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Sistema de Derecho civil, Derecho de familia* (dir. F. LLEDÓ YAGÜE y R. HERRERA CAMPOS), Dykinson, Madrid, 2002.

MONTÉS PENADÉS, V. L.: "Comentario al art. 85 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

ORLANDO, A.: "Osservazioni sulla maturità psicofisica e sui gravi motivi richiesti dall'art. 84 c.c. per l'autorizzazione del minore sedicenne alle nozze", *Nuovo dir.*, 1994, p. 297 ss.

OSORIO SERRANO, J. M.: "Requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Curso de Derecho civil IV, Derechos de familia y sucesiones* (coord. F. J. SÁNCHEZ CALERO), 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

PALMERI, G.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato* (dir. G. FERRANDO), vol. I, Zanichelli, Bologna, 2007.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "El matrimonio como acto jurídico. La nulidad del matrimonio", en AA.VV.: *Curso de Derecho Civil (IV)* (coord. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ), 4ª ed., Madrid, Colex, 2013.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 45 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 74 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

DE PABLO CONTRERAS, P.: "Comentario al art. 76 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M: *Derecho de familia*, Universidad Complutense, Madrid, 1989.

PERAMATO MARTÍN, T.: "Matrimonio infantil, precoz y forzado (Iª Parte)", *Diario La Ley*, núm. 8965, 21 de abril de 2017, LL 3733/2017.

PERAMATO MARTÍN, T.: "Matrimonio infantil, precoz y forzado (2ª Parte)", *Diario La Ley*, núm. 8966, 24 de abril de 2017, LL 3878/2017.

PEREIRA COELHO, F., y DE OLIVEIRA, G.: *Curso de Direito da Família*, vol. I, *Introdução, Direito Matrimonial*, 5ª ed., Universidad de Coimbra, Coimbra, 2015.

PERLINGIERI, G.: *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, Esi, Napoli, 2011.

PIETROBON, V.: "Gli atti e contratti dell'incapace naturale", *Contr. impr.*, 1987, pp. 759 ss.

PISAPIA, D.: "Bigamia (dir. pen.)", en *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959.

POTHIER, R.G.: *Traité du contrat de mariage*, t. I, Paris, Orleans, 1771.

POTHIER, R.G.: *Traité du contrat de mariage*, t. II, Paris, Orleans, 1771.

POTHIER, R.G.: *Le pandette di Giustiniano*, VIII, *Indice alfabetico ragionato*, Antonio Bazzarini e C., Venezia, 1835.

PUTTI, P.M.: "L'invalidità del matrimonio", en AA.VV.: *Il nuovo diritto di famiglia. Trattato* (dir. G. FERRANDO), I, *Matrimonio, separazione, divorzio*, Zanichelli, Bologna, 2007.

ROCA TRÍAS, E.: "Los requisitos del matrimonio", en AA.VV.: *Derecho de familia* (coord. E. ROCA TRÍAS), 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.

RUPERTO, C.: "Adozione (dir. civ.)", en *Enc. dir.*, I, Giuffrè, Milano, 1958.

SALVI, C.: "Adozione (dir. civ.)", en *Noviss. Dig. it.*, I, Utet, Torino, 1957.

SANCHO REBULLIDA, F.: "Requisitos del matrimonio", en LACRUZ BERDEJO, J. L., *et alii, Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, fasc. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989.

SANCHO REBULLIDA, F.: "Celebración del matrimonio", en LACRUZ BERDEJO, J. L., *et alii, Elementos de Derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, fasc. 1º, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1989.

SERRANO ALONSO, E.: *El nuevo matrimonio civil*, Edisofer, Madrid, 2005.

PIETROBON, V.: "Comentario al art. 122 del Código civil", en AA.VV.: *Commentario alla riforma del diritto di famiglia* (a cargo de L. CARRARO, G. OPPO, A. TRABBUCHI),

t. I, parte 1ª (arts. 1-89), *Introduzione generale. Domicilio e assenza. Matrimonio. Scioglimento del matrimonio e separazione personale. Regime patrimoniale della famiglia*, Cedam, Padova 1977.

PLANIOL, M: *Traité élémentaire de Droit civil*, tomo III, F. Pichon, Paris, 1901.

PORTALIS, J. E. M.: *Discours, rapports et travaux sur le Code civil*, Jouvert, Paris, 1844.

PROUDHON: *Cours de Droit français*, parte 1ª, *Sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code Napoléon*, tomo I, 2ª ed., M. Antoine, Paris, 1811.

PUIG FERRIOL, L.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

RAYMOND, G.: *Le consentement des époux au mariage. Étude de Droit positif français*, LGDJ, Paris, 1965.

SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario al art. 46 CC", en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario al art. 47 CC", en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984.

SANTORO PASSARELLI, F.: "L'autonomia privata nel diritto di famiglia", en *Saggi di diritto civile*, I, Jovene, Napoli, 1986.

SANTORO PASSARELLI, F.: *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 1989.

SANTOSUOSSO, F.: *Il matrimonio*, Utet, Torino, 2007.

SPALLAROSSA, M.R.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Trattato di diritto di famiglia* (dir P. ZATTI), I, Giuffrè, Milano, 2011.

STELLA RICHTER, G.: "Delle condizioni necessarie per contrarre matrimonio", en *Commentario del codice civile* (coord. P. CENDON), Utet, Torino, 1991.

TERRÉ, F., GOLDIE-GENICON, Ch. y FENOUILLET, D.: *Droit civil, La famille*, 9ª ed., Dalloz, Paris, 2018.

TOMMASINI, R.: "Commento all'art. 119", en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI), *Della Famiglia* (coord. G. BALESTRA), arts. 74-176, Utet, Torino, 2010, p. 276 s.

TOMMASINI, R.: "Commento all'art. 122", en AA.VV.: *Commentario del codice civile* (dir. E. GABRIELLI, *Della famiglia*, coord. L. BALESTRA), Utet, Torino, 2010.

TOULLIER, C. B. M.: *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code Napoléon*, tomo I, Nève, Paris, 1811.

TRABUCCHI, A.: "Matrimonio (dir. civ.)", en *Noviss. dig. it.*, Appendice IV, Utet, Torino, 1983.

VAZEILLE, F. A.: *Traité du mariage*, tomo I, Bavoux, Nèvem Paris, 1825.

VENTURA VENTURA, J. M.: "Comentario al art. 56 CC", en AA.VV.: *Código civil comentado*, vol. I (dir. A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO y R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), 2ª ed., Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2016.

VIRGADAMO, P.: "Morte presunta", en *Il Diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore* (dir. S. PATTI y P. SIRENA), vol. 9, Il Sole 24 Ore, Milano, 2007.

VIRGADAMO, P.: "La revocazione della donazione per sopravvenienza di un figlio adottivo maggiorenne: per un'interpretazione assiologico-sistematica dell'art. 803 c.c. alla luce della riforma della filiazione", *Rass. dir. civ.*, 2015, p. 241 ss.

VITALI, E.: "Le condizioni per contrarre matrimonio", en AA.VV.: *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 1997.

VITALI, E.: "Nullità e annullabilità", en *Il diritto di famiglia* (coord. G. BONILINI y G. CATTANEO), I, Utet, Torino, 2007.

ZACHARIAE, C. S.: *Cours de Droit civil français* (revisado y aumentado por C. AUBRY y C. RAU), t. III, F. Lagier, Estrasburgo, 1839.

II NDEMNIZACI3N POR DAÑOS MORALES ENTRE LOS C3NYUGES. EN ESPECIAL, INDEMNIZACI3N POR RUPTURA CONYUGAL*

COMPENSATION FOR MORAL DAMAGES. IN PARTICULAR, COMPENSATION FOR SPOUSAL RUPTURE

Actualidad Juridica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 570-603

* Ya en fase de correcci3n de pruebas, el Pleno del Tribunal Supremo dicta la Sentencia de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158), sentencia 3sta, como m3nimo, muy discutible, la cual niega la posibilidad de resarcimiento de los daños morales derivados del incumplimiento de las obligaciones conyugales, en general, y de los originados por la err3nea creencia del marido de que el hijo de su c3nyuge era suyo, en particular. Sobre el tema, cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, "Denegaci3n de la indemnizaci3n por daño moral derivado de la ocultaci3n dolosa de la verdadera filiaci3n biol3gica del hijo matrimonial", *Diario La Ley*, n° 9318, Secci3n Doctrina, 14 de diciembre de 2018.



Luis Martínez
VÁZQUEZ DE
CASTRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de mayo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Hoy no hay duda acerca de la posibilidad de que se pueda hablar de indemnizaciones por daño moral en el seno del matrimonio, bien por la ruptura de éste bien por acciones de un cónyuge contra el otro. En este ámbito resultan curiosas las acciones "heart-balm" del Derecho norteamericano.

PALABRAS CLAVE: Indemnización; daño moral; matrimonio.

ABSTRACT: *Today there is no doubt about the possibility that we can talk about compensation for moral damage in the marriage, either by the break of it or by actions of one spouse against the other. In this area are curious actions "heart-balm" of American Law.*

KEY WORDS: *Compensation; moral damage; marriage.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LOS DAÑOS MORALES EN EL ÁMBITO DEL MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA. LA APLICACIÓN DEL ART. 1902 DEL CÓDIGO CIVIL.- III. ALGUNOS SUPUESTOS DE DAÑOS MORALES EN LAS RELACIONES ENTRE LOS CÓNYUGES.- IV. CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

En una ocasión, una persona, cuyo cónyuge acaba de divorciarse de ella, me preguntaba: “El Derecho le concede la posibilidad de divorciarse sin pegas. Y yo, ¿nadie me indemniza por el sufrimiento que me causa, por la desaparición de mis expectativas personales y vitales?”

De entrada, mi respuesta era negativa. Si el divorcio es un derecho, según el Código Civil, no caben daños morales, porque es en este campo donde nos encontraríamos. Pero, luego, reflexionando un poco más, pensaba que si el libre desarrollo de la personalidad, fundamento del divorcio-exprés, justifica un divorcio sencillo y sin culpabilidad, ¿no protegería también este principio constitucional a la otra parte, en el sentido que se ha roto un proyecto de vida protegido también por este principio? Al menos, merecería un examen esta pregunta. En definitiva, se trataba de responder a la cuestión de si uno de los cónyuges, en base al principio de libre desarrollo de la personalidad, tiene la posibilidad de reclamar daños morales en caso de ruptura del matrimonio.

Porque lo que no se puede negar es la incidencia del daño moral en el divorcio, como causa en sí mismo de indemnización, entendido aquel como sufrimiento o dolor¹. Otra cosa es que no se reconozca expresamente esta posibilidad en la actual legislación y, por supuesto, la pensión compensatoria no es el instrumento

1 Posibilidad negada rotundamente por KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 195: “Dejo de lado, pues, los daños causados por el divorcio en sí mismo. De cualquier modo, dejo aclarado que, en mi opinión, ante la inexistencia de norma expresa, esos daños no son reparables; la razón central es que falta el primer requisito de la responsabilidad civil extracontractual (la antijuricidad), desde que pedir el divorcio es un derecho; por lo tanto, del ejercicio de ese derecho no pueden derivar daños reparables por el sistema de la responsabilidad extracontractual”. Lo que sucede es que no parece ya que la antijuricidad sea requisito de la responsabilidad extracontractual en el sentido que afirma esta autora. Hemos de fijarnos más en la víctima, en su dignidad.

• Luis Martínez Vázquez de Castro

Catedrático de Derecho Civil, Universidad Jaime I, Castellón. Correo electrónico: vazquez@uji.es

idóneo para la reparación del daño moral, ya que tiene su razón de ser en la posibilidad del desequilibrio económico de los cónyuges².

Pero además de estos posibles daños, que se basan en el divorcio en sí mismo, podrían ser exigibles dentro del matrimonio, con independencia de la demanda de divorcio, daños morales en relación con la violencia de género, injurias, etc. Estas conductas no tienen, en principio, nada que ver con el divorcio. Es más, se puede pedir el divorcio y además responsabilidad por daños morales. Y al revés: un cónyuge pide el divorcio y el otro le demanda por daños morales. Todos estos daños se fundamentan, no en el hecho de ser cónyuges, sino en la dignidad de las personas³.

Pero el daño se puede plantear también respecto de los hijos. Una antigua sentencia norteamericana nos sitúa la cuestión⁴. Se trata del caso *ZEPEDA versus ZEPEDA*, allá por el año 1963. Una Corte de apelaciones de Illinois conoció de la acción entablada por una persona ya adulta que demandó a su progenitor por

- 2 No obstante, el informe que el Consejo General del Poder Judicial emitió sobre la reforma de la ley del divorcio ya señalaba lo siguiente: "En materia jurídica, no se concibe un contrato sin causa. Así como sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático), así también lo es un "divorcio sin causas justificadas": no causas morales, sino causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y subsiguiente rescisión del contrato bilateral, que es el matrimonio. La ruptura del contrato jurídico matrimonial contra la voluntad de la otra parte signataria del negocio sinalagmático, debe dar derecho a ésta a obtener la compensación que le es debida". O, al examinar la regulación de la pensión forma de compensación al cónyuge que vea empeorada su situación anterior como consecuencia de la separación o el divorcio, se afirma lo siguiente: "Teniendo en cuenta que se permite la separación y el divorcio sin causa alguna a los tres meses de matrimonio y las consecuencias que ello va a tener en la sucesión forzosa, también afectada por la separación de hecho incluso unilateral, debería analizarse la trascendencia que una eventual conducta dolosa o culposa de una de las partes puede tener, por ejemplo, forzando una separación unilateral de hecho, sin mayores explicaciones o una separación o divorcio judicial, frustrando las legítimas expectativas, espirituales y materiales, de la otra parte en cuanto a su vida futura, ya que en las circunstancias que se prevén en el art. 97 del Código Civil, y que el Juez debe valorar para fijar la compensación, no se tiene en cuenta este aspecto de forma expresa y no es de fácil encaje en ninguna de ellas."
- 3 KEMELMAJER "La eliminación del divorcio contencioso", cit., p. 199, dice que son daños causados por ataque a los derechos de la persona, independientemente de su carácter de cónyuge: "No se trata del mero daño causado entre integrantes de una familia. Si un cónyuge causa lesiones físicas al otro no hay duda sobre el deber de resarcir, pues los cónyuges no son visualizados como tales, sino como víctima y victimario de un hecho ilícito. El vínculo familiar –conyugal en este caso- no es causal de justificación y no hay un derecho a dañar. Dicho de otro modo, el matrimonio no genera un derecho al cuerpo del otro cónyuge. Cada cónyuge conserva sus propios derechos fundamentales, como la libertad de expresión, la fe religiosa, su orientación política, la salud, la imagen, el honor. Ninguno de estos derechos queda disminuido por el hecho de casarse, desde que son manifestación de la propia personalidad. El matrimonio no habilita para dañar impunemente por lo que se indemnizan los ilícitos cometidos contra esos bienes con prescindencia de que haya o no matrimonio o divorcio. Está fuera de discusión que si los hechos constituyen delitos del derecho criminal (lesiones, tentativa de homicidio, calumnias, injurias) no hay razón para no indemnizar si concurren los requisitos de la responsabilidad civil extracontractual. Aunque no exista delito de derecho criminal, la reparación de los daños procede si, por ejemplo, se producen en el contexto de violencia familiar. En definitiva, las acciones de daños y perjuicios se abren cuando hay lesión a derechos personalísimos, pues en tales casos, el derecho a la reparación no proviene de la calidad de cónyuge, sino de ser cualquier persona afectada por un hecho ilícito. Se trata de daños, de alguna manera "separables" ("detachables" dirían los franceses), de las pretensiones que naturalmente fundan el divorcio; dicho de otro modo, configuran un menoscabo de intereses jurídicos que serían indemnizables aun cuando por hipótesis no se hubiera demandado y obtenido el divorcio. El estado conyugal no sirve de soporte para convalidar la impune perpetración de delitos o cuasidelitos".
- 4 ROMERO COLOMA, A.: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009, p. 16.

el hecho de haber nacido fuera del matrimonio, es decir, por ser un hijo extramatrimonial. En la demanda señalaba que su padre había seducido a su madre mediante promesas de matrimonio que, más tarde, no pudo cumplir, pues ya estaba casado con otra persona. El demandado alegaba que el engaño de su padre a su madre le había privado de su derecho a tener un hogar normal y, además, le había estigmatizado como hijo bastardo.

La Corte, aunque reconoció que en el caso se presentaban todos los requisitos de un *tort*, resolvió, sin embargo, denegando la petición de daños y argumentando que las consecuencias de acoger una petición de indemnización de daños de este tipo acarrearía consecuencias sociales desastrosas.

Vamos a ver en qué ámbitos familiares puede existir una posible responsabilidad por daños morales. Ya sabemos que tradicionalmente ha sido difícil hablar de responsabilidad civil en estos campos, porque, en principio, el terreno de la vida de familia es el terreno de la solidaridad y el altruismo, dos conceptos absolutamente opuestos a la idea de formular reclamaciones jurídicas entre las partes afectadas⁵.

De ahí que la doctrina se haya preguntado con frecuencia: ¿se aplica el art. 1902 CC. a la familia y al matrimonio?⁶. Junto con los argumentos anteriores, se ha dicho que tradicionalmente el Derecho de Daños fue un campo ajeno al Derecho de Familia por los intereses superiores que se suponía estaban presentes, la defensa de la estabilidad de la familia y la jerarquización de la estructura familiar que parecía estaban contrapuestos a la responsabilidad civil.

Esto hoy carece de sentido, ya que el matrimonio y la familia se construyen en el Código Civil basados en los principios de autonomía privada y libre desarrollo de la personalidad que casan perfectamente con la dignidad de la persona a la que responde el art. 1902 CC.⁷. Como primera sociedad humana que es la familia están

5 FERRER RIBA, J.: "Relaciones familiares y límites del derecho de daños", www.indret.com, Barcelona, Octubre de 2001, p.3.

6 MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales", en AA.VV.: *Daños en el Derecho de Familia* (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 147 ss. Con carácter general, RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, p. 33 ss., examina las razones que podía haber detrás de que tanto el Código Civil como la Jurisprudencia no fueran favorables al juego de la responsabilidad civil en la familia.

7 Señala MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "Remedios indemnizatorios", cit., p. 149: "Se puede por tanto afirmar que los actuales principios del Derecho de familia basados en el desarrollo de la personalidad y de la autonomía del sujeto familiar, la igualdad de los cónyuges, la concepción de la patria potestad como función dual del padre y de la madre, la existencia de nuevos modelos de familia es lo que lleva al planteamiento de la posible aplicación de los principios del derecho de daños en este ámbito. Por el mero hecho de estar casados, el marido y la mujer no deben dejar de responder por los daños causados por el uno al otro: marido, mujer, padre, madre, hijo, no pueden respectivamente alegar situaciones de privilegio, de supremacía o de vínculos de sujeción, sino considerarse particular y singularmente libres, iguales y completamente responsables los unos frente a los otros y frente a terceros. Incluso, se puede afirmar que el *status familiae* no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable".

protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual⁸.

“Hoy en día”-dice MEDINA⁹- “a la luz de los precedentes jurisprudenciales y de la doctrina autoral, vemos que se ha eliminado la idea de que en la familia no se reparan los daños causados entre sus integrantes y que se ha desechado completamente la concepción de que la especialidad del Derecho de Familia impide la aplicación de los principios de la responsabilidad civil. Lo que ocurre es que los principios clásicos de la responsabilidad civil han sufrido una evolución así como también se ha avanzado en la concepción del Derecho de Familia. Por lo tanto, de lo que se trata es de entender en qué medida los nuevos principios de la responsabilidad civil se aplican en el Derecho de Familia moderno basado en la igualdad de los cónyuges, en la patria potestad como una función, en la desaparición de desigualdades entre los miembros de la familia, en la existencia de nuevos modelos de familias, como las integradas o las de parejas homosexuales o las extramatrimoniales, que carecen de una regulación reguladora específica”.

En cuanto a la clásica idea de la “inmunidad familiar” en el ámbito del Derecho de Familia, ello desapareció con la STS 30 junio 2009¹⁰, que no tiene que ver con los daños entre los cónyuges, sino que se refiere al derecho de los hijos menores a gozar de relaciones personales con ambos progenitores y el correlativo interés de cada uno de éstos de mantener esa relación. Esta sentencia, en opinión de la doctrina, supuso un punto y aparte¹¹.

8 SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RAMOS GONZÁLEZ, S., RUBI PUIG, A., y LUNA YERGA, A.: “Derecho de Daños (DdD). Análisis, aplicación e instrumentos comparados”, www.indret.com/pdf/8.11.2017.pdf, 6^a ed., 2017, p. 110 ss., señalan que una de las cuestiones básicas del moderno Derecho de daños es si las previsiones del legislador sobre la regulación de tal o cual actividad cierran o no el sistema de remedios al ejercicio adicional de una pretensión civil de reparación o indemnización del daño basado en el art. 1902 CC. De ahí, la siguiente pregunta: ¿Tiene un cónyuge, excónyuge o persona integrante de una relación de pareja análoga a la matrimonial acciones de daños, además de las pretensiones previstas por la legislación matrimonial para el caso de las crisis de pareja? La respuesta a esta pregunta estaría en función de si el comportamiento presuntamente dañino por cuya realización se pide una indemnización daría lugar a la pretensión incluso si las partes nunca hubieran contraído matrimonio o no hubieran mantenido una relación semejante. Y contestan: “Así, la regulación específica del matrimonio y el divorcio no está en ningún caso pensada para cubrir las consecuencias patrimoniales de actos por los cuales hay que responder en prácticamente cualquier circunstancia de la vida, salvo que medie consentimiento del afectado”.

9 MEDINA, G.: *Daños en el Derecho de Familia*, 2ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008, p.21.

10 STS 30 junio 2009 (RAJ) 2009, 5490)

11 La sentencia resuelve afirmativamente la demanda presentada contra la expareja que había impedido que el demandante llegara a tener cualquier tipo de relación con su hijo reteniéndole en Estados Unidos en contra de lo dispuesto por las resoluciones judiciales que resolvieron sobre su guarda y custodia. El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación contra la sentencia de apelación, que había considerado prescrita esa acción, y declaró que la madre había violado los derechos del padre a relacionarse con su hijo menor, además de haber desobedecido las resoluciones judiciales que aquella conocía perfectamente al haber comparecido en tiempo y forma en todos los procedimientos judiciales que habían tenido lugar en España. Concluye condenando a la madre a abonar una indemnización de 60.000 euros por los daños morales sufridos por el demandante a consecuencia de la privación de todo contacto con su hijo y por la pérdida irreversible de su relación con él. En cuanto a la doctrina que vio en esta sentencia un punto de inflexión respecto a la aplicabilidad en España del Derecho de la responsabilidad civil con ocasión de conflictos familiares, cfr. MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, nº 2, 2011, p. 519. Estos autores también critican vivamente esta doctrina y no extraen de la sentencia las mismas consecuencias que los autores

II. LOS DAÑOS MORALES EN EL ÁMBITO DEL MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA. LA APLICACIÓN DEL ART. 1902 DEL CÓDIGO CIVIL

El tema de la responsabilidad y el Derecho de Familia tiene, en terminología de MEDINA¹², un “aspecto interno”, que hace a los hechos que tienen relación con los daños entre los miembros de la familia y un “aspecto externo”, que tiene relación con los terceros y la posición de una víctima o de un autor de un hecho en una relación de familia.

En el aspecto interno los temas a abordar son múltiples, entre ellos:

- Daños producidos por el divorcio.
- Daños producidos por la violencia doméstica.
- Daños producidos por la ruptura de esponsales o de uniones de hecho.
- Daños producidos por la falta de reconocimiento de hijos.
- Daños producidos por la transmisión de enfermedades a los hijos.
- Daños producidos en la fecundación asistida.
- Daños causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo.
- Daños producidos por la nulidad de matrimonio.
- Daños producidos por el abandono de personas.

Dentro del “aspecto externo” de la responsabilidad y el Derecho de Familia cobra importancia la posición de un integrante de una familia a los fines de reparación del daño; así, no es igual causar la muerte en un accidente de circulación a un hombre soltero que a uno casado, ni al integrante de una pareja de hecho, ni a un guardador de hecho. Dentro de los supuestos en los cuales el daño se produce

favorables a la aplicación de la responsabilidad civil al Derecho de Familia hacen. También en la p. 524 del citado trabajo dicen lo siguiente: “En nuestra opinión, las opiniones doctrinales que alientan a abrir las puertas de la concesión de indemnizaciones por daños en conflictos de índole familiar, en la mayoría de los supuestos, carecen de una mínima base jurisprudencial y se apoyan en criterios muy endeble, tanto desde el punto de vista del Derecho de Familia como del Derecho de la responsabilidad civil. En otras palabras: obviando elementos esenciales de la responsabilidad civil alcanzan resultados que contradicen principios básicos que han guiado la evolución reciente de nuestro Derecho de Familia”. La verdad es que, leyendo el artículo de estos autores, se observa un sesgo ideológico llamativo. Y todo lo que no coincida con su ideología, lo desechan incluso como algo “risible”. Sin contar con que deberían reflexionar por el hecho de que coincidan en sus conclusiones los que ellos llaman “los sectores académicos más conservadores” con “ciertos sectores feministas”. ¿No será que, a lo mejor, esos “sectores académicos conservadores” y “esos sectores feministas” tienen razón?

12 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 41 ss.

a un miembro de un grupo familiar, se pueden distinguir diferentes cuestiones que plantean problemáticas distintas:

- Responsabilidad por muerte del integrante de una pareja de hecho.
- Responsabilidad por muerte del novio/a.
- *Wrongful birth, wrongful life y wrongful pregnancy.*
- Responsabilidad por muerte del hijo.
- Responsabilidad por muerte del padre.
- Responsabilidad por muerte del cónyuge.

También dentro de la faz “externa” de la responsabilidad por daños y el Derecho de Familia corresponde, en opinión de MEDINA¹³, el tratamiento del tema de la legitimación para accionar contra una persona diferente al autor del hecho cuando ésta forma parte de un grupo familiar en circunstancias determinadas. En este punto, la circunstancia de tener una posición determinada en un grupo familiar traslada la obligación de responder del autor del hecho a otros miembros del grupo familiar, con diferente extensión. Son ejemplos clásicos:

- La responsabilidad de los padres por los daños producidos por sus hijos menores.
- La responsabilidad de los guardadores de hecho y de los acogedores por la responsabilidad de los menores sujetos a guarda.

Finalmente, aparece el tema concerniente a los daños que se producen entre los miembros de la familia por circunstancias ajenas a las relaciones familiares. En estos supuestos, el daño no se produce por el incumplimiento de un deber familiar sino por la responsabilidad contractual o extracontractual entre los cónyuges y sus hijos. Los puntos serían los siguientes:

- Los daños producidos por accidentes de circulación entre miembros de la familia.
- Los daños producidos por responsabilidad contractual entre cónyuges.

13 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 43.

- La legitimación de los hijos para reclamar a uno de sus progenitores por la muerte de uno de sus padres en un accidente de circulación a consecuencia de la culpa del otro.

Otro campo propicio a las indemnizaciones por daños morales es el del incumplimiento de las obligaciones conyugales.

Son todos supuestos perfectamente trasladables a cualquier Derecho. Aquí nos estamos fijando específicamente en los daños producidos entre los cónyuges, especialmente cuando se ha producido la ruptura unilateral del matrimonio. En todos ellos, el fundamento de los daños morales radicaría, en último término, en la dignidad de la persona y en el principio de libre desarrollo de la personalidad.

En un espléndido libro sobre la responsabilidad civil, LÓPEZ JACOISTE¹⁴ hablaba de la dignidad de la persona como inspiración ordenadora y renovadora de la responsabilidad civil: “ La dignidad de la persona trae a la responsabilidad civil una renovadora provisión de principios, de respetos inspiradores y de horizontes institucionales. Justificábase el resarcimiento durante largas etapas y estimaciones en la conducta del agente del daño, pero se advirtió ser más congruente fundamento de reparaciones el detrimento sufrido por el sujeto paciente. Más la figura del sujeto paciente ha instado por su parte, sucesivamente, más precisa entidad. Porque, ciertamente, los bienes de la personalidad han supuesto un importante tramo de referencias, pero se ha recapitulado que el tener aptitudes reseñables y excelencias personales se reconduce al ser personal. Tener un cuerpo, tener talento, tener una concepción, u otras cualidades, son atributos que se integran en el ser; son inherentes a la plenitud que lo humano abarca y comprende. Así es como, en esa línea, la maduración de categorías y referencias ha reencontrado culminación en la dignidad de la persona. Tal dignidad es así pauta de razones y de aplicaciones, de interpretaciones, de configuración institucional y de cualificado respeto, respeto que ha de ser deparado a todos los humanos”¹⁵.

En otro lugar¹⁶: “La lesión inferida al ámbito de su dignidad es un daño a la persona. Es daño a su entidad espiritual, a la concepción, a la estima que le corresponde. Es daño moral, que incide de modo inmediato en la plenitud de que ella es titular y adviene al rango de daño al ser y a la entidad humana”.

La dignidad es un valor constitucional de todos los cónyuges o ex cónyuges en cuanto personas, con independencia de formar o haber formado parte de una familia. Una de las mejores maneras de proteger la misma es a través del art. 1902

14 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial Universitaria Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 2010.

15 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 16.

16 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 391.

CC. En el caso de ruptura del matrimonio, la angustia, el sufrimiento o el dolor que sufre un cónyuge, la soledad a la que puede verse sometido, especialmente cuando el cónyuge tiene una cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable son supuestos en que se ataca el respeto y consideración que merece cualquier persona.

No importa que no se diga expresamente que un bien de la persona deber ser tutelado por el art. 1902 para que éste se aplique. Se puede hablar –al menos en el Derecho español- de una cláusula general de resarcibilidad, en la que el hecho se presenta privado de tipicidad, desvinculado de la necesidad lógica de la preexistencia de un derecho subjetivo, absoluto o relativo o de otra situación caracterizada por una positiva tutela por parte del ordenamiento a través de una norma primaria de la cual el art. 1902 CC derive la propia aplicabilidad en cuanto norma secundaria¹⁷.

Si examinamos brevemente algunos Derechos comparados, especialmente en lo que se refiere al divorcio en sí mismo, en el Derecho argentino hay un tradicional reconocimiento de los daños morales causados por el divorcio, aunque en el sistema no se juzgan las culpas, el divorcio es incausado y los deberes personales de los cónyuges se encuentran limitados.

La doctrina argentina entiende que siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil va a existir obligación de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes derivados del matrimonio, como la infidelidad o la violencia por ejemplo. Sin embargo, tal como se ha expuesto anteriormente, el acento no hay que ponerlo tanto en la conducta como en el daño sufrido por el cónyuge.

En el Derecho francés, en “Le divorce aux torts exclusifs”, se admiten los daños y perjuicios. Señala CORNU¹⁸ que estos daños y perjuicios pueden tener un doble fundamento. En primer lugar, aparecen los fundados en el art. 266 *Code*, especialmente morales: trastornos relacionados con la ruptura, perspectiva de una vejez solitaria después de una larga vida en común, desconsideración social que va unida a la condición de divorciado, pérdida de una situación social envidiable, etc. Son daños no cubiertos por la pensión compensatoria.

El segundo fundamento de estos daños se halla en el Derecho común de la responsabilidad delictual. Afirma CORNU¹⁹ que aunque el art. 266 guarda silencio sobre la aplicación del Derecho común, ello no es obstáculo para que éste se

17 MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Remedios indemnizatorios”, cit., p. 158.

18 CORNU, G.: *Droit civil. La famille*, 9 Ed., Montchrestien, Paris, 2006, p. 567.

19 CORNU, G.: *Droit civil*, cit., p. 569.

pueda aplicar. Dice este autor que se aplicaría para los perjuicios distintos de los que resulten de la sola ruptura del vínculo conyugal.

En el Derecho norteamericano son curiosas las acciones “heart-balm”, de indemnización. Su traducción sería, más o menos, “especie de bálsamo para mitigar la tristeza del corazón”. Son acciones de “Common Law torts” y la regulación legal “State Statutes”. Están fundamentadas en la idea que la ley no puede favorecer ninguna intrusión o interferencia en el vínculo conyugal. Se trata de proteger los corazones rotos, los matrimonios fallidos y las reputaciones dañadas.

La demanda se podría basar en cuatro fundamentos jurídicos: “Alienation of affection”²⁰, “Breach of promise to marry” (probablemente la más importante)²¹; “Seduction”²²; y “Criminal conversation” (adultery)²³. Estas acciones han quedado abolidas en casi todos los Estados norteamericanos.

Para ver cómo funcionan estas demandas, fijémonos en el siguiente supuesto²⁴. Nicole Mathis, casada y madre de dos niños pequeños, sufrió una operación para extraer un disco dañado de su columna. La operación la realizó el Dr. Charles Brent y Nicole, en los dos meses siguientes, fue a su consulta para rehabilitación. Sin embargo, Nicole no fue a una de estas visitas, y el Dr. Brent la llamó para preguntarle qué había sucedido. Una cosa llevó a otra y Nicole y Charles tuvieron una relación sexual breve.

Nicole y Vennit, su marido, se divorciaron después de que éste descubriera su aventura. Además de las disputas habituales que acompañan el divorcio, el fin de este matrimonio llevó a una demanda de los hijos contra el Dr. Brent por “enajenación de afectos”. Esta acción “heart-balm” sigue existiendo en Mississippi, donde vivía la familia Matthis. La cuestión era todavía más interesante porque la demanda fue presentada por los hijos del matrimonio.

En el Derecho norteamericano, este tipo de acciones han ido desapareciendo progresivamente, bien por ley, bien por decisión judicial. Sin embargo, no fue el caso de Mississippi.

En 1992, el Tribunal Supremo de Mississippi abolió la “Criminal conversation”, pero no hizo lo mismo con la “enajenación de afectos”. En ese caso, Saunders v.

20 Es una causa de acción que se podía adaptar a una amplia variedad de supuestos. El más normal era el de una persona que interfería en una relación matrimonial, enajenando para sí el afecto del marido o de la mujer.

21 Era una causa de acción que una mujer podía presentar contra un novio que la dejó plantada, a menudo después de convencerla de tener relaciones sexuales antes del matrimonio.

22 Era una causa de acción que legitimaba a un padre a interponer una demanda contra el hombre que había tenido relaciones sexuales con su hija.

23 Era un eufemismo para el adulterio y le dio al cónyuge engañado una causa de acción contra el amante.

24 Extraído de <http://www.igorsalazarabogados.es/>

Alford, una mujer casada con un agricultor tuvo una aventura con su jefe en el Petroleum Company Billups. El tenía "cuarenta años y era rico". Ella tenía "veinte años y era infeliz". Vino a continuación el divorcio y una demanda del ex-marido contra el jefe. El jurado, por alguna razón, dijo que no a la "enajenación de afectos", pero reconoció daños para la "criminal conversation". Pero en la apelación, el máximo Tribunal del Estado abolió la "criminal conversation". No dijo nada acerca de la "enajenación de afectos".

La respuesta llegó quince años más tarde, cuando el mismo Tribunal, en Fitch v. Valentine (2007), confirmó un veredicto del jurado en una acción basada en la "enajenación de los afectos".

La situación de hecho fue la siguiente. Una mujer tuvo relaciones sexuales con su jefe y dio a luz un hijo. Su esposo, Johnny Valentine, demandó al jefe, Jerry Fitch, por "alienar el afecto de su esposa". Fitch pidió al Tribunal eliminar esta causa de acción, como lo había hecho con la "criminal conversation". Pero el Tribunal se negó, prefiriendo proteger "la relación matrimonial y su santidad" en contra de alguien que "a través de la persuasión, seducción o inducción" había provocado el final de un matrimonio y la pérdida del afecto de un cónyuge.

En el caso que contemplamos, la causa de la acción "la enajenación de afectos" fue inusual. El marido presentó la demanda, no sólo en su propio nombre, sino también en nombre de sus hijos, de 2 y 3 años de edad en ese momento. La esencia de la demanda radicaba en que la doctrina de la "alienación de los afectos" era lo suficientemente amplia como para proteger contra el daño a la unidad familiar, rota por el Dr. Brent.

El Tribunal no abolió esta acción, pero negó a los hijos cualquier posibilidad de interponerla (sólo el cónyuge afectado) alegando que los padres, aunque éstos ya no se querían, seguían queriendo sin embargo a sus hijos²⁵.

La doctrina española ha defendido la posibilidad de acudir al art. 1902 CC. para la indemnización de este tipo de daños morales, tanto los que tienen su raíz en la propia ruptura conyugal como en todos aquellos que se derivan del hecho de ser persona el cónyuge, con independencia de esta condición matrimonial.

Para el supuesto de daños derivados de la ruptura conyugal, traemos a colación a RODRÍGUEZ GUITIÁN que, estudiando los artículos 97 y 98 CC., como formas de resarcimiento específico, se plantea si podría aplicarse igualmente, si fuera necesario, la normativa general de la responsabilidad civil extracontractual (arts. 1902 ss. CC).

²⁵ La realidad, sin embargo, es que los hijos quieren el cariño de sus padres *unidos*, no por separado. El Dr. Brent había roto la unidad del hogar familiar y había perjudicado a los hijos pequeños.

Llega a la conclusión que los arts. 97 y 98 se caracterizan porque proporcionan una protección muy limitada (sólo para algunos tipos de daños que se dan en circunstancias y con requisitos muy concretos) sin contemplar daños morales. Dichos preceptos no prohíben el ejercicio de otras acciones de indemnización con base en la normativa general²⁶.

Tanto si se trata de daños morales consecuencia de la propia ruptura matrimonial como de los otros daños morales en el seno del matrimonio, que no derivan de aquella ruptura, sino de otro tipo de conductas, y que se fundamentan en la dignidad personal del cónyuge, cuestión especialmente importante es el criterio de imputación.

En el Código Civil, en sede de responsabilidad civil, nos dice RODRÍGUEZ GUITIÁN²⁷, no se han establecido reglas específicas cuando el dañante y el dañado forman parte de la misma familia. Afirma que ello no significa que se tenga que imponer al familiar agente del daño la obligación de indemnizar en los mismos casos en que debería hacerlo frente a un tercero según las normas generales de la responsabilidad civil: la redacción abierta de nuestras normas de responsabilidad civil (por ejemplo, mediante el uso del concepto “negligencia”) permite al juez la incorporación a los juicios de imputación de las características propias de los roles familiares, obteniéndose así idénticos resultados a los de aquellos ordenamientos que poseen normas específicas sobre responsabilidad civil en el Derecho de Familia.

Entiende esta autora que se pueden distinguir tres posturas. La primera es aquella que apunta que el daño entre familiares, para ser reparable, ha de ser cometido con dolo, de manera que los daños culpables no se indemnizan²⁸. La

26 Afirma RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 115: “Por ello, a mi juicio cabría reclamar por el artículo 1902 del Código Civil, al menos como posibilidad teórica, tanto los daños morales como los daños patrimoniales originados a raíz de la nulidad, separación o divorcio del matrimonio, no cubiertos por estos preceptos. Otra cosa es que después, en virtud del ya aludido principio de paz familiar o armonía doméstica, no se resarzan de forma efectiva todos los daños entre cónyuges derivados de las citadas crisis matrimoniales. Y no parece un obstáculo que, para lograr la indemnización de estos daños en virtud del art. 1902 del Código Civil, sea preciso la acreditación del elemento de culpa y que, en cambio, para exigir la compensación del art. 97 o la indemnización del art. 98 el legislador haya prescindido de tal elemento subjetivo”.

27 RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 129.

28 El BGB alemán, en sus parágrafos 1359 y 1664, fija, en relación con el cumplimiento de deberes familiares, la diligencia *quam in suis* (la diligencia que uno pone en los asuntos propios) como canon privilegiado –en la medida en que permite limitar la responsabilidad al dolo y a la culpa grave- al que deben atenerse cónyuges y padres en el cumplimiento de los respectivos deberes familiares. Alguna sentencia de las Audiencias, como la pionera SAP Valencia 2 noviembre 2004 (AC 2004, 1994) estableció, como criterio de atribución de la responsabilidad el dolo. Esta sentencia entendió de una demanda de resarcimiento del daño moral resultante del incumplimiento del deber de fidelidad, condenando solidariamente a su reparación, tanto al cónyuge infiel como a su amante habitual. El marido, al descubrir la infidelidad de su mujer, se separó de ella. Posteriormente, mediante las correspondientes pruebas de paternidad, averiguó que tres de los cuatro hijos habidos durante el matrimonio no eran de él, sino del amante de su mujer, razón por la cual interpuso una demanda de responsabilidad civil contra la mujer infiel y su amante. En primera instancia se acogió parcialmente su pretensión resarcitoria, condenándose a los demandados al pago de 50.000 euros, “por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico respecto de los menores”; se rechazó, en cambio, la

segunda es algo más amplia: no solo dolo sino también culpa grave, pero no negligencia, sobre la base de conciliar los principios directrices del Derecho de Familia y el Derecho de Daños en aras de respetar la paz y la unidad familiar²⁹.

¿Por qué este trato benévolo que excluye la responsabilidad civil del familiar en los supuestos de mera negligencia o imprudencia?. Se argumenta que la responsabilidad civil imputada a un miembro de la familia es un elemento que quiebra la armonía del grupo, se privilegian los intereses superiores de la constitución de la familia y de su estabilidad frente a los intereses del perjudicado, la reivindicación absoluta de los propios intereses individuales frente al familiar llevaría a la falta absoluta de solidaridad familiar³⁰. Ya hemos comentado que estos argumentos están superados en la actualidad.

Hay una tercera postura que va mucho más allá y que mantiene que en ciertas hipótesis de responsabilidad civil el familiar agente del daño no sólo debe responder en caso de dolo o culpa en su actuación, sino que hay casos en que se le podría exigir una responsabilidad civil objetiva. A mí me parece que hoy por hoy el acento de la culpa hay que ponerlo en la víctima, lo que me lleva a pensar que habría que ir, al menos, en la línea de una inversión de la carga de la prueba en relación con la negligencia. Y que en el caso de un daño derivado directamente del hecho del divorcio, la responsabilidad sí que es objetiva.

No hay duda que, en definitiva, basta la culpa o negligencia. El dolo o culpa grave sólo generaría un verdadero privilegio familiar³¹, que hoy no tiene sentido. Sin contar la dificultad añadida de la víctima desde el punto de vista probatorio, pues la prueba del dolo o culpa grave se transforma en un obstáculo más para la reparación.

reparación “del mayor impacto emocional”, producido por la infidelidad misma, argumentando que “ésta no puede ser indemnizada”. La Audiencia elevó, sin embargo, la condena a la cantidad de 100.000 euros, ya que, a diferencia de lo entendido por la sentencia recurrida, consideró también indemnizable el daño moral del marido, resultante del estricto incumplimiento del deber de fidelidad por parte de su mujer. La sentencia identifica el daño resarcible con la “dolencia (del marido) que ha sido muy grave, con riesgo para su vida, por sus ideas de suicidio, y todo generado, no por la separación matrimonial, sino por la pérdida de los que consideraba sus hijos”, a la que se le reconoce “una entidad semejante a la de la pérdida física de éstos”. Pero, más adelante, para justificar el aumento de la cuantía de la indemnización, afirma que “los padecimientos del demandante, no pueden imputarse sólo al descubrimiento de su no-paternidad, sino, en gran medida, al conocimiento de la infidelidad de su esposa”.

Esta sentencia afirma que el criterio de atribución de la responsabilidad es el dolo.

- 29 La culpa grave sería la falta extrema de diligencia y, en la práctica, es perfectamente asimilable al dolo.
- 30 MOSSET ITURRASPE, J.: “Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares”, *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001, p.11.
- 31 LEPIN MOLINA, C. “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 430. No obstante, en el ámbito de los daños morales derivados de la violencia de género, lo que predomina es el dolo. Cfr. VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género en la pareja y daño moral. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Comares, Granada, 2014, p. 89.

Como se ve, la cuestión del concepto de culpa o negligencia plantea algún problema. Ya lo decía la STS 15 abril 1992³² hablando de culpa en sentido tradicional y noción moderna de la misma³³. Para el Alto Tribunal el concepto clásico está recogido en el art. 1104 del Código Civil, como omisión de la diligencia debida según las circunstancias. En cuanto a la culpa en sentido moderno, se trata de la causación de un daño a bienes jurídicamente protegidos.

Lo que caracteriza a esta culpa en sentido moderno es la tendencia a considerarla desde un punto de vista objetivo, como señalan PARRA LUCÁN³⁴ y DÍEZ PICAZO³⁵. La primera autora habla de los expedientes “paliativos” de la responsabilidad por culpa, como evolución de la jurisprudencia que va del principio “ninguna responsabilidad sin culpa” al principio *pro damnato*, de tal manera que el término final de esta evolución es la responsabilidad objetiva.

Dice DÍEZ PICAZO que, actualmente, puede haber confusión respecto al concepto de culpa que abarca dos tipos de conductas. En primer lugar, aquellas donde hay negligencia según una conducta antijurídica. En segundo lugar, aquellas otras en que, partiendo de una actuación diligente y lícita, la culpa se establece en virtud de un resultado socialmente dañoso, que impone la desaprobación de la acción o de la conducta por ser socialmente reprobable³⁶.

Rechaza totalmente la idea de que puede haber culpa por el resultado socialmente dañoso y por la desaprobación o reprobación social que es consecuencia del daño mismo, pues si la culpa queda embebida en el resultado dañoso, carece de todo sentido cuestionarla y es otra forma de llegar a una responsabilidad que se objetiva por el daño³⁷.

32 STS 15 abril 1992 (RAJ 1992, 3306)

33 El supuesto de hecho fue el siguiente. La demandante D^a María del Carmen P. V., por sí y en nombre de sus dos hijos menores de edad formuló demanda de juicio de menor cuantía contra los herederos de D. José E.X. y “Caja de Previsión y Socorro SA”, reclamando una indemnización por el fallecimiento de su esposo D. Francisco Javier G. S. en accidente de circulación. La acción fue desestimada en ambas instancias con base en los siguientes hechos probados: a) El día 12.02.1984 el señor G.S. conducía por la carretera Palamós-Gerona un vehículo turismo propiedad de D. Cipriano B.P. y al efectuar un cambio de dirección a la izquierda, con objeto de tomar un camino, interceptó la trayectoria de una motocicleta que conducía D. José E. X., asegurada por la codemandada “Caja de Previsión y Socorro”; b) La motocicleta circulaba en la misma dirección que el turismo con intención de adelantarle, pero a consecuencia del giro a la izquierda realizado por el conductor del turismo, que no se percató de la presencia de la motocicleta, el conductor de ésta señor E. no pudo evitar la colisión; c) A consecuencia de ésta última fallecieron el conductor del turismo y el de la motocicleta; d) Se concreta como dato fáctico que el conductor del turismo no vigiló la inexistencia de vehículos en el sentido de su circulación antes de decidirse a girar a la izquierda, lo que hubiera evitado la colisión.

34 PARRA LUCÁN, M. A., MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014, p. 905.

35 DÍEZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 28.

36 Sería la denominada culpa *ex re ipsa*, culpa por la reprobación social referida no a la conducta estricta del agente causante del daño, sino del resultado dañoso en sí mismo considerado.

37 Afirma DÍEZ PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, cit., p. 28: “En el fondo es un viaje a ninguna parte tratar de volver de la responsabilidad por riesgo a la responsabilidad por culpa y después medir la culpa por la desaprobación social del resultado dañoso”.

Pero también critica la idea que el concepto de culpa o negligencia, como factor decisivo en la aplicación del art. 1902, dependa de que la conducta sea antijurídica. Esto es inaceptable, en palabras de este autor: La negligencia, como factor de imputación subjetiva, hay que tomarla en consideración como violación de deberes de diligencia, no en cuanto la conducta sea antijurídica.

LÓPEZ JACOISTE, al hablar de la culpa, pone el acento, sin ser decisivo, en la vertiente objetiva³⁸: “La culpa supone omisión de la diligencia debida, si bien últimamente tiéndese a acentuar la vertiente de sus efectos al entenderla, según señala la jurisprudencia, como causación de un daño a bienes jurídicamente protegidos; implica, en todo caso, radicación en una conducta revelada como lesiva. No es separable de los hechos mediante los cuales se ha ocasionado el daño. Al margen de tales hechos no cabe estimar culpa. La culpa induce y trasparece autoría. La apreciación de un proceder como proceder culposo entraña una calificación, una adjetivación de ese proceder; pues sin base sustantiva no cabe adjetivar. El nexo causal viene a ser base de la culpa del agente. La culpa inhiere sobre la conducta lesiva; sin daño, no hay culpa relevante en el orden jurídico civil orientado a la reparación; y, a la inversa, el daño constatado evoca una conducta que, en principio, ha de tenerse como descuidada. El daño injusto difunde expresividad: “on attendra de celui qui brise une vitre qu’il se disculpe”. La producción de daños insinúa culpa, lo cual tiene importancia en sede de prueba”.

Personalmente, creo que hay que poner de relieve este carácter cuasi-objetivo de la culpa en el tema que me ocupa, sobre todo cuando se trata de la ruptura unilateral del matrimonio por uno de los cónyuges. La simple presencia del daño en el otro cónyuge implica la existencia de culpa. Al menos habría que hablar de una presunción de culpa.

Por supuesto, esta culpa no tiene nada que ver con buscar un culpable en el fracaso del matrimonio. No es esa la cuestión. En el Derecho español el divorcio es objetivo. Pero hay que aceptar que puede haber acciones en el seno del matrimonio que den lugar a este tipo de daños morales.

Sin embargo, si se trata de un daño producido por el divorcio en sí mismo, creo que en este caso las razones para hablar de una responsabilidad objetiva son aún mayores que en el caso de los demás daños entre los cónyuges en el seno del matrimonio³⁹. El hecho dañoso sería el propio divorcio y el causante el cónyuge que ha presentado la demanda de divorcio, e incluso, aunque la demanda se haya

38 LOPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil*, cit., p. 578.

39 Cfr. GUITON: “Les dommages-intérêts en réparation d’un préjudice résultant du divorce”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1980, pp. 237 ss.

presentado de mutuo acuerdo, es posible que podamos seguir hablando de la posibilidad de un cónyuge de presentar una demanda de daños contra el otro.

Nada se puede reprochar, desde un punto de vista jurídico, al cónyuge que presenta la demanda de divorcio, puesto que ejercita un derecho. Ahora bien, la equidad manda que quien usa, en ventaja suya, de un derecho, ha de soportar los riesgos inherentes a la puesta en marcha de ese derecho⁴⁰. Cada vez que un cónyuge pide el divorcio, usa, ciertamente, de un derecho que la ley le reconoce. Pero, como consecuencia de la demanda, el cónyuge demandante recibe una ventaja: ser liberado de los lazos del matrimonio y, eventualmente, "rehacer su vida". El cónyuge demandante debe, como contrapartida de esta ventaja, soportar los riesgos de su acción y, sobre todo, reparar el perjuicio que la disolución del matrimonio produce en el otro cónyuge.

Siguiendo con las características de estos daños, se prescinde de la antijuricidad para hacer hincapié en el daño injusto en cuanto contrario a la dignidad de la persona. Aquellos autores que admiten la antijuricidad en el ámbito de los daños morales causados por el divorcio o por otros motivos es porque parten de la idea de que sólo hay obligación de reparar cuando existe un acto antijurídico o acto que viola un deber jurídico⁴¹. Por ejemplo, uno de los deberes del matrimonio. Entiendo que ello no es así. Se repara el daño injustamente sufrido con independencia de la ilicitud de la conducta.

La amplitud de los daños morales en el Derecho español es amplísima. Hace años Pantaleón los describía⁴²: "No sólo en casos de lesión del honor, la intimidad personal y familiar, o la propia imagen (art. 9.3 LHI), o en casos de muerte: dolor por la pérdida de un ser querido; o de lesiones: sufrimientos hasta la curación, "daño a la vida de relación" incluido el daño sexual, "daño estético"; o de afecciones de carácter síquico. Sino llegando a estimar daño moral resarcible; el aparecer un inquilino como mal pagador a causa de un desahucio conseguido mediante fraude del arrendador; la frustración de un viaje turístico a causa de lesiones sufridas por culpa del dañante; las molestias que reporta verse privado de la propia vivienda, destruida por culpa del responsable; el haber quedado privada la mujer del lesionado de la posibilidad de mantener relaciones sexuales con él; el sufrido por el autor de una escultura por haber sido atribuida la autoría de ella a otra persona; la "frustración de la esperanza de lograr una familia legítima constituida" a causa de la nulidad de un matrimonio dolosamente provocado por el responsable; o el impacto síquico que, en un caso de abusos deshonestos,

40 "Lorsqu'el'usaged'uneprerogative légale cause un préjudice à une personne, celle-ci doit obtenir réparation, alorsmême que le responsable n'est pas fautif", dice GUITON: "Les dommages-intérêts", cit., p. 264.

41 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 26.

42 PANTALEÓN PRIETO, F.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid 1995, vol. 2º, p. 1898.

supuso para la ofendida el verse privada “signo de su virginidad”. Es evidente que, dentro de los mismos, se hallan los daños que sufre el cónyuge cuando hay ruptura unilateral del matrimonio que son de bastante más entidad que muchos de los que aparecen en la enumeración de Pantaleón.

III. ALGUNOS SUPUESTOS DE DAÑOS MORALES EN LAS RELACIONES ENTRE LOS CÓNYUGES

Voy a examinar ahora algunos de los supuestos más interesantes de daños morales entre los cónyuges. El primero de ellos se refiere al divorcio en sí mismo, aunque ya hemos hecho algunas consideraciones acerca del mismo en las líneas anteriores porque personalmente entiendo que la doctrina y la jurisprudencia no pueden ya esconderse en la afirmación que el divorcio es un derecho y de ahí no puede surgir daño.

Tienen que ver con el proyecto de vida fundamentado en el principio de libre desarrollo de la personalidad⁴³. Aunque este principio lo tengo ampliamente explicado, quisiera decir algunas cosas para razonar la anterior afirmación.

Lo primero es que este principio es una emanación de la dignidad de la persona. Esta expresa la idea de que se es dueño del propio proyecto de vida, esto es, del libre desarrollo de la personalidad.

El libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE establece, en definitiva, un proyecto de libertad individual de carácter general. Es el individuo el que tiene el derecho a decidir libremente su proyecto vital, así como a cambiarlo cuantas veces quiera e incluso a no tenerlo propiamente. Cualquier actividad humana, sea en el campo social, político, económico o afectivo está bajo la protección del libre desarrollo de la personalidad. Comprende toda decisión que incida en la evolución de la persona en las etapas de la vida en las cuales tiene elementos de juicio para tomarla. Elegir estudios, la formación de una familia, las inclinaciones religiosas, políticas, culturales, familiares o profesionales son parte del desarrollo de la personalidad. Incluso el principio de autonomía de la voluntad es una manifestación de este libre desarrollo de la personalidad.

El libre desarrollo de la personalidad sería un principio anterior a la ley cuyo contenido es básico y necesario para ésta. Tanto aquel como la dignidad de la persona se hallan en el vértice del ordenamiento jurídico.

En la realidad jurídica, el modo más práctico de amparar el principio de libre desarrollo de la personalidad es a través del reconocimiento de derechos

43 MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L.: *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

subjetivos. Las personas se convierten así en titulares de ámbitos de poder, se revisten de un conjunto de facultades, acciones, posibilidades de actuar, en suma, con cuyo ejercicio se hacen valer sus intereses, satisfacen sus necesidades. Ejemplo de lo anterior es el derecho a contraer matrimonio.

El principio de libre desarrollo de la personalidad juega un papel fundamental en las leyes 13/2005, de 1 de julio y 15/2005, de 8 de julio, que tan profunda reforma han operado en el Derecho de Familia.

Las propias Exposiciones de Motivos de estas leyes ponen como fundamento de las mismas el principio del libre desarrollo de la personalidad. Así, la de la Ley 13/2005, con el fin de justificar la supresión del requisito de la heterosexualidad, permitiendo, de esta manera, los matrimonios entre personas del mismo sexo, se refiere a la exigencia del "establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad". También se habla de que "la relación y convivencia de pareja, basada en el afecto, es expresión genuina de la naturaleza humana y constituye cauce destacado para el desarrollo de la personalidad, que nuestra Constitución establece como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social". Más adelante, al referirse a las uniones formadas por personas del mismo sexo, afirma que "se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas". Y, más precisamente, se afirma que "el establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo sexo puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad se ha convertido en exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo, una exigencia a la que esta Ley trata de dar una respuesta".

Por su parte, la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, en orden a explicar el nuevo sistema de divorcio, basado en la pura voluntad de cualquiera de los cónyuges de disolver el matrimonio, y desconectado de cualquiera idea de culpabilidad que "se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el art. 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación".

Obviamente, los mismos argumentos se pueden mantener en favor del cónyuge que quiere continuar en el matrimonio, entendido como cauce de desarrollo del libre desarrollo de su personalidad, o que éste constituye la justificación del

matrimonio como proyecto de vida. El Derecho español no niega la posibilidad del divorcio –en muchos casos auténtico repudio- pero también afirma el derecho que tiene el otro cónyuge a ser indemnizado como consecuencia de que se frustra ese proyecto de vida matrimonial, también fundamentado en el libre desarrollo de la personalidad.

¿Cuál sería el ámbito de estos daños morales en este caso, o dicho de otra manera, cuál es la extensión del deber de reparación? Podríamos citar los siguientes: la frustración del proyecto de vida que pueda tener el cónyuge que no ha presentado la demanda de divorcio; perder la compañía y asistencia espiritual del otro cónyuge; verse privado de la colaboración del otro progenitor en la formación y educación de los hijos; verse obligado a padecer la soledad cuando tiene cierta edad y el matrimonio ha durado un tiempo considerable, siendo en estas condiciones especialmente sentida la pérdida de afecciones.

Aunque no es el objeto de este trabajo, también podríamos plantearnos si es factible el reconocimiento del derecho a una indemnización en favor de los hijos que han sufrido un daño moral como efecto del divorcio. Es evidente que la separación de los padres tiene una influencia trascendental en el desarrollo de la personalidad de los hijos, da lo mismo que sean menores o mayores. No deja de ser curioso que se concedan daños morales a una pareja que se encontró sus localidades en la plaza de toros ocupadas y que, en cambio, el cónyuge que pide el divorcio salga “de rositas” en una decisión que afecta gravemente a los hijos.

Se podría alegar que éste es el diseño que el legislador ha hecho del matrimonio y que, por tanto, no caben daños. Dejando aparte que los que afirman esto tienen una concepción del matrimonio autosuficiente, que no deja paso a otras ramas del Derecho, me parece fuerte permitir atentados a la dignidad de los hijos como los que el divorcio implica.

Podemos también reconocer que los padres tienen un “derecho a la felicidad” y, por eso, recurren al divorcio. Y los hijos, ¿no tienen también ese derecho a la felicidad, a la realidad de que serán más felices si sus padres están unidos que si están separados?. Sin contar además que el interés del menor, cuando los hijos son menores de edad, está por encima del interés de los cónyuges⁴⁴.

44 Ese interés de los menores está constituido por un conjunto muy amplio de factores (o de criterios), y, entre los que destacan: la imagen de los niños en su entorno social, el dolor que implica la separación de los padres y la afectación que esta separación puede tener en su desarrollo psicológico general, las previsiones que los niños o adolescentes se hubieran formado para su futuro y que dependían del buen funcionamiento del hogar, el derecho a la educación (que puede ser trastocado por el divorcio), entre otros factores. Tanto en el caso de mayores de edad como de menores de edad considero que estamos ante una responsabilidad objetiva, pero esto se ve más claro en el segundo caso, porque la primacía del interés del menor es absoluta.

Dejando aparte el caso anterior, que afecta al divorcio en sí mismo considerado, hay otros supuestos en que se puede pedir una indemnización por daños morales por afectar directamente a la dignidad de uno de los cónyuges, aunque ciertamente tiene también que ver con el propio hecho del divorcio. Como ya he dicho, lo que está en juego es la persona, no su condición de cónyuge. Brevemente me refiero a ellos.

Por ejemplo, ¿es indemnizable la pérdida de “oportunidad matrimonial”?

En principio, no debiera ser indemnizado ya que el divorciado podría volver a contraer matrimonio. Ahora bien, habría que tener en cuenta las circunstancias. Podría suceder que, debido a la edad del cónyuge o a sus condiciones de salud, disminuyera la posibilidad de contraer matrimonio. Lógicamente, esta circunstancia deberá ser demostrada en particular al igual que su relación de causalidad adecuada con el divorcio, para que sea considerada como un daño indemnizable.

Otro posible daño hace referencia a la lesión de los sentimientos religiosos.

Cuando la sentencia de divorcio es dictada respecto de un matrimonio en el que uno de los cónyuges profesa un credo religioso que prohíbe tal situación, podría plantearse también que estamos ante un daño indemnizable.

¿Se puede indemnizar el daño moral consecuencia del sufrimiento de los hijos?

Parece que sí. El cónyuge que sufre el divorcio va a sufrir más daño moral por el divorcio si tiene hijos-especialmente si son menores-que si no los tiene. Sufrirá al ver cómo sufren ellos, cómo quedan y se sienten desamparados, sin un hogar bien constituido, etc. Este dolor es un daño moral para el cónyuge que sufre al ver el dolor del hijo, porque es estar fuera de la realidad pensar que los hijos no lo van a pasar muy mal al ver el divorcio de los padres.

Se plantea también si hay daño moral cuando el cónyuge que ha sufrido el divorcio vuelve a casarse o tiene una pareja estable de hecho.

Quizás se podría alegar, para dar una respuesta negativa, que el daño debe subsistir al momento en que se indemniza y que si el cónyuge se ha vuelto a casar o tiene pareja estable, ha cesado de sufrir el daño causado por la ruptura de su anterior unión.

No es esta la opinión de GRACIELA MEDINA, cuya opinión comparto⁴⁵: “No compartimos tal criterio porque sería igual que decir que una persona deja de

45 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 96.

sufrir daño moral por la pérdida de un hijo cuando nace otro, o no siente más daño por la pérdida del rodado⁴⁶ cuando compra otro”.

Otra cuestión se plantea con el denominado “mobbing” matrimonial, y con la “violencia de género”.

Nos cuenta MEDINA⁴⁷ que un tribunal italiano, la Corte de Turín⁴⁸, consideró como *mobbing* el daño sufrido por un cónyuge durante el matrimonio. Se trataba de una pareja de esposos social y culturalmente de nivel alto, él era periodista y ella era bióloga. El matrimonio finalizó por divorcio por culpa del marido, quien injuriaba a su mujer de múltiples formas. A saber; la descalificaba profesionalmente; le señalaba sus bajos orígenes como los de su familia; se dirigía a ella con calificativos degradantes; le negaba todo apoyo en las tareas domésticas que consideraba que sólo eran apropiadas para la mujer; obligaba a su cónyuge a realizar todas las labores de la casa y la descalificaba por la forma de realizarlas; la agredía señalándole sus malos atributos físicos y su mal gusto; constantemente manifestaba en público que él estaba destinado a otro tipo de mujer; se preguntaba por qué se había casado con ella; le decía que se fuera; la descalificaba de tal modo en su vida profesional que la llevó a cambiar de trabajo por uno administrativo que no exigía la capacidad que la mujer tenía; impulsaba a su mujer y a la familia de ésta a ser prestanombres de sociedades por las cuales no recibía ningún beneficio, etc.

La Corte de Turín consideró que había *mobbing* porque el demandado había violado el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges, atribuyendo la exclusiva responsabilidad al marido por el comportamiento contrario a los deberes que derivan del matrimonio y en particular al deber de respeto y solidaridad a la personalidad del cónyuge.

Dice MEDINA⁴⁹: “Consideramos que la expresión *mobbing* describe adecuadamente la situación vivida por la actora y entendemos que, aunque el término se relaciona con el Derecho del Trabajo, su utilización en el caso resulta adecuado.

El *mobbing* se caracteriza por la repetición de comportamientos hostiles, técnicas de desestabilización, que desarrolla como reacción graves problemas psicológicos duraderos, es decir, que se trata de un proceso destructivo sutil que puede llevar a la discapacidad permanente, y estimamos que como el comportamiento del marido reunía estos caracteres, la expresión resulta adecuada”.

46 En Argentina, es cualquier tipo de vehículo con ruedas.

47 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 96.

48 La sentencia puede verse en *Foro Italiano*, 2000-1555 con nota de DI ANGELIS.

49 MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 97.

Termina diciendo esta autora: “Es que cuando uno de los cónyuges realiza una serie de comportamientos basados sobre la violencia moral y la persecución psicológica que tienden a desacreditar, discriminar o dañar a su consorte, no cabe duda que existe “mobbing””.

Pero también se podría encuadrar dentro de la violencia de género, en el ámbito de la jurisdicción penal y, en su caso, en la jurisdicción civil.

Recoge UREÑA MARTÍNEZ⁵⁰ la Sentencia de 27 de Febrero de 2014, dictada por el Juzgado nº 3 de Cartagena, que concedió una indemnización de 10.000 euros a una mujer víctima de violencia psíquica habitual y de malos tratos infringidos por su marido. Nos dice esta autora que esta sentencia es muy interesante porque hasta ese momento los tribunales apenas habían otorgado indemnizaciones por daño moral en supuestos de violencia de género.

Los hechos fueron los siguientes. Desde el comienzo de la relación afectiva, de la que nacieron tres hijos, el acusado sometió a su mujer a reiterados episodios de insultos y amenazas hasta generarle una situación de dominación y sumisión total. Tales episodios venían provocados por las continuas infidelidades del marido y por la negativa a su reconocimiento, pese a ser sorprendido en algunas de ellas. Expresiones del tipo “no vales para nada”, “estás loca”, “todo está en tu cabeza”, “lo que tienes que hacer es obedecerme”, “pareces un payaso”, etc., se repetían constantemente en el domicilio familiar durante años y en presencia de sus hijos; además, en muchas ocasiones estas expresiones iban acompañadas de actos de violencia física.

Valorada la prueba, el Juzgado tuvo la convicción de que el marido, “motivado por un comportamiento altamente egoísta, egocéntrico y narcisista, vino sometiendo a su mujer a una situación de dominación, control y terror de considerables dimensiones, tanto en el aspecto psicológico como en el físico, conducta plenamente incardinable en los tipos de los artículos 173.2 y 153 CP, concurriendo en el acusado un especial ánimo tendencial de ejercer un dominio machista sobre su pareja sentimental”. De ahí, que la pena impuesta se elevara para el primer delito a dos años de prisión y para el segundo a la pena de 70 días de trabajo en beneficio de la comunidad; determinándose en ambos casos la pena de prohibición de comunicación con la víctima y la pena de alejamiento por un período de tiempo de 5 y 3 años respectivamente.

Para esta autora, lo más significativo de esta sentencia es el pronunciamiento sobre la responsabilidad civil *ex delicto*. Para la cuantificación del daño moral, el

50 UREÑA MARTÍNEZ, M.: “Indemnización por daño moral a la mujer víctima de violencia de género”, *blog.uclm.es>cesco>files>2014/06*.

Juez hace una apreciación global de la trascendencia de los actos y su repercusión en las circunstancias personales de la víctima: profunda vulnerabilidad personal y social en que la persona se encontraba, sin estudios secundarios y con una edad madura.

Para la cuantificación del daño, el Juez identifica cuatro niveles de graduación de los diferentes impactos que el daño –derivado de la comisión de los delitos de violencia psicológica habitual y malos tratos- generaba sobre la calidad de vida de la víctima: mera subsistencia, bienestar mínimo, bienestar adecuado y bienestar intensificado; asignándole en este caso concreto a la víctima un daño de segundo grado, al perder el bienestar mínimo para disfrutar de una vida satisfactoria. En esta operación ha ponderado, por un lado, el elemento cuantitativo y temporal de la conducta de violencia continuada del marido, que se ha prolongado durante muchos años; y, por otro, las consecuencias generadas sobre la víctima, al verse profundamente cosificada, angustiada, entristecida, privada de espacios de autonomía personal básicos y ha sufrido, incluso, un marco post delictual de acoso difuso por parte del acusado -quien se ha personado en varias ocasiones en su lugar de trabajo.

Termina diciendo esta autora: “En suma, se trata de una sentencia valiente donde el Juzgado da un paso más, al entender que la violencia, ejercida contra las mujeres por parte de sus maridos o parejas tanto en su vertiente física como psicológica, puede ocasionar también un daño moral susceptible de indemnización. Con esta interpretación judicial puede defenderse que si una mujer sufre una situación de dominación y control por parte de su marido o pareja, privándole de su bienestar mínimo imprescindible para disfrutar de una vida satisfactoria y digna, tiene derecho a que se le indemnice de manera integral el daño causado, ya sea físico, psíquico o moral”.

La violencia de género en el ámbito de la pareja, cuya tutela se introduce en el Código Penal a raíz de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, suma, dice VELA⁵¹, un plus de gravedad íntimamente relacionado con el desvalor añadido que tienen en común las actuaciones violentas por razones de género: no sólo afectan a la salud física o síquica de la víctima y al normal desarrollo de la persona en el seno de esa relación afectiva, sino que además, fundándose en la posición de dominio absoluto del varón, van destinadas a lograr la sumisión de la mujer. En esta situación, las consecuencias –que pasan por una total anulación de su personalidad- repercuten, no sólo en su comportamiento, sino también en el desarrollo de su personalidad, dejándose así sentir en todas las facetas vitales.

51 VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género*, cit., p. 97.

Está en íntima conexión con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, como ha destacado en muchas ocasiones el Tribunal Supremo⁵².

Interesa destacar que no basta cualquier delito o falta para ser considerado violencia de género. Dice VELA que tiene que tener connotaciones con la *subcultura machista*⁵³, es decir, cuando la conducta del varón sea expresión de una voluntad de sojuzgar a la pareja o de establecer o mantener una situación de dominación sobre la mujer, colocando a ésta en un rol de inferioridad y subordinación en la relación, con grave quebranto de su derecho a la igualdad, a la libertad y al respeto debido como ser humano.

La infidelidad y el adulterio pueden ser causa de resarcimiento por daño moral, no tanto por incumplimiento de un deber familiar, sino por el daño que causa al otro cónyuge, al respeto de su dignidad, sin contar con que es incompatible con el valor de la unidad familiar y la decisión de abstenerse de cualquier comportamiento no compatible con la decisión de vida familiar.

Le cuesta mucho a los tribunales españoles otorgar resarcimiento por daños morales debidos a la infidelidad, quizás porque consideraban que ya era suficiente sanción conceder el divorcio. Sin embargo, hoy el divorcio es sin causa. Luego, ya no hay excusas para no otorgar indemnizaciones por este motivo.

Que yo sepa los primeros casos que llegaron al Tribunal Supremo por este motivo estaban relacionados con la ocultación de la verdadera filiación paterna del hijo del matrimonio. Las primeras sentencias sobre el tema han sido constantemente citadas por la doctrina.

La más conocida, en palabras de DE VERDA y CHAPARRO⁵⁴, es la STS 30 julio 1999⁵⁵ la cual negó que la infracción del deber de fidelidad constituyera un ilícito civil susceptible de dar lugar a un supuesto de responsabilidad civil. En su fundamentación jurídico tercero, a propósito de una demanda de reparación del daño moral sufrido por el marido por la infidelidad de la mujer, que tuvo dos hijos de un amante durante el matrimonio, se afirma que “el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los artículos 67 y 68 del Código Civil son merecedores de innegable reproche ético-social”; más adelante, añade que “no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1101

52 Cfr. Sentencias del Tribunal Supremo traídas a colación por VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género*, cit., p. 119 y 120.

53 VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género*, cit., p. 100. La cursiva es del autor.

54 DE VERDA, J.R. y CHAPARRO, P.: “La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014, p. 128.

55 STS 30 julio 1999 (RAJ 1999, 5726). También se pueden citar la STS 22 julio 1999 (RAJ 1999, 5721) y STS 14 julio 2010 (RAJ 445,2010).

(...), por más que se estimen contractuales tales deberes en razón de la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

Como señalan los autores citados, el argumento en el que se basa el fallo es que los deberes conyugales tienen un carácter puramente ético o moral, es decir, no son una obligación jurídica en sentido estricto, por lo que su falta de cumplimiento no da lugar a un daño resarcible.

Estos autores, con una crítica que comparto, dicen que los deberes conyugales no son meras obligaciones de conciencia⁵⁶ propuestas a los esposos para un mejor desarrollo del matrimonio, sino que constituyen auténticas obligaciones jurídicas. Si no lo fueran, no tendría razón de ser que el Código Civil los incluyera entre los efectos del matrimonio, ni que legalmente fueran calificados como tales, por los artículos 67 y 68 que, al enunciarlos, hablan de que los cónyuges “deben” o “están obligados” a cumplirlos.

Por otro lado, añadiría, el Código Civil no es un catecismo: todo lo que aparece ahí es jurídico. Los deberes familiares ya no dan lugar a una sentencia de divorcio o separación, pero sí a una responsabilidad civil en virtud del art. 1902 CC., porque no es posible hablar hoy de “inmunidades” en el seno del matrimonio.

Nos podríamos plantear si las desavenencias en el matrimonio podrían suponer algún tipo de moderación en la indemnización por causa de la infidelidad y el adulterio. Es cuestión de que el demandado pruebe que estas desavenencias disminuyeron el dolor del otro cónyuge e incluso que lo hacen desaparecer. Pero me extrañaría: el adulterio, por muy deteriorada que esté la relación matrimonial, supone un ataque directo a la dignidad del otro cónyuge.

El adulterio conocido públicamente por todos, ¿puede suponer un aumento de la cantidad de la responsabilidad?. Probablemente, porque la publicidad agrava el ataque a la dignidad de la persona, e incluso a su imagen.

En este tema llama la atención alguna jurisprudencia argentina que afirma que cuando el adulterio es discreto no cabe daño moral⁵⁷. Nos cuenta esta autora que la Cámara Nacional en lo Civil, sala E, entendió, referido entonces al divorcio en este país basado en causas, que no cualquier violación de un deber matrimonial merecía el amparo jurisdiccional a favor del cónyuge ofendido, tendente a obtener una reparación pecuniaria. Para que ello ocurriese la ofensa debía tener

56 Que también lo son.

57 Supuesto aportado por MEDINA, G.: *Daños*, cit., p. 112.

una trascendencia fuera de lo común, ser un daño “muy punzante” que no se configuraba si el adulterio era “discreto”.

El caso resuelto por la Sala E de la Cámara Nacional en lo Civil trataba de un divorcio por adulterio en el cual el marido mantuvo relaciones con una empleada de su empresa durante muchos años sin que su esposa se enterara pero siendo conocimiento del yerno y de los cuñados y que daba lugar a los comentarios de todo el personal de la empresa, aun cuando no presenciaron muestras de afecto. La mayoría del tribunal entendió que había infidelidad pero, como ella no había traspasado la frontera del círculo social o laboral donde se movía el matrimonio, no correspondía condenar el pago de daños y perjuicios por cuanto la infidelidad ya había sido sancionada suficientemente con la declaración de culpabilidad del divorcio⁵⁸.

Tiene mucho interés la SAP Cádiz 3 abril 2008⁵⁹ por dos motivos. En primer lugar, por señalar que el incumplimiento del deber de fidelidad es coercible vía indemnización y en segundo lugar, porque es suficiente la negligencia.

La Audiencia recuerda la doctrina emanada por las STS 22 julio 1999⁶⁰ y 30 julio 1999⁶¹, en las que se especificaba que el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro no era susceptible de reparación económica alguna, y que la única consecuencia jurídica que contemplaba la legislación era la de ruptura del vínculo conyugal.

Añade la Audiencia: “Según nuestro punto de vista el argumento comienza a desvitalizarse desde el punto y hora que las ya lejanas sentencias del año 1999 se dictan bajo la vigencia de la Ley de 7 /julio/1981 que, como es bien sabido, causalizó la separación en nuestro ordenamiento, siendo así que efectivamente existía una sanción civil a la infidelidad por la vía del art. 82.1º del Código Civil. Todo ello ha experimentado un cambio sustancial en el año 2005 tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005 de 8 de julio: la ruptura del vínculo conyugal a instancias de uno de los cónyuges no viene ya legitimada por la alegación y prueba de alguna de las circunstancias previstas en la legislación civil, sino por la mera expresión de su voluntad a tal efecto una vez que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. No subsiste, por tanto, la sanción civil en que se apoyaba el Tribunal Supremo. Ciertamente es que se mantiene como causa de desheredación al cónyuge en el ámbito del Derecho Común el incumplimiento de

58 CNCiv., Sala E, 30-10-92, L.L.1993-A-452.

59 SAP Cádiz 3 abril 2008 (JUR 2008, 234675).

60 STS 22 julio 1999 (RAJ 1999, 5721).

61 STS 30 julio 1999 (RAJ 1999, 5726).

los deberes conyugales (art. 855.1º del Código Civil), pero no parece que en su virtud se mantenga el carácter jurídico de la obligación de fidelidad”.

Y llegamos al meollo de la argumentación de la Audiencia: “Y es que el problema es justamente ese. Salvo que consideremos que el conjunto de los deberes matrimoniales establecidos en los artículos 66 a 68 del Código Civil, y en lo que aquí interesa, la fidelidad, como meros modelos teóricos de comportamiento para los cónyuges que no los obligan, su condición de auténticos deberes jurídicos debe ser puesta en duda. No es eso, sin embargo, lo que establece nuestra legislación positiva, tanto desde el punto de vista constitucional, como de legislación ordinaria. La garantía institucional del matrimonio ínsita a la consideración como derecho fundamental en la Constitución española el de contraer matrimonio (art. 32 CC) impone al legislador la necesidad de dotarla de contenido frente a otras instituciones de convivencia y fruto de ella es el establecimiento por el legislador de ese elenco de deberes, cuya garantía pasa necesariamente por su caracterización como auténticos deberes jurídicos. Y no son tales los que carecen en absoluto de sanción, esto es, si su incumplimiento –aunque se precise que sea cualificado- carece de cualquier sanción. Creemos que no se trata de deberes naturales relacionados con la ética personal de cada uno de los contrayentes, sino de deberes jurídicos por muy peculiares que puedan ser.

Se ha dicho, no sin razón, que la indudable incoercibilidad de los deberes conyugales provoca que no puedan ser considerados como deberes jurídicos. Pero que ello sea así, es decir, que ciertamente no pueda reclamarse y conseguirse su cumplimiento forzoso, no significa que la violación de los mismos no pueda generar responsabilidad. De hecho en nuestra legislación procesal se regula con cierta exhaustividad la posibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones personalísimas no coercibles directamente (art. 709 Ley de Enjuiciamiento Civil), sanción que se resuelve finalmente con la indemnización de los daños y perjuicios, que es la opción que aquí se mantiene para las obligaciones derivadas del matrimonio. Por otra parte no puede dejar de reconocerse que el consentimiento sobre la asunción de tales deberes no es intrascendente para el Ordenamiento en tanto en cuanto siguen vigentes las normas sobre error o simulación como causas de invalidez del matrimonio (art. 73.1º del Código Civil).

También se ha mantenido que el Derecho de Familia es un sistema cerrado y completo, es decir, capaz y autosuficiente para resolver los conflictos que se produjeran en su seno a través de sus propias normas. Siendo ello así existiría una suerte de concurso entre las normas establecidas en los arts. 1902 y en el antiguo art. 82 (...). Pues bien, al margen de que el último precepto en la versión que amparaba esa tesis ha sido derogado, se trata de normas que tienen un fundamento y una finalidad diversa. En un caso se trata de resolver la crisis

matrimonial mediante la suspensión o extinción del vínculo matrimonial y en el otro de reparar el daño causado a uno de los cónyuges.

Tampoco parece que el establecimiento de algún género de responsabilidad por el incumplimiento de los deberes matrimoniales suponga una restricción inadmisibles al ejercicio de la facultad de divorciarse. No ya, que también, porque en la misma situación estarían las instituciones enderezadas a resolver la crisis matrimonial, señaladamente, el establecimiento de una pensión compensatoria o la atribución del hogar conyugal al cónyuge no propietario, y nunca se las ha considerado legalmente como tales, sino porque, como ha quedado dicho, se trata de incidir sobre supuestos de hechos diversos.

En definitiva no se trata de dar cobertura a un supuesto derecho a ser amado en exclusividad que la realidad muestra con tozudez que nunca existiría, sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno. Es claro, por lo demás, que tal responsabilidad debe quedar sujeta a las normas que la rigen, es decir, pasa por la prueba cumplida de un ilícito civil de cierta trascendencia, de la imprescindible constatación de la presencia de un daño económico y/o moral que debe ser resarcido, del nexo de causalidad adecuado ente el ilícito y el daño y de la culpa o dolo del cónyuge infractor. Todo ello se acomoda, según nuestro punto de vista, a la realidad sociológica de la institución. Disponemos en la actualidad de diversas estructuras jurídicas que dan cobertura y regulación a diferentes modos de convivencia en pareja y es evidente que nuestra sociedad acepta y ampara todos y cada uno de ellos, siendo así que cada pareja puede adaptar su modelo de convivencia a la institución más acorde a sus necesidades, deseos e inquietudes. En este sentido quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras está vigente el art. 1902 del Código Civil⁶².

62 Llama mucho la atención leer a algunos autores- MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: "Daños en el Derecho", cit., p. 543-que afirman el carácter simbólico de los deberes conyugales, no sólo negándoles su carácter jurídico, lo cual es sencillamente absurdo en un texto jurídico, lo que les lleva a negar la posibilidad de la responsabilidad por incumplimiento, sino que además, en coherencia con el carácter simbólico de estos deberes, afirmen que, por supuesto, se pueden infringir-si es que se puede infringir algo que no es jurídico-amparándose el cónyuge infractor en el ejercicio de la propia libertad personal o sexual. La verdad es que leyéndoles se tiene la impresión que reducen el matrimonio a algo tan liviano que lo hacen inexistente. Sorprende también que hablen de un diseño institucional por el legislador del divorcio, que excluiría la idea de responsabilidad, dejando de lado, totalmente al margen, daños morales del cónyuge o de los hijos. El legislador, en este tema, es cruel, ¿y no van a existir daños? Llama también la atención

También respondería el cónyuge, si ha injuriado a su cónyuge, sea de palabra o por hechos.

No tengo duda que se puede dar indemnización al cónyuge que ha sido completamente excluido de la decisión de la mujer a recurrir al aborto. El fundamento es precisamente el principio del libre desarrollo de la personalidad, que le legitima a constituir una familia, dramáticamente interrumpida por el aborto.

Pero también puede suceder al revés. El marido obliga a la mujer a abortar. Tampoco tengo duda que ésta, con independencia de que se divorcie o no, puede pedir una indemnización de daños y perjuicios.

Hay supuestos también de daños especialmente sangrantes. Son todos aquellos en que hay un divorcio traumático para la esposa enferma de cáncer.

La doctrina coincide en que en nuestro derecho nadie tiene derecho a ser amado, es decir, nadie puede ejercitar una pretensión indemnizatoria porque otra persona se niega a quererle, a amarle: no hay derecho al amor aunque ello pueda causar el suicidio del desesperado amante⁶³.

IV. CONCLUSIÓN

Dicen MARTIN-CASALS y RIBOT⁶⁴: “La ampliación del papel de la responsabilidad civil en el ámbito familiar pone en cuestión la autonomía del Derecho de Familia: precisamente cuando éste retrocede y disminuye la densidad e intensidad de sus reglas para respetar la intimidad y la libertad de las personas en el seno del matrimonio y de las relaciones paterno-filiales, reduciéndose la intromisión de los poderes públicos en ese ámbito, la doctrina que aquí se critica pone énfasis en las supuestas lagunas de la regulación legal de la vida familiar. Los autores encuadrados en esta tendencia emplean la responsabilidad civil, especialmente en lo relativo a las consecuencias de la conducta inapropiada de los miembros de la familia, dando la impresión de que algo falla en el Derecho de Familia, pero sin pararse a pensar si la supuesta laguna o insuficiencia responde, aunque no les guste, al diseño institucional por el que ha optado el legislador.

que expresen peticiones de principio, como axiomas indemostrables, como el siguiente (p. 547): “En la sociedad actual es cuestionable promover la interferencia del Estado para que tome postura en cuestiones de moralidad sexual, por más que la tradición heredada del Derecho codificado siga conteniendo reglas, como los deberes recíprocos de los cónyuges, sobre cuya eficacia básicamente simbólica no debería albergarse hoy duda alguna”. Es llamativo como se puede negar carácter jurídico al Código Civil.

63 SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RAMOS GONZÁLEZ, S., RUBI PUIG, A., y LUNA YERGA, A.: “Derecho de Daños”, cit., p. 45. Esto, en cualquier caso, merecería alguna matización. Si amor se entiende como puro sentimiento, nadie tiene derecho al mismo, porque el sentimiento va y viene. Pero los cónyuges sí que tienen derecho al esfuerzo de cada uno de ellos para querer al otro. Pero esto nos llevaría muy lejos y no es éste el lugar.

64 MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Daños en el Derecho”, cit., p. 530.

Resulta, en definitiva, un verdadero contrasentido hacer entrar las reglas de la responsabilidad civil en un ámbito del que en los últimos decenios el Derecho de Familia conscientemente ha ido retirando sus propios remedios”.

Aunque fuera verdad que el legislador hubiese hecho un diseño institucional del Derecho de Familia donde no cabe la responsabilidad civil extracontractual e incluso que el Derecho de Familia fuera autónomo respecto del Derecho Civil, francamente cuesta admitir por elementales cuestiones de justicia, de ataque a la dignidad personal o al libre desarrollo de la personalidad, que el cónyuge que ha sufrido el daño, bien por el divorcio en sí mismo considerado o bien por acciones de un cónyuge en relación al otro, no deba ser indemnizado. Más bien lo que sucederá es que es el legislador el que tendrá que pensar y adecuar su diseño a dichos principios.

BIBLIOGRAFÍA

CORNU, G.: *Droit civil. La famille*, 9 edª, Montchrestien, Paris, 2006.

DE VERDA, J.R. y CHAPARRO, P.: “La responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares en España”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, “Denegación de la indemnización por daño moral derivado de la ocultación dolosa de la verdadera filiación biológica del hijo matrimonial”, *Diario La Ley*, nº 9318, Sección Doctrina, 14 de diciembre de 2018.

DIEZ-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, Civitas, Madrid, 1999.

FERRER RIBA, J.: “Relaciones familiares y límites del derecho de daños”, www.indret.com, Barcelona, Octubre de 2001.

GUIOTON: “Les dommages-intérêts en réparation d'un préjudice résultant du divorce”, *Recueil Dalloz Sirey*, 1980.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: “La eliminación del divorcio contencioso en el proyecto de Código Civil y Comercial de la República Argentina y su incidencia en el Derecho de Daños”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

LEPIN MOLINA, C.: “Responsabilidad civil en las relaciones de familia”, en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. Lepin Molina, coord. D. Vargas Aravena), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.

LÓPEZ JACOISTE, J.J.: *La responsabilidad civil extracontractual. Una exploración jurisprudencial y de filosofía jurídica*, Editorial Universitaria Ramón Areces y Consejo General del Notariado, Madrid, 2010.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales”, en AA.VV.: *Daños en el Derecho de Familia* (coord. J. R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

MARTIN-CASALS, M. y RIBOT IGUALADA, J.: “Daños en el Derecho de Familia: un paso adelante, dos atrás”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 64, nº 2, 2011.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, L. *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010.

MEDINA, G.: *Daños en el Derecho de Familia*, 2ª edición actualizada, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2008.

MOSSET ITURRASPE, J.: "Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares", *Revista de Derecho de Daños. Daños en las relaciones de familia*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2001.

PANTALEÓN PRIETO, F.: *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid 1995, vol. 2º.

PARRA LUCÁN, M. A., MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., DE PABLO CONTRERAS, P., PÉREZ ÁLVAREZ, M. A.: *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, 4ª ed., Colex, Madrid, 2014.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.: *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009.

ROMERO COLOMA, A.: *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009.

SALVADOR CODERCH, P., GÓMEZ LIGÜERRE, C., RAMOS GONZÁLEZ, S., RUBI PUIG, A., y LUNA YÉRGUA, A.: "Derecho de Daños (DdD). Análisis, aplicación e instrumentos comparados", www.indret.com/pdf/8.11.2017.pdf, 6ª ed., 2017.

UREÑA MARINES, M.: "Indemnización por daño moral a la mujer víctima de violencia de género", blog.uclm.es/cesco/files/2014/06.

VELA SÁNCHEZ, A.J.: *Violencia de género en la pareja y daño moral. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Comares, Granada, 2014.

ZAMBRANO, V.: "Responsabilidad civil en el entorno familiar ("Proyectos para el futuro: no subestimar las consecuencias del amor")", en AA.VV.: *Responsabilidad civil y familia* (dir. C. LEPIN MOLINA, coord. D. VARGAS ARAVENA), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2014.



ORDINE PUBBLICO COSTITUZIONALE E RAPPORTI
FAMILIARI: I CASI DELLA POLIGAMIA E DEL RIPUDIO

*CONSTITUTIONAL PUBLIC POLICY AND FAMILY
RELATIONSHIPS: POLYGAMY AND REPUDIATION AS CASE STUDIES*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 604-627



Marco
RIZZUTI

ARTÍCULO RECIBIDO: 3 de julio de 2018
ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: Il contributo mira ad analizzare l'evoluzione del contenuto che i principi costituzionali imprimono alla clausola internazionale-privatistica dell'ordine pubblico nella materia familiare, in un contesto in cui sono profondamente mutati i modelli di riferimento.

In particolare, vengono prese in considerazione le problematiche connesse all'operare della clausola in questione laddove si tratti del riconoscimento degli effetti di istituti come la poligamia ed il ripudio, con cui i crescenti flussi migratori creano sempre più frequenti occasioni di confronto.

PALABRAS CLAVE: Costituzione, ordine pubblico, poligamia, ripudio.

ABSTRACT: *The papers deals with the evolution of the concept of public policy in the light of the constitutional principles, having particular regard to private international law and to the new emerging family models.*

More specifically, we take into consideration the issues related with the recognition of effects to alien legal institutions, such as polygamy or repudiation, that are increasingly challenging our concepts of public policy in connection with the increase in migratory flows.

KEY WORDS: *Constitution, public policy, polygamy, repudiation.*

SUMARIO.- I. PREMESSE.- II. FAMIGLIE E COSTITUZIONI.- III. IL CASO DELLA POLIGAMIA.-
4. IL CASO DEL RIPUDIO.

I. PREMESSE.

I crescenti fenomeni migratori impongono anche ad ordinamenti che, come quello spagnolo o quello italiano, hanno avuto una più breve esperienza storica al riguardo, di confrontarsi sempre più spesso con le problematiche nascenti dal confronto con istituti di diritto familiare e successorio radicalmente diversi da quelli della nostra tradizione. In questa sede prenderemo in considerazione, naturalmente senza pretese di esaustività, le ipotesi, almeno a prima vista, per noi più nettamente “aliene”, ma assai diffuse in altri contesti, del matrimonio poligamico e del divorzio per ripudio maritale.

La clausola generale su cui tende a gravare il peso di tali questioni è tuttora quella del cosiddetto ordine pubblico. Il diritto internazionale privato si fonda, infatti, sull'idea per cui in linea di massima gli effetti di istituti retti da leggi diverse da quella interna devono essere accettati, purché non entrino in rotta di collisione con un nucleo di principi irrinunciabili, sulla cui definizione e portata si gioca poi tutta l'impostazione di una problematica che, nell'odierno contesto storico, è evidentemente tornata ad essere di grande attualità².

- 1 Parafrasando la nota e fortunata espressione di DE NOVA, G.: “*The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno*”, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 3 ss.; nonché ID.: *Il contratto alieno*, Torino, 2008; ID.: “I contratti derivati come contratti alieni”, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 15-21.; ID.: “Il contratto alieno e le norme materiali”, in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 25-29; ID.: *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011; ID.: “*The alien contract*”, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 487 ss. Al riguardo cfr. anche GENTILI, A.: “A proposito di De Nova: *Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno*”, in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 133 ss.; FUSARO, A.: “Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?”, in *Riv. not.*, 2013, p. 859 ss.; SARTORI, F.: “Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno) derivato”, in *Studi in onore di G. De Nova*, Milano, 2015, IV, p. 2745 ss.; SIRENA, P.: “Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)”, *ibidem*, p. 2819 ss.
- 2 La letteratura sull'indefinibile formula dell'ordine pubblico è vastissima, per cui, senza pretese di completezza, ci limiteremo a menzionare: BADIALI, G.: *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963; PALADIN, L.: “Ordine pubblico”, in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, XII, p. 130 ss.; BARILE, G.: *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969; FERRI, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970; GUARNERI, A.: *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974; PALAIA, N.: *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974; BENVENUTI, P.: *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977; PANZA, G.: “Ordine pubblico, Teoria generale”, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.; LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993; MOSCONI, F.: “Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 5-14; EMANUELE, C.F.: “Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano”, in *Dir. fam.*, 1996, p. 326 ss.;

• Dr Marco Rizzuti

Assegnista di Ricerca, Università degli Studi di Firenze, “Abilitato alle funzioni di Professore di II fascia per Diritto Privato. Correo electrónico marco.rizzuti@unifi.it

Sono peraltro in atto profonde trasformazioni per quanto attiene al significato della clausola in discorso, specie, ma beninteso non solamente, con riguardo alla materia familiare. Ciò dipende sia dall'impatto dei principi costituzionali, che rappresentano, forse non l'unico³, ma certo un fondamentale punto di riferimento per la delimitazione di che cosa sia davvero "d'ordine pubblico", sia dalle recenti metamorfosi di istituti interni, che inevitabilmente occorre tener presenti nel tentativo di delineare parametri di valutazione accettabili per gli effetti di quelli esterni⁴.

II. FAMIGLIE E COSTITUZIONI.

Storicamente la nozione di ordine pubblico, sia nel senso interno sia in quello internazional-privatistico, nasce nell'era delle codificazioni moderne, in quella fase cioè in cui lo Stato aveva assunto il monopolio della giuridicità, assoggettando quindi i prodotti dell'autonomia privata ad un controllo di compatibilità con i principi fondamentali del nuovo ordine politico post-rivoluzionario. In un contesto di legalismo imperante, la fonte principale, se non esclusiva, di tali principi non poteva dunque che essere il Codice, vera costituzione materiale del rinnovato assetto della società⁵.

Con più specifico riferimento alla famiglia, la sua configurazione codicistica rappresentava il momento culminante di un processo storico di ben più lunga durata, che aveva allontanato la materia dall'ambito delle relazioni di fatto tra privati, secondo l'originario modello che era stato proprio del mondo romano⁶, e

ANGELINI, F.: *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007; FERACI, O.: *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012; BARBA, V.: "L'ordine pubblico internazionale", in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M.: a cura di, *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 409 ss.; PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furgieuele*, Mantova, 2017, I, p. 355 ss.

- 3 Non è detto, infatti, che debba essere necessariamente condivisa la tesi restrittiva estrema, abbracciata per impostare la soluzione di una celebre causa in materia di omogenitorialità da Cass., 30 settembre 2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, p. 181, con nota di FERRANDO, G., in base alla quale si avrebbe violazione dell'ordine pubblico soltanto in caso di contrasto con i valori costituzionali primari, inderogabili anche per il legislatore interno e sottratti alla stessa possibilità di revisione costituzionale.
- 4 Invero, è assai arduo definire contrastante con l'ordine pubblico l'effetto di un istituto straniero che in sostanza risulti identico a quello che può legittimamente prodursi in seguito all'operare di uno interno. Così, ad esempio, il Landgericht Hamburg, 12 febbraio 1991, in *IPRSpr*, 1991, p. 264, ha avuto occasione di statuire che l'applicazione della legge successoria iraniana, che riconosce alle figlie femmine del *de cuius* una porzione di eredità ridotta rispetto a quella dei maschi, non è in contrasto con l'ordine pubblico in quanto al medesimo assetto si sarebbe potuti arrivare se il padre, avvalendosi del diritto tedesco, avesse lasciato al figlio tutta la disponibile ed alla figlia la sola legittima.
- 5 Si vedano, per tutti, TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, e GROSSI, P.: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.
- 6 Sulla concezione romana del *matrimonium* come *res facti* analoga al possesso si vedano: ALBERTARIO, E.: "*Honor matrimonii et affectio maritalis*", in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 195 ss.; Id.: "L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano", *ibidem*, p. 211 ss.; Id.: "Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino", *ibidem*, p. 229 ss.; VOLTERRA, E.: *La conception du mariage d'après les juristes Romains*, Padova, 1940; Id.: "Matrimonio (diritto romano)", in *Enc. Dir.*, Milano, 1975, p. 726 ss.; Id.: "Precisioni in tema di matrimonio classico", in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 1975,

di altre società tradizionali⁷, per assegnare un ruolo preponderante ai controlli delle autorità sulla formazione del rapporto ed all'eterointegrazione della sua disciplina, funzionalizzata all'assolvimento di superiori finalità pubblicistiche. Si trattava, quindi, notoriamente, della provincia civilistica in cui massima era l'incidenza dell'ordine pubblico, mentre assai poco spazio residuava per l'autonomia privata⁸.

Invero, sulla base di tali coordinate sistematiche, non vi potevano essere dubbi sulla necessità di ricondurre all'area dell'inderogabilità, intesa come limite imposto sia ai poteri configurativi dei soggetti dell'ordinamento sia agli effetti eventualmente tollerabili di istituti stranieri, tutti i caratteri dell'unico modello familiare che i Codici riconoscevano: il matrimonio eterosessuale, patriarcale, monogamico ed indissolubile.

Le Carte ottocentesche, invece, tendevano a disinteressarsi dell'assetto delle relazioni familiari, per cui è soltanto con il nuovo costituzionalismo del secolo successivo che un problema di incidenza di principi assiologici sovraordinati sul concetto di ordine pubblico *in subiecta materia* ha iniziato a prospettarsi in una maniera più significativa. Il punto a nostro avviso fondamentale è che le Costituzioni novecentesche spesso non si ponevano come obbiettivo quello di ratificare il preesistente modello di famiglia, bensì, rifacendosi semmai ad istanze affacciate in epoca rivoluzionaria, ma successivamente soffocate dalle codificazioni⁹, quello

p. 245 ss.; GIUNTI, P.: "Il matrimonio romano tra *res facti* e regolamentazione legislativa", in *Civitas e Civilitas. Scritti in onore di F. Guizzi*, II, Torino, 2013, p. 879 ss.

- 7 Ancora oggi in alcuni diritti tradizionali sudafricani il rapporto matrimoniale si considera perfezionato non per effetto di uno specifico e singolo atto negoziale, ma in seguito ad una più ampia vicenda procedimentale che, a seconda dei casi, può includere varie negoziazioni, il pagamento del *lobolo* da parte dello sposo, tutta una serie di differenti cerimonie, un certo periodo di coabitazione, la nascita di un figlio, e così via: cfr. NICHOLS, J.A.: "Multi-tiered marriage: reconsidering the boundaries of civil law and religion", in *Id.*, a cura di: *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge MA, 2012, p. 52.
- 8 La relazione senatoria al Codice Civile italiano del 1865 faceva propria la formula di matrice napoleonica della potestà maritale e paterna come "magistrature domestique" e lo stesso G. Pisanelli collocava il diritto di famiglia in un *tertium genus* a metà fra diritto pubblico e privato (cfr. UNGARI, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974, p. 235, nt. 7). Una ancor più accentuata esaltazione del profilo amministrativistico, tale da rendere la materia familiare nettamente autonoma dal diritto privato, si ebbe quindi con l'impostazione di CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914 (rist. Bologna 1978, con "Lettura" di SESTA, M.), che concepiva la famiglia come ente pubblico e ravvicinava dunque la potestà familiare all'imperio statale, in quanto potere che origina non dalla volontà contrattuale, ma dal carattere necessario del gruppo, e che si esercita discrezionalmente nell'interesse del gruppo stesso. Tale concezione avrebbe quindi conosciuto un discreto successo sotto il fascismo, essendo pienamente funzionale alla strumentalizzazione del diritto di famiglia per il raggiungimento degli obbiettivi pubblicistici di incremento demografico e di difesa della razza (cfr. UNGARI, P.: op. cit., pp. 220-232).
- 9 Il periodo giacobino, nel clima segnato dal "parricidio nazionale" del Re e da un conflitto che fu anche intergenerazionale, aveva conosciuto la proclamazione dell'eguaglianza fra figli legittimi e naturali, rafforzata dalla sostanziale eliminazione della libertà di testare, e persino fermenti protofemministi (cfr. GARAUD, M.: *La Révolution française et la famille*, Paris, 1978; MULLIEZ, J.: "Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité", in AA. VV.: *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, Actes du colloque d'Orléans, I, Paris, 1988, p. 373 ss.; DESAN, S.: "Qu'est-ce qui fait un père? Illégitimité et paternité de l'an II au Code civil", in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, pp. 935-964; EAD., *Family on Trial in Revolutionary France*, Berkeley, 2004; VERJUS, A.: *Il buon marito. Politica e famiglia negli anni della Rivoluzione francese*, Paris, 2010, trad. it., Bari, 2012), ma l'ostilità verso tali "eccessi", associati con gli anni del Terrore, era emersa già col Termidoro e si affermò sotto Napoleone, influenzato forse anche dalle "turqueries juridiques", cioè dalla simpatia per il diritto di famiglia islamico conosciuto in Egitto (UNGARI,

di introdurre cambiamenti di una portata radicale, che oggi può forse sfuggire solo perché i testi normativi sono stati in seguito, e non senza fatica, adeguati ai nuovi valori.

Così la Costituzione Weimariana, dai più considerata l'archetipo del modello novecentesco, imperniava la regolazione degli istituti familiari sull'eguaglianza fra i coniugi e su quella fra i figli legittimi e naturali, entrambi principi che, rispetto all'impianto accolto solo pochi anni prima dal BGB, rappresentavano degli elementi di netta rottura¹⁰. Di lì a poco, la Costituzione Repubblicana spagnola, oltre a recepire tali principi, sanciva inoltre il diritto al divorzio¹¹.

Successivamente, quello dell'eguaglianza nei rapporti tra i coniugi, tra i figli e tra i diversi modelli familiari, è divenuto un principio fondamentale, accolto da quelle fonti sovranazionali ed europee che rappresentano l'imprescindibile complemento dell'odierno costituzionalismo dei diritti umani¹². Da parte sua, il

P.: op. cit., p. 99), ma senz'altro da una *forma mentis* militarista e gerarchica, per cui "le mari doit avoir un pouvoir absolu et le droit de dire à sa femme: 'Madame, vous ne sortirez pas, vous n'irez pas à la comédie, vous ne verrez pas telle ou telle personne.'" (cfr. SAADA, L.: "Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales", in *Napoleonica*, 2012, 2, p. 46).

- 10 L'art. 119 della Costituzione tedesca del 1919 proclamava che il matrimonio "beruht auf der Gleichberechtigung der beiden Geschlechter" (nella traduzione di MORTATI, C.: *La Costituzione di Weimar*, Firenze 1946: "è fondato sull'uguaglianza dei due sessi"), mentre in forza del successivo art. 121 "Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern" (nella già citata traduzione: "Ai figli illegittimi sono dalla legge garantite le stesse condizioni dei legittimi, onde assicurare il loro sviluppo corporale, spirituale e sociale"). Peraltro, nemmeno il regime nazista si dimostrò particolarmente reazionario in materia di famiglia, procedendo anzi ad una liberalizzazione del divorzio, ed in seguito alla sua caduta i principi costituzionali dell'eguaglianza di genere e di quella tra tutti i figli trovarono una nuova costituzionalizzazione con gli artt. 3 e 6 della nuova *Grundgesetz* del 1949.
- 11 Secondo l'art. 43 della Costituzione spagnola del 1931: "El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa... Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él." Peraltro, in una prima bozza, mai approvata, dello stesso articolo si prevedeva addirittura una sorta di discriminazione al contrario, con la sola moglie che, in quanto parte socialmente debole, avrebbe avuto diritto ad un divorzio unilaterale libero, senza bisogno della giusta causa, come avevano a suo tempo auspicato alcuni pensatori settecenteschi (cfr. PHILLIPS, R.: *Putting Asunder. A History of Divorce in Western Society*, New York, 1988, p. 171; ANTOKOLSKAIA, M.: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford, 2006, p. 250, nt. 116). L'avvento del franchismo mise ben presto fine a quell'esperienza giuridica, per cui anche tali radicali riforme conobbero la stessa sorte toccata nel Portogallo salazarista al rivoluzionario *Decreto de 3 de Novembro de 1910*, introduttivo del divorzio, ma i principi dell'eguaglianza tra i coniugi e tra i figli sarebbero poi riemersi con gli artt. 32 e 39 della nuova Costituzione spagnola del 1978, mentre l'art. 36 di quella portoghese del 1976 riaffermava, oltre ad essi, anche il diritto al divorzio.
- 12 L'art. 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, sancisce che i coniugi "are entitled to equal rights as to marriage, during marriage and at its dissolution", ed il VII Protocollo Addizionale alla Convenzione EDU, firmato a Strasburgo il 22 novembre 1984, con una formula più analitica prevede che essi "shall enjoy equal rights and responsibilities of private law character between them and in their relations with their children as to marriage, during marriage and in the event of its dissolution". Da parte sua, la Corte EDU, sin dalla sentenza sul caso *Marckx c. Belgique*, 13 giugno 1979, n. 6833/74, ha ritenuto inammissibile la discriminazione tra figli legittimi e naturali, mentre, con quella sul caso *Oliari & Others vs. Italy*, 21 luglio 2015, nn. 18766/11 e 36030/11, ha recentemente condannato il totale diniego di un riconoscimento delle famiglie same-sex. Invero, come osserva JOPPEKE, C.: "Multiculturalism by Liberal Law. The Empowerment of Gays and Muslims", in *European J. of Sociology*, 2017, 1, pp. 1-32, il costituzionalismo liberale dei diritti umani tende di per sé ad implicare un certo grado di multiculturalismo, inteso *lato sensu* come accettazione di differenti "ways of life", per l'appunto da quello degli omosessuali a quello degli immigrati musulmani.

divorzio è divenuto un istituto di generalizzata applicazione e di sempre più facile accessibilità, tanto che il sistema di diritto internazionale privato euro-unitario si è incaricato anche di provvedere uno specifico meccanismo per rimediare all'ipotesi in cui una legge nazionale non dovesse contemplarlo¹³.

Alla luce di un siffatto quadro complessivo occorre leggere anche l'esperienza costituzionale italiana, con tutte le sue peculiarità. Alcune effimere esperienze del primo Novecento vi avevano rappresentato, in un caso, la prima netta affermazione del principio di eguaglianza senza distinzione di sesso¹⁴, e, in un altro, invece, l'estremizzazione della concezione autoritaria che vedeva la famiglia come necessariamente funzionalizzata al perseguimento di superiori interessi statali¹⁵. Com'è noto, è anche in contrapposizione a queste ultime tendenze che va letta la chiara opzione della Costituzione Repubblicana per il riconoscimento dell'autonomia della famiglia, come "*società naturale*", nei confronti dello Stato¹⁶, cui si accompagnava peraltro un atteggiamento piuttosto prudente, con la configurazione dell'eguaglianza coniugale e di quella tra figli come derogabili¹⁷, mentre per poco non

- 13 Benché la giurisprudenza di Strasburgo abbia sempre escluso che sussista un obbligo convenzionale al riguardo (cfr. CEDU, 18 dicembre 1986, *Johnston & Others vs. Ireland*, n. 9697/82, e CEDU, 18 dicembre 1987, *F. vs. Switzerland*, n. 11329/85, nonché più di recente CEDU, 22 novembre 2016, *Piotrowski vs. Poland*, n. 8923/12 e CEDU, 10 gennaio 2017, *Babiarz vs. Poland*, n.1955/10), tutti i Paesi europei hanno però ormai introdotto il divorzio. L'art. 10 del Regolamento UE n. 1259 del 20 dicembre 2010, sul diritto internazionale privato del divorzio e della separazione personale, prevede peraltro una deroga agli ordinari criteri di determinazione della legge applicabile, qualora essa "non preveda il divorzio o non conceda a uno dei coniugi, perché appartenente all'uno o all'altro sesso, pari condizioni di accesso al divorzio".
- 14 L'art. 4 della dannunziana Carta del Carnaro del 1920 proclamava che "Tutti i cittadini della Repubblica senza distinzione di sesso sono uguali davanti alla legge", senza eccezioni o temperamenti di sorta. Anzi, il rifiuto di ogni distinzione di sesso si ritrovava anche nell'art. 2, con riguardo alla sovranità collettiva dei cittadini della democrazia diretta, nell'art. 5, per quanto attiene ai diritti all'istruzione, al lavoro, all'assistenza ed all'*habeas corpus*, e persino nell'art. 35 con riferimento al dovere del servizio militare.
- 15 Secondo l'art. 71 del Progetto di Costituzione per la R.S.I. del 1943, "La Repubblica considera l'incremento demografico come condizione per l'ascesa della Nazione e per lo sviluppo della sua potenza militare, economica, civile", mentre l'art. precisava che "La politica demografica della Repubblica si svolge con tre finalità essenziali: numero, sanità morale e fisica, purezza della stirpe". A siffatte disposizioni si ricollegava dunque il successivo art. 73: "Presupposto della politica demografica è la difesa della famiglia, nucleo essenziale della struttura sociale dello Stato. La Repubblica la attua proteggendo e consolidando tutti i valori religiosi e morali che cementano la famiglia, e in particolare: col favore accordato al matrimonio, considerato anche quale dovere nazionale e fonte di diritti, perché esso possa raggiungere tutte le sue alte finalità, prima: la procreazione di prole sana e numerosa; col riconoscimento degli effetti civili al sacramento del matrimonio, disciplinato nel diritto canonico; col divieto di matrimonio di cittadini italiani con sudditi di razza ebraica, e con la speciale disciplina del matrimonio di cittadini italiani con sudditi di altre razze o con stranieri; con la tutela della maternità; con la prestazione di aiuti e assistenza per il sostenimento degli oneri familiari. Speciali agevolazioni spettano alle famiglie numerose".
- 16 Nel suo intervento alla seduta dell'Assemblea Costituente del 6 novembre 1946, A. Moro osservava, infatti, che: "la famiglia ha una sua sfera di ordinamento autonomo nei confronti dello Stato, il quale, quando interviene, si trova di fronte ad una realtà che non può menomare né mutare".
- 17 Il generale principio di eguaglianza "senza distinzione di sesso" di cui all'art. 3, comma 1, Cost., subiva infatti una pesante attenuazione in ambito coniugale, in quanto l'art. 29, comma 2, Cost. consentiva di limitarlo "a garanzia dell'unità familiare" sino a svuotarne la portata concreta (cfr. SANTORO PASSARELLI, F.: "Il governo della famiglia", in *Iustitia*, 1953, p. 377 ss.; CARNELUTTI, F.: "La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano", in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 115 ss.; FERRI, G.B.: "Le eguaglianze tra coniugi", in AA.VV. *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, pp. 335-347). Analogamente, l'art. 30, comma 3, Cost. riconosceva ai figli nati fuori del matrimonio solo quella misura di tutela che risultava "compatibile con i diritti dei membri della famiglia legittima".

si era persino arrivati ad una costituzionalizzazione dell'indissolubilità¹⁸. Soltanto nei decenni successivi, in seguito alle profonde trasformazioni della società e quindi della legislazione ordinaria, oltre che per effetto dell'ancoraggio dell'ordinamento italiano al quadro europeo e sovranazionale, si è potuta affermare una concezione realmente rinnovata dei paradigmi familiari¹⁹.

Alla luce dell'odierno sistema italo-europeo delle fonti, parrebbe dunque arduo poter ritenere inscritta al livello dei principi fondamentali l'inderogabilità di un modello familiare etero-determinato, magari inteso come "naturale" sulla base di una qualche strumentalizzazione del ricordato passaggio costituzionale²⁰,

- 18 In tal senso si era espressa la cattolicissima Costituzione irlandese del 1937, il cui art. 41, comma 3, proibiva l'introduzione del divorzio, nonché il riconoscimento dei divorzi stranieri, mentre il relativo comma 1 qualificava la famiglia "as the natural primary and fundamental unit group of Society, and as a moral institution possessing inalienable and imprescriptible rights, antecedent and superior to all positive law", ed il comma 2 sanciva l'impegno dello Stato a garantire il ruolo domestico della donna e quindi a fare sì che "mothers shall not be obliged by economic necessity to engage in labour to the neglect of their duties in the home". Un'ispirazione nella sostanza analoga animava una parte certo non irrilevante dei nostri Costituenti, ma l'esito compromissorio finale fu nel senso del silenzio circa l'indissolubilità, mentre l'art. 37 Cost. non considera certo quella della *donna lavoratrice* come un'ipotesi patologica da evitare, pur prescrivendo che le condizioni di lavoro dovranno comunque "consentire l'adempimento della sua essenziale funzione familiare". Tuttavia, l'art. 7, comma 2, Cost., con formulazione quasi identica a quella dell'art. 8 del ricordato Progetto di Salò, aveva costituzionalizzato il riferimento ai Patti Lateranensi, il che avrebbe poi consentito ad alcuni giudici di dubitare della costituzionalità della l. 1° dicembre 1970, n. 898, introduttiva del divorzio, per violazione dei vincoli concordatari, ipotesi rigettata però, in un contesto sociale e culturale ormai nettamente mutato, da una serie di decisioni della Consulta (cfr. *ex multis* Corte Cost., 8 luglio 1971, n. 169, in www.giurcost.org).
- 19 Dopo la legge sul divorzio, fu la complessiva riforma di cui alla l. 19 maggio 1975, n. 151, a determinare il superamento delle concezioni istituzionali, ricostruendo i rapporti familiari sui pilastri della libertà personale e dell'eguaglianza tra i coniugi e tra i figli, ravvisandovi insomma una formazione sociale che, in linea col disposto dell'art. 2 Cost., viene tutelata in quanto momento di svolgimento della personalità e non certo come limite allo stesso (cfr. FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, nonché ROSELLI, O.: "Libertà e famiglia. Oltre i recinti disciplinari: sensibilità costituzionalistica di un civilista", in *Scritti in onore di G. Furguele*, cit., II, pp. 211-217). Più di recente, ulteriori sviluppi in tal senso si sono avuti con la riforma della filiazione di cui alla l. 10 dicembre 2012, n. 219, ed al relativo d.lgs. 28 dicembre 2013, n. 154, e quindi con la regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e delle convivenze da parte della l. 20 maggio 2016, n. 76, ormai imprescindibile dopo la condanna in sede europea nella già ricordata vicenda *Oliari*. Nel nuovo contesto la discrasia tra eguaglianza di genere ed eguaglianza coniugale potrebbe semmai acquistare tutt'altro significato, nel senso che la pari dignità, morale e giuridica, tra le parti di un rapporto familiare deve essere riconosciuta anche avendo riguardo ai rapporti interni nelle coppie omoaffettive, in cui un'ipotetica diseguaglianza evidentemente non sarebbe anche una discriminazione in base al sesso.
- 20 Si è già fatto riferimento al disposto di cui all'art. 29, comma 1, Cost.: "La Repubblica riconosce i diritti della famiglia come società naturale fondata sul matrimonio". Prescindiamo pure in questa sede dalle note perplessità circa l'inesattezza semantica di una formula che pretende di fondare un'entità assunta come naturalistica su un istituto che è invece di diritto positivo (cfr. BIN, R.: "La famiglia: alla radice di un ossimoro", in *Studium Iuris*, 2000, p. 1066 ss.), ed anche dal dato, oggi difficilmente discutibile sul piano sociologico, per cui è di solito il preesistente rapporto familiare a fondare la sua successiva formalizzazione matrimoniale. Il punto che qui maggiormente interessa è però che i Costituenti con il richiamo alla naturalità miravano a riaffermare l'autonomia della famiglia rispetto all'etero-determinazione statale, ma non ad esprimere un giudizio negativo sulle famiglie "contro natura", e non tanto perché lì si voglia immaginare favorevoli al riconoscimento delle unioni omosessuali, quanto piuttosto perché negli Anni Quaranta la questione non era certo oggetto di un particolare dibattito, per cui ci sembrerebbe palesemente una forzatura pretendere di leggere nella predetta formula una ipotetica presa di posizione al riguardo. Insomma, come, a nostro avviso, non smentisce neanche Corte Cost., 15 aprile 2010, n. 138, in *Forum quad. cost.*, 23 aprile 2010, con nota critica di CROCE, M.: "Diritti fondamentali programmatici, limiti all'interpretazione evolutiva e finalità procreativa del matrimonio: dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale", l'introduzione delle nozze *same-sex* in Italia non è costituzionalmente necessaria ma nemmeno sarebbe costituzionalmente vietata.

o ricollegato alla tratatizia definizione che si attribuisce a Modestino²¹. Parrebbe semmai più credibile una lettura che da quei principi tragga un'indicazione nel senso del necessario rispetto, anche in ambito familiare, della libertà personale e dell'eguaglianza, in specie di quella di genere, avendo riguardo a tutti i soggetti coinvolti, ed in particolare a quelli più deboli e perciò bisognosi di tutela.

Ove si condividano tali valutazioni, se ne potrà ricavare qualche conseguenza anche per ciò che attiene al contenuto di cui si voglia riempire la clausola dell'ordine pubblico, guardando appunto ai vincoli di livello sovranazionale e costituzionale. Non tanto, dunque, un ordine pubblico "di direzione", che imponga cioè di rigettare i modelli familiari stranieri differenti dall'unico tradizionalmente riconosciuto, quanto piuttosto un nuovo ordine pubblico "di protezione", in forza del quale il riconoscimento degli effetti dei vari possibili modelli familiari non arrivi mai a conculcare la libertà e l'eguaglianza delle persone coinvolte. Che cosa concretamente possa derivare dall'adozione di una siffatta impostazione ci sembrano particolarmente adatti a dimostrarlo i due casi cui è intitolata questa breve riflessione.

21 Si allude al notissimo frammento del *liber primus regularum* di Modestino, per cui "*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*" (D.23.2.1). La romanistica ha ampiamente discusso sul problema se tale formula sia frutto di successive interpolazioni cristianeggianti (cfr. HRUZA, E.: *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes*, Erlangen-Leipzig, 1894, p. 7 ss.; SOLAZZI, S.: *Consortium omnis vitae*, in *Annali della R. Università di Macerata*, 1929, p. 27 ss.) o sia invece autentica (cfr. ALBERTARIO, E.: "La definizione del matrimonio secondo Modestino", in *Studi in memoria di A. Albertoni*, Padova, 1933, p. 243 ss.; VOLTERRA, E.: *La conception du mariage*, cit., p. 37; FAYER, C.: *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, Roma, 2005, p. 352). Ad ogni modo, tale definizione, come anche quella di Ulpiano, maestro di Modestino, che già nelle sue *institutiones* attribuiva allo "*ius naturale*" la "*maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus*" (D.1.1.1.3), potrebbe non essere stata la mera enunciazione di un precetto sapienziale valido sempre e comunque, ma, questa volta sì, l'espressione di una presa di posizione relativa ad uno specifico dibattito, connotato anche politicamente, come del resto sarebbe più in linea con l'approccio casistico tipico dei giureconsulti romani. All'epoca doveva essere, infatti, ancora assai viva l'impressione suscitata dal breve ma intenso regno di Elagabalo, sommo sacerdote della deità solare venerata ad Emesa, cui gli storici attribuirono condotte familiari sconvolgenti dal punto di vista del *mos maiorum*, quali il matrimonio come marito con una vestale e quello come moglie con un celebre auriga (CASSIO DIONE, *Storia romana*, 80, 9-16; ELIO LAMPRIDIO, *Historia Augusta, Vita di Elagabalo*, 10; GIBBON, E.: *Decadenza e caduta dell'impero romano*, London, 1776-1789, trad. it., Milano, 2010, I, pp. 138-139), e che ebbe fine quando nel 222 il dissoluto giovinetto fu ucciso dai pretoriani, colpito dalla *damnatio memoriae* e sostituito con il cugino Alessandro Severo, più romanizzato benché forse filocristiano, il quale, proprio sotto la guida di Ulpiano, anch'egli siriano, avrebbe sostituito il *governo delle donne e dei liberti con l'impero dei giuristi* (MAZZARINO, S.: *L'impero romano*, Roma-Bari, 1995, II, pp. 445-449). Gli studiosi moderni hanno sostenuto che tale ritratto di Elagabalo si debba essenzialmente agli ultimi fautori della *religio* tradizionale, intenzionati a farne una caricatura di Costantino, più fortunato sostenitore di un altro culto orientale a loro invisibile (cfr. ALTHEIM, F.: *Deus invictus: le religioni e la fine del mondo antico*, Reinbek bei Hamburg, 1957, trad. it. Roma, 2007, p. 158), ma vi è anche chi, occupandosi di tutt'altra questione, ha avuto modo di ipotizzare che presso certi suoi antenati, gli Iturei di Abae, una sorta di matrimonio omosessuale venisse praticato davvero (cfr. LONGO, O.: "La damigella di Epidauro. Anatomia di due travestiti", in *Id.: L'universo dei Greci. Attualità e distanze*, Padova, 2000, p. 63, nt. 21), ed al giorno d'oggi non si vede perché mai dovremmo necessariamente presumere che si trattasse soltanto di esagerazioni parodistiche e non invece di una realtà possibile, magari anch'essa oggetto a suo tempo di un dibattito non meno vivido di quello che abbiamo conosciuto noi, ma poi coperto, con l'eccezione di pochi frammenti, dai veli del tempo e della *damnatio memoriae*.

III. IL CASO DELLA POLIGAMIA.

Secondo un'impostazione tradizionale, la monogamia, in quanto carattere essenziale dell'unico modello familiare riconosciuto dall'ordinamento statale, poteva essere considerata senz'altro di per sé stessa un valore di suprema importanza²², e da tale premessa si sarebbe dunque potuto agevolmente dedurre un radicale diniego di qualunque efficacia ai rapporti scaturenti in via più o meno diretta da un coniugio poligamico ammesso da un ordinamento diverso. Invero, ciò non toglie che quando i contatti con siffatti ordinamenti ebbero iniziato a fornire una casistica concreta e non solo scolastica, come, almeno per quanto riguarda alcuni Paesi, accadeva già nei contesti coloniali assai prima che in quelli migratori, soluzioni così nette vennero ben presto abbandonate, onde evitare esiti poco pratici, oltre che spesso iniqui²³.

Oggi, però, nel rinnovato contesto ordinamentale in cui, come si diceva, è d'ordine pubblico non l'etero-determinazione di un unico modello familiare ammissibile, ma la protezione della libertà personale e dell'eguaglianza di genere nell'ambito di tutti i diversi modelli familiari, ivi compresi quelli che in passato apparivano ancor più inaccettabili della stessa poligamia sia sul piano teorico²⁴

22 Si potrebbe ricordare come, sino alla celebre sentenza di App. Milano, 20 maggio 1911 (presidente L. Mortara), in *Foro it.*, 1911, I, c. 124, l'orientamento dominante riteneva che dal principio monogamico si dovesse dedurre anche la rilevanza dell'*error virginitatis* come motivo di annullamento del matrimonio.

23 Come osservava il vicegovernatore del Punjab, l'estensione dell'impero britannico era così vasta che i suoi magistrati non potevano permettersi di "*absolutely ignore all family relations among the great majority of the human race, treating all wives among them as mere concubines, all children as bastards*" (FITZPATRICK, D.: "*Non-Christian Marriage*", in *J. of the Society of Comparative Legislation*, 1900, pp. 359-387). Così, ad esempio, i giudici inglesi ebbero modo di riconoscere piena rilevanza ai matrimoni poligamici contratti a Singapore secondo il diritto cinese, che all'epoca li ammetteva, laddove si trattasse di decidere le cause successorie tra sudditi cinesi relative a beni ereditari relitti in territorio coloniale, nelle quali si controverteva sulla portata della posizione di vantaggio riconosciuta da tale diritto alla moglie principale (*t'sai*) a scapito di quelle secondarie (*t'sips*): cfr. Supreme Court of Straits Settlement, *In the matter of the Estate of Choo Eng Choon (1908)* 12 S.S.L.R. 120, anche noto come il *Six Widows' Case*. Ancora più significativo ci sembra però l'orientamento inaugurato nel cuore della Francia d'oltremare da App. Alger, 9 febbraio 1910, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1913, p. 103, statuendo che la seconda moglie dello "straniero" (ma tale poteva essere anche l'algerino musulmano reso tale in casa propria), ed i loro figli, potevano vantare diritti successori sui beni relitti da lui in quello che all'epoca era territorio non coloniale ma metropolitano, senza che a ciò fosse d'ostacolo la pur ribadita contrarietà della poligamia all'*ordre public*.

24 Secondo una notissima impostazione tradizionale, il matrimonio del bigamo è nullo, mentre quello fra persone del medesimo sesso è addirittura inesistente (ZACHARIAE VON LINGENTHAL, K.S.: *Manuale del diritto civile francese*, rimaneggiato da CROME, C., e tradotto in italiano da BARASSI, L., Milano, 1907-1909, I, § 126, e III, §§ 419, 421). Non è poi agevole stabilire se l'ipotesi venisse all'epoca discussa solo come puro caso di scuola, oppure se la soluzione potesse essere derivata dal riferimento al *matrimonium non existens* che i canonisti avevano formulato con riguardo all'ipotesi, in realtà diversa, del coniugio simulato fra una donna che si facesse passare per uomo, vicenda non infrequente in tempi in cui ciò poteva risultare indispensabile per esercitare svariate attività, ed un'altra donna che si prestasse alla messinscena per rendere più credibile la falsa identità (cfr. ALFIERI, F.: "*Sub ficto habitu virili*: identità, finzione e matrimonio fra le carte del Sant'Uffizio", in *Studi in onore di S. Seidel Menchi*, Roma, 2011, pp. 161-174), oppure ancora se vi si possa sentire un'eco della vicenda di K.E. Ulrichs, che al congresso dei giuristi tedeschi del 1867 aveva proposto una serie di riforme comprendenti anche il matrimonio omosessuale, ma non poté terminare la relazione per la furibonda reazione degli astanti, e dovette riparare in Italia per non essere incriminato come sodomita, nonché dei successivi scritti del magistrato alsaziano E. Wilhelm, prudenzialmente pubblicati sotto lo pseudonimo di *Numa Praetorius* (cfr. SCHLAGDENHAUFFEN, R.: "*L'union homosexuelle, 150 ans d'histoire*", in *Le Monde*, 31 gennaio 2013).

che su quello pratico²⁵, il problema si pone in maniera diversa. La contrarietà del coniugio poligamico all'ordine pubblico non può più essere argomentata per il suo discostarsi dai caratteri di uno specifico paradigma matrimoniale, *a fortiori* nel contesto di un sistema in cui il diritto vivente ha avuto occasione di riconoscere forme di tutela a rapporti fattuali nella sostanza poligamici²⁶, per non parlare della pacifica ammissibilità di quella che in altri tempi poteva essere qualificata come "poligamia successiva"²⁷.

Semmai alla medesima conclusione si potrebbe ancora arrivare in nome dell'eguaglianza di genere, almeno se abbiamo riguardo a quella versione dell'istituto

- 25 Come si è detto, il colonialismo finì per rivelarsi, nella maggior parte dei casi, piuttosto tollerante in materia di poligamia, anche perché aveva tutto l'interesse ad accettare che gli indigeni, purché politicamente ed economicamente sottomessi, continuassero a regolare i rapporti interni secondo i loro ordinamenti ancestrali, ed a lasciare maggior potere ai settori più arcaici, e quindi più innocui, delle società tradizionali locali, piuttosto che ad elementi modernizzanti e magari potenzialmente pericolosi (cfr. RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016, pp. 69-70). Non si potrebbe però certamente dire lo stesso per le pratiche familiari omosessuali tipiche di varie popolazioni colonizzate, che vennero invece duramente repressi in quanto assimilate alle peggiori barbarie che l'Uomo Bianco aveva il dovere morale di combattere nella sua missione civilizzatrice: basti menzionare l'Epitaffio di F. Cervantes Salazar in onore di Carlo V, in cui si loda l'Imperatore per aver estirpato dal Messico "*praeposteram Venerem*" e "*carnis humanae esum*", ponendoli evidentemente sul medesimo piano (cfr. ZANETTI, G.: "La regola del gusto nel dibattito LGBT", in *Genlus*, 2018, I, p. 63).
- 26 Cass., 15 gennaio 1969, n. 60, in *Foro it.*, 1969, I, c. 1512, ed in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, p. 403, con nota critica di FERRI, G.B.: "Qualificazione giuridica e validità delle attribuzioni patrimoniali alla concubina", ebbe modo di estendere la qualificazione in termini di adempimento di un'obbligazione naturale, già riconosciuta alle attribuzioni patrimoniali fra conviventi, anche a quelle poste in essere nell'ambito di un rapporto adulterino: emergeva così la possibilità che due rapporti familiari, uno matrimoniale ed uno extramatrimoniale, potessero essere entrambi contemporaneamente rilevanti per l'ordinamento. Al riguardo COLAIANNI, N.: "Poligamia e principi del diritto europeo", in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, p. 231, ha avuto modo di osservare che "attualmente il principio monogamico risulta assicurato solo in relazione al matrimonio-atto e non anche al matrimonio-rapporto", senza che ciò determini peraltro alcun contrasto con qualche principio inderogabile, in quanto l'art. 29 Cost. non implicherebbe la monogamia, così come non implicava l'indissolubilità e non ha ostato all'introduzione del divorzio. Più di recente Cass., 7 giugno 2011, n. 12778, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, n. 852, ha ripartito il danno da morte tra entrambe le famiglie del defunto, e Cass., 16 giugno 2014, n. 13654, in *Foro it.*, 2014, 7-8, I, p. 2055, pronunziandosi sul celebre caso dell'assassinio dello stilista M. Gucci, ha addirittura condannato la vedova P. Reggiani Martinelli, mandante dell'omicidio, a risarcire il pregiudizio patito da P. Franchi, la cui relazione di convivenza con la vittima era stata la causa scatenante della letale gelosia della rea, mentre Cass., 18 marzo 2014, n. 31121, in *Foro it.*, 2014, p. 664, ha precisato che per ritenere integrato il reato di maltrattamenti contro i familiari e i conviventi ex art. 572 c.p., non occorre "affatto il carattere monogamico del vincolo sentimentale posto a fondamento della relazione". È vero che l'art. 1, comma 36, della successiva l. 76 del 2016 non ha ritenuto di includere nella sua nozione di convivenza i rapporti che coinvolgono più di due persone o in cui qualcuno dei componenti non sia di stato civile libero, ma ciò può valere ad escludere tali famiglie di fatto dalle nuove tutele introdotte con la riforma, e non certo da quanto il diritto vivente già riconosceva loro (cfr. RIZZUTI, M.: op. cit., p. 179-206).
- 27 Certe riflessioni settecentesche, stimolate dal nuovo approccio scientifico alle questioni demografiche, dalla conoscenza dei sistemi matrimoniali diversi da quello europeo e dalla campagna dei *philosophes* contro la Chiesa cattolica ed i tabù sessuali della civiltà occidentale, si espressero anche nel dibattito tra i fautori della poligamia "simultanea" e quelli del divorzio libero, o poligamia "successiva", più coerente con la nascente idea dell'eguaglianza fra uomo e donna, e destinato infine a prevalere con la Rivoluzione e la legge del 20 settembre 1792 (cfr. BLUM, C.: *Strength in Numbers. Population, Reproduction, and Power in Eighteenth-Century France*, Baltimore, 2002). Molto più di recente, non si è mancato di inquadrare in termini di *polygamie successive* la grande diffusione del divorzio e del connesso fenomeno delle cosiddette famiglie ricomposte (cfr. SEGALIN, M., MARTIAL, A.: *Sociologie de la famille*, Paris, 1981). Del resto, proprio con riferimento a tali fattispecie, il vigente ordinamento italiano conosce un'altra ipotesi in cui più soggetti concorrono, in un certo senso, nella qualità di coniuge: quella del riparto della pensione di reversibilità fra il coniuge divorziato, o i vari coniugi divorziati, ed il coniuge superstite del *de cuius*, ai sensi dell'art. 9, comma 3, della l. 898 del 1970.

con cui vi sono più concrete possibilità di contatto, e cioè alla poliginia islamica²⁸. Si tratterà, insomma, di argomentazioni che è difficile collocare in una prospettiva di continuità con le impostazioni tradizionali, nelle quali, a ben vedere, la difesa della monogamia conviveva senza alcun problema con quella della supremazia maritale e della diseguaglianza tra i coniugi.

Se, dunque, cambia il fondamento di una valutazione in termini di contrasto con l'ordine pubblico, che trova peraltro significativi appigli anche a livello europeo²⁹, bisognerà giocoforza adeguarvi il modo di operare della clausola. Così, se è per tutelare la posizione delle donne che vogliamo negare effetti ai matrimoni poligamici celebrati all'estero, non avrà invero alcun senso negare quegli effetti che siano proprio costoro ad avere tutto l'interesse a far valere, com'è particolarmente evidente nel caso in cui venga in rilievo la questione dei diritti successori delle mogli del poligamo straniero sui beni da lui relitti in territorio europeo³⁰. Insomma,

- 28 Vengono, infatti, in rilievo essenzialmente i numerosi Paesi afro-asiatici, da cui originano la gran parte delle correnti migratorie che stanno interessando la nostra società, e nei quali il diritto islamico, in sostanziale coerenza con la tradizione veterotestamentaria, consente la poliginia, purché il marito abbia i mezzi per mantenere adeguatamente tutte le mogli e non si superi il limite massimo tendenziale di quattro spose (Corano, 4,3). Esistono, però, anche società che conoscono modelli familiari ulteriori, come la poliandria, che era la norma a Ceylon e nel Tibet, prima di esservi proibita rispettivamente dagli inglesi nel 1860 e dai cinesi nel 1950, e lo è tuttora in Amazzonia, oppure la poliginandria, o matrimonio di gruppo, attestata presso vari popoli del Nepal, della Siberia e dell'Oceania (cfr. STARKWEATHER, K.E., HAMES, R.: *A Survey of Non-Classical Polyandry*, in *Human Nature*, 2012, pp. 149-172).
- 29 Il legislatore comunitario, con riferimento alla materia del ricongiungimento familiare, ha, in effetti, codificato una soluzione di netta chiusura nei confronti del matrimonio poligamico, derivandola del resto dagli Stati Membri con più risalenti tradizioni immigratorie: ai sensi dell'art. 4, comma 4, della Direttiva EC n. 86 del 22 settembre 2003, "*in the event of a polygamous marriage, where the sponsor already has a spouse living with him in the territory of a Member State, the Member State concerned shall not authorise the family reunification of a further spouse*". Su questa linea si è quindi collocata anche la giurisprudenza italiana: Cass., 28 febbraio 2013, n. 4984, in *Foro it.*, 2013, 9, I, p. 2519, ha sposato, infatti, la linea di netto contrasto al fenomeno della poligamia fatta propria dall'art. 29, comma 1 ter, del d.lgs., 25 luglio 1998, n. 286, inseritovi dal d.lgs., 3 ottobre 2008, n. 160, ed è persino arrivata a respingere la domanda di ricongiungimento presentata dal figlio per la madre, con la motivazione che altrimenti si sarebbero trovate a convivere in Italia entrambe le donne che il padre del richiedente aveva sposato in Marocco. Ciò nondimeno, anche una siffatta normativa implica che il coniugio poligamico non è inesistente, perché altrimenti nessuna delle mogli avrebbe diritto al ricongiungimento, e nemmeno impone che a beneficiare dello stesso sia la prima anziché, come più spesso accade, la seconda.
- 30 Riprendendo la costruzione di App. Alger, 9 febbraio 1910, cit., e facendo leva sulla teoria dell'ordine pubblico attenuato, che si opporrebbe alla costituzione di un rapporto poligamico nel territorio nazionale, ma non all'esercizio dei diritti derivanti dalla legittima costituzione dello stesso all'estero, si è espressa in favore del riconoscimento dei diritti delle mogli del poligamo straniero la giurisprudenza francese in materia alimentare (Cour de Cassation, 28 gennaio 1958, caso *Chemouni*, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1958, p. 110; Cour de Cassation, 19 febbraio 1963, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1963, p. 559), ereditaria (Cour de Cassation, 18 dicembre 1979, caso *Beneddouche*, in *Dalloz*, 1980, p. 549; Cour de Cassation, 3 gennaio 1980, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1980, p. 549; Cour de Cassation, 8 novembre 1983, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1984, p. 479) e di reversibilità (Cour de Cassation, 22 aprile 1986, in *Rev. crit. droit int. privé*, 1987, p. 974; Cour de Cassation, 14 febbraio 2007, in *Dr. fam.*, 2007, c. 99), seguita da quella belga in punto di riparto del danno da morte (App. Liège, 23 aprile 1970, in *Rev. crit. jur. b.*, 1971, p. 5), nonché, in materia pensionistica, dal legislatore tedesco (*Sozialgesetzbuch*, 11 dicembre 1975, § 34.2) e dall'orientamento prevalente fra i giudici spagnoli (Trib. Sup. Galicia, 22 aprile 2002, AS 2002/899; Trib. Sup. Madrid, 29 luglio 2002, AS 2002/3324; Trib. Sup. Canarias, 30 ottobre 2013, rec. n. 1701111; Trib. Sup. Andalusia, 18 giugno 2015, rec. n. 591/2015; Tribunal Supremo, 24 gennaio 2018, n. 84). Nel mondo di *common law* erano già arrivati a soluzioni analoghe in materia successoria sia i giudici inglesi (*In Estate of Abdul Majid Belshah*, 48 L.Q.R. 348 [1926]) che quelli americani (California Court of Appeal, *In re Dalip Singh Bir's Estate*, (1948), 188 P.2d 499, 502, anche in *Giur. comp. dir. int. privé*, 1956, p. 104, con nota di BENTIVOGLIO, L.M.: "Questione preliminare e validità di un matrimonio poligamico ai fini di una successione *mortis causa*"). In Italia, un avallo alla tesi dell'ordine pubblico attenuato si rinviene nelle motivazioni di Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, in *Giust. civ.*

un po' come avviene in materia contrattuale con le nullità di protezione, anche l'ordine pubblico di protezione opererà in maniera necessariamente relativa³¹.

Del resto, nelle questioni internazionalprivatistiche, quali ad oggi sono quelle in discorso, ciò che viene in rilievo è la valutazione in concreto degli specifici effetti che si voglia far valere nel nostro ordinamento, e non un impossibile controllo sull'assetto degli istituti di un altro. Non si tratta, in altre parole, di eventualmente strutturare una diversa regolazione della poligamia che la adegui al costituzionalismo dei diritti umani, problema che si è posto semmai in altri contesti in cui essa appartiene agli ordinamenti interni, ancorché più o meno separati, non degli immigrati bensì degli abitanti originari del Paese³². Si tratta piuttosto di

1999, 10, p. 2695, con nota di DI GAETANO, L.: "I diritti successori del coniuge superstite di un matrimonio poligamico. Questione preliminare e validità nel nostro ordinamento dell'unione poligamica", che pure si riferisce ad una questione ereditaria connessa non già all'immigrazione, ma ad una vicenda che ricorda piuttosto quello che era stato il madamato coloniale. Più di recente, anche lo stesso Trib. Funzione Pubblica UE, 1° luglio 2010, F-45/07, caso *Mandt c. Parlamento europeo*, ha ammesso il riparto della pensione di reversibilità tra le due vedove di un funzionario europeo poligamo.

- 31 La IX Commissione dell'*Institut de droit international*, nella sessione tenutasi a Cracovia il 25 agosto 2005, ha adottato una Risoluzione (*rapporteur* P. Lagarde) in cui si legge che "*Les Etats ne devraient pas opposer l'ordre public à la reconnaissance de la validité de principe d'unions polygamiques célébrées dans un Etat admettant la polygamie*". In ambito O.N.U., il Comitato per l'Eliminazione delle Discriminazioni contro le Donne, nella Raccomandazione n. 21, approvata in esito alla 13° sessione del 17 gennaio – 4 febbraio 1994, aveva auspicato che i matrimoni poligamici venissero *discouraged or prohibited* (cfr. DELLER ROSS, S.: *Polygyny as a Violation of Women's Right to Equality in Marriage: An Historical, Comparative and International Human Rights Overview*, in *Delhi L. Rev.*, 2002, pp. 22-40), ma con la Raccomandazione del 30 ottobre 2013, n. 29, preso atto che essi continuano ad esistere in molti Stati ed a coinvolgere molte donne, ha precisato che "*with regard to women in existing polygamous marriages, States parties should take the necessary measures to ensure the protection of their economic rights*". L'ambiguità che l'argomentazione fondata sui diritti umani può assumere in tema di poligamia è peraltro riemersa, ancor più di recente, quando esponenti di *Human Rights Watch* hanno criticato la nuova *Monogamy Law* birmana, in quanto parte delle *Race and Religion Protection Laws*, una serie di iniziative promosse da un governo influenzato dal fondamentalismo buddhista, ed intese a discriminare da vari punti di vista la minoranza musulmana (YADANA ZAW, H.: "*Myanmar's president signs off on law seen as targeting Muslims*", in www.reuters.com, 31 agosto 2015).
- 32 Il caso più significativo è quello rappresentato del nuovo costituzionalismo del Sudafrica *post-apartheid*, che ha di recente iniziato a confrontarsi con le problematiche dell'incidenza dei principi della Carta sui rapporti inter-privati. Poco dopo l'avvento del nuovo sistema, con il *Recognition of Customary Marriages Act 120 of 1998*, in nome del rispetto delle diversità culturali, sono stati riconosciuti effetti giuridici alla poligamia tipica di quei diritti tribali cui era stato negato ogni valore sotto il passato regime, e praticata tra gli altri anche dal presidente J. Zuma, ma tale riconoscimento è stato condizionato all'approvazione giudiziale di un contratto prematrimoniale destinato a regolare gli aspetti patrimoniali in maniera equa per tutte le parti (cfr. KRUISE, H., SLOTH-NIELSEN, J.: "*Sailing between Scylla and Charybdis: Mayelane v Ngenyama*", in *Potchefstroom Electronic L. J.*, 2014, 4, pp. 1710-1738). Sono rimasti invece esclusi da tale normativa i matrimoni poligamici delle comunità musulmane o induiste, immigrate da tempo nel Paese, con riferimento ai quali la giurisprudenza ha elaborato soluzioni sostanzialmente analoghe a quelle europee, mentre, in maniera solo in apparenza paradossale, sono proprio i movimenti islamo-femministi a richiederne un riconoscimento legale che consenta di imporre anche a tali unioni il rispetto dei principi costituzionali di eguaglianza (cfr. VAN DER VYVER, J.D.: "*Multi-tiered marriages in South Africa*", in *Marriage and Divorce in a Multicultural Context*, cit., pp. 203-213). Peraltro, va osservato che con il *Civil Union Act 17 of 2006*, in seguito ad un monito della Corte Costituzionale ed in nome del principio di non discriminazione, nel medesimo ordinamento sono state introdotte le unioni *same-sex*, per cui il Sudafrica è diventato forse l'unico Paese al mondo a conoscere un, sia pur parziale, riconoscimento normativo sia della poligamia che delle coppie omosessuali. Beninteso, un analogo problema di determinare il regime costituzionalmente adeguato di un'ipotetica poligamia domestica si porrebbe anche altrove, qualora venissero accolte le istanze di quanti, come i Mormoni americani, qualche comunità islamica europea ed i fautori del cosiddetto poliamore, tendono a voler dedurre dall'ormai realizzatosi riconoscimento delle unioni *same-sex* la necessità di trattare analogamente pure queste ulteriori modalità di rapporto familiare (cfr. RIZZUTI, M.: op. cit., pp. 165-178; nonché GRANDE, E., PES, L., a cura di: *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, 2018). Del resto, già oggi nei Paesi Bassi il *Samelivingscontract* può essere stipulato anche da tre o più persone dell'uno e/o dell'altro sesso, mentre le prassi notarili sudamericane hanno ritenuto ricevibile l'atto

considerare gli effetti riflessi di un istituto pur sempre retto da ordinamenti esterni cui tale adeguamento non si può comunque imporre.

IV. IL CASO DEL RIPUDIO.

Le medesime coordinate sistematiche possono guidarci anche nell'analisi delle, per certi aspetti analoghe, questioni attinenti allo scioglimento dei rapporti matrimoniali. In tale ambito, il profilo che genera in concreto le maggiori problematiche, notoriamente, è quello del ripudio stragiudiziale islamico.

Secondo un'impostazione tradizionale, anche in questo caso, il radicale contrasto di ogni effetto dell'istituto con l'ordine pubblico sarebbe risultato evidente, in quanto un altro di quei caratteri essenziali dell'unico modello familiare ammissibile, la cui difesa rappresentava di per sé un valore, era per l'appunto l'indissolubilità, o, successivamente, quanto meno una dissolubilità necessariamente controllata, e contrastata, in sede giudiziale.

Oggi, però, è l'ordinamento interno di molti Paesi europei ad ammettere forme di divorzio consensuale stragiudiziale³³, mentre anche quello giudiziale finisce per fondarsi essenzialmente sulla mera volontà del soggetto istante³⁴. Diviene quindi difficile continuare a sostenere che il divorzio privato sia in quanto

costitutivo di una *união poliafetiva* (cfr. "Three-person civil union sparks controversy in Brazil", in www.bbc.com, 28 agosto 2012) o di una "triejá" ("Tres hombres se casaron legalmente en Colombia: así es la primera triejá del país", in <https://cnnespanol.cnn.com>, 13 giugno 2017).

33 Per l'Italia il riferimento è agli artt. 6 e 12 del d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante misure di "degiurisdizionalizzazione", convertito con modifiche in l. 10 novembre 2014, n. 162, in base ai quali la separazione consensuale o il divorzio congiunto, o la modifica delle relative condizioni, possono prodursi anche per effetto di un accordo negoziato dai coniugi con l'assistenza di un avvocato per parte, oppure di un atto dei coniugi ricevuto dall'ufficiale di stato civile: cfr., per tutti, PATTI, S.: "The privatization of the divorce in Italy", in *Familia*, 2017, 2, p. 155 ss. Altri Stati europei che conoscono forme di divorzio privato sono Francia, Spagna, Portogallo, Belgio, Romania, Lettonia, Estonia (cfr. BUFFONE, G.: "La Corte di Giustizia sui divorzi privati", in www.ilcaso.it, 3 gennaio 2018). Ci sembra significativo osservare come la diffusione dei divorzi privati, e perciò "facili" e "rapidi", sia dipesa anche dalla concorrenza tra gli ordinamenti europei: com'è noto, la degiurisdizionalizzazione italiana ha fatto seguito alla presa d'atto della sempre più ampia diffusione della prassi di prendere residenze più o meno fittizie in altri Paesi comunitari, allo scopo di ottenere il divorzio consensuale senza attendere i tempi della giustizia interna, grazie anche all'assistenza di agenzie professionalmente dedite a tali attività. Poco dopo, infatti, sono stati ridotti pure i tempi del divorzio con la l. 6 maggio 2015, n. 65, e persino l'ordinamento canonico ha introdotto con il *Motu proprio* "Mitis Iudex Dominus Iesus", 15 agosto 2015, quello che a livello giornalistico è ormai noto come "l'annullamento breve".

34 Tale interpretazione dell'art. 151 c.c. è ormai sostanzialmente pacifica nella giurisprudenza italiana: cfr., ex multis, Cass., 29 aprile 2015, n. 8713, in www.altalex.com, in cui si spiega il concetto di intollerabilità della convivenza in termini di "fatto psicologico squisitamente individuale" e di "disaffezione al matrimonio di una sola delle parti". Nell'analisi comparatistica si parla di una generale tendenza al passaggio da un primo modello di divorzio ammissibile soltanto come sanzione per l'inadempimento ai doveri coniugali, ormai abbandonato da tutti i Paesi europei, ad uno successivo di divorzio *no-fault* come rimedio conseguente all'accertamento giudiziale di una crisi del rapporto, che a J. Carbonnier appariva però già troppo simile ad un ripudio incompatibile con i valori occidentali, ed infine ad un divorzio *on demand*, rimesso cioè alla mera volontà delle parti, da esprimere in sede giudiziale o stragiudiziale, diffusosi a partire dalla riforma svedese del 1973, adottata del resto anche per l'influsso che sui socialisti scandinavi esercitava il modello sovietico: cfr. ANTOKOLSKAIA, M.: op cit., pp. 315-342.

tale sempre incompatibile con l'ordine pubblico³⁵: di recente il tema è stato portato all'attenzione dei giudici europei, da parte di quelli di uno Stato che tale istituto non conosce, ma la sentenza ha finito per evitare di pronunciarsi sul merito della questione, ritenendola estranea all'ambito di applicazione dei regolamenti comunitari in materia di separazione e divorzio³⁶.

La contrarietà all'ordine pubblico va quindi semmai nuovamente argomentata con riferimento all'eguaglianza di genere, in quanto nei sistemi giuridici in discorso la libertà di ripudio è un privilegio maritale, mentre il divorzio su richiesta della moglie è incomparabilmente più difficile da conseguire³⁷. La distanza dalle argomentazioni

35 Tra le pronunzie italiane che hanno affrontato il tema dopo la degiurisdizionalizzazione si possono vedere App. Venezia, 9 aprile 2015, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, p. 1029 ss., con nota di VANIN, O., ed App. Roma, 12 dicembre 2016, in *Dir. fam. e pers.*, 2017, p. 347 ss., con nota di VIRGADAMO, P., le quali, in accoglimento di quanto sostenuto dalle mogli ripudiate, hanno entrambe negato la riconoscibilità delle sentenze straniere che avevano accertato, sulla base del diritto islamico, l'avvenuto ripudio e che sono state ritenute in contrasto con l'ordine pubblico soprattutto in ragione dell'impossibilità per le donne interessate di esercitare il diritto di difesa nei relativi procedimenti. L'esito è condivisibile, ma convince assai meno il richiamo tratteggiato che troviamo nella seconda pronunzia ad un preteso principio di dissolubilità del matrimonio soltanto in seguito all'accertamento del disfacimento della comunione di vita familiare, evidentemente smentito dalle norme del 2014, in base alle quali lo scioglimento consensuale del vincolo può benissimo aversi anche in mancanza di un siffatto accertamento da parte di qualsivoglia autorità.

36 Il riferimento è a Corte giust. UE, 20 dicembre 2017, C-372/16, *S. Sahyouni c. R. Mamisch*, secondo la quale: "l'articolo 1 del regolamento (UE) n. 1259 del 2010 del Consiglio, del 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale va interpretato nel senso che il divorzio risultante da una dichiarazione unilaterale di uno dei coniugi dinanzi a un tribunale religioso, come quello oggetto del procedimento principale, non ricade nella sfera di applicazione ratione materiae di detto regolamento". Un siffatto esito della vicenda potrebbe generare peraltro, come una sorta di effetto collaterale, dei significativi dubbi sulla circolazione a livello europeo dei divorzi degiurisdizionalizzati. La questione era stata sollevata dall'Oberlandesgericht München, di fronte al caso di una famiglia immigrata dalla Siria, ove vige il ripudio islamico, in Germania, dove non è prevista nessuna forma di divorzio privato: il rimettente chiedeva alla Corte Europea "se il consenso al divorzio prestato dal coniuge discriminato – anche mediante la sua accettazione di prestazioni compensative – costituisca già un motivo per disapplicare" il ricordato art. 10 del reg. 1259 del 2010, proponendo in sostanza di ritenere accettabile in siffatte circostanze l'efficacia del divorzio privato siriano, e nel procedimento in sede comunitaria il governo tedesco, nonché ovviamente il marito ripudiante (che in Siria aveva già versato alla donna accettante circa ventimila dollari americani), argomentavano in favore di una risposta affermativa al quesito, mentre la Commissione, i governi francese, ungherese e portoghese, nonché l'Avvocato Generale della stessa Corte, nelle conclusioni rassegnate il 14 settembre 2017, si esprimevano in senso contrario.

37 Secondo il diritto islamico classico al marito è sufficiente pronunciare tre volte la formula del *talaq*, cioè "divorzio da te", a prescindere dalla volontà, ed in certi casi persino dalla conoscenza, della comparte, per sciogliere il vincolo matrimoniale, senza necessità alcuna di motivazione né tantomeno di intervento giudiziale: l'istituto ricorda senz'altro il più antico assetto del ripudio nella legge mosaica (*Deuteronomio*, 24,1-4), ma si potrebbe ipotizzare un confronto pure con i meccanismi di libera dissolubilità matrimoniale tipici del diritto romano classico (cfr. GIUNTI, P., *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004, e AGNATI, U., *Profili giuridici del repudium nei secoli IV e V*, Napoli, 2017), rispetto ai quali una sorta di punto di congiunzione parrebbe rappresentato dai progetti di quegli umanisti quattrocenteschi, antipapali e turcofilo, che propugnarono anche un ripristino dell'istituto (cfr. CAVINA, M.: *Maometto Papa e Imperatore*, Roma-Bari, 2018, p. 52). Alla donna islamica, invece, non è riconosciuto alcun potere di ripudio, a meno che col contratto nuziale non fosse stato il marito a concederle il potere di sciogliere unilateralmente il vincolo, ed anche le possibilità di ottenere il divorzio in sede giudiziale sono assai limitate, per cui l'unica chance concreta potrebbe essere quella di "riscattarsi", restituendo quanto ricevuto al tempo delle nozze e rinunziando ad ogni altra pretesa economica. Appare dunque certamente poco convincente l'argomentazione di App. Cagliari, 16 maggio 2008, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 647, nella parte in cui sostiene che il *talaq* non sarebbe lesivo dell'eguaglianza di genere in quanto il diritto islamico riconosce anche alla donna la possibilità di un divorzio unilaterale: ciò non toglie che, nel caso di specie, l'esito della vicenda in un senso favorevole al marito ripudiante risulti alla fine condivisibile, se si considera che la ex moglie non si era opposta né in Egitto al ripudio né in Italia al suo riconoscimento, contestato solo dal Pubblico Ministero, ed era nel frattempo peraltro convolata a nuove nozze, per cui non si vede quale effetto concreto contrastante con l'ordine pubblico si sarebbe mai potuto produrre.

precedentemente adottate è qui forse ancor più evidente che nell'ipotesi della poligamia: basti considerare che alcune delle prime pronunzie sulla contrarietà del ripudio all'ordine pubblico si erano riferite a sistemi, come quello sovietico, in cui, tutt'al contrario, il principio dell'eguaglianza coniugale si era affermato ben prima che nel nostro³⁸.

Se dunque la prospettiva odierna deve essere quella dell'ordine pubblico di protezione, occorrerà ancora una volta relativizzare l'operatività della clausola in modo da funzionalizzarla a tale obiettivo. Così, la si potrebbe utilmente impiegare contro il ripudiante che faccia valere lo scioglimento del matrimonio per sottrarsi all'adempimento di doveri nascenti dalla qualità di coniuge, oppure, in un'ipotesi di ancor più netta collisione col principio di eguaglianza coniugale, contro il marito che voglia impedire alla moglie di chiedere il divorzio in Europa richiamandosi alla legge personale del Paese d'origine. Non avrebbe però alcun senso opporre un'eccezione di contrasto con l'ordine pubblico alla moglie che invochi ella stessa la condizione di ripudiata, per far valere la propria libertà di stato ai fini di nuove nozze³⁹ oppure per attivare tutele patrimoniali che presuppongano il divorzio, in base alla legge applicabile oppure ad accordi prematrimoniali a loro volta, se del caso, riconoscibili⁴⁰. Tantomeno ci parrebbe accettabile che possa essere lo stesso

38 Cass., 17 marzo 1955, n. 789, in *Giust. civ.*, 1955, I, p. 1654, sancì la contrarietà all'ordine pubblico di un ripudio sovietico, pronunziato dunque nel contesto di un ordinamento che riconosceva ad entrambi i coniugi il potere di sciogliere liberamente con un atto privatistico il vincolo matrimoniale.

39 Riterremmo, insomma, oggi del tutto inaccettabile l'esito di una pronunzia come quella del Trib. Milano, 21 settembre 1967, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 403, che aveva rigettato la richiesta di riconoscimento dello stato libero, in conseguenza di un ripudio intervenuto secondo la legge iraniana, benché fosse stata presentata dalla stessa moglie ripudiata. Precisiamo che l'elemento decisivo deve essere per l'appunto la direzione dell'effetto che del ripudio venga invocato in Europa, e non tanto l'eventuale acquiescenza che in patria fosse stata eventualmente prestata allo stesso. A nostro avviso, infatti, un'eccezione di contrasto con l'ordine pubblico sarebbe fondatamente opponibile nei confronti del marito che faccia valere gli effetti di un ripudio "accettato" in un contesto di immaginabili pressioni sociali e familiari, ma certamente non lo sarebbe nei confronti della donna che faccia valere la propria libertà di stato in seguito ad un ripudio subito in patria nonostante una sua, ove ammessa, manifestazione di dissenso.

40 Viene in particolare rilievo l'istituto, tipico degli ordinamenti islamici, del *mahr*: si tratta di un'attribuzione patrimoniale della quale il contratto nuziale prevede un versamento ripartito in due fasi: una prima quota al momento dello spotalizio ed una seconda, spesso più sostanziosa, in un tempo successivo. Di solito, tale ulteriore momento coincide con lo scioglimento del matrimonio, per morte o per divorzio, e quindi il pagamento del *mahr* può, nel primo caso, compensare la debolezza della posizione ereditaria della vedova, in una società in cui peraltro è più frequente la premorienza del marito date le forti differenze di età tra i nubendi, oppure, nel secondo caso, rimediare alla sostanziale assenza di un obbligo di mantenimento in favore della donna divorziata, che gode di tale diritto solo per pochi mesi, oltre che rappresentare un efficiente disincentivo economico ad un esercizio troppo disinvolto del potere di ripudio maritale. Sul problema della *enforceability* di tali contratti nell'ambito degli ordinamenti europei cfr. DIAGO DIAGO, M.: "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", in *Annales Droit Louvain*, 2001, p. 407 ss.; MEHDI, R.: "Danish Law and the practice of Mahr among Muslim Pakistanis in Denmark", in *Int. J. of the Sociology of Law*, 2003, pp. 115-129; JINDANI, M.: "The Concept of Mahr (Dower) in Islamic Law: The Need of Statutory Recognition by English Law", in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online*, 2004, pp. 219-227; WÜRMINST, W.: "Die Brautgabe im Bürgerlichen Recht", in *FamRZ*, 2005, pp. 1878-1885; Id.: "Die Mär von der mahr - Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen", in *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, pp. 527-558; SAYED, M.: "The Muslim Dower (Mahr) in Europe -With special reference to Sweden", in BOELE-WOELKI, K., SVERDRUP, T., a cura di: *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp-Oxford, 2008, p. 187 ss.; JONES-PAULY, C.: "Marriage contracts of Muslims in the Diaspora: Problems in the recognition of mahr contracts in German Law", in QURAIISHI, A., VOGEL, F.E., a cura di: *The Islamic Marriage Contract. Case Studies in Islamic Family Law*, Cambridge MA, 2008, pp. 299-330; YASSARI, N.: "Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht", in *IPrax*, 2011, p. 63 ss.; BÜCHLER,

ripudiante a strumentalizzare la contrarietà all'ordine pubblico del proprio atto allo scopo di accampare diritti sui beni relitti in Europa dalla ex moglie deceduta.

Anche in tutte queste ipotesi, infatti, non si tratta di impostare un controllo sulla conformità della regolazione del ripudio islamico ai principi costituzionali, verifica che potrebbe certo condurre, ed in altri contesti ha condotto, ad una declaratoria di illegittimità⁴¹, bensì di considerare l'ammissibilità di determinati frammenti effettuali di una vicenda transnazionale, una parte essenziale della quale si svolge comunque in un contesto ordinamentale che resta al di fuori delle nostre possibilità di controllo. Il che non dovrebbe però condurci ad una soluzione di radicale diniego di tutela nei confronti delle sempre più numerose persone la cui esistenza si svolge in una dimensione che, per l'appunto, è ormai imprescindibilmente transnazionale.

A.: *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and Its Limits in European Family Laws*, London, 2011, p. 67 ss.; SPENCER, K.: "*Mahr as Contract: internal pluralism and external perspectives*", in *Oñati Socio-Legal Series*, 2011, v. 1, n. 2; SPORTEL, I.: "*Because it's an Islamic Marriage. Conditions upon marriage and after divorce in transnational Dutch-Moroccan and Dutch-Egyptian marriages*", in *Oñati Socio-Legal Series*, 2013, v. 3, n. 6; YASSARI, N.: *Die Brautgabe im Familienvermögensrecht*, Tübingen, 2014; GÜNTHER, U., HERZOG, M., MÜSSIG, S.: "*Researching Mahr in Germany: A Multidisciplinary Approach*", in *Review of Middle East Studies*, 2015, pp. 23-37; RIZZUTI, M.: "*Patti prematrimoniali, divorzi privati e multi-coniugalismo*", in LANDINI, S., PALAZZO, M., a cura di: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, I, pp. 337-354.

- 41 Risulta particolarmente significativo il caso dell'India, dove alla minoranza musulmana rimasta nel Paese nonostante la Partizione del 1947 è stato consentito di conservare il proprio statuto personale, di cui al *Muslim Personal Law (Shariat) Application Act, 1937*, sottraendosi, come del resto anche le comunità ebraica, zoroastriana e cristiana, all'applicazione del diritto di famiglia secolarizzato, entrato in vigore per la maggioranza della popolazione con la riforma del 1955. In tale peculiare contesto, la Supreme Court of India, 22 agosto 2017, *Shayara Bano vs. Union of India & Others*, con una pronuncia di portata storica, ha dichiarato incostituzionale quella parte dello statuto personale che ammette il ripudio istantaneo per triplo *talaq*. Nell'ambito europeo un'ipotesi paragonabile è rappresentata dalla situazione dei musulmani rimasti in Tracia Occidentale dopo lo scambio di popoli tra Grecia e Turchia del 1923, soggetti ad uno statuto personale di diritto islamico (cfr. TSAOUSSI, A., ZERVOGIANNI, E.: "*Multiculturalism and Family Law: the Case of Greek Muslims*", in *European Challenges in Contemporary Family Law*, cit., pp. 209-239; KATSIANA, C.: "*La condizione giuridica della minoranza musulmana in Grecia*", in *Jura Gentium*, 2009, 2, pp. 148-158; TSITSELIKIS, K.: "*Seeking to accommodate Shari'a within a Human Rights Framework: the Future of the Greek Shari'a Courts*", in *J. of L. & Religion*, 2012-13, 2, pp. 341-360; TSAVOUSOGLU, I.: "*The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace*", in *Oslo L. Rev.*, 2015, 3, pp. 241-262), che oggi rappresenta una mera opzione facoltativa, ma che, sino al 15 gennaio 2018, quando è entrata in vigore la legge 4511/2018, si applicava in via obbligatoria nella materia familiare e successoria, con gravi conseguenze, specie per le donne, tanto che CEDU, 19 dicembre 2018, *Molla Sali vs. Greece*, n. 20452/14, ha condannato il Paese ellenico per violazione del principio di non discriminazione di cui all'art. 14 della Convenzione, con riferimento al ricorso proposto, prima di tale riforma, da una vedova che per effetto di tale statuto aveva visto fortemente limitata la sua capacità di succedere in via testamentaria al defunto marito.

BIBLIOGRAFIA

AGNATI, U., *Profili giuridici del repudium nei secoli IV e V*, Napoli, 2017.

ALBERTARIO, E.: “*Honor matrimonii e affectio maritalis*”, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 195 ss.

ALBERTARIO, E.: “L'autonomia dell'elemento spirituale nel matrimonio e nel possesso romano-giustiniano”, in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 211 ss.

ALBERTARIO, E.: “Di alcuni riferimenti al matrimonio e al possesso in Sant'Agostino”, *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 229 ss.

ALBERTARIO, E.: “La definizione del matrimonio secondo Modestino”, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, Padova, 1933, p. 243 ss.

ALFIERI, F.: “*Sub ficto habitu virili*: identità, finzione e matrimonio fra le carte del Sant'Uffizio”, in *Studi in onore di S. Seidel Menchi*, Roma, 2011, pp. 161-174.

ALTHEIM, F.: *Deus invictus: le religioni e la fine del mondo antico*, Reinbek bei Hamburg, 1957, trad. it. Roma, 2007.

ANGELINI, F.: *Ordine pubblico e integrazione costituzionale europea*, Padova, 2007

ANTOKOLSKAIA, M.: *Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. A Tale of Two Millennia*, Antwerp-Oxford, 2006.

BADIALI, G.: *Ordine pubblico e diritto straniero*, Milano, 1963.

BARBA, V.: “L'ordine pubblico internazionale”, in PERLINGIERI, G., D'AMBROSIO, M.: a cura di, *Fonti, metodo e interpretazione*, Napoli, 2017, p. 409 ss.

BARILE, G.: *I principi fondamentali della comunità statale ed il coordinamento fra sistemi (l'ordine pubblico internazionale)*, Padova, 1969.

BENVENUTI, P.: *Comunità statale, comunità internazionale e ordine pubblico internazionale*, Milano, 1977.

BIN, R.: “La famiglia: alla radice di un ossimoro”, in *Studium Iuris*, 2000, p. 1066 ss.

BLUM, C.: *Strength in Numbers. Population, Reproduction, and Power in Eighteenth-Century France*, Baltimore, 2002.

BOELE-WOELKI, K., SVERDRUP, T., a cura di: *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp-Oxford, 2008.

BÜCHLER, A.: *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and Its Limits in European Family Laws*, London, 2011.

BUFFONE, G.: "La Corte di Giustizia sui divorzi privati", in www.ilcaso.it, 3 gennaio 2018.

CARNELUTTI, F.: "La parità dei coniugi e l'ordinamento giuridico italiano", in *Riv. dir. civ.*, 1961, p. 115 ss.

CAVINA, M.: *Maometto Papa e Imperatore*, Roma-Bari, 2018.

CASSIO DIONE, *Storia romana*.

CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, Roma, 1914, rist. Bologna 1978, con "Lettura" di SESTA, M.

COLAIANNI, N.: "Poligamia e principi del diritto europeo", in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2002, p. 231 ss.

DE NOVA, G.: "The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy: il contratto alieno", in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 3 ss.

DE NOVA, G.: *Il contratto alieno*, Torino, 2008.

DE NOVA, G.: "I contratti derivati come contratti alieni", in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 15-21.

DE NOVA, G.: "Il contratto alieno e le norme materiali", in *Riv. dir. priv.*, 2009, pp. 25-29.

DE NOVA, G.: *Il contratto: dal contratto atipico al contratto alieno*, Padova, 2011.

DE NOVA, G.: "The alien contract", in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 487 ss.

DELLER ROSS, S.: *Polygyny as a Violation of Women's Right to Equality in Marriage: An Historical, Comparative and International Human Rights Overview*, in *Delhi L. Rev.*, 2002, pp. 22-40.

DESAN, S.: "Qu'est-ce qui fait un père? Illégitimité et paternité de l'an II au Code civil", in *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, pp. 935-964.

DESAN, S.: *Family on Trial in Revolutionary France*, Berkeley, 2004.

DIAGO DIAGO, M.: "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", in *Annales Droit Louvain*, 2001, p. 407 ss.

ELIO LAMPRIDIO, *Historia Augusta, Vita di Elagabalo*.

EMANUELE, C.F.: "Prime riflessioni sul concetto di ordine pubblico nella legge di riforma del diritto internazionale privato italiano", in *Dir. fam.*, 1996, p. 326 ss.

FAYER, C.: *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari. Sponsalia matrimonio dote*, Roma, 2005.

FERACI, O.: *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2012.

FERRI, G.B.: *Ordine pubblico, buon costume e la teoria del contratto*, Milano, 1970.

FERRI, G.B.: "Le eguaglianze tra coniugi", in AA.VV.: *Eguaglianza morale e giuridica dei coniugi*, Napoli, 1975, pp. 335-347.

FITZPATRICK, D.: "Non-Christian Marriage", in *J. of the Society of Comparative Legislation*, 1900, pp. 359-387.

FURGIUELE, G.: *Libertà e famiglia*, Milano, 1979.

FUSARO, A.: "Una convenzione aliena per regolare i rapporti patrimoniali tra coniugi?", in *Riv. not.*, 2013, p. 859 ss.

GARAUD, M.: *La Révolution française et la famille*, Paris, 1978.

GENTILI, A.: "A proposito di De Nova: Il contratto. Dal contratto atipico al contratto alieno", in *Riv. dir. civ.*, 2012, p. 133 ss.

GIBBON, E.: *Decadenza e caduta dell'impero romano*, London, 1776-1789, trad. it., Milano, 2010.

GIUNTI, P.: *Consors vitae. Matrimonio e ripudio in Roma antica*, Milano, 2004.

GIUNTI, P.: "Il matrimonio romano tra *res facti* e regolamentazione legislativa", in *Civitas e Civilitas. Scritti in onore di F. Guizzi*, II, Torino, 2013, p. 879 ss.

GRANDE, E., PES, L., a cura di: *Più cuori e una capanna. Il poliamore come istituzione*, Torino, 2018.

GROSSI, P.: *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, 1998.

GUARNERI, A.: *L'ordine pubblico e il sistema delle fonti nel diritto civile*, Padova, 1974.

GÜNTHER, U., HERZOG, M., MÜSSIG, S.: "Researching Mahr in Germany: A Multidisciplinary Approach", in *Review of Middle East Studies*, 2015, pp. 23-37.

HRUZA, E.: *Beiträge zur Geschichte des griechischen und römischen Familienrechtes*, Erlangen-Leipzig, 1894.

JINDANI, M.: "The Concept of Mahr (Dower) in Islamic Law: The Need of Statutory Recognition by English Law", in *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law Online*, 2004, pp. 219-227.

JONES-PAULY, C.: "Marriage contracts of Muslims in the Diaspora: Problems in the recognition of mahr contracts in German Law", in QURAISHI, A., VOGEL, F.E., a cura di: *The Islamic Marriage Contract. Case Studies in Islamic Family Law*, Cambridge MA, 2008, pp. 299-330

JOOPKE, C.: "Multiculturalism by Liberal Law. The Empowerment of Gays and Muslims", in *European J. of Sociology*, 2017, 1, pp. 1-32.

KATSIANA, C.: "La condizione giuridica della minoranza musulmana in Grecia", in *Jura Gentium*, 2009, 2, pp. 148-158.

KRUUSE, H., SLOTH-NIELSEN, J.: "Sailing between Scylla and Charybdis: Mayelane v Ngwenyama", in *Potchefstroom Electronic L.J.*, 2014, 4, pp. 1710-1738.

LONARDO, L.: *Ordine pubblico e illiceità del contratto*, Napoli, 1993.

LONGO, O.: *L'universo dei Greci. Attualità e distanze*, Padova, 2000.

MAZZARINO, S.: *L'impero romano*, Roma-Bari, 1995.

MEHDI, R.: "Danish Law and the practice of Mahr among Muslim Pakistanis in Denmark", in *Int. J. of the Sociology of L.*, 2003, pp. 115-129.

MORTATI, C.: *La Costituzione di Weimar*, Firenze 1946.

MOSCONI, F.: "Qualche considerazione sugli effetti dell'eccezione di ordine pubblico", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 5-14.

MULLIEZ, J.: "Révolutionnaires, nouveaux pères? Forcément nouveaux pères! Le droit révolutionnaire de la paternité", in AA.VV.: *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?*, Actes du colloque d'Orléans, I, Paris, 1988, p. 373 ss.

NICHOLS, J.A., a cura di: *Marriage and Divorce in a Multicultural Context. Multi-Tiered Marriage and the Boundaries of Civil Law and Religion*, Cambridge MA, 2012

PALADIN, L.: "Ordine pubblico", in *Noviss. Dig. It.*, Torino, 1965, XII, p. 130 ss.

PALAIÀ, N.: *L'ordine pubblico internazionale*, Padova, 1974.

PANZA, G.: "Ordine pubblico, Teoria generale", in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1990, p. I ss.

PATTI, S.: "The privatization of the divorce in Italy", in *Famiglia*, 2017, 2, p. 155 ss.

PERLINGIERI, P.: "Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico", in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furguele*, Mantova, 2017, I, p. 355 ss.

PHILLIPS, R.: *Putting Asunder. A History of Divorce in Western Society*, New York, 1988.

RIZZUTI, M.: *Il problema dei rapporti familiari poligamici. Precedenti storici e attualità della questione*, Napoli, 2016.

RIZZUTI, M.: "Patti prematrimoniali, divorzi privati e multi-coniugalismo", in LANDINI, S., PALAZZO, M., a cura di: *Accordi in vista della crisi dei rapporti familiari*, in *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*, 2018, I, pp. 337-354.

ROSELLI, O.: "Libertà e famiglia. Oltre i recinti disciplinari: sensibilità costituzionalistica di un civilista", in *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni. Scritti in onore di G. Furguele*, Mantova, 2017, II, pp. 211-217.

SAADA, L.: "Les interventions de Napoléon Bonaparte au Conseil d'État sur les questions familiales", in *Napoleonica*, 2012, 2, p. 46 ss.

SANTORO PASSARELLI, F.: "Il governo della famiglia", in *Iustitia*, 1953, p. 377 ss.

SARTORI, F.: "Divagazioni in tema di causa del contratto municipale (alieno derivato)", in *Studi in onore di G. De Nova*, Milano, 2015, IV, p. 2745 ss.

SEGALEN, M., MARTIAL, A.: *Sociologie de la famille*, Paris, 1981.

SIRENA, P.: "Il contratto alieno del diritto comune europeo della vendita (CESL)", in *Studi in onore di G. De Nova*, Milano, 2015, IV, p. 2819 ss.

SOLAZZI, S.: *Consortium omnis vitae*, in *Annali della R. Università di Macerata*, 1929, p. 27 ss.

SPENCER, K.: "Mahr as Contract: internal pluralism and external perspectives", in *Oñati Socio-Legal Series*, 2011, v. 1, n. 2

SPOTEL, I.: "Because it's an Islamic Marriage. Conditions upon marriage and after divorce in transnational Dutch-Moroccan and Dutch-Egyptian marriages", in *Oñati Socio-Legal Series*, 2013, v. 3, n. 6.

STARKWEATHER, K.E., HAMES, R.: *A Survey of Non-Classical Polyandry*, in *Human Nature*, 2012, pp. 149-172.

TARELLO, G.: *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

TSAVOUSOGLOU, I.: "The Legal Treatment of Muslim Minority Women under the Rule of Islamic Law in Greek Thrace", in *Oslo L. Rev.*, 2015, 3, pp. 241-262.

TSITSELIKIS, K.: "Seeking to accommodate Shari'a within a Human Rights Framework: the Future of the Greek Shari'a Courts", in *J. of L. & Religion*, 2012-13, 2, pp. 341-360.

UNGARI, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia (1796-1942)*, Bologna, 1974.

VERJUS, A.: *Il buon marito. Politica e famiglia negli anni della Rivoluzione francese*, Paris, 2010, trad. it., Bari, 2012.

VOLTERRA, E.: *La conception du mariage d'après les juristes Romains*, Padova, 1940.

VOLTERRA, E.: "Matrimonio (diritto romano)", in *Enc. Dir.*, Milano, 1975, p. 726 ss.

VOLTERRA, E.: "Precisazioni in tema di matrimonio classico", in *Bull. Ist. Dir. Rom.*, 1975, p. 245 ss.

YASSARI, N.: "Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions - und Sachrecht", in *IPrax*, 2011, p. 63 ss.

YASSARI, N.: *Die Brautgabe im Familienvermögensrecht*, Tübingen, 2014

WURMNEST, W.: "Die Brautgabe im Bürgerlichen Recht", in *FamRZ*, 2005, pp. 1878-1885

WURMNEST, W.: "Die Mär von der mahr - Zur Qualifikation von Ansprüchen aus Brautgabevereinbarungen", in *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 2007, pp. 527-558

ZACHARIAE VON LINGENTHAL, K.S.: *Manuale del diritto civile francese*, rimaneggiato da CROME, C., e tradotto in italiano da BARASSI, L., Milano, 1907-1909.

ZANETTI, G.: "La regola del gusto nel dibattito LGBT", in *Genus*, 2018, 1, p. 63 ss.

ZERVOGIANNI, E.: "Multiculturalism and Family Law: the Case of Greek Muslims", in *European Challenges in Contemporary Family Law*, cit., pp. 209-239

THE DIVORCE ALLOWANCE IN ITALY, BETWEEN RULES
AND PRINCIPLES

*LA PENSIÓN DE DIVORCIO EN ITALIA: ENTRE NORMAS Y
PRINCIPIOS*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10, febrero 2019, ISSN: 2386-4567, pp. 628-643



Vincenzo
BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 7 de mayo de 2018

ARTÍCULO APROBADO: 11 de octubre de 2018

RESUMEN: La ley italiana reconoce el derecho a una pensión de divorcio en favor del cónyuge que carezca de “medios adecuados”. El significado de tal expresión, originariamente interpretada por las Secciones Unidas de la Corte de Casación en 1990 como una carencia de recursos necesarios para mantener el nivel de vida del que se disfrutaba durante el matrimonio, ha sido, sin embargo, reinterpretado por la Casación en 2017, en el sentido de entenderla referida a la ausencia de recursos indispensables para garantizar la independencia o autosuficiencia económica. En el trabajo el autor comparte esta última orientación y aclara que la nueva interpretación es coherente con los valores y los principios del ordenamiento italiano. Ofrece, además, argumentos en apoyo de tal orientación y espera que las Secciones Unidas puedan confirmarla.

PALABRAS CLAVE: cónyuges, divorcio, pensión de divorcio; principio de solidaridad, independencia económica, efectos y medidas en caso de divorcio.

ABSTRACT: *Italian law gives the right to a maintenance allowance to the spouse who does not have “mezzi adeguati”. The assumption consisting in the “mancanza di mezzi adeguati”, originally understood by the Joint Sections of the Italian Cassation of 1990 as a lack of resources to maintain the standard of living enjoyed during the marriage, was understood by the Court of Cassation in 2017 as a lack of resources of guaranteeing independence or economic self-sufficiency. In the essay, the author shares this new approach and clarifies that the new interpretation is consistent with the principles and values of the Italian legal system. The author therefore offers arguments to support this new interpretation and hopes that the Joint Sections of the Italian Cassation confirm this interpretation.*

KEY WORDS: *Spouses, divorce, maintenance allowance, family solidarity, standard of living, economic independence.*

SUMARIO.- I. INTRODUCTION.- II. THE INTERPRETATION OF THE EXPRESSION “MANCANZA DI MEZZI ADEGUATI”, CONTAINED IN THE ART. 5, PARAGRAPH 6, L. DIV., IN ITALIAN JURISPRUDENCE.- III. THE REASONS SUPPORTING THE NEW INTERPRETATION.

I. INTRODUCTION.

After a long season started, substantially in 1987, with the amendment of the Italian law on divorce, and continued until May 2017, during which it never seemed to question that the divorce allowance was due by the economically stronger spouse to support of the economically weaker spouse, to allow the last to benefit from the same standard of living enjoyed during the marriage, the question was placed at the centre of a lively debate.

The destabilization phase opened with the famous sentence of the Supreme Court n. 11504 of 10 May 2017¹, which has finally marked the abandonment of this interpretation, offering a new and acceptable reading of the provision pursuant to art. 5, paragraph 6, l. div.

According to this ruling the divorce allowance is not due if and when one of the spouses did not have adequate means to maintain the same standard of living enjoyed during the marriage, but if and only one of the spouses was economically self-sufficient.

The prerequisite for obtaining the divorce allowance indicated in art. 5, paragraph 6, l. div. and consisting in the ‘lack of adequate means’, it was originally

¹ Cass., 10 May 2017, n. 11504, in *Giustiziacivile.com*, 27.11.2017, with comment by BARBA, V.: “Assegno divorzile e indipendenza economica del coniuge. Dal diritto vivente al diritto vigente”; in *Fam. dir.*, 2017, p. 636 ss., with comment by AL MUREDEN, E.: “L’assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale”, *ivi*, p. 642 ss.; in *Quotidiano giur.*, 2017, 7 ss., with comments by TOMMASEO, F.: “La Prima Sezione sui criteri per stabilire an e quantum dell’assegno divorzile: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione?”, and by SCALERA, A.: “Assegno divorzile: l’indipendenza economica del coniuge è il nuovo parametro di riferimento”; in *Dir. succ. fam.*, 2017, 3, with comment by VITERBO, F.: “L’an e il quantum dell’assegno di divorzio: una valutazione da effettuare in concreto”; in *Foro it.*, 2017, I, c. 1859 ss., with comments by CASABURI, G.: “Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c’è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico”, and by BONA, C.: “Il revirement sull’assegno divorzile e gli effetti sui rapporti pendenti”, as well as by MONDINI, A.: “Sulla determinazione dell’assegno divorzile la sezione semplice decide in autonomia. Le ricadute della pronuncia sui giudizi di attribuzione e sui ricorsi per revisione dell’assegno”. See also BIANCA, C.M.: “L’ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?”, in *Giustiziacivile.com.*, 15 May 2017; SPADAFORA, A.: “Il nuovo assegno di divorzio e la misura della solidarietà post affettiva”, in *Giustiziacivile.com.*, 25 July 2017; LUCCIOLI, G.: “La sentenza sull’assegno di divorzio. Il nuovo che sa tanto di vecchio”, in *Giudicedonna.it*, 1/2017, p. 1 ss.

intended as a lack of sufficient resources to maintain the standard of living enjoyed during the marriage, whereas, now, it is understood as lacking sufficient resources to guarantee independence or economic self-sufficiency.

The revolution is Copernican and allows, from my point of view, not only to implement the principles and fundamental values of our system of regulations, but above all to overcome aberrant situations that practice has put under the eyes of all. Spouses obliged to pay disproportionate divorce allowances in respect of other ex-spouses who, for the sole emulative purpose, deliberately chose not to work, lived in the shadows new sentimental stories, fictitiously renounced their maternal or paternal inheritance and adopted vulgar stratagems for the sole purpose of preserving the maintenance allowance, which they allowed, without any work commitment, to maintain, parasitically, the standard of living enjoyed in marriage.

To understand the reasons for this profound change and understand the reason for this ferment around the problem that involved the legislator, the judges of the Supreme Court and many of the Italian jurists, it is necessary briefly to retrace the history of this discipline.

II. THE INTERPRETATION OF THE EXPRESSION “MANCANZA DI MEZZI ADEGUATI”, CONTAINED IN THE ART. 5, PARAGRAPH 6, L. DIV., IN ITALIAN JURISPRUDENCE.

The history of this theme begins in 1987, when the law n. 74 modifies the art. 5, l. divorce². It is precisely because of this important change that the discipline of the c.d. Divorcee check changes the physiognomy, since it is established, differently to the past, that the divorce allowance is due only when one of the spouses “does not have adequate means or in any case cannot obtain them for objective reasons”.

From here a serious and wide debate opens up, since it was necessary to establish what the legislator intended with this expression.

2 The text of the art. 5, paragraph 4, l. div., before the modification made by the art. 10 of the l. March 6, 1987, n. 74, was formulated as follows: con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone, tenuto conto delle condizioni economiche dei coniugi e delle ragioni della decisione, l'obbligo per uno dei coniugi di somministrare a favore dell'altro periodicamente un assegno in proporzione alle proprie sostanze e ai propri redditi. Nella determinazione di tale assegno il giudice tiene conto del contributo personale ed economico dato da ciascuno dei coniugi alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di entrambi. Su accordo delle parti la corresponsione può avvenire in un'unica soluzione”. After the modification made by the l. 74/1987, this discipline, now contained in paragraph 6 of the art. 5 l. div., has the following content: “Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale, tenuto conto delle condizioni dei coniugi, delle ragioni della decisione, del contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, del reddito di entrambi, e valutati tutti i suddetti elementi anche in rapporto alla durata del matrimonio, dispone l'obbligo per un coniuge di somministrare periodicamente a favore dell'altro un assegno quando quest'ultimo non ha mezzi adeguati o comunque non può procurarseli per ragioni oggettive”.

At first glance, the change seemed to have a limiting function: whereas before the divorce allowance, taking into account the parameters indicated, seemed always and in any case due to the economically stronger spouse in favour of the economically weaker spouse, after the change made in 1987 it seems that the divorce is due only when a spouse does not have adequate means.

This more restrictive interpretation is substantially followed by one of the first decisions of the Court of legitimacy that expresses itself on the point. In 1990 the Court of Cassation³ affirms that the divorce allowance has a mere welfare function and therefore “la valutazione relativa all’adeguatezza dei mezzi economici del richiedente va [...] compiuta conformandola non al tenore di vita da questi goduto durante il matrimonio, ma ad un modello di vita ritenuto economicamente autonomo e dignitoso, quale, nei casi singoli, configurato dalla coscienza sociale”. Furthermore, the Cassation states that this interpretation should have served, on the one hand, to avoid dragging the consequences of assets connected or dependent on a definitively extinguished legal relationship and, on the other hand, to free the conjugal condition from exclusively patrimonial connotations, which could de-empowering the beneficiary, not encouraging him to realize his personality with his work⁴.

Although this interpretation was widely shared and in clear line with the changed discipline on the divorce, the cultural resistance to such a change of perspective was still strong. Although in 1990 the juridical and moral equality between spouses could be fully achieved, and although the path that allowed and facilitated women’s access to all public and private functions, historically reserved for men, was almost completely completed, the prejudice that the family model founded on marriage was to imply a labour sacrifice of the woman, historically considered the subject appointed to take care of the family, even if there were children, was still strong. Even though in 1990 it was already clear that this way of reasoning expressed a

3 See Cass., 2 March 1990, n. 1652, in *Dir. fam.*, 1990, I, p. 437 ss., with comment by NAPPI, G.: “Assegno divorzile e principio di solidarietà postconiugale”, and by DALL’ONGARO, F.: “L’art. 10 della legge 74/87 ed il dissidio sul concetto di mezzi adeguati”; in *Foro it.*, 1990, I, c. 1165 ss., with “Osservazioni” di MACARIO, F., and with comment by QUADRI, E.: “La Cassazione “rimedita” il problema dell’assegno di divorzio”; in *Giur. it.*, 1990, I, I, p. 925 ss., with comment by SOTGIU, S.: “Il concetto di “adeguatezza dei mezzi” nell’attribuzione dell’assegno di divorzio”; in *Corr. giur.*, 1990, p. 459 ss., with comment by CARBONE, V.: “Il “tenore di vita” del coniuge divorziato”; in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 2390 ss., with comment by SPADAFORA, A.: “Il presupposto fondamentale per l’attribuzione dell’assegno di divorzile nell’ottica assistenzialistica della riforma del 1987”. See also BIANCA, C. M.: “L’assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione”, in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 537 ss.

4 So, we read in the motivation of the sentence: questa conclusione aderisce, da un lato, ad una ricostruzione del sistema che non lascia spazio alla improbabile sopravvivenza di uno status economico connesso ad un rapporto personale definitivamente estinto (ma, se fosse vero il contrario, patrimonialmente indissolubile) e soddisfa, dall’altro, quelle esigenze solidaristiche che trovano non nel suo fittizio prolungamento, ma nella sua cessazione la propria ragione giustificatrice, liberando, ad un tempo, la condizione coniugale da connotazioni marcatamente patrimonialistiche, che, dando per acquisite e fornite di ultrattività posizioni, molte volte, di “pura rendita” (come si esprime la citata relazione parlamentare), oltre a stravolgere l’essenza del matrimonio, ne possono favorire la disgregazione, deresponsabilizzando il beneficiario, e, una volta che questa si sia verificata, assolverlo dall’obbligo di attivarsi per realizzare con le proprie risorse la sua personalità e acquisire, così, una dignità sociale effettiva e condivisa”.

social model completely outdated and inadequate compared to the contemporary system of order, which had already moved in order to determine a definitive overcoming, cannot hide that at that time there was a real phase of transition, which would certainly have informed all the experiences to come, but which, again, could not be extended to all past experiences. The Joint Sections of the Supreme Court, moving from this assumption, with the famous sentences n. 1490⁵ and 1492⁶ of 29 November 1990, change the orientation expressed by the Court of Cassation a few months ago⁷ and affirm the principle of law that guided our jurisprudence until May 2017. The divorce allowance is paid by the economically stronger spouse and to the advantage of the economically weaker spouse and must be such as to allow the last to maintain the same standard of living enjoyed during the marriage. In 2015 the Constitutional Court⁸ intervened on the subject, on the solicitation of the Court of Florence⁹. Although this decision has been considered and continues to be considered a sure confirmation of the orientation stated by the Joint Sections of the Cassation of 1990, I believe that we can offer a different reading.

On the merits, the Constitutional Court, far from affirming the correctness of an orientation wishing to attribute to the spouse a grant of such amount as to allow it to maintain the same standard of living enjoyed in marriage (in these terms the question of constitutional legitimacy was raised) , takes care to specify that

-
- 5 Cass., SS.UU., 29 November 1990, n. 11490, in *Foro it.*, 1991, I, I, p. 67 ss., with comments by QUADRI, E.: "Assegno di divorzio: la mediazione delle sezioni unite", and by CARBONE, V.: "Urteildämmerung: una decisione crepuscolare (sull'assegno di divorzio)". In the sentence we read these words: l'accertamento del diritto di un coniuge alla somministrazione di un assegno periodico a carico dell'altro va compiuto mediante una duplice indagine, attinente all'*an* ed al *quantum*; il presupposto per concedere l'assegno è costituito dall'inadeguatezza dei mezzi del coniuge richiedente (tenendo conto non solo dei suoi redditi, ma anche dei cespiti patrimoniali e delle altre utilità di cui può disporre) a conservare un tenore di vita analogo a quello avuto in costanza di matrimonio, senza che sia necessario uno stato di bisogno dell'avente diritto, il quale può essere anche economicamente autosufficiente, rilevando l'apprezzabile deterioramento, in dipendenza del divorzio, delle condizioni economiche del medesimo che, in via di massima, devono essere ripristinate, in modo da ristabilire un certo equilibrio; la misura concreta dell'assegno - che ha carattere esclusivamente assistenziale - deve essere fissata in base alla valutazione ponderata e bilaterale dei criteri enunciati dalla legge (condizioni dei coniugi, ragioni della decisione, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare ed alla formazione del patrimonio di ciascuno o di quello comune, reddito di entrambi, durata del matrimonio) con riguardo al momento della pronuncia di divorzio; il giudice, purché ne dia sufficiente giustificazione, non è tenuto ad utilizzare tutti i suddetti criteri, anche in relazione alle deduzioni e richieste delle parti e dovrà valutarne in ogni caso l'influenza sulla misura dell'assegno stesso, che potrà anche essere escluso sulla base dell'incidenza negativa di uno o più di essi; se l'assegno di divorzio è richiesto soltanto sulla base del riconoscimento del contributo personale ed economico dato dal coniuge richiedente al patrimonio dell'altro, senza alcun riferimento all'inadeguatezza dei mezzi dello stesso richiedente (nel senso suddetto), l'assegno, avendo natura esclusivamente assistenziale, non potrà essere riconosciuto".
- 6 Cass., SS. UU., 29 November 1990, n. 11492, in *Giur. it.*, 1991, I, I, p. 1410 ss., with comment by COLELLA, P.: "La Cassazione riflette in tema di assegno divorzile".
- 7 Se note n. 3.
- 8 Corte cost., 11 February 2015, n. 11, in *Fam. dir.*, 2015, p. 537 ss., with comment by AL MUREDEN, E.: "Assegno divorzile, parametro del tenore di vita coniugale e principio di autoresponsabilità".
- 9 Trib. Firenze 22 May 2013, in *Fam. dir.*, 2014, p. 687, with comment by AL MUREDEN, E.: "Il parametro del tenore di vita coniugale nel "diritto vivente" in materia di assegno divorzile tra persistente validità, dubbi di legittimità costituzionale ed esigenze di revisione" and by MORRONE, A.: "Una questione di ragionevolezza: l'assegno divorzile e il criterio del medesimo tenore di vita".

this parameter only detects the maximum limit of the size of the grant, specifying that the competition of the other parameters indicated in the provision could imply that the spouse is not in any way¹⁰. In the method, I believe that this ruling cannot be shared, since the Court should not have declared the groundlessness of the question, but should have declared it inadmissible by order. Moreover, if we consider the quirkiness of the question of constitutional legitimacy, with which the Court has asked to assess compliance with the Constitution, not a provision of law, but a precise interpretation (which is not the only possible one) provision of the law had been made.

The real breakthrough is registered with the aforementioned sentence of the Cassation of 2017.

The principle of law that is affirmed is truly disruptive. This innovation could not be welcomed by everyone and, to the exact opposite, demonstrating a tendential conservative spirit of the jurists, there are many contrary reactions that attempt to undermine the foundation of the new line of interpretation.

The dispute comes from many parts: not only from some jurists of the chair, but also from some judges and many parliamentarians.

On the reactions provoked by the jurists of the chair I will try to say something further, trying to show that the objections raised are not all convincing and that this new position of interpretation is the only one consistent with the principles and fundamental values of our system of regulations. With the hope that these considerations can contribute to our current debate.

I would just like to mention the reactions to both some judges and some Members of Parliament, precisely to demonstrate the centrality of the issue.

10 In the sentence we read these words: "l'esistenza, presupposta dal rimettente, di un 'diritto vivente' secondo cui l'assegno divorzile ex art. 5, sesto comma, della L. n. 898 del 1970 "deve necessariamente garantire al coniuge economicamente più debole il medesimo tenore di vita goduto in costanza di matrimonio" non trova, infatti, riscontro nella giurisprudenza del giudice della nomofilachia (che costituisce il principale formante del diritto vivente), secondo la quale, viceversa, il tenore di vita goduto in costanza di matrimonio non costituisce l'unico parametro di riferimento ai fini della statuizione sull'assegno divorzile. La Corte di cassazione, in sede di esegesi della normativa impugnata, ha anche di recente, in tal senso, appunto, ribadito il proprio 'consolidato orientamento', secondo il quale il parametro del 'tenore di vita goduto in costanza di matrimonio' rileva, bensì, per determinare 'in astratto ... il tetto massimo della misura dell'assegno' (in termini di tendenziale adeguatezza al fine del mantenimento del tenore di vita pregresso), ma, 'in concreto', quel parametro concorre, e va poi bilanciato, caso per caso, con tutti gli altri criteri indicati nello stesso denunciato art. 5. Tali criteri (condizione e reddito dei coniugi, contributo personale ed economico dato da ciascuno alla formazione del patrimonio comune, durata del matrimonio, ragioni della decisione) 'agiscono come fattori di moderazione e diminuzione della somma considerata in astratto' e possono 'valere anche ad azzerarla' (così testualmente, da ultimo, Corte di cassazione, prima sezione civile, sentenza 5 febbraio 2014, n. 2546; in senso conforme, sentenze 28 ottobre 2013, n. 24252; 21 ottobre 2013, n. 23797; 12 luglio 2007, n. 15611; 22 agosto 2006, n. 18241; 19 marzo 2003, n. 4040, ex plurimis)".

The 2017 decision is taken by the second civil section of the Supreme Court. Needless to say that after this decision many other issues have been brought to the attention of our Courts and, in particular, the Courts, to which spouses obliged to pay particularly expensive divorce allowances have immediately requested the revision of the provision, precisely in view of the orientation expressed by the Court of Cassation in May 2017. From that moment not only do the requests for revision of the previously established economic conditions flourish with regard to already closed divorce procedures, but other and numerous disputes concerning issues related to the divorce allowance continue to populate the roles of judges of the Cassation. The first civil section, invested with certain issues, is not convinced of the new orientation expressed by the second section, to the point that in a controversy brought to its attention decides to put the matter back to the Joint Sections of the Supreme Court, so that the topic, considered of utmost importance, be decided by a ruling that should be the fixed point. The Joint Sections of the Court of Cassation discussed the matter at the public hearing of April 11, 2018. At the time when this work is dismissed, it expects to know what the decision will be. Of course, I hope that it can confirm the most recent speech and I hope that these reflections can contribute to the debate¹¹.

Under a different profile, the subject has also interested some Italian politicians, who, worried about the new jurisprudential orientation, and animated by the intention to preserve that old interpretation have proposed an amendment to the law. In the XVII legislature, on July 27, 2017, some parliamentarians presented the proposed law n. 4605, which rewrites the art. 5 l. div., to exclude the new

11 At the time of proofreading of this paper the sentence of the joint sections of the Court of Cassation (11 July 2018, No. 18287) intervened. This ruling, to overcome the interpretative contrast that had arisen in our jurisprudence, indicated the interpretation to be followed. The Supreme Court does not choose either the interpretation originally adopted in 1990, nor the new interpretation of 2017. It proposes, in fact, a different and new interpretation that, fortunately, seems much closer to the last interpretation of 2017, although it reduces the rigor. According to the Court of Cassation, the expression "lack of adequate means" should be understood not as a mere economic self-sufficiency of one of the spouses, but as a more complex judgment, taking into account a multiplicity of parameters. In particular, starting from the comparison of the economic-patrimonial conditions of the two spouses, it is necessary to consider not only the achievement of a degree of economic autonomy (such as to guarantee self-sufficiency, according to an abstract parameter) but, in practice, a level of income adequate to the contribution provided in the realization of family life (taking into account the professional and economic expectations eventually sacrificed, the duration of the marriage and the age of the applicant). Therefore, the criterion of adequacy also has a prognostic content with respect to the concrete possibility of recovering the professional and economic prejudice deriving from the assumption of a different commitment. From this specific point of view, the age factor of the applicant has undoubted importance to verify the concrete possibility of an adequate relocation to the labor market. In this perspective, the Supreme Court exceeds the original interpretation of art. 5, paragraph 6, l. div., which indicates that there is no distinction between the criteria for determining whether the divorce allowance is due and the criteria for determining the extent of the allowance. The lack of adequate resources is not a fact that has to be assessed by taking into consideration only the economic condition of the spouse requesting the allowance, but the economic conditions of both spouses, the personal and economic contribution of each person to family management and training of the common heritage and of each, the income of both and the duration of the marriage. This interpretative solution, even if it seems different from the one proposed in 2017, is in line with that. Compared to the 2017 decision, try to reduce rigidity and introduce corrective mechanisms, which take into account the duration of the marriage and the contribution of each spouse to the formation of the common heritage and each one.

interpretation of the law and to restore the old interpretation of the rule proposed by the Supreme Court of Cassation in 1990¹². The theme is, therefore, so worrying that some MPs have even thought of overcoming any interpretative problem with a new amendment of the law.

III. THE REASONS SUPPORTING THE NEW INTERPRETATION.

The major risk to which this new interpretive approach is exposed is twofold, since its detractors try to undermine the foundation, on one side, making a tendentious reading that engenders the suspicion that one wants to deprive the weak divorced spouse of any protection, for another verse, hypothesizing that this new interpretation is strongly contrary to the principles and values of our order system and, above all, in disregard of the principle of solidarity.

Both attempts do not appear to me to be on the mark and, to the exact opposite, constitute an important opportunity to confirm the reasonableness¹³ of this decision and the need for this line of exegesis to be confirmed and pursued in a firm and convinced manner.

Both the two profiles must be analysed.

Generating the suspicion that this interpretation deprives or seriously weakens the protection of the weaker spouse is, indeed, an out of work. The new line of interpretation has, rather, the purpose of protecting the really needy spouse, avoiding transforming, as had happened, the discipline on the divorce allowance into a sort of exaggerated and disproportionate matrimonial penal clause.

12 Article 1 of this bill contains this text: 1. Il sesto comma dell'art. 5 della legge 1° December 1970, n. 898, è sostituito dal seguente: "Con la sentenza che pronuncia lo scioglimento o la cessazione degli effetti civili del matrimonio, il tribunale dispone l'attribuzione di un assegno a favore di un coniuge, destinato a compensare, per quanto possibile, la disparità che lo scioglimento o la cessazione degli effetti del matrimonio crea nelle condizioni di vita dei coniugi". 2. Dopo il sesto comma dell'art. 5 della legge 1° December 1970, n. 898, sono inseriti i seguenti: "Nella determinazione dell'assegno il tribunale valuta le condizioni economiche in cui i coniugi vengono a trovarsi a seguito della fine del matrimonio; le ragioni dello scioglimento o della cessazione degli effetti civili del matrimonio: la durata del matrimonio; il contributo personale ed economico dato da ciascuno alla conduzione familiare e alla formazione del patrimonio di ciascuno e di quello comune; il reddito di entrambi; l'impegno di cura personale di figli comuni minori o disabili, assunto dall'uno o dall'altro coniuge; la ridotta capacità reddituale dovuta a ragioni oggettive; la mancanza di un'adeguata formazione professionale quale conseguenza dell'adempimento di doveri coniugali. Tenuto conto di tutte le circostanze il tribunale può predeterminare la durata dell'assegno nei casi in cui la ridotta capacità reddituale del richiedente sia dovuta a ragioni contingenti o comunque superabili. L'assegno non è dovuto nel caso in cui il matrimonio sia cessato o sciolto per violazione, da parte del richiedente l'assegno, degli obblighi coniugali".

13 The expression "reasonableness" is used in a technical sense, that is, to indicate an interpretation made in compliance with the principles and normative values in force, in the awareness that the balancing of principles cannot be performed outside the hierarchy of values expressed by the system. For all, see PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. I ss., to which reference should be made for further references to literature and jurisprudence.

According to the new address, it is necessary to ascertain, in order to establish whether the divorce allowance is due or not, if the spouse is economically self-sufficient, disregarding the standard of living that the spouses may have enjoyed during the marriage, by carrying out only a check on the actual, overall and overall economic condition of the applicant spouse. The spouse who is not economically self-sufficient continues to keep the right to the divorce agreement in full respect of the principle of solidarity. However, this right is lost by the economically self-sufficient spouse, even if it has not been written to allow it to maintain the same standard of living enjoyed during the marriage, and above all what seems to me very reasonable, the spouse who, in practice, it is economically not self-sufficient, but whose condition of economic self-sufficiency depends on a deliberate choice of the same subject, that is the fruit of his own free determination.

Moreover, it is worth considering that the concept of independence and economic self-sufficiency does not lend itself to being considered a rigid mechanism with respect to which an abstract and purely syllogistic evaluation is possible, but, to the contrary, an assessment that, as the Cassation itself has been able to clarify, is able to reconcile the particularities of the individual concrete case and to offer adequate, coherent and congruent responses to the interests involved.

Economic self-sufficiency becomes itself a real general clause, offering itself as a criterion of elastic evaluation, which refers to a plurality of other evaluations¹⁴.

In this perspective, economic self-sufficiency is not only a fundamental and indispensable tool, since it allows the “defettibilità”¹⁵ of the rules and the balancing of the principles¹⁶, but also a tool for checking the judicial decision, because it allows to verify the correctness of the decision and the choice made in order to concretize, from time to time, the content of this formula. People who hold the same and identical income and have the same composition of their assets, could, from time to time, be considered economically self-sufficient, now economically not self-sufficient depending on other important variables that the Cassation must

14 In the Italian legal system, characterized by a hierarchy and complexity of sources of production, it must be excluded that the interpreter can postpone and draw on social evaluations and norms or moral norms, or on individual consciences and convictions, and affirm that he should draw exclusively on the legal system. That is to say, the complex of principles that base our legal system and which not only constitute the sole guarantee of pluralism and democracy, but also give the general clauses a normative meaning. The principles and normative values of an order, which express the project aimed at society, if, on the one hand, guarantee the ability of the legal system to adapt to the socio-economic changes of reality and to offer a solution to the concrete case, which is adequate and reasonable, on the other hand, allow the controllability of the judicial decision, since they allow verification, on the basis of the regulatory system, when the judge has correctly carried out the activity of concretizing the general clause and when not.

15 CHIASSONI, P.: “La defettibilità nel diritto”, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 491-494, 498.

16 ALEXY, R.: “Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità”, in *Ars interpretandi*, 2002, p. 131 ss., to which we owe the overcoming of the objections to the balancing theory raised by HABERMAS, J.: *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. di L. Ceppa Milano, 1996.

have had regard: age, the labour market, sex, the cost of living and, I would add, the possible placement of minor children¹⁷.

This new direction, therefore, far from wanting to deprive the divorced spouse of any kind of protection intends to entrust the divorce to the real function of welfare and, above all, aims to overcome any application distortion to which the previous reading had led, preventing the marriage from being transformed, as the experience of our last years tells, in an instrument of unjustified parasitic enrichment.

From a different point of view, it seems to me, contrary to the contrary view¹⁸, that this ruling does not create any short circuit between the determinations relative to the an and those relating to the quantum of the allowance, since the two profiles continue to remain distinct, without that linking the lack of adequate means to a situation of economic self-sufficiency, undermining the determinative criteria of the quantum, or weakening its hermeneutical value, or even leading to the outcome to which it would have accompanied the out-dated jurisprudential interpretation¹⁹.

We come to the second question.

The idea that a spouse is entitled to the divorce allowance when he has no income that allows him to maintain the same standard of living enjoyed in marriage is strongly dissonant with the informative principles of our system of ordinances and, above all, offers a picture of the marriage relationship which is no longer

17 This interpretation allows us to overcome the concerns expressed by LUCCIOLI, G.: "La sentenza sull'assegno di divorzio", cit., p. 7, il principio di auto responsabilità economica invocato esige che il soggetto debole si dia da fare, recuperi il tempo perduto, si cerchi una qualsiasi occupazione, anche se avanti negli anni, anche se privo di qualsiasi professionalità da spendere in un mercato del lavoro così avaro di opportunità per tutti, e soprattutto per chi ha poco da offrire. Il distacco dalla realtà del nostro Paese e l'adesione ideologica ad un principio astratto di autosufficienza ha indotto la Corte di Cassazione ad una opzione interpretativa che certamente peggiora la condizione sociale delle donne che (forse) intendeva promuovere, aprendo nuovi fronti di contrasto all' interno della famiglia".

18 For all, SPADAFORA, A.: "Il nuovo assegno di divorzio e la misura della solidarietà post affettiva", cit., p. 11 ss.; CASABURI, G.: "Tenore di vita ed assegno divorzile (e di separazione): c'è qualcosa di nuovo oggi in Cassazione, anzi di antico", cit., c. 1898. A milder position is proposed by AL MUREDEN, E.: "L'assegno divorzile tra autoresponsabilità e solidarietà post-coniugale", cit., p. 645, who speaks of a weakening of the criteria indicated in the first part of art. 5, paragraph 6, l. div.

19 The new interpretation seems to me to be perfectly consistent also with the criteria that must be used to determine the size of the allowance, if it is due. If we only have regard to these criteria it is easy to see that they lend themselves, even better than before, to an assessment capable of taking into account the particularities of the individual case. It must, in fact, have regard to the conditions of the spouses, the reasons for the decision, the personal and economic contribution given by each to the family management and the formation of the patrimony of each or the common one, to the income of both, comparing all these parameters to the duration of marriage. The idea that the divorce allowance should be used to compensate the economically weaker spouse has fallen, it seems to me that all these parameters not only do not conflict with the new jurisprudential orientation, but are even in line with effective coherence. Such criteria will allow, in fact, to establish what should be the measure of the divorce allowance that a spouse must correspond to the other that is not economically self-sufficient, globally evaluating every single concrete situation and avoiding any kind of abstraction of reasoning.

responsive to the current culture of our country, that is, to the system of law, since law is culture²⁰.

An interpretation that would assign to the divorced economically self-sufficient spouse a divorce allowance, when it has no income to maintain the same standard of living enjoyed during marriage, connects to a non-shared idea of marital social education and to a non-shared idea of the concept of solidarity, which ends up offering a reading of the last totally dissociated and disconnected from personalism.

The relationship between social and personal formation is completely redesigned by our Constitution. One can no longer think of a social formation that is above the individual (as has historically happened), but of social formations, which are at the exclusive service of the person. Social formation receives protection not as such, but as it becomes a place for the free realization and full development of the human personality. There can never be group supremacy over the individual. According to this perspective, family law deserves to be fully re-read, in the awareness that it must be functionalized to the realization of the human person and his dignity. On the other hand, we often offer reductive readings, tiredly anchored to the idea of marriage as the only possible paradigm of the family and as a social formation waiting to be kept at any cost. The idea that the divorce allowance had a compensatory and compensatory function (an idea that came to an end only in 1987, following the reform of the provision in article 5, l. Div.) Is exactly in line with that idea of marriage and it is the reason why the new normative line (clearly emerged in the amended text of article 5, paragraph 6, l. div.) struggles to make its way, leading to the interpretation offered in 1990 by the Joint Sections of the Supreme Court.

From a different point of view, the principle of solidarity cannot be exclusively reduced within the limits of economic support, because it has, of necessity, a much wider and much more ideal vocation. The principle of solidarity, which, of course, informs our system of regulations, is cooperation and equality in the affirmation of the fundamental rights of all. Solidarity is a function of the person and the opposite can never be the case. Solidarity and personalism cannot be separated, so that it is necessary to make it an integrated reading, in order to grasp the sense of these two identifying values of our legal system.

20 See FALZEA, A.: *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, 5^a ed., Milano, 1996, p. 396 ss.; GROSSI, P.: "La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico", in *Quad. fiorentini*, 2003, p. 36; PERLINGIERI, P.: "Dittatura del relativismo e tirannia dei valori", in *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, a cura di TASSO, T.G., Napoli, 2011, p. 136 ss.; *Id.*, "Primato della politica e diritto dei giuristi", in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2014, p. 120; RODOTÀ, S.: "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss. e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. I (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3091 ss.; DE STEFANO, R.: *Per un'etica sociale della cultura*, I, *Le basi filosofiche dell'umanismo moderno*, Milano 1954; *Id.*, *Per un'etica sociale della cultura*, II, *La cultura e l'uomo*, Milano, 1963.

At the top of our legal system is the dignity of the human person, whose fulfilment is complete when everyone is able to contribute to the material and spiritual progress of society. Constitutional solidarity, therefore, is certainly compatible with a perspective aimed at attributing a divorce to the divorce agreement purely assistance, but absolutely contrary to assigning a compensatory function or, even worse, compensation.

The interpretation of the Court of Cassation of 2017, which has the merit of having handed over to the divorce agreement an exclusively welfare dimension, seems to me to be in perfect harmony with the principles and normative values in force.

Obviously, we do not want to exclude the importance of the commitment that one of the spouses may have lavished on family life, especially if it has been a long marriage from which were born children, middle term, who have become adults and economically self-sufficient, but we must avoid any transformation of marriage into a sort of economic bet for the future, transforming the divorce allowance, as had happened in recent times, into a veritable and exuding marriage penalty clause.

Furthermore, it should be noted that the consolidation of this interpretation could, undoubtedly, lead to a contraction of the use of premarital agreements²¹ or para-marital agreements, considering that most of them are designed to escape the serious economic consequences due to the interpretation of the divorce law, that is to mitigate the rigor of decisions that could have assigned to the spouse a weak a divorce check natural life during excessive amount²².

21 It is sufficient to think about the famous decision of Cass., 21 December 2012, n. 23713, in *Leggi d'Italia*, which admitted the validity of a contract stipulated between two nubendi, on the assumption that the failure of the marriage was not considered as genetic cause of the agreement, but was degraded to a mere conditional event. The Court affirms, confirming its restrictive stance, that the one in question was an agreement between the parties, free expression of their negotiating autonomy, unrelated to the category of premarital agreements in view of divorce (which intend to regulate the entire economic set-up between spouses or a relevant profile) and characterized by proportional benefits and counter-claims. In a restrictive sense, see, lastly, Cass., 30 January 2017, n. 2224, in *Notariato*, 2017, p. 143, which states that gli accordi con i quali i coniugi fissano, in sede di separazione, il regime giuridico-patrimoniale in vista di un futuro ed eventuale divorzio sono invalidi per illiceità della causa, perché stipulati in violazione del principio fondamentale di radicale indisponibilità dei diritti in materia matrimoniale, espresso dall'art. 160 c.c. Pertanto, di tali accordi non può tenersi conto non solo quando limitino o addirittura escludano il diritto del coniuge economicamente più debole al conseguimento di quanto è necessario per soddisfare le esigenze della vita, ma anche quando soddisfino pienamente dette esigenze, per il rilievo che una preventiva pattuizione -specie se allettante e condizionata alla non opposizione al divorzio- potrebbe determinare il consenso alla dichiarazione della cessazione degli effetti civili del matrimonio. La disposizione dell'art. 5, comma 8, l. div., -a norma del quale, su accordo delle parti, la corresponsione dell'assegno divorzile può avvenire in un'unica soluzione, ove ritenuta equa dal tribunale, senza che si possa, in tal caso, proporre alcuna successiva domanda a contenuto economico-, non è applicabile al di fuori del giudizio di divorzio, e gli accordi di separazione, dovendo essere interpretati secundum ius, non possono implicare rinuncia all'assegno di divorzio».

22 Considers the decision of Cassation of 2017 an important stage for a recognition of the autonomy of the regulatory capital of the family crisis SPADAFORA, A.: "Il nuovo assegno di divorzio e la misura della solidarietà post affettiva", cit., p. 16 ss., spec. p. 19, si delineano, allo stato, le premesse di un profondo ripensamento della materia, nel senso della possibile apertura -non più aprioristicamente rinnegabile- verso una

In conclusion, it is precisely the principle of equality of treatment between spouses that requires us to consider the interpretation offered by the Court of Cassation of 2017 as the only truly capable of being in line with the principles and normative values in force, because it is the one that allows to restore marriage as a constitutive act of social formation, characterized by a free and responsible choice of its members. Therefore, it is not a matter of overcoming post-conjugal solidarity, but of attributing to it a meaning that is truly consistent with the principles of solidarity and personalism, and that precisely in the light of the last one, it gives just importance to the self-responsibility of the person, whose dignity is the primary and apical value of Italian-European law²³.

prefigurazione degli equilibri economici attinenti alla crisi familiare anticipata già alla fase fisiologica del rapporto, o, ancor prima, a quella della contrazione del vincolo, secondo una tendenza ben salda presso altri ordinamenti, che riconoscono piena legittimità agli accordi prematrimoniali».

- 23 As I said in note n. 11, 11 July 2018 the sentence n. 18287 of the Court of Cassation, established the new line of interpretation. Although the Court of Cassation has not exactly confirmed the interpretation made in 2017, I do not think we should be very critical of this new interpretation. The possibility of overcoming the literal data of the normative provision, in the part in which it seemed to distinguish between the criteria for determining whether the divorce allowance was due and the criteria for determining the size of divorce allowance, must be appreciated. The decision to make this assessment as consistent as possible with respect to the specific case must be appreciated. On the other hand, one can criticize the idea that the free choice of one of the spouses to devote themselves primarily to caring for the family is considered a decisive factor in determining whether or not the divorce allowance is due. It is worth considering that the egalitarian regime of relations between spouses and the structure of the modern family should lead to the exclusion that there is only one spouse involved in the care of the family. On the other hand, if a spouse, despite having dedicated significant assistance to the family, has managed to maintain his economic independence, it is not clear why he should receive a divorce allowance. To give an affirmative answer, must pass the idea (on which I'm skeptical and critical) that the other spouse must compensate the care that the first has offered free to the family. It must, therefore, pass the idea that family care is an activity that must be remunerated in the event of a family crisis and that the divorce allowance has a compensatory function.

REFERENCES

AL MUREDEN, E.: "L'assegno divorzile tra auto responsabilità e solidarietà post-coniugale", in *Fam. dir.*, 2017, p. 642 ss.

ALEXY, R.: "Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità", in *Ars interpretandi*, 2002, p. 131 ss.

CHIASSONI, P.: "La defettibilità nel diritto", in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, pp. 491-494.

BIANCA, C.M.: "L'ultima sentenza della Cassazione in tema di assegno divorzile: ciao Europa?", in *Giustiziacivile.com.*, 15 May 2017.

BIANCA, C. M.: "L'assegno di divorzio in una recente sentenza della Cassazione", in *Riv. dir. civ.*, 1990, II, p. 537 ss.

DE STEFANO, R.: *Per un'etica sociale della cultura, I, Le basi filosofiche dell'umanismo moderno*, Milano 1954.

DE STEFANO, R.: *Per un'etica sociale della cultura, II, La cultura e l'uomo*, Milano, 1963.

FALZEA, A.: *Introduzione alle scienze giuridiche. I Il concetto di diritto*, 5^a ed., Milano, 1996.

GROSSI, P.: "La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento metodologico", in *Quad. fiorentini*, 2003, p. 36 ss.

HABERMAS, J.: *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia* (1992), trad. it. di L. Ceppa Milano, 1996.

LUCCIOLI, G.: "La sentenza sull'assegno di divorzio. Il nuovo che sa tanto di vecchio", in *Giudicedonna.it*, 1/2017, p. 1 ss.

PERLINGIERI, G.: *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

PERLINGIERI, P.: "Dittatura del relativismo e tirannia dei valori", in *Fatto e diritto. L'ordinamento tra realtà e norma*, a cura di TASSO, T.G., Napoli, 2011, p. 136 ss.

PERLINGIERI, P.: "Primato della politica e diritto dei giuristi", in *Riv. giur. Mol. Sannio*, 2014, p. 120.

RODOTÀ, S.: "Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile", in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, p. 83 ss. e ora in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. I (1940-1979), Napoli, 2012, p. 3091 ss.

SPADAFORA, A.: "Il nuovo assegno di divorzio e la misura della solidarietà post affettiva", in *Giustiziacivile.com.*, 25 July 2017.

