

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

**REFLEXIONES EN TORNO
A LA EVOLUCIÓN DE
LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS
DE DERECHO PRIVADO.
SUSTANCIA Y FORMA**

DISCURS D'INGRÉS

de l'Acadèmica Electa

Il·lma. Sra. Dra. M.^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

i

CONTESTACIÓ

de l'Acadèmic de Número

Excm. Sr. LLUÍS JOU I MIRABENT

5 de novembre de 2024

BARCELONA

MMXXIV



Generalitat de Catalunya
**Departament
de Justícia**

DISCURS D'INGRÉS

de l'Acadèmica Electa

Il·lma. Sra. Dra. M.^a DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA

EL SITIAL

L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya en l'acord adoptat a la sessió del dia 28 de març de 2023 va fer pública (DOGC 8904, de 27.4.2023) la convocatòria per cobrir el setial d'acadèmic de número corresponent a la medalla Antoni Maria Borrell i Soler, deixada vacant per la defunció de l'acadèmica Alegria Borràs. Entre 1956 i 1987 el setial s'havia ocupat per Ramón Faus Esteve.

Vull manifestar públicament l'agraïment a les il·lustres persones, membres d'aquesta Acadèmia que van avalar i promoure la meva candidatura, sense les quals no estaria avui en aquest estrat: Josep D. Guàrdia Canela, Pablo Salvador Coderch i Lluís Jou Mirabent.

Seguint la tradició m'he de referir a les persones que m'han precedit, juristes de reconegut prestigi, de les que molt he après i a les que vull expressar el meu agraïment. Elles són, a més en part, les responsables del tema sobre el qual dissertaré.

MEDALLA ANTONI BORRELL I SOLER (1891)

Jurista i advocat, va néixer a Barcelona el 1864 i morí en la mateixa ciutat, el 1956. En el transcurs de la seva llarga vida (92 anys) destacà per l'estudi i dedicació al Dret civil català, no només en la vessant diguem-ne científica sinó sobretot per la dedicació en l'educació de la ciutadania en el dret civil propi. S'ha de mencionar l'estreta vinculació a aquesta Acadèmia en la que va ocupar diferents càrrecs i de la que fou el president els anys 1907, 1925, 1930 i 1955. El 1903 l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona va premiar el seu treball *El Codi civil a Catalunya. Estudi crític de les sentències del Tribunal Suprem i de les resolucions de la Direcció General dels Registres*. L'any 1907 en el que fou elegit president de l'Acadèmia de Jurisprudència per primera vegada va impartir la conferència inaugural que tenia com a títol *El dret civil com a element d'educació del poble*.

La seva obra *Dret civil vigent a Catalunya*, publicada el 1923 per la Mancomunitat de Catalunya, premiada per l'Institut d'Estudis Catalans en el primer concurs Duran i Bas, és una peça i suport fonamental del nostre Dret. Obra de la que ha après tota la classe jurídica. Només puc recordar la il·lusió que vaig experimentar quan, als pocs anys d'acabar la llicenciatura, en la que el Dret català no s'estudiava, vaig tenir l'oportunitat de comprar-la de segona mà. Aquesta obra ha estat un element important de la meva formació en dret català. M'enorgulleix ocupar el setial que porta el seu nom.

RAMÓN FAUS I ESTEVE (1954)

Notari nascut a Guissona (Segarra) el 1902, va traspasar a Barcelona el 1987. Va exercir la funció notarial preferentment a Barcelona, sent degà del Col·legi Notarial de Catalunya tres vegades. L'activitat dins de l'àmbit jurídic va ser intensa, membre de l'Institut d'Estudis Català, fou el primer president de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya i membre de fundacions, ja com a vocal, ja com a patró. És un dels pares de la Compilació de Catalunya, va estar al si de la Comissió Compiladora del Dret Civil català que va aconseguir el text definitiu. Va rebre la Creu de Sant Jordi el 1981 i la Gran Creu de l'ordre de Sant Raimon de Penyafort.

Jurista preocupat pel desenvolupament del Dret civil propi, és autor d'una prolífica literatura sobre Dret civil, en l'àmbit del dret de família (*Los problemas de la mayor edad y del estado civil ante el derecho nuevo*, 1941; *La separación de hecho en el matrimonio*, 1945; *La vida licenciosa del cónyuge viudo y sus consecuencias jurídicas*, 1959; *El derecho de familia en la compilación de nuestras instituciones forales*, 1954) i en especial sobre la Compilació del dret civil de Catalunya, de la que va promoure el seu primer comentari (*Ante la presentación en las cortes del Proyecto de compilación*, 1959; *Derecho civil especial de Cataluña*, 1960, amb la col·laboració de Francesc Condomines i Valls; *Sentido ético y progresivo de la Compilación*, 1962; *La reforma del codi i el dret especial de Catalunya*, 1962; *El deber de gratitud en nuestro ordenamiento civil*, 1963). Home de gran humanitat i dedicació, ha deixat una empremta indeleble en la pràctica jurídica. Vaig tenir l'oportunitat de coincidir amb ell als anys 80 en Jornades universitàries de dret català. Un jurista per recordar.

ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ (1998)

Catedràtica de Dret Internacional Privat nascuda a Barcelona el 1943 i traspasada en la mateixa ciutat el desembre de 2020, jurista amb una llarga trajectòria docent i investigadora. Va dedicar una part important de la seva activitat a l'estudi del Dret propi, des de la problemàtica de la confluència d'elements

d'estrangeria i diferents veïnatges civils, i a la seva difusió, en particular en l'àmbit europeu. El que va tenir reconeixement de la Generalitat de Catalunya amb l'atorgament de la Creu de Sant Jordi el 2014. Breument recordar que va ser delegada d'Espanya en la Conferència de la Haia de Dret Internacional Privat des de 1986 i cap de la delegació espanyola des de 1992, delegada d'Espanya per a la cooperació judicial en matèria civil dins la Unió Europea des de 1993, delegada d'Espanya en el Comitè Permanent del Conveni de Lugano sobre competència judicial, reconeixement i execució de sentències en matèria civil i comercial des de 1996.

Autora d'una abundant producció bibliogràfica, més de 300 publicacions de la seva especialitat, he de destacar les dedicades al Dret interregional i al veïnatge civil de les que va ser pionera. Entre els meus records dels primers anys com a professora ajudant a la Universitat de Barcelona encara ressonen les discussions, l'intercanvi de parers en el si del seminari Duran i Bas que es reunia al segon pis de l'edifici antic de la Facultat de Dret de la Diagonal, sobre els criteris i manera de resoldre les qüestions que es plantejaven o es podrien suscitar quan en la relació jurídica intervenen persones que ostenten diferents veïnatges civils. Debats molt enriquidors i en els que es posaven en veu alta solucions i parers que més endavant va compartir en altres fòrums. Perquè a més de membre permanent de la Comisión de Codificación espanyola, Alegría Borrás va formar part del Ple de la Comissió de codificació civil de Catalunya, on vam coincidir.

No puc més que reiterar l'agraïment per tot el que vaig aprendre d'ella i sentir-me orgullosa d'ocupar aquest setial.

SUMARIO

1. Premisa	11
2. Las instituciones	14
2.1. ¿Qué es una institución?	14
2.2. Reflexionemos	16
2.3. Los interrogantes	17
3. Sobre la evolución de las instituciones	18
3.1. La construcción	18
3.2. La evolución: cambio y transformación	20
4. Instrumentos de adaptación	23
4.1. La interpretación e integración	24
4.2. Derecho fluido – flexible – dúctil – maleable	28
4.3. Práctica extrajudicial	30
5. El lenguaje jurídico	33
5.1. La redacción de las normas	34
5.2. <i>Nomen</i> y términos de designación	37
5.3. Los fundamentos legales	39
5.4. El poder de transformación	41
6. Acerca de los límites	42
7. Instituciones renovadas. Algunos ejemplos	47
7.1. Derecho de la persona	48
7.1.1. Capacidad legal	48
7.1.2. El sexo	52
7.2. Derecho de familia: el matrimonio	55
7.3. Derecho patrimonial	57
7.3.1. La autonomía de la voluntad	58
7.3.2. El derecho de propiedad	61
8. Conclusiones	65
Anexo: Bibliografía citada	68

«(...) siempre lucharán adaptación y herencia, progreso y tradición...,
mas ¿no hay tradición de progreso y progreso de tradición (...)?»
Miguel de UNAMUNO¹

«Hay una evolución de la sociedad que se presenta además con la
rapidez propia de estos tiempos y cuyo ritmo puede convertir la evolución en
revolución» (Francisco de A. CONDEMINES I VALLS)²

1. PREMISA

Comenzaba Antoni BORRELL I SOLER su obra *Dret Civil vigent a Catalunya* diciendo, «(...) exposo el que avui encara s'aplica a la pràctica, esperant el dia en què, en una o altra forma, es rectifiquin doctrines i es depurin les lleis»³.

Recordaba, inmediatamente en el primer capítulo, «Catalunya té una legislació civil pròpia, orgànica i completa, i el dret de conservar-la (...) A cada poble li correspon un dret propi. Ho justifica la necessitat de què els principis abstractes de la justícia commutativa, en encarnar-se en lleis positives, s'emmotllin a les circumstàncies de lloc i temps; a la complexitat de la vida, riquesa, costums, gènere de vida, etc., del poble»⁴. A lo que añadía «(...) perquè les regles de la Justícia absoluta són poques, i les lleis tenen l'element contingent del bé comú que les fa variables (...)».

¹ Miguel de UNAMUNO (1940), *Amor y Pedagogía*, Espasa Calpe, S.A. Madrid, p. 64.

² Francisco de A. CONDEMINES I VALLS (1968), «Función del hombre de leyes en la evolución de la sociedad contemporánea» en *Revista jurídica de Catalunya*, pp. 281.

³ Antoni M. BORRELL I SOLER (1923), *Dret Civil vigent a Catalunya*. Volum I. Preliminars. Mancomunitat de Catalunya. Oficina d'estudis jurídics. Impremta de La Casa de Caritat, Barcelona, pp. 7 (Pròleg).

⁴ BORRELL I SOLER (1923), op. cit, *Dret civil*, Vol. I, pp. 13 y 14.

Indicaba Ramón FAUS ESTEVE, en una conferencia pronunciada en esta Academia⁵: «Se nos ha acusado de querer imprimir a nuestro derecho un sello medieval, y de querer hacer la apología con excesos retóricos de un rústico conservadurismo. Nada más lejos de la realidad (...)». A lo que añadía que «(...) este carácter progresivo de nuestra Compilación en la regulación de varias instituciones de derecho sucesorio, y, especialmente, en el tecnicismo y unidad de criterio que las ha presidido»⁶ es una característica de nuestro derecho.

Exponía Alegría BORRÁS I RODRIGUEZ en el Discurso de ingreso en esta Academia⁷ que «Desde el punto de vista científico, el ámbito de protección de los menores constituye un buen campo de pruebas para constatar la evolución del Derecho internacional privado (...)»; este campo, continuaba «(...) puede considerarse que ha sido uno de los sectores que han sido más sensibles a los nuevos elementos y a las nuevas tendencias y técnicas (...)». Acababa denunciando que «(...) la generalidad, la rigidez y neutralidad de la norma de conflicto (del Código civil) podrán ser consideradas como sus características esenciales. Sin embargo, se está produciendo una evolución práctica respecto de las mismas, que tienen una manifestación importante en el ámbito de la protección de los menores (...)»⁸.

Apoyándome en las enseñanzas que dejaron por escrito las personas que me han precedido en este sitio y que, brevemente, he resaltado, aprovecho para exponer en voz alta, en este discurso algunas reflexiones acerca de los efectos que la evolución, derivada del inexorable curso de la vida y de sus circunstancias, origina en los conceptos y reglas sobre las instituciones jurídicas de derecho privado. Cavilaciones sobre cómo los valores, las situaciones, las circunstancias y los acontecimientos que fluyen en la sociedad, substrato de la regulación, repercuten en la tipificación de las instituciones, en cómo inducen a los cambios, las transformaciones, en el régimen jurídico y en los términos jurídicos, atendida la realidad de este primer cuarto del siglo XXI.

El cambio social, la evolución de la sociedad y su reflejo en el Derecho han sido un tema central de discusión en este foro. Voces autorizadas, de personas que han desempeñado funciones relevantes en esta Academia, Francisco de A. CONDEMINES I VALLS, Francisco SOTO NIETO, entre otras, se han ocupado de esta cuestión y de ahí que quizás podría parecer una reiteración lo que exponga a continuación. Sin embargo, de ello persisto en el propósito; asumiendo las

⁵ Ramón FAUS ESTEVE (1961), «Sentido ético y progresivo de la Compilación» en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Catalunya*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona. Barcelona, pp. 49.

⁶ FAUS ESTEVE (1961), op. cit., «Sentido ético y progresivo», pp. 55.

⁷ Alegría BORRÁS I RODRIGUEZ (1993) *Discurs d'ingrés, El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, p. 59.

⁸ BORRÁS I RODRIGUEZ (1993) op. cit., *El «interés del menor»*, pp. 34.

enseñanzas recibidas y su legado, estoy convencida de que continua viva la preocupación por desentrañar, o cuando menos mostrar en voz alta, los cambios y transformaciones que ha habido en este ámbito, que se desarrollan en el día, algunos de los cuales se reflejan en la normativa vigente. También, porque el enfoque del tema, como enseguida se apreciará, es diferente del que hicieron en su día las personas que me han precedido. Con el fin de despejar los interrogantes que, seguramente, se suscitarán a quien pare atención en lo que he de decir, creo que es útil fijar de entrada unas precisiones.

Primera. El objeto es explicar algunas ideas acerca de la evolución y transformación de lo jurídico, cómo inciden los cambios sociales, en general, en las instituciones, conceptos y los términos. Se parte, así de una existencia, un ser, dado o previo, la norma jurídica escrita que regula, del que se predica el cambio. Ciertamente, ya que la modificación opera sobre lo que hay y su resultado puede ser mantener lo existente adaptado a lo nuevo, la actualización (modificando), o la conversión en un *novus* (creación), como sucede en la novación⁹ (la transformación). De ahí que se haya de describir el fenómeno desde la técnica jurídica.

Segunda. La mutación referida toma como objeto las instituciones del derecho privado que forman parte del conocimiento técnico, sus nociones y términos integrados en los ordenamientos jurídicos patrios (estatal, autonómicos). Instituciones y conceptos que son propios del Derecho (ciencia jurídica). De modo que a la noción abstracta (doctrina jurídica), se añada la concreta: los ejemplos.

Tercera. Para completar la idea es obligada la referencia a dónde y cómo se plasman las instituciones y los términos, es decir el soporte técnico en el que se contienen, pues proporciona la caracterización, tipicidad y régimen jurídico. Instrumento que es la norma jurídica escrita; que como no podía ser de otra manera en la realidad y formación de la ciencia jurídica heredada de codificación civil, es la ley emanada de las cámaras dotadas de poder y competencia para legislar¹⁰.

Cuarta. Esta evolución que obliga a cambiar la norma vigente reguladora de la institución, se considera a partir de un momento y ley positiva: la normativa civil codificada, el devenir desde el orden y sistematización que comportó. Expresamente no haré referencia a los medios de comunicación y soportes que actúan en la puesta en práctica del contenido normativo de la norma. Tengo presente la irrupción, en la vida jurídica, de las nuevas tecnologías, la inteligencia

⁹ Sobre el concepto de modificar como mecanismo y como resultado me remito a lo que expliqué en (2022) «La modificación y novación del contrato: evolución y configuración actual» en *Estudios de derecho de contratos*, (Dir., Antonio Manuel MORALES MORENO, Coord., Emilio V. BLANCO MARTINEZ). Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Volumen I, pp. 413-433.

¹⁰ Francisco SOTO NIETO (1979), «El cambio social y el Derecho» en *Revista Jurídica de Catalunya*, pp. 117.

artificial, en suma, la sociedad digital y el mundo virtual, los instrumentos que facilita, que coexisten con el mundo real. Los nuevos instrumentos y espacios están y son un elemento más que interviene en la evolución, por ello no es necesario abordarlos separadamente pues ya se comprenden.

Quinta. Otra de las precisiones que ha de hacerse se refiere a la necesidad de explicar los instrumentos con los que cuenta el propio sistema para adaptar la institución a la evolución, y también los límites que existen para plasmar el cambio o la transformación jurídicamente.

Sexta. Que el lenguaje sea el medio que transmite el mensaje jurídico, un mandato expresado a través de palabras usuales y técnicas conforme a determinadas reglas lingüísticas obliga a reflexionar acerca del mismo cuando se plantea la evolución. Tanto en lo que afecta al contenido, como a la redacción y el uso de las palabras. Doble función del lenguaje como instrumento de evolución de la institución y soporte del mensaje/mandato jurídico.

La materia objeto del discurso se ciñe a las instituciones jurídicas privadas tal y como están delimitadas en la norma. Interesan, en particular, a la luz de la idea de que la evolución conduce al cambio o transformación. Me referiré, en general, a las instituciones privadas, pero, en concreto sólo pondré el ejemplo de algunas de ellas.

2. LAS INSTITUCIONES

Obligado, así pues, sea hacer un breve recordatorio de lo que se entiende por institución jurídica para, a continuación, plantear los interrogantes.

2.1. *¿Qué es una institución?*

Conforme a lo aprendido (SAVIGNY)¹¹, se entiende como institución aquella figura que es un centro unitario en torno al que se ordena el mandato legal. Lo que IHERING¹² calificaba como «naciones jurídicas» que son «(...) aquellas “entidades” individualidades lógicas, seres jurídicos, que nosotros concebimos y animamos por la idea de una existencia y de una vida individual (...). Frente a las meras “disposiciones jurídicas” (...) “cuerpo jurídico” que es objeto de construcción doctrinal que debe aplicarse exactamente al Derecho positivo».

¹¹ Ferran BADOSA COLL (2010), *Memoria de derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, pp. 279 y ss, explica que SAVIGNY «(...) organizará la exposición de su *Sistema...*, sobre la base de la “institución jurídica” (Lib I, Ap. 5) que es un producto de la “construcción” y “combinación” (frente a la “relación jurídica” que nos viene dada por los acontecimientos de la vida práctica) y que junto a los demás forma “un sistema y que solo en armonía con ese sistema, pueden ser completamente entendidos”».

¹² BADOSA COLL (2010), op. cit, *Memoria*, pp. 277.

En la doctrina civil, DE CASTRO¹³ indicaba que «(...) conforme a la etimología de la palabra —*in status*— (...) se refiere a las figuras jurídicas básicas y típicas de la organización jurídica total (...)» a lo que agregaba que «la inclusión o exclusión de una figura jurídica, como institucional, tiene un valor político primario. Pues significa un cambio en la composición de la verdadera constitución jurídica de un pueblo». De su parte, TIERNO GALVAN¹⁴ entendía, desde una concepción jurídica, que la institución refiere el conjunto de normas jurídicas que regulan una pluralidad de hechos definidos en ellas¹⁵.

Siguiendo esta calificación y para completar la idea, BADOSA COLL explica que «Las instituciones son elaboraciones o configuraciones que son estructuradas, en primer lugar, por la práctica jurídica en su función determinadora del derecho (...)». Lo que lleva a constatar que «(...) Toda institución gira en torno a la formalización de una conducta, es decir, consiste en una descripción de algo que requiere a una persona para poder existir (...) se formula como una proposición lógica (...) El plano de la previsión es el que se denomina, técnicamente, “supuesto de hecho” y el de la ordenación o configuración “efecto” (...)»¹⁶.

En esta línea, se identifican como instituciones jurídicas del ámbito del derecho privado, entre otras, por ejemplo, el matrimonio, la familia, el contrato, la propiedad, el testamento..., conforme a las que se ordenan las disposiciones normativas, en concreto, los códigos civiles decimonónicos que, más o menos actualizados, continúan siendo, en el siglo XXI, los cuerpos legales básicos de los ordenamientos jurídicos¹⁷.

En la ciencia jurídica, también en la práctica (aplicación de la norma) la institución es un instrumento técnico mediante el que se identifican las realidades sociales (relaciones y situaciones), presupuesta la intervención de la persona como sujeto de derecho (titularidad) que alcanzan determinación jurídica. Determinación que comporta tipicidad, además de su individualización, dotar-

¹³ Federico DE CASTRO y BRAVO (1955) *Derecho civil de España. Parte General*, Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*. 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios políticos, pp. 158 y 169.

¹⁴ Enrique TIERNO GALVÁN (1966), *Conocimiento y ciencias sociales*, Ed. Tecnos, Madrid, pp. 192.

¹⁵ Sobre las instituciones en el ámbito del Derecho público remito a Lino RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (2022), «La teoría institucional del Derecho» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 12(1), pp. 37-64.

¹⁶ BADOSA COLL (2010), op. cit, *Memoria* pp. 30 y 31. Señala, a renglón seguido, que «La titularidad, pues, describe la relación existente entre una persona y unas nociones jurídicas cuya función es calificar una conducta humana».

¹⁷ Juan B. VALLET DE GOYTISOLO (2002), «Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones» en *Anuario de Derecho Civil*, N° 1, pp. 9. También, SOTO NIETO (1979), op. cit, «El cambio», pp. 120, indica: «Todo el denso edificio de las instituciones jurídicas representa la elaboración correlativa con que el Derecho responde a una serie de problemas sociales típicos y duraderos».

las de una calificación generalmente mediante la asignación de un (*nomen*) y contenido recogido en la norma escrita (la ley).

2.2. *Reflexionemos*

Cuando se analiza una institución jurídica, en la mayor parte de ocasiones con independencia de la finalidad que se pretenda, es decir sea al efecto de conocer sus características y el régimen jurídico que le atribuye una norma, sea para confrontarla con un hecho o situación (real) concreto o para decidir cómo debería regularse, la primera labor es la de búsqueda de los datos (índices) que la definen, que muestran su imagen y la problemática que se suscita.

A renglón seguido, sea cual fuere la opinión o tesis que mantenga la persona que lo haga (historicista, positivista, dogmática, realista, sociológica...etc.,) aparece la necesidad de ubicarla en el contexto social de un momento histórico, junto a todas las circunstancias y condiciones que la rodean, incluidas las jurídicas del ordenamiento en el que se inserten, que mucho influyen en la regla positiva promulgada. Adicionalmente, por descontado, se acude a la doctrina teórica (juristas) que desde una posición técnica, general y abstracta configura, describe y explica el ideal o prototipo conceptual de la institución. Y a la práctica (jurisprudencia) ya existente que da noticia de cómo se ejercita y cuáles son sus defectos y carencias. Porque una de las características de lo jurídico, *in genere* es su conservadurismo, es decir, la actitud prudente frente a los cambios súbitos, que se reflexionan y discuten largamente¹⁸ lo que lleva a que la adaptación que se desea o reclame pueda ser (y sea efectivamente) lenta. La forma legal codificada, de otra parte, de algún modo, favorece el mantenimiento del *stato quo*.

Otro dato importante con el que se ha de contar es la manera en que se presenta públicamente (la forma): la configuración del Derecho como lenguaje (de lo que tenemos noticia en varios discursos pronunciados en esta Academia¹⁹). En la actualidad, cuando se aborda el estudio de la institución no parece que la lengua, la forma en la que se expresa la norma ocupe un lugar, ni preferente, ni secundario: lo que es objeto de regulación no se analiza y expresa desde la perspectiva lingüística relativa a su contenido específico. Las palabras, los términos de expresión de la regulación concreta no acostumbran a tomarse en la consideración debida porque el centro es la regla, y muchas veces no se percibe que esa faceta formal (apariencia) importa para determinar la institución, explicarla e

¹⁸ SOTO NIETO (1979), op. cit. «El cambio», pp. 132.

¹⁹ Ramón BADENES GASSET (1973), *Lenguaje y Derecho*, Discurso de recepción de académico de número. Contestación de Jaime M^a MANS PUIGARNAU, *Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Barcelona; Lluís JOU MIRABENT (2009), *L'oficialitat lingüística. Un concepte jurídic*, Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número. Contestació de Juan José LÓPEZ BURNIOL. *Academia de Jurisprudencia i Legislació*. Barcelona.

incluso justificar el cambio o la transformación. Recuérdense la relevante función que cubre la interpretación de la norma, uno de cuyos medios es, precisamente, la averiguación «/del/ sentido propio de las palabras» (art. 3.1. CCe).

La falta de atención al *nomen* (términos) no ha sido, sin embargo, tónica general; si nos remontamos al «nacimiento» jurídico (origen) de la institución, donde la palabra expresaba el concepto y contenía su núcleo, la correspondencia era precisa²⁰; en contraste si se parte de los textos legales codificados, a cómo se ha operado en el proceso de evolución hasta la actualidad.

Una vez identificadas y reguladas las instituciones (tipicidad), permanecen bajo el nombre inicial y su evolución se refleja en la ley bajo el apelativo genérico de «actualización» o «modificación» de la norma en la que se hace (Ley de actualización, Ley mediante la que se modifican los artículos...) y en su contenido, que incluso, pese a la palabra empleada, puede llegar a ser completamente dispar del originario. Hasta el extremo de que el cambio o transformación de envergadura de la institución puede no afectar o no lo que debiera al *nomen* jurídico que se conserva. Habrá, entonces, que acudir a argumentar la justificación que avale la decisión (de política legislativa) de crear (alterar) el significado de los términos jurídicos.

En definitiva, las instituciones acogidas en un determinado ordenamiento son las que identifican una organización establecida. Estas junto a los elementos técnicos (jurídicos y lingüísticos) son manifestación y reflejo de la realidad social, de sus valores y los propios de la ciencia jurídica del momento de tipificación (cuando se crearon) que permanecen mientras está vigente la norma. Pero, el transcurso del tiempo, la ineludible evolución social lleva a la necesidad de modificar la regulación para hacer efectivo el cambio o la transformación, adaptarlas a la realidad de su aplicación. De ahí la inquietud, los interrogantes...

2.3. *Los interrogantes*

He iniciado el discurso diciendo que la materia sobre la que versa son las instituciones y los términos jurídicos, pero no sólo. En cuanto instituciones vivas, que se ejercitan y aplican, la evolución en general, el transcurso del tiempo impulsa su renovación o expulsión del sistema. De esta constatación surgen las dudas en torno a su tipicidad, en lo que afecta a su *nomen* y su mantenimiento, frente a la evidencia de que permanecen instituciones que nominalmente son las mismas pero que analizadas poco tienen que ver con las originarias.

Es de esta paradoja de la que surgen las dudas que me han llevado a disertar acerca de los cambios y transformaciones, no todas, solo algunas.... No esperen hallar respuesta a todas en las líneas que siguen.... Sólo aportaciones

²⁰ Aunque pueda hacerse reproche en lo referido a su inclusión, pues, como es sabido y se aborda más adelante, brillaba por su ausencia, ya que el lenguaje jurídico tradicional es androcéntrico.

discretas, planteamientos para una discusión posterior que permitan enriquecer el panorama jurídico.

¿Cómo describimos el proceso de evolución/transformación de una institución?

¿La institución es nueva cuando sus elementos se transmutan por completo?

¿Hay límites a la evolución de las instituciones?

¿Existen instrumentos en el sistema que procuran la evolución sin cambiar la norma escrita?

¿La evolución del lenguaje jurídico cambia la institución?

3. SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LAS INSTITUCIONES

Antes de abordar la evolución (que provoca el cambio o la transformación) de la institución permítanme referirme brevemente a la construcción. Advierto, de entrada, que lo que se explica a continuación es una tesis personal resultado de largas y meditadas cavilaciones, pensamientos, digresiones de los conocimientos adquiridos a lo largo de mi trayectoria investigadora, en consecuencia, de todas las lecturas de textos jurídicos y no jurídicos, y por descontado, de los contrastes de pareceres con personas del ámbito jurídico, social y familiar con las que he trabajado y compartido estas preocupaciones.

3.1. *La construcción*

La construcción de una institución o de una noción jurídica es fruto de un proceso en el que intervienen una multiplicidad de factores, difiere tanto de su actualización o modernización, como de su transformación. El punto de partida, y la consecuencia no es igual si la institución o noción ya existe jurídicamente, es lo que sucede cuando se actualiza o pone al día, que en los casos en que se transforma, o se crea *ex novo*.

Interesa recordar que la tipicidad, manifestación jurídica de la admisión de la institución (régimen y *nomen*), encuentra su razón de ser en una realidad previa a la norma que la toma como presupuesto para conformar el supuesto de hecho, su calificación jurídica, y régimen. Es decir, a partir de lo dado, la acogida oficial o existencia jurídica. De otra parte, de antemano no existe un listado de los hechos, situaciones y relaciones que se regularán; son los que en cada momento interesan en la sociedad concreta a la que pertenece el o los ordenamientos jurídicos a los que concierne. En general, al ser el Derecho ordenación de los intereses y necesidades de las personas, lo que en cada momento temporal concreto es objeto de regulación se vincula directamente a aquellos.

El objeto que regular es la realidad material que preexiste a la creación de la institución. De esta clase de objetos son, por ejemplo, la relación social entre las

personas (la convivencia, el intercambio de bienes y servicios...), una situación determinada (discapacidad, minoría de edad, abandono...), el hecho del nacimiento o de la muerte, la condición profesional, una finca (rústica, urbana...), la conducta de una persona (que daña, expresa una voluntad, cuida...) ...etc.

Junto a la realidad previa material, a la hora de regular también se toma como objeto la realidad intelectual, o sea, la creación de la mente (obra intelectual) ya provenga únicamente de ésta, sea consecuencia de la observación personal (invención²¹) o del reclamo de la realidad social (especificación²²). Las ideas que se generan ante la premura en dar respuesta a un determinado conflicto o situación que se considera debe regularse. ¿Cómo hacer frente a la situación de una persona menor abandonada, o sin filiación conocida, dotándola de un estatus o de una protección? La respuesta jurídica puede ser variada, dependiendo en cada caso, de lo que se pretenda. Así deviene en la creación de la institución de la adopción: la constitución de una relación de filiación (y familiar) idéntica, en los efectos, a la filiación por naturaleza, en un núcleo familiar sin relación de parentesco consanguíneo; o puede ser la tutela, o el acogimiento de la persona (en sus diversas variantes) medio de proteger a la persona atribuyendo funciones tuitivas sin establecer una relación de filiación, ni siquiera familiar... Instituciones distintas, contenidos, régimen, efectos... Las instituciones creadas aquí ante la realidad social (que la única solución que ofrece es una situación de hecho), son desde la ficción jurídica (de filiación) que implica crear una institución análoga a la filiación (*adoptio imitatur natura*) a la creación de instituciones jurídicas que amparan jurídicamente la función de guarda. De este modo tienen existencia y eficacia jurídica. Frente a ello, también es posible, el rechazo, no dar cabida o, simplemente no dar respuesta.

A lo largo de la historia quien se ha encargado de dotar de tipicidad a los diferentes supuestos han sido las personas a las que se encomienda la labor de elaborar las leyes, en la actualidad las cámaras legislativas. Regulación que acostumbra a acomodarse, ser un reflejo, de la asunción de los valores que imperan en la sociedad o de los que se considera preferentes, en el momento de creación de la norma. Pero no sólo; en efecto, puesto que estamos en la ciencia jurídica, entran en juego necesariamente, los principios generales comunes a todos los ordenamientos; los propios del ordenamiento jurídico específico que la regule²³, sin olvidar, los contenidos en las Constituciones, así como las directrices *in genere* de la doctrina técnica. Algunos de ellos universales, por formar parte del acervo y valores asumi-

²¹ En el sentido de concebir, crear, descubrir algo nuevo que no existía antes.

²² En el significado de tomar una idea o materia que no ha creado la persona y a partir de ello elaborar lo nuevo (como cuando se toma madera y a través del trabajo que se aplica se construye una mesa).

²³ Cuando me refiero al ordenamiento jurídico concreto entiendo que, generalmente, coincide con un país, estado o entidad con poder soberano y competencia legislativa. Así que, en lo que se refiere a nuestra realidad plurilegislativa, puede comportar diversidad de regulación, pese a la identidad de la institución.

dos por la humanidad, que entiendo no son, aunque puedan coincidir algunos, los denominados del Derecho natural. Y otros más específicos como son los derivados de los reclamos de los sectores o grupos sociales afectados, que cada día participan más activamente, incluso en los procesos legislativos, por mandato legal.

En el ámbito de la investigación la doctrina explica la institución, el termino jurídico como integrante del saber y conocimiento, analiza su regulación en un ordenamiento o en varios, proponiendo, en su caso, las mejoras pertinentes.

La delimitación legal comprende el término que identifica y nomina a la institución, que es la tipicidad, dato común en todos los ordenamientos, y alcanza necesariamente a su régimen y funcionamiento. De la diversidad de ordenamientos resultan las varias regulaciones de la misma realidad; lo que no impide que, jurídicamente, en todos ellos, a pesar de no ser idéntica, la institución se identifique. Por supuesto, aquí me refiero a los distintos ordenamientos civiles que existen en el Estado español.

Recordaba SOTO NIETO²⁴, «Sobre el Derecho, como ciencia social y una de las más caracterizadas, recae un fatídico anatema, planteado incesantemente el problema de su rejuvenecimiento y renovación (...)».

3.2. *La evolución: cambio y transformación*

¿Cómo actuar cuando se opera sobre lo que ya existe? Se ha de hablar del curso de un proceso que discurre temporalmente acompañado de las circunstancias, los acontecimientos, los valores de la sociedad concreta en la que está la institución de la que se predica el cambio. El tiempo y la sociedad marcan su huella en la evolución.

El significado de «evolución», cuando se dice de una idea o teoría, implica desenvolvimiento, el desarrollo, la progresión de lo que existe, que impulsa el paso de un estado a otro y desemboca en el cambio, la transformación o la creación.

Enfrentarse a la evolución de la institución evidencia la necesidad de revisar su presupuesto: la realidad jurídica previa, la regulación vigente afectada; o sea la ley escrita que la contiene. Una realidad, en inicio, propia, independiente de la conexión que pueda tener con reclamos o exigencias sociales, también, separada de conocimientos provenientes de otras ciencias (en particular de la vida, o de las tecnologías) que, no obstante, podrán tenerse en cuenta cuando se decida modificar la norma. Una realidad jurídica que, a la luz de la evolución, se ha de actualizar o transformar, poner al día.

Actualizar, en los diccionarios de la lengua²⁵, se describe como «renovar, modernizar, rejuvenecer, revisar» o «Fer actual, posar al día», conservando lo que ya

²⁴ SOTO NIETO (1979), op. cit., «El cambio», pp. 123.

²⁵ Tanto el de la RAE (<https://dle.rae.es/>) en la edición de 2023, como en el Diccionari de l'Institut d'Estudis Catalans (DIEC2) (<https://dlc.iec.cat/>). Voces, actualizar y transformar.

existía. Mientras que transformar es «cambiar, transmutar algo», «convertir en substancia diferente, modificar enteramente», es una novedad. Innovación, transmutación o mero cambio (actualización) que puede o no reflejarse en la norma, según la técnica que se siga o la decisión política legislativa. En ambos casos, sea cual fuere la opción escogida, actividades obligadas para acercar la institución a la realidad.

En principio se entiende que mientras la opción por el cambio implica que, perviviendo su esencia, se modela la institución para adaptarla a la novedad, la transformación supone un *novus* que sustituye lo anterior. En la transformación ese núcleo resulta desvirtuado (invertido, tergiversado, adulterado) de donde se sigue que, técnicamente, en el primer caso se actualiza, simplemente modificando y en el segundo, se transforma sobre la base de lo existente, y por lo tanto se crea. Cabe, también, una tercera alternativa, la de dar respuesta a la evolución mediante la creación de una nueva institución separada que coexista con la anterior adaptada, si así conviene, ya como completamente independiente ya como subtipo de ella. En sentido estricto, la transformación debería dar lugar a una nueva (o nuevas, en su caso) figura jurídica, ya total, ya parcialmente, frente al retoque, por calificarlo así, que es obligado cuando se trata de la adaptación (cambio, actualización).

Sin embargo, no siempre, por lo que hace a la creación de nuevas instituciones sobre la base de las anteriores, se ha actuado así. La conducta más habitual del poder legislativo, una vez asumida la evolución ha sido la del encubrimiento bajo el manto de la actualización o modernización, de la desnaturalización de lo que había. De ello tenemos cumplida prueba en nuestros ordenamientos. Un ejemplo, tomado del derecho catalán, del Texto refundido de la Compilación del derecho civil Cataluña de 1984²⁶: de la cuarta marital de la Compilación de 1960 (arts. 147-154), institución de larga raigambre histórica que se refería únicamente a la mujer viuda se pasó (por actualización) a la cuarta vidual (arts. 147-154) que se concedió también al hombre viudo. Cambió el nombre de la institución y se amplió un dato del supuesto de hecho. ¿Debería hablarse, aquí de actualización o de transformación, o de nueva institución?²⁷.

Aunque no se pueda negar la influencia de la realidad o el reclamo, la motivación que exija la sociedad, tanto la existencia (cuando se crea) como el cambio (evolución) y la transformación de una institución son resultado de de-

²⁶ Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel que s'aprova el Text Refós de la Compilació del Dret Civil de Catalunya. DOGC núm. 456, de 27 de juliol de 1984.

²⁷ En la Exposición de Motivos del Decret Legislatiu 1/1984 (2 párrafo), en la versión del BOE, se lee «La actual Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (...) no ha sido actualizada según previa su propia disposición adicional lo que ha impedido incorporar aquellas modificaciones que los juristas catalanes han observado reiteradamente (...). De este modo se ha producido un cierto alejamiento de la norma civil catalana con respecto a las necesidades normativas exigidas por la realidad social actualmente existente en Cataluña».

cisiones técnicas jurídicas, también de política legislativa, que se toman después del transcurso de un periodo de vigencia más o menos larga, en la que se habrá vivido, interpretado y aplicado.

Pero ¿cuál es la realidad jurídica de la institución cuando se manifiesta la necesidad de un cambio o transformación? La respuesta se sigue de lo que se lleva dicho. La realidad jurídica es lo tipificado (*nomen* + régimen), contenida en la norma escrita vigente, pero no sólo. A ello se agrega la situación jurídica presente de la institución, tal y como está en el conjunto del ordenamiento jurídico y en su contexto social, lo que implica la toma en consideración de un nuevo dato: su aplicación real, el ejercicio de su contenido, ya el ordinario, ya el conflictual, el desarrollo del día a día. Es decir, la práctica extrajudicial y la judicial, que da cabida, junto a la regla abstracta (codificada) a la concreta originada en cada caso en el que una sentencia la recoge como fundamento del fallo. También, en la concreción que resulta de la manera en que las personas ejercitan su contenido, ya sea el dispuesto en la norma que la regula, ya sea fuera de ella (por alega) e incluso el que implica alteración. Datos que no deben obviarse cuando se considera la evolución y sus consecuencias.

En el proceso de evolución de la institución que reclama cambios, deben computarse todos los factores, circunstancias, prácticas reales, lícitas e ilícitas, para calibrar cómo ha de modificarse y decidir la oportunidad de integrarla jurídicamente. De modo que sin dejar de lado la construcción ideal o tópica que haya hecho la doctrina de ella, suma, además, su configuración legal (tipificación), el modo de operar en la realidad jurídica y práctica, las reclamaciones o reivindicaciones provenientes de la sociedad que alcanzan relevancia y los avances de las ciencias (de la vida y de las técnicas) cuyas nociones se han tomado (los fundamentos biológicos, por ejemplo). Lo que depende, resumidamente, de cada sistema y del alcance de las fuerzas y de los grupos sociales y del conocimiento con poder para provocar y hacer efectivo el cambio.

Ha de recordarse que la tipificación de las instituciones no implica, al menos en el ámbito del derecho privado, que se hayan fosilizado o cristalizado, sin posibilidad, por tanto, de modificación. Tipicidad no excluye variación, adaptación, ni es un obstáculo a la creación²⁸, lo que implica que la evolución, fenómeno inherente (concomitante) al tiempo, pueda desembocar bien en una modificación, bien en la transformación que se reflejan en la normativa, llamémosle, adaptada²⁹.

En ambos fenómenos, sin embargo, dejando aparte el alcance e influencia de la opinión doctrinal, la decisión por una u otra (actualizar o crear una institu-

²⁸ Sobre estos conceptos me remito a lo que expliqué (1979) en *Estructura y función del tipo contractual*, Ed. Bosch, pp. 13 a 52.

²⁹ SOTO NIETO (1979), op. cit., «El cambio», pp. 128, contundente, indica «Ha de abandonar cualquier textura conservadora y retardante que dificulte u obstaculice su significación instrumental en los procesos de cambio».

ción) es de política legislativa. Lo habitual en nuestros ordenamientos jurídicos es el mantenimiento, aferrarse a lo establecido asumiendo el cambio.

4. INSTRUMENTOS DE ADAPTACIÓN

Mientras está vigente la tipificación y el régimen de una institución jurídica privada, pese a la rigidez propia de los ordenamientos codificados y de una parte de la doctrina jurídica, sea cual fuere la posición que se sustente acerca de la producción normativa, no es lícito ni se puede mantener que la tipicidad legal lleva a la fosilización o estancamiento. La mera constatación de ser instituciones vividas, el día a día de su ejercicio y la aplicación imponen no sólo que se mantengan sino, lo que importa, que se aprecien y acomoden, en cada momento, a sus circunstancias reales.

Expresado de otra forma, la configuración legal abstractamente formulada a través de la tipicidad y régimen de la institución se concreta en la práctica mediante su aplicación extrajudicial y judicial lo que implica, por sí, cambio. La inmutabilidad del texto legal se corrige mediante la utilización de los instrumentos jurídicos previstos por el propio sistema para procurar que la aplicación de la norma sea no solo correcta, sino que despliegue efectos. Una efectividad, que además de amoldarse al caso concreto, sea aplicación justa, respetuosa con la dignidad y derechos de la persona (arts. 9 y 10 CE).

El principal instrumento de adaptación del mandato legal al supuesto de hecho en concreto es la técnica de la interpretación y la integración de la norma. Un rasgo peculiar de la norma, que se evidencia a la hora de aplicarla, es la ineludible necesidad de interpretarla, para averiguar su contenido y alcance, a la vista de que la ley escrita perdura en el tiempo mientras la sociedad, y sus valores, cambian. Entre las técnicas de interpretación se han de considerar las doctrinas que tratan de explicar y fundamentar no solo cómo tiene lugar el acomodo a la evolución, sino también las que justifican una determinada manera de actuar³⁰.

Otro ámbito que se ha de tener en cuenta es la práctica extrajudicial, cómo se ejercita el contenido de las instituciones y cómo se hace efectivo, ya sea mediante la intervención de autoridades (no judiciales) ya privada.

Aplicar la norma supone subsumir los hechos acaecidos en la realidad social en las hipótesis generales, a fin de obtener la solución justa que resuelva el conflicto. La función de aplicar presupone y obliga a desplegar varias acciones: a) fijar los hechos concretos; b) seleccionar la norma aplicable; y c) determinar el sentido y alcance de ésta con relación al supuesto de hecho y a las características del caso.

³⁰ Desde la posmodernidad que también, aunque tardíamente, ha de predicarse de lo jurídico.

Pues bien, es en esta individualización en la que entra en juego la interpretación de la norma puesto que es labor que precede. Aplicación de la norma que, en los textos legales, tiene un significado estricto y concreto, ya que no es cualquiera: es la aplicación judicial. De manera que, en inicio, el concepto de aplicación se predica de las personas y órganos que tienen asignado el deber jurídico de ponerla en práctica (arts. 1.7 CCE y 111-2 CCCat y art. 117 1 y 3 CE). Esta constatación, propia de la técnica jurídica, sin embargo, no implica eliminar ni marginar la práctica y aplicación extrajudicial, en particular cuando se plantea la evolución y su acogida.

Finalmente, otro dato que es instrumento de evolución propio y a la vez característica del Derecho, es el lenguaje. No solo la sustancia, o sea el contenido jurídico de la regla que rige la institución evoluciona, sino cómo se expresa, la terminología y la redacción, herramienta imprescindible para la adaptación y la progresión.

4.1. *La interpretación e integración*

En sentido amplio la interpretación es el conjunto de actividades encaminadas a la aplicación de la norma, presupuesto ineludible, pues siempre se ha de interpretar. En sentido estricto, es la actividad tendente a la averiguación del significado de la norma a aplicar que concluye en una valoración jurídica. Así que es el razonamiento jurídico concreto.

Conforme a la disposición legal (art. 3.2. CCE) las normas se han de interpretar «según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos» pero «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas», teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas». También, «d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica i la jurisprudència civil» (111-2 CCCat)³¹.

A la hora de proporcionar una pauta se adopta, así, un criterio objetivo que es el de indagar la regla contenida en sí (la voluntad objetiva de la ley o *voluntas legis*) no lo que quiso quien legisló (*voluntas legislatoris*) y, en particular atendiendo tanto al pasado como al momento de su aplicación. Es bastante generalizada la opinión doctrinal, particularmente civil, de que la interpretación debe respetar, en la medida de lo posible, la literalidad del texto legal.

³¹ Art. 111-2 CCCat. *Interpretació i integració* «1. En la seva aplicació, el dret civil de Catalunya s'ha d'interpretar i s'ha d'integrar d'acord amb els principis generals que l'informen, prenent en consideració la tradició jurídica catalana. 2. De manera especial, en interpretar i aplicar el dret civil de Catalunya s'han de tenir en compte la jurisprudència civil del Tribunal de Cassació de Catalunya i la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya no modificades per aquest Codi o altres lleis. L'una i l'altra poden ésser invocades com a doctrina jurisprudencial als efectes del recurs de cassació».

No obstante esto, a la vista de la realidad social y su evolución, que no son ajenas a la disposición legal (art. 3 CCE), conviene ir más allá. Las nociones de espíritu y finalidad de la norma son manifestaciones de una misma idea: la finalidad; una de ellas jurídica (el espíritu reflejado en la norma) y otra social (la finalidad perseguida). El espíritu jurídico de la norma es la específica regulación (el mandato) contenido; el social refiere la concreta ordenación de los intereses que la ley hace. Criterio que junto a su aplicación conforme a la realidad social del momento (art. 3.2. CCE) permite que, pese a que se mantenga inalterada a lo largo de su vigencia (indefinida mientras no se derogue o sustituya) y con ella la institución jurídica a la que atañe, su significado pueda adaptarse a la realidad actual en la que ha de ser aplicada. Existen suficientes motivos y causas que justifican y amparan esa adaptación, incluso sin necesidad de acudir a su retoque. Sucede, no obstante, que cuando no es aislada, surge, entonces, la llamada a que se modifique la norma (y la institución, en su caso).

Tradicionalmente entre las denominadas «clases» de interpretación, se ha distinguido, en la interpretación correctora, entre la restrictiva y la extensiva, según se circunscriba a la literalidad del supuesto de hecho previsto en la norma o se amplie. La adaptación a la realidad social sobrepasa esta diversificación. Conduce a considerar la denominada interpretación sociológica que puede llevar a la creación específica surgida de un proceso progresivo de la labor interpretativa calificado bajo la denominación «interpretación evolutiva».

Se entiende como interpretación evolutiva aquella que «(...) utilizando el método sociológico, puede llevar a una de estas *formas o modalidades*: la declaración, la corrección, la extensión y la restricción (...)»³² lo que incluso comporta «(...) poder incluir en la *ratio iuris* de la norma un nuevo supuesto que excede claramente su sentido histórico y literal, o excluir alguno que en ella se contuviera *ab initio* (...)»³³.

Aunque lo que se acaba de exponer no es la tesis compartida por una parte de la doctrina jurisprudencial que, como es conocido, en lo que afecta a la evolución de determinadas instituciones y conceptos no es proclive a la interpretación evolutiva, no se ha de obviar. Se ha de contar con el sector conservador que, frente a la interpretación evolutiva, está «(...) centrado en el mero texto de la ley y su sistematización conceptual, y /en el/ empeño de no revisar postulados de una ciencia jurídica que se erige como incuestionable tras tantos siglos de existencia ininterumpida y reforzada»³⁴.

³² Ángel LÓPEZ y LÓPEZ (2013), «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)» en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 27, pp. 188.

³³ Ángel LÓPEZ y LÓPEZ (2013), op. cit. «En torno a la llamada interpretación evolutiva», pp. 191.

³⁴ Juana María GIL RUIZ (2021), «Reconfigurar el derecho representando al jurista: retos de la sociedad global digital y compromisos internacionales vinculantes» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, xxxvii, pp. 153.

En la polémica sobre mantener una posición conservadora frente a las exigencias de la sociedad, o una evolutiva, se sitúa la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, que tiene una función relevante en el desarrollo del Derecho, instrumento clave para su evolución y transformación. Y a la que, pese a las contradicciones, debe considerarse en el análisis de la evolución. Esta doctrina jurisprudencial que va más allá e incorpora el acomodo no es fruto del arbitrio puro y simple sino, como recuerda SALVADOR CODERCH³⁵, «(...) de líneas de decisión relacionadas, en cambio, con las muy generales ideas de *concreción* del Derecho legislado y de *adaptación o desarrollo paulatinos y razonados* de las pautas de resolución de los casos con arreglo a una apreciación judicial de *consensos* sociales sobre cuáles sean los criterios correctos o justos. De este modo, campos enteros del Derecho privado son, hoy en día, producto del Derecho judicial, de la aplicación judicial del Derecho (...)». Cita como ejemplos, el contrato de obra, la responsabilidad civil, la determinación del sexo, las cláusulas de estabilización.

En resumen, la interpretación es uno de los instrumentos con los que se ha de contar para acomodar las instituciones a la realidad. Junto a ella, también, la integración.

La integración es la tarea que persigue, cuando hay un vacío legal que se ha de colmar, construir o reconstruir la norma a fin de cumplir con el deber inexcusable de los tribunales de resolver los asuntos presentados (arts. 1.7 CCe y 11.3 LOPJ)³⁶. Como es sabido, presupone, dato que permite distinguirla de la interpretación, una laguna, que es la que se integra (llena). Esta puede ser autointegración, que implica utilizar los recursos propios del ordenamiento jurídico, los principios generales del Derecho propio, o heterointegración que recurre a medios fuera del propio ordenamiento. Entre ambas, en nuestro sistema, preferentemente se acude a la de autointegración en cada uno de los ordenamientos jurídicos, sin perjuicio de que entre el ordenamiento estatal y los civiles autonómicos se acuda a otra técnica: la supletoriedad.

En ambos casos son instrumentos, dispuestos en la misma ley, que facilitan, al menos para el caso concreto, la aplicación evolutiva de la normativa

³⁵ Pablo SALVADOR CODERCH (1991), «Comentario del artículo 3º.1» en *Comentario del Código Civil* (Dir. Cándido PAZ-ARES RODRIGUEZ, Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR CODERCH), Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid. Tomo I, pp. 25; también, con anterioridad, SOTO NIETO (1979), op. cit., «El cambio», pp. 144. Los resalta son del propio autor.

³⁶ Artículo 1.7 CCe: «Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

Artículo 11.3 LOPJ: «Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y solo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes».

vigente, con independencia de que provoque una modificación legislativa que adapte o transforme la institución. «(...) Sin embargo, y ante las insuficiencias teóricas de las doctrinas de la interpretación para *explicar* las razones reales de la aplicación judicial del Derecho o las de su evolución —destaca SALVADOR CODERCH³⁷— en tal o cual sentido es inevitable la crítica que pone el acento en las consecuencias negativas del recurso al artículo 3º.1 CC a la hora de *motivar* la decisión judicial diforme del sentido propio e histórico de la ley (...)».

¿*Quid* de la equidad? En nuestro sistema es un recurso que opera en el momento de la aplicación judicial de la norma, a la que se asignan dos funciones, siempre en el seno de la interpretación. Bien (arts. 3.2 CCe y 111-9 CCCat)³⁸:

1ª. Como un elemento a añadir: se ha de tener en cuenta, ponderarse en la aplicación de las normas. Lo que comporta la entrada en juego de los criterios de la razón, la moralidad, procurar la justicia del caso concreto, considerar las circunstancias particulares, moderación de la norma, pero sin alteración.

2ª. Como integradora, fuente del derecho, para fundamentar la resolución del caso concreto, que sólo puede operar cuando la ley expresamente lo permita. Donde, en efecto, aquí sí puede llegar a crear la regla específica.

En lo que ocupa esta disertación, así pues, en inicio la equidad, por sí, no se puede calificar como un instrumento de evolución, por la estricta referencia al caso concreto y el encorsetamiento legal. Se expresa con claridad la Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, del título preliminar del Código Civil³⁹: «A modo de elemento tendente a lograr una aplicación de las normas sensible a las particularidades de los casos, ha de considerar el valor reconocido a la equidad. Esta no aparece invocada como fuente del derecho; le incumbe el cometido más modesto de intervenir como criterio interpretativo en concurrencia con los otros. Consiguientemente, una solución de equidad no es susceptible de imponerse o superponerse a la resultante de la utilización conjunta de los diversos elementos interpretativos, los cuales, sin embargo, podrán recibir la benéfica influencia de la equidad. Queda exceptuada la hipótesis de que la ley permita expresamente fundar las resoluciones sólo en la equidad; más para ello se requiere la existencia de una norma concretamente atributiva de tal valor a la equidad, bien distinto del que en términos generales le viene reconocido con

³⁷ SALVADOR CODERCH (1991), op. cit., «Comentario del artículo 3º.1», pp. 25 y 26.

³⁸ Artículo 3.2 CCe: «La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita».

Article 111-9 CCCat. *Equitat*: «L'equitat s'ha de tenir en compte en l'aplicació de les normes, si bé els tribunals només poden fonamentar llurs resolucions exclusivament en l'equitat quan la llei ho autoritza expressament».

³⁹ Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil. BOE Núm. 163, de 9 de julio de 1974, páginas 1426 a 1427.

alcance únicamente interpretativo y cooperador». Tesis, conviene señalarlo, seguida escrupulosamente por la doctrina jurisprudencial, mantenida sin fisuras.

Pese a ello, teniendo en consideración el significado de la evolución y, en mi opinión, la necesaria adaptación no debe dejarse de lado, cuando la aplicación del recurso de equidad pueda llegar a comportar creación. A partir de ésta ¿qué impide que se llegue a extender? Asimismo, cuando opere junto a los demás elementos de interpretación es obvio que facilita la interpretación evolutiva. La equidad, finalmente, al referirse a lo concreto y ya dado, hasta que no existe el supuesto de hecho a resolver no se plantea; implícitamente integra el componente social del momento de aplicación.

4.2. *Derecho fluido – flexible – dúctil – maleable*

En la doctrina no existe una expresión o término unánime para designar este medio o instrumento de adaptación. Los adjetivos de flexible, dúctil o maleable a veces se utilizan como sinónimos y, en otras ocasiones, designan ideas diferentes. En todo caso, en este texto se entienden con los matices que resultan de lo que se explica.

Bajo las mencionadas calificaciones se alude a la siguiente idea en la labor de aplicación, partiendo de los presupuestos conocidos y sin desecharlos: incorporar al análisis y desentrañado de lo jurídico, la valoración sociológica. Una integración ya como instrumento de interpretación de las normas vigentes, ya como tesis que fundamente la toma de decisiones de política o técnica legislativa conducentes a la producción de normas. Como una manera de actuar y valorar apta para hacer real la norma y las instituciones en tanto que asume la evolución del Derecho.

El punto de partida, denominador común de estas teorías, sea quien sea quien acude a ella para emplearla, (lo que se hace desde formulaciones distintas) es constatar la contraposición detectada entre el orden jurídico (Derecho) racional codificado vigente y la realidad vivida a la que se ha de aplicar. Contraste del que resulta su inadecuación a los intereses y necesidades de las personas, que se intenta corregir y adaptar mediante introducir el dato de flexibilidad de la regla jurídica.

La legalidad vigente codificada presenta una construcción ordenada de las instituciones, pretendidamente cerrada y asentada en principios y reglas rígidos y abstractos perfectamente sistematizados y generalmente imperativos, que salvo en algún área (como la económica) y con limitaciones, son poco dúctiles. Textos legales (los códigos) en los que el sujeto de las relaciones jurídicas (titularidad) es abstracto y está deshumanizado, también la propia institución.

El estatus fruto de la codificación decimonónica y del imperio de la ley escrita, se manifiesta poco propicio, en inicio, a la evolución y transformación de unas instituciones concebidas como ejes fundamentales del sistema y con vocación de permanencia. Recuérdense las palabras del profesor DE CASTRO,

cuando aludía a que «(...) la inclusión o exclusión de una figura jurídica, como institucional, tiene un valor político primario. Pues significa un cambio en la composición de la verdadera constitución jurídica de un pueblo»⁴⁰. Un punto de partida y estatus que, a través de esta concepción menos rígida, aplicando la concepción de liquidez o fluidez a lo jurídico, propia de la sociedad a la que ordena, pretende amoldarse a la realidad para asegurar el ejercicio adecuado de los derechos de las personas. La expresión flexibilidad resalta la aptitud del Derecho para acoplarse a la realidad social y heterogénea que regula.

En sentido estricto, se distingue⁴¹ entre la flexibilidad estática y la dinámica. Mientras la flexibilidad estática «hace referencia (...) al contenido normativo, a la amplitud del precepto para albergar conductas variadas para prescribir un imperativo no demasiado concreto, sino que admita cierta variación, esto es, diversas formas de cumplimiento», la flexibilidad dinámica tiene más relación con la modificación o cambio. Esta se emplea «para determinar la mayor o menor capacidad de renovación».

En uno y otro caso es una tesis que introduce la mirada sociológica en la regulación y aplicación de la norma. Conforme a la cual en el momento de apreciar la subsunción de la norma en el supuesto de hecho concreto se valora no solo la carga histórica sino también la realidad del momento, ajustada al caso. Lo que puede concluir, incluso, en la creación *ex novo*, es decir en la transformación frente a la mera modificación. «Crear (y por lo tanto también descubrir) —nos dice BAUMAN⁴²— siempre implica transgredir una norma; seguir una norma es mera rutina, más de lo mismo, no un acto de creación».

Lo que se acaba de decir aún a las dos tendencias más significativas y contrapuestas que se han mantenido acerca de este instrumento del Derecho flexible: la historicista y la sociológica. A mi entender ha de hacerse así para conseguir la armonía, eficiencia y justicia de la norma jurídica y de su aplicación. En el siglo XXI no se puede prescindir del pasado, ni por supuesto del presente, pero tampoco del futuro, como lo demuestra la evolución.

Ya leíamos en CARBONIER⁴³ «(...) El tiempo de la exégesis estricta ha pasado ya y los civilistas, incluso los que abrigan mayores reservas respecto de la sociología jurídica, reconocen sin dificultad que puede darles, además de nuevas aperturas y de un suplemento de cultura general, una serie de preciosas

⁴⁰ DE CASTRO y BRAVO (1955), op. cit., *Derecho civil de España*, pp. 158 y 169.

⁴¹ Ángeles GALIANA SAURA (2016), «La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa» en *AFD*, 2016 (XXXII), pp. 303 y ss.

⁴² Zygmunt BAUMAN (2004). *Modernidad líquida*. Traducción de Marta ROSENBERG en colaboración con Jaime ARRABIDE SQUIRRU. Fondo de Cultura Económica. México, Argentina, Brasil, Colombia, Chile, España, Estados Unidos de América, Guatemala, Perú, Venezuela. 3ª reimpresión- FCE, Argentina, pp. 218.

⁴³ Jean CARBONNIER (2019). *Derecho Flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*: (1 ed). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik, pp. 290 y 291 <https://elibro.net/es/ereader/uab/235514?>

informaciones sobre las causas y los efectos de las reglas de derecho, sobre su formación y sobre su aplicación. Las fuerzas creadoras del derecho son fuerzas sociales: representaciones, reclamaciones, prácticas colectivas. Es competencia de la sociología jurídica estudiar los hechos sociales, y al hacerlo, contribuye al conocimiento del derecho. Pero contribuye también a ello estudiando, lo que también es función suya, las reacciones del medio social ante las reglas de derecho promulgadas y puestas en vigor».

En general, esta manera de interpretar las normas se predica en relación con las de carácter dispositivo, en el intento de encontrar la brecha que permita la adaptación correspondiente. Sin embargo de esto, no se excluyen por completo en la aplicación las imperativas, ya que estas por definición son las más necesitadas de fluidez no sólo por el reclamo, sino por la pretensión de que la flexibilidad sea un instrumento inherente al derecho en la aplicación de la norma. Es decir, frente a la regla del derecho rígido, que fue muy útil para la ordenación sistemática de la codificación, consolidada la estructura de los ordenamientos jurídicos, la posmodernidad requiere una concepción más dúctil, que no solo justifique sino también acoja la evolución y produzca el cambio.

No debe confundirse esta concepción del derecho flexible con las reglas del denominado *soft law*, que, como es conocido, responden a cuestiones y ámbitos diferenciados. En todo caso, en el derecho flexible se formula una manera de interpretar y aplicar, sea cual sea el carácter de la norma jurídica, ya dispositiva, imperativa, prohibitiva, general o especial, mientras que el *soft law* hace referencia a determinadas reglas que, por sus características y generalmente debido al órgano del que derivan se conciben como no imperativas y mayoritariamente no vinculantes cuando menos de manera inmediata, normas ligeras. Se dice que es «(...) una categoría descriptiva que engloba fenómenos heterogéneos donde concurre un mínimo denominador: la falta de obligatoriedad jurídica»⁴⁴, que abundan en el Derecho internacional.

Las doctrinas sobre el Derecho flexible son, desde lo que he expuesto, un instrumento a través del que la evolución da paso al cambio o a la transformación. De ahí que prescindiera del *soft law* aunque era obligada la referencia para evitar equívocos pues en más de una ocasión se han pretendido equiparar⁴⁵.

4.3. *Práctica extrajudicial*

Hasta ahora se han expuesto los instrumentos de adaptación que actúan cuando la práctica de la institución se lleva a cabo en el proceso, en la aplicación judicial de las normas, pero no se debe dejar de lado el ejercicio y aplicación de

⁴⁴ GALIANA SAURA (2016), op. cit. «La expansión del derecho flexible», pp. 308.

⁴⁵ Sobre la conexión entre el derecho flexible y las reglas de *soft law*, GALIANA SAURA (2016), op. cit. «La expansión del derecho flexible», pp. 303 y ss.

los derechos y las instituciones fuera de aquella. «No es solo la práctica judicial y el proceso —la práctica judicial filtra y deforma la experiencia— sino que es también la aplicación no contenciosa de las normas y la resistencia o indiferencia con que las acoge el medio social»⁴⁶ la que debe valorarse para asegurar su efectividad.

Interesa la aplicación práctica que se desarrolla en el ejercicio ordinario de la institución. Aunque pudiera argüirse que podría o debería valorarse conforme a las mismas reglas, no siempre es así, porque presenta características que difieren de aquel.

En la práctica extrajudicial se puede distinguir entre la que se desarrolla en determinados espacios jurídicos oficiales no judiciales (en que intervienen autoridades) y las ejercitadas en el ámbito estrictamente particular/privado. En ambos casos han tenido, a lo largo de la historia un peso decisivo en la existencia, configuración, régimen y evolución de las instituciones.

Entre las primeras enunciadas, las que tienen lugar en instancias jurídicas no judiciales, se sitúan las prácticas notariales y las registrales, en especial, en el Registro de la Propiedad y el Registro Civil. No procede hacer un análisis detenido acerca de ellas, aunque sí recordar su existencia.

Las prácticas en el ejercicio de las funciones notariales, como es suficientemente sabido y reconocido, han sido un puntal importante en el desarrollo de las instituciones de derecho privado; acuerdos, declaraciones, manifestaciones, pactos, cláusulas..., que constan en los diferentes documentos notariales (escrituras públicas, actas, testamentos...) han reflejado los diferentes acontecimientos de la vida en la que se practica la institución e incluso la han creado adaptándola a los intereses y necesidades de cada situación. Están grabadas en el imaginario técnico y popular como parte de la historia jurídica; no solo las del derecho de sucesiones (las sustituciones fideicomisarias, los diferentes tipos de legados), o del derecho patrimonial (contratos atípicos, cláusulas resolutorias, penales, cesiones, reservas) y derechos reales (modalidades del usufructo, servidumbres, enfiteusis, garantías atípicas), también del derecho de la persona y familiar (contenido atípico de los capítulos matrimoniales, previsiones en materia de tutela y guarda, pactos de separación, reparto de facultades de la potestad parental). En la actualidad, la tendencia a desjudicializar la resolución de los conflictos y la atribución de competencias a la clase notarial en el derecho familiar (matrimonio y divorcio) o personal (los soportes jurídicos a la discapacidad, poderes preventivos) incrementa y facilita estas prácticas.

La práctica registral, aunque pueda parecer más limitada dada su función, también importa contar con ella si se aspira a tener una completa visión de la práctica jurídica. Ciertamente la calificación registral no acostumbra a trascender

⁴⁶ CARBONNIER, op. cit. (2019). *Derecho Flexible*, pp. 291 <https://elibro.net/es/ereader/uab/235514?>

fuera de la relación jurídica a la que afecta y es poco conocida. No obstante, puede ser determinante en el tráfico jurídico. Además, en los casos de conflicto, el alto valor científico de las resoluciones de la Dirección general de Fe pública y Seguridad jurídica (de la Direcció general de Dret, Entitats jurídiques i Mediació del Departament de Justícia de la Generalitat), ha influido decisivamente en la configuración de las instituciones. A pesar de que no «complementen» formalmente el ordenamiento jurídico como hace la jurisprudencia (art. 1.7 CCE)⁴⁷, aportan datos muy útiles. Y sus tesis han llegado a determinar la regulación, piénsese en temas como las condiciones resolutorias, el pacto comisorio, la fiducia de garantía, la configuración registral de la propiedad horizontal, o las referentes a los nombres que se imponen a las personas, la determinación del sexo/género Decía CONDEMINES I VALLS⁴⁸ «Abogados, notarios, registradores y hasta jueces, sin mengua del principio de separación de las funciones del poder soberano, están obligados, con una obligación casi sagrada, a intervenir activamente en esa rápida mutación del Derecho legislado, para la que está maduro el cuerpo social».

Finalmente, que no por ello de menor valor, la práctica extrajudicial de las personas particulares, ya en el ejercicio de sus derechos conforme a lo dispuesto en la norma, ya el que se desenvuelve fuera e incluso el que es en contra de la ley.

¿Existe diferencia entre esta práctica y la costumbre? La práctica que deviene costumbre, porque cumple con los requisitos exigidos por la ley, tiene, en cuanto se reconoce como fuente del derecho, fuerza obligatoria. También la historia lo corrobora, algunas han llegado a trascender y se han incorporado en la ley positiva (la costumbre positivada). Un instrumento de conservación de la tradición, puede decirse, pero sin duda de evolución. Tanto la costumbre *praeter legem* (art. 1.3 CCE)⁴⁹ como, en aquellos ordenamientos que la admiten, la *contra legem* (Ley 3 CDFN)⁵⁰.

Paralela y diferente a la práctica-costumbre es el ejercicio de un derecho a partir del cual se origina una evolución y que, en una buena parte de casos, acaba en la creación de instituciones. Prácticas que no tienen por qué acomodarse a requisitos legales de la costumbre. Genéricamente pertenecen a esta categoría los códigos de conductas, hábitos, acuerdos entre las personas a través de los que ordenan diferentes intereses, ya personales ya patrimoniales, reglas que,

⁴⁷ Art. 1.6 CCE: «La jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho».

⁴⁸ CONDEMINES I VALLS (1968), op. cit., «Función del hombre de leyes», pp. 286.

⁴⁹ Art. 1.3 CCE: 3. «La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público, y que resulte probada».

⁵⁰ Ley 3. CDFN, *Costumbre*. «La costumbre establecida y asentada en la realidad social navarra, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito siempre que no se oponga a la moral o al orden público. La costumbre local tiene preferencia respecto a la general.

La costumbre que no sea notoria deberá ser alegada y probada ante los Tribunales».

quizá en un futuro puedan devenir en costumbre (o usos). Se trata de situaciones de atipicidad, frente a la tipicidad social que sería la de la costumbre. Esta es, sin duda, una herramienta a emplear.

«Los resultados de esta labor práctica —explicaba VALLET DE GOYTISOLO⁵¹—, la ciencia del derecho debe aquilatarlos». Para lo que proponía lo que debía hacerse:

«a) Contemplar las instituciones elaboradas por la práctica y observar las ratificaciones o las rectificaciones o correcciones que, de ellas, efectúan los tribunales de justicia y, en su caso, sus traducciones en leyes.

b) Definirlas (...) delimitándolas en forma fluida, y clasificarlas (...)

c) (...) *tipificar* cada una de esas instituciones».

5. EL LENGUAJE JURÍDICO

Otro instrumento poderoso de transformación es el lenguaje que merece una atención individualizada. Conviene tener presente la naturaleza del Derecho como lenguaje a través del que se comunica y da a conocer. El Derecho como una de las vías de expresión de las relaciones personales, de la convivencia humana y ordenación de ellas. En lo que afecta a su locución⁵², el Derecho es una manera de entenderse manifestada a través de pautas que se expresan en textos (legales) escritos o se comunican oralmente mediante palabras⁵³. Pero ¿qué se identifica como lenguaje jurídico? Es necesario distinguir entre el lenguaje natural y el lenguaje jurídico.

Mientras el lenguaje natural es el que se origina y practica en la sociedad de manera espontánea, que se utiliza en la comunicación humana habitual y expresa (exterioriza) mediante una lengua (idioma) concreta, el lenguaje técnico o especializado es el empleado en un ámbito concreto y abarca el conjunto de términos y expresiones propias de este.

El lenguaje jurídico es un lenguaje técnico, la especialidad está en la terminología particular que atiende al contenido de las exigencias jurídicas. Los términos jurídicos, palabra o palabras (pues pueden ser más de una) que bien o

⁵¹ Juan B. VALLET DE GOYTISOLO (2002), «Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones» en *Anuario de Derecho Civil*, N° 1, pp. 27.

⁵² ROBLES MORCHON, Gregorio (2010), extracto del *Discurso de Ingreso en la Real Academia de Legislación y jurisprudencia de España*, leído el día 3 de noviembre de 2009. «Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del derecho», en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* (2010) Fascículo 1. Se puede descargar en https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-M-2010-10067300688

⁵³ MORESO MATEOS, José Juan (2022), «Filosofía del lenguaje para juristas», en *Filosofía. Una introducción para juristas*. (Coord. Guillermo LARIGUET y Daniel GÓNZALEZ LAGIER), Ed. Trotta, pp. 49-77.

son propios (inventados especialmente) o se toman del lenguaje natural, pero a los que se dota de una significación propia, que puede estar alejada de la habitual. A pesar de la especialidad del lenguaje jurídico se ha de constatar que en sí mismo, como medio transmisor del mensaje jurídico, oral o escrito, se acude al lenguaje natural que se adapta al contenido particular (la regla —la institución que se regula— la relación). O sea, a partir del objeto (la materia jurídica) que se regula la concreción en el texto escrito a la hora de redactar la norma se ajusta al supuesto de hecho y al lenguaje técnico. Ajuste necesario para que la transmisión sea correcta y se entienda.

El resultado es una combinación entre el lenguaje natural y el técnico que se manifiesta en el texto de la norma: la ley escrita. Forma de comunicación, del lenguaje que también se emplea para tipificar (nominar) las instituciones.

Forma: las palabras, el léxico —natural y técnico— y su significado concreto. Sustancia: el contenido de la norma.

5.1. *La redacción de las normas*

Igual que se observaba en las instituciones jurídicas, la construcción y utilización del lenguaje oral y escrito, bien el natural bien el técnico, no es casual; es el reflejo de una sociedad que pertenece a un momento histórico determinado y de los valores que la presiden. Las características se amoldan a las circunstancias y tiempo en que se crea, tanto la institución como jurídica (tipificación + régimen: sustancia) como la expresión (forma). Sustancia y forma están interrelacionadas y cuando evolucionan los cambios normativos deberían afectar a ambas.

Pues bien, si se toman como punto de partida los textos jurídicos codificados, se observa, en lo que afecta al lenguaje que, paralelamente a su contenido jurídico, están instalados en los valores de la cultura occidental patriarcal⁵⁴. Es decir, la terminología y manera de redactar las normas de los Códigos civiles es coherente con una construcción social y jurídica en la que lo femenino y la diversidad ocupa un lugar subordinado respecto de lo masculino. El centro alrededor del cual gira el discurso jurídico es el hombre⁵⁵.

El sistema jurídico occidental, no es un descubrimiento sino una constatación, es androcentrista, la mujer no aparece como titular, aunque pudiera serlo, sino en cuestiones muy específicas. Ello obedecía a que, hasta bien entrado el siglo XX, en el que empezó a reconocerse cierta equiparación, tenía la

⁵⁴ Vid, M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (2020), «La visibilización de la mujer en los textos legales (reflexiones sobre la redacción jurídica)» en *La investigación en Derecho con perspectiva de género*. (Coord. María Jesús ESPUNY TOMÁS, Daniel VALLÈS MUÑO, Elisabeth VELO I FABREGAT), Dones i Drets, Centre d'estudis i de recerca UAB, Observatori per a la Igualtat UAB, Dykinson, Madrid 2020, pp. 123 a 138.

⁵⁵ El modelo del sujeto de derecho varón, burgués, propietario, no discapacitado, de raza blanca, formación judeo-cristiana, entre 18 y 65 años.

«clasificación jurídica» de persona menor de edad, su participación autónoma y libre en el tráfico estaba restringida, en el ámbito familiar y de filiación sometida al marido, también se la excluyó de la profesión jurídica⁵⁶. Este contexto cultural, arrastrado desde el Derecho romano, justifica que pese a la aparente neutralidad–abstracción empleada en los Códigos civiles a la hora de delimitar a la persona titular de los derechos, la estructura de todo el sistema se hiciera en torno al hombre y a los valores masculinos propios de la sociedad patriarcal.

Es una afirmación incuestionable, puesta en evidencia sobradamente. Ni los términos y conceptos, ni la redacción de las normas, ni los textos consideraron la diversidad personal de la sociedad⁵⁷. El repaso histórico de la configuración y el desarrollo de las instituciones lo confirman. Pero, lo que es más preocupante, un análisis de los actuales textos jurídicos vigentes muestra, en lo atinente a la forma, un firme anclaje en una «tradición jurídica» no superada, pese a la evolución y a la adecuación al principio de igualdad (art. 14 CE) de algunas instituciones jurídicas. La igualdad material ha encontrado acomodo en el contenido normativo, lentamente, pero no ampliamente, aún queda camino a recorrer. En todo caso, la igualdad formal, en lo que afecta a la redacción de las normas, no se ha conseguido, en verdad es que no se ha puesto, aún, empeño en dar crédito y apoyo a ello. A lo que se añade que poco ayudan las reglas gramaticales de los idiomas de origen románico (como el catalán y el castellano) a la hora de visibilizar la diversidad.

Instaurada la sociedad sobre estos fundamentos, en la redacción de los textos codificados y en general en todos los que han seguido, incluidos los actuales, la constatación es la siguiente: se parte de pensar en el sujeto masculino cuando se habla y escribe⁵⁸, en su supremacía, también, a resultas de las reglas gramaticales: los plurales masculinos son, aparentemente «neutros», aunque pueda haber formas gramaticales propias y separadas. Corolario: ni la mujer ni los valores o intereses propios de la femineidad se muestran⁵⁹, y tampoco aparecen o se toman en cuenta las demás personas que no responden a un modelo determinado (la diversidad).

⁵⁶ Sobre la situación de la mujer, M.^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA, Judith SOLÉ RESINA, «Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)» en *ADC* 2014, Tomo LXVII, fasc. III, pp. 766-894.

⁵⁷ M.^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (2011), «Feminización: términos, valores y conceptos jurídicos (Las reformas pendientes: datos para una discusión)» en *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado* (Dir: M.^a Paz GARCÍA RUBIO y M.^a del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ; Coord. Laura LÓPEZ DE LA CRUZ y Marta OTERO CRESPO), Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 43 a 75.

⁵⁸ Eulalia LLEDÓ CUNILL (2007), *De llengua, diferència i context*. Quaderns Institut, 3. Institut català de la dona. Departament de Presidència. Barcelona (2^a ed), pp. 47.

⁵⁹ *Vid.* GETE-ALONSO y CALERA, op. cit (2020) «La visibilización de la mujer», pp. 123 a 138.

Recuerda GIL RUIZ⁶⁰ que «(...) el pensamiento crítico del Derecho (...) parte de dos axiomas fundamentales (...) el reconocimiento de la masculinidad del ordenamiento jurídico que obliga, en consecuencia, a su revisión crítica y (...) la insuficiencia de los mecanismos tradicionales de tutela antidiscriminatoria (...)».

En el momento actual, transcurridos dos siglos de la codificación y a la vista de los valores imperantes es lícito cuestionar el carácter inmutable conferido al contenido de los códigos civiles. De otra parte, de ahí surge la duda acerca de la codificación ¿en verdad alcanzó a todas las personas que conforman la sociedad?

En la terminología jurídica, además, la ocultación de la mujer no solo resulta de aplicar la regla gramatical del plural masculino (los hijos, los nietos... etc.) sino de que el término masculino singular tiene la misma función que el plural. Así, es el propietario, el vendedor, el heredero, el hijo, el nacido..., la arrendataria, la usufructuaria, la causante, la hija..., brillan en otra galaxia, por su ausencia.

Si se atiende a las normas gramaticales, como conmina la lingüística, a las que respeto y pienso que deben emplearse, se ha de admitir la distinción entre el género gramatical de la palabra y el sexo/género como condición de la persona a la hora de comunicar; es decir que no se han de confundir. En un reciente documento (2023) de la Sección Filológica del Institut d'Estudis Catalans⁶¹ hecho público a raíz de la discusión acerca del lenguaje inclusivo en general, se explica que en las lenguas románicas el masculino plural es una característica gramatical que indica un término no marcado comprensivo de ambos sexos, lo que no sucede con el plural femenino; y que mientras el género gramatical es una propiedad que permite establecer diferencias morfológicas, el sexo es una división en determinadas especies de los seres vivos en machos y hembras. Por ello existen palabras femeninas que no coinciden con el sexo.

Expresado lo anterior es necesario incidir en la necesidad de evolución del lenguaje, adaptado a la realidad, para evitar la discriminación. El sexismo lingüístico se manifiesta cuando el tratamiento del género en el discurso, bien a causa del término empleado o a la manera de construir la frase, provoca un resultado discriminatorio. El mensaje por la forma, las palabras o las estructuras elegidas, desigual, lo que ocurre bien a causa de la invisibilidad del género (acostumbra a ser por razones obvias el femenino), bien por exclusión, sin justificación⁶². La invisibilidad del género que deriva de un uso incorrecto de las palabras fomenta la

⁶⁰ GIL RUIZ (2021), op. cit. «Reconfigurar el derecho», pp. 163.

⁶¹ INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS, Secció de Filologia, *EL llenguatge inclusiu: compatibilitat dels recursos estilístics dels usos no sexistes amb la normativa lingüística*. Se puede descargar en <https://aoe.iec.cat/document-de-la-sf-de-lic-sobre-el-llenguatge-inclusiu/> (última consulta 9 de noviembre 2023), Apartat 1. El masculí genèric.

⁶² La Ley 7/2004, de 16 de julio, gallega para la igualdad de mujeres y hombres, define, en el art. 17 *El uso no sexista del lenguaje* de forma parcial ya que sólo prevé un aspecto. Indica que «El uso no sexista del lenguaje consiste en la utilización de expresiones lingüísticas correctas sustitutivas de otras, correctas o no, que invisibilizan el femenino o lo colocan en un plano secundario respecto del femenino».

desigualdad, y en particular cuando se utiliza el término masculino como genérico sin serlo⁶³, supuesto más imperceptible dadas las apreciaciones incorrectas a las que está habituada (y admite) la sociedad.

Sin embargo, tanto en el ámbito social como en el jurídico (que lo toma de aquel) la identificación de las diversidades personales, junto al reconocimiento de la capacidad y participación de todas las personas (mujeres y diversidad), es una realidad cada vez más presente y efectiva, recogida en las reglas jurídicas, pero que, en cambio, no parece haber propiciado una modificación en la utilización del lenguaje ordinario y el técnico para la inclusión plena. ¿Cuál es la causa? ¿Dónde está el obstáculo?

En lo que afecta al lenguaje que da forma a las instituciones la evolución parece más lenta que la de la propia institución. Se constata que salvo que, en la sociedad, el mundo globalizado, exista previamente alguna institución que se tome o copie como ejemplo o punto de partida y propicie por sí misma la actualización o transformación, la inmovilidad es la regla. Existe renuencia a admitir el desdoblamiento personal (hija e hijo, por ejemplo), incluso a emplear fórmulas neutras, permitir la creación de nuevas palabras, o a salirse de las reglas y moldes que se han venido empleando hasta el momento. En cambio, es patente que cuando son instituciones nuevas que ya tienen nombre y se incorporan en la práctica puede que se tome su regulación y aquel (ej, *renting*, *cohousing*). Pero entonces obedece a que «se importan» en su totalidad; lo que ha sucedido, singularmente, respecto de instituciones que provienen del *Common Law*, aunque más tarde se intente traducir o buscar uno nuevo. En otros casos, los menos, ha de inventarse, en realidad transformarse.

Mientras se discute y critica el propósito de modificar los hábitos para redactar de manera inclusiva, no se hace lo mismo en los casos de la importación de la institución y su *nomen* originario. Sin duda es una problemática que suscita disputas y posiciones encontradas, no sólo en la clase jurídica sino también entre las lingüistas. Sin embargo, sin entrar en dicha polémica de lleno, aunque llevo años manifestando mi opinión acerca de la necesidad de redactar de manera inclusiva, conviene no olvidar que existe un mandato legal que obliga a procurar por ello.

Antes, brevemente, un *excursus* acerca del *nomen*.

5.2. Nomen y términos de designación

«(...) no dudemos de la importancia del nombre, importancia tal que precisamente lo más grave de una idea u objeto es el nombre que hayamos de darle (...) y hoy mismo tomamos posesión intelectual de las cosas al nombrarlas⁶⁴».

⁶³ Eulàlia LLEDÓ CUNILL (2005), *Marcar les diferències: la representació de dones i homes a la llengua*. Generalitat de Catalunya. Departament de Presidència. Secretaria de Política Lingüística. Institut Català de la Dona, p. 9.

⁶⁴ UNAMUNO (1940) op. cit, *Amor y Pedagogía*, p. 149.

El nombre que la norma jurídica aplica a la institución es un término jurídico típico que se emplea para identificarla; basta con su mención para que se conozca y se entienda por la clase jurídica y la sociedad en general. Hemos aprendido, desde los textos del *Corpus* justiniano que, en el Derecho Romano, el *nomen* era importante para fijar la acción procesal, como sucedía en la distinción entre los contratos nominados que tenían acción propia con denominación específica (*quae pariunt actiones, in suo nomine non stat, sed transeunt in proprium nomen contractus*) y los innominados (*in alium contractus res non transeat*) a los que corresponde la *actio generali praescriptis verbis* (Digesto 2, XIV, 7). Los nombres generales pertenecen al conjunto: «*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens (...)*» (Digesto 2, XIV, 1 & 3)⁶⁵.

A lo largo de la historia el *nomen* deja de pertenecer al ámbito procesal (designar las acciones) para mostrar la tipicidad. Es dato común que a través del *nomen* no solo se identifica, sino que se muestra el contenido de la institución, su régimen, efectos, y se individualiza haciéndola autónoma, independiente de las demás. En contraste, las innominadas acostumbran a ser atípicas, aunque algunas puedan, a través de los instrumentos reseñados, reconducirse a algunas de las típicas.

No es el momento de entrar en la etimología del *nomen* que la tipificación ha procurado a cada una de las instituciones de derecho privado actualmente reconocidas. Cierto es que suele haber relación entre la palabra elegida (que deviene término) y lo que designa, impulsora de su acogimiento. Así, por ejemplo, en lo que hace a la palabra matrimonio se suele vincular a la expresión latina *matris munium* con la que se alude a la madre, y también al cuidado que presta el marido; el matrimonio como manera de resolver la determinación de la paternidad del hombre, del que deriva, asimismo, la sumisión de aquella a éste y los deberes conyugales⁶⁶.

Dicho lo anterior, es verdad que el término (*nomen*) acostumbra a permanecer, se mantiene pese al cambio e incluso transformación debido a la evolución que haya podido tener lugar en la institución, su estructura, régimen y efectos incluso entrando en contradicción con la concepción jurídica de la misma. De ahí, de una parte, su importancia para la ciencia jurídica y el desarrollo de la institución, y, de otra, los interrogantes y dudas, es decir el conflicto que se plantea. ¿Hasta qué punto la evolución que provoca el cambio o la transformación de la institución debe conllevar la mutación del *nomen*?

La ciencia jurídica debe acomodarse a la realidad del momento, lo que obliga a tener en cuenta la evolución y a reflejar el cambio en este ámbito: la nominación, la terminología pese al natural conservadurismo, debe replantearse.

⁶⁵ Sobre estos conceptos me remito a GETE-ALONSO y CALERA, op. cit, *Estructura y función*, pp. 13 a 52.

⁶⁶ Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2007), «La transformación del concepto de matrimonio en el Derecho civil español tras las reformas de julio de 2005, (Breve estudio legislativo)» en *Anuario de Derecho Civil*, LX, fasc 1, pp. 5-14.

Mantener el significado del término pese a la transformación, es decir cuando no sea mera actualización, parece contrario a la evolución; lo nuevo reclama, también, novedad y erradicación de lo anterior, a menos que se decida conservar este. El poder de lo jurídico de crear ficción que se proyecta incluso en el significado del vocablo debe potenciarse, siquiera como reivindicación del propio lenguaje técnico jurídico, pero con la conciencia del riesgo que implica la separación (falta de equivalencia) de la realidad extrajurídica. De ahí que, el cambio o la transformación deban, al menos en principio, extenderse a la terminología jurídica, aunque no parece ser el sentir o manera de operar más habitual. El conservadurismo característico del *nomen* de la institución transformada crea una nueva y completa ficción jurídica bajo la cual, y a partir de entonces, pasa a engrosar el acervo técnico jurídico. De esta manera y modo se separa la realidad jurídica (oficial, por entender la idea) de la existencial. ¿Conviene?

No obstante, no siempre sucede así, se constatan dignas excepciones. Un ejemplo lo tenemos en la eliminación de la institución y el *nomen* de la incapacidad, que se han sustituido por los términos «persona con discapacidad» y «situación de discapacidad» y «medidas de apoyo al ejercicio de la capacidad»⁶⁷.

Debemos hacer un buen replanteamiento acerca de la nominación de las instituciones, tendremos ocasión de comprobarlo en el apartado que dedico a los ejemplos de las instituciones renovadas.

5.3. *Los fundamentos legales*

En paralelo a lo que sucede con el idioma y su relación con el Diccionario de la lengua⁶⁸, las instituciones jurídicas de los Códigos civiles, por centrarnos en un momento importante y significativo de la historia jurídica, son el fruto positivo de una evolución de las relaciones sociales y de dependencia de los poderes públicos en la que la mujer y los valores femeninos no estaban presentes.

Se ha de esperar al comienzo del siglo XXI para detectar indicios de la conciencia de exigir la adopción de las normas precisas que comporten la obligación de hacer visibles a las mujeres y a la diversidad en los textos jurídicos.

Bastantes años más tarde de la acogida del principio de igualdad en la Constitución de 1978 (art. 14), la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad*

⁶⁷ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (<https://www.boe.es/eli/es/l/2021/06/02/8/con>) i Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat (<https://portaljuridic.gencat.cat/eli/es-ct/dl/2021/08/31/19>).

⁶⁸ Me remito al interesantísimo estudio de Mercedes MEDIAVILLA CALLEJA (1999) «Aproximación a un recorrido por el Diccionario de la Real Academia española: Representación de mujeres y hombres» en la publicación *En femenino y en masculino*. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Instituto de la Mujer. <http://www.mujiresenred.net/IMG/pdf/EnFemenino.pdf>

efectiva de mujeres y hombres, en su artículo 15, bajo el título *Transversalidad del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres*, a la vez de la función informadora e interpretativa del principio de igualdad, proclamaba de él su naturaleza (jurídica) básica de alcance general: «El principio de igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres *informará, con carácter transversal*, la actuación de todos los poderes públicos». Este involucra, sin excepción, todas las instituciones y organismos, y por supuesto las cámaras legislativas. Añade, «Las Administraciones públicas *lo integrarán, de forma activa, en la adopción y ejecución de sus disposiciones normativas*, en la definición y presupuestación de políticas públicas en todos los ámbitos y en el desarrollo del conjunto de todas sus actividades».

El artículo 14, entre los criterios de actuación de los poderes públicos, enuncia (nº 11) «La implantación de *un lenguaje no sexista* en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas». Más adelante, en el título III (Igualdad y medios de comunicación) con referencia a la Corporación RTVE y a la Agencia EFE (arts. 37.1 b y 38.1.b) se refiere a la utilización del lenguaje «en forma no sexista». El lenguaje de las leyes debe considerarse incluido en la expresión «disposiciones normativas». En todo caso, el mandato es claro y directo.

Muestra del intento de tímida visibilización de la mujer, en una norma positiva, en el Código civil de Cataluña, fue el artículo 7, Llei 29/2002, primera del Codi Civil de Catalunya⁶⁹ rubricado «Tractament de gènere en les denominacions referides a persones», que dispone: «En el Codi Civil de Catalunya, s'entén que les denominacions en gènere masculí referides a persones inclouen dones i homes, llevat que del context se'n dedueixi el contrari». Norma interesante en 2008 y respetuosa de las reglas gramaticales, que debía entenderse provisional, mientras no se adoptaran las medidas pertinentes.

En el Código civil de Catalunya, la Llei 25/2010 del Llibre II del Codi civil vuelve sobre esta cuestión a raíz del reconocimiento de la doble maternidad y de nominar a las personas que contraen matrimonio y la pareja estable. Explica el Preàmbul⁷⁰: «Precisament, el nou marc normatiu del matrimoni, juntament amb el de la determinació de la filiació pel consentiment de la dona a les tècniques de reproducció assistida de la seva esposa o companya, i també la possibilitat d'adopció conjunta per matrimonis o parelles estables del mateix sexe, fan que el fill pugui tenir dos pares o dues mares. Això ha fet imprescindible una tasca d'harmonització que *permet assolir més neutralitat en el llenguatge en termes de gènere*. En aquesta línia, la major part de les referències que es feien al “marit” i la “muller” se substitueixen per “els cònjuges”, i les que es feien al “pare” i la “mare” se substitueixen per “els progenitors” amb el benentès que aquesta acceptació inclou tant els pares i les mares per naturalesa com els adoptius».

⁶⁹ Añadido por la disposición final de la Llei 10/2008, de 18 de juliol.

⁷⁰ III Estructura i contingut, c) La família.

La *Llei 17/2015, del 21 de juliol, d'igualtat efectiva de dones i homes*, entre los principios de actuación incluye el uso no sexista ni estereotipado del lenguaje (art. 3.8). Lo que comporta la obligación de los poderes públicos «han de fer un ús no sexista del llenguatge, que eviti l'expressió de concepcions sexistes de la realitat i els usos androcèntrics i amb estereotips de gènere». En concreto, los poderes públicos han de promover el uso de «(...) un llenguatge respectuós amb les dones, amb les minories i amb totes les persones en general en l'atenció personal i en tota la documentació escrita, gràfica i audiovisual».

Más próxima la *Llei 19/2020, de 30 de desembre d'igualtat de tracte i no discriminació* regula los derechos y las obligaciones de las personas físicas y jurídicas, públicas y privadas, para garantizar el derecho a la igualdad de trato y no discriminación y erradicar cualquier actuación o comportamiento que atente contra la dignidad de las personas, el libre desarrollo y la libre expresión. Establece los principios de actuación que rigen las medidas de los poderes públicos destinadas a prevenir, eliminar y corregir toda forma de discriminación, directa o indirecta, tanto en el sector público como en el ámbito privado.

Sean las que fueren las valoraciones acerca del lenguaje inclusivo es claro el mandato. Es decir, guste o no: debe procurarse redactar de manera inclusiva, que es la acorde con la evolución que se está analizando.

5.4. *El poder de transformación*

Quizá, en el panorama actual, la pregunta adecuada que se deba plantear, una vez conocidos los instrumentos que se pueden emplear para que la evolución derive en un cambio o transformación de lo vigente, sea la de identificar a quien corresponde su puesta en práctica: al centro u órgano de poder que toma la decisión de admitir, dar cauce y de qué manera. Pese a las consecuencias derivadas del fluir del entorno y, en general, del orden establecido, las prácticas de los grupos sociales referentes al ejercicio de los derechos y de las instituciones y de las mismas personas afectadas, no trascienden directamente. El resultado de la evolución, el cambio o la transformación extrajurídico no se acoge siempre, ni por lo que hace a la cantidad, ni a la calidad, ni en el nombre.

En inicio, en el estado democrático, presidido por una norma fundamental, la respuesta a la pregunta de a quién corresponde la toma de la decisión es clara: son los órganos (instituciones de derecho público) legislativos dotados del poder (legitimación) y responsabilidad de acuerdo con los principios del ordenamiento. Partiendo del imperio de la ley. «Se configura (...) como un derecho particular y contingente (...) que refleja el punto de vista de los sujetos políticos que ocasional y temporalmente logran prevalecer en el pro-

ceso legislativo en virtud del principio de la mayoría»⁷¹. Así pues, teniendo en cuenta la división de poderes, cada cual, en su ámbito, la decisión la toman las cámaras legislativas, que encierran la representación de la pluralidad ciudadana en la proporción que deriva de las urnas⁷².

Dicho esto, teniendo en cuenta la realidad, las relaciones y las distintas situaciones de las personas y su actitud y reclamos, aún surgen nuevos interrogantes sobre el alcance e influencia (real e inevitable), de los poderes privados. ¿Son complementarios o incompatibles los intereses generales y los particulares?

Entiendo que, hoy en día, la particularidad debe considerarse parte integrante del abstracto interés general o bien común y que, como ya está previsto en las normas, en el proceso de conformación legislativa, este sector, llamémosle privado, frente a los poderes e instituciones públicas, no queda al margen y contribuye activamente, aunque no ostente representación política. En el proceso que lleva a la elaboración de una ley, actualmente, se tiende a asegurar la voz (audiencia) de los sectores y personas afectadas. Cuestión distinta, en la que no es el momento de entrar, es cómo intervienen y la fuerza y el alcance que se reconoce para provocar la mutación y la innovación.

La importante función de la práctica, en cuanto instrumento de la evolución, es una evidencia incontestable, incluso frente al posible veto de una norma imperativa o de una sentencia condenatoria. Si en algo se asume, por la ciencia jurídica, la idea de la flexibilidad, la fluidez de las relaciones personales es en la continua mutación y la diversidad de sus condiciones y situaciones que se dan en este mundo actual globalizado, a las que debe darse respuesta.

De estas digresiones resulta la siguiente cuestión que se debe abordar en este discurso, la de los límites a la hora de hacer efectiva la evolución. Actualizar, transformar, crear *ex novo*, tanto en lo que afecta al fondo como a la forma.

6. ACERCA DE LOS LÍMITES

La evolución de las instituciones, su actualización (cambio) a las nuevas realidades y valores e incluso su transformación es inevitable por ser ley de vida. Es más, tiene lugar en la realidad, llamémosle jurídica, cuando se aplica la norma, mientras discurre el ejercicio judicial y extrajudicial; porque es entonces cuando se constata la pervivencia y «estado de salud» (metafóricamente) de la institución.

Asimismo, la vida de las personas en sociedad discurre al compás de los distintos y variados acontecimientos naturales, económicos, políticos, provocados o accidentales..., sucesos y vivencias variadas que originan nuevas situacio-

⁷¹ Gustavo ZAGREBELSKY (1995). *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Traducción M. GASCÓN, epílogo de G. PECES BARBA). Ed. Trotta, Madrid, pp. 97.

⁷² También, el ejecutivo, es decir el gobierno que toma iniciativa, propone la legislación.

nes, inducen a la toma de decisiones, crean hábitos, conductas, necesidades, modificando la realidad, en definitiva, viviendo.

La evolución transcurre en un orden jurídico determinado (único o plural) en el que debe operar. De modo que cuando se toma la decisión de revisar la normativa, la oportunidad de acomodarla o transformarla, el interrogante que surge es si existe algún límite al que deba constreñirse la actividad legislativa. En caso de haberlo, cuáles son y de dónde provienen. Por supuesto, su existencia no se ha de confundir con la libertad y autonomía de los órganos legislativos a la hora de decidir, que es cuestión diferente.

Por límites se entienden aquellas barreras que no se pueden sobrepasar sin riesgo de provocar la expulsión del sistema de la norma que modifica, actualiza o transforma la institución. Los límites se encuentran en el propio sistema; unos están en la Constitución, otros resultan de los principios que informan el ordenamiento jurídico, y en la regulación positiva. Las instituciones forman parte del ordenamiento, no se pueden considerar aisladamente, pues desde una perspectiva técnica cualquier mutación repercute (o puede) en el todo al que pertenece. Ordenando esta formulación abstracta bien puede decirse que los límites resultan (de lo concreto a lo general):

1º) De la propia institución: los datos que la identifican. Es decir, los índices de tipo, que determinan su estructura y pueden llegar a imponer su régimen jurídico. La tipicidad legal.

2º) De cómo se ha aplicado e interpretado a lo largo del tiempo. Como se comentó *supra*, del ejercicio judicial y extrajudicial, que puede haber establecido barreras e incluso impuesto condiciones. También, presentar innovaciones.

3º) De los principios generales del Derecho del ordenamiento jurídico al que pertenecen. Principios que, en parte, están en la Constitución. Señalo en parte porque algunos resultan de los Estatutos de Autonomía. Asimismo, en nuestro panorama plurilegislativo civil, los principios generales propios del ordenamiento jurídico correspondiente.

4º) De los valores de la sociedad en la que va a regir (aplicarse) que son los que inspiran y delimitan la plasmación normativa de la evolución (el cambio).

En todo caso, en las instituciones que afectan a la persona, son principios rectores, el respeto a la dignidad, los derechos personalísimos, la igualdad, la integración de la diversidad y las libertades que no deben resultar lesionadas (arts. 10 y 14 CE).

Cuando se habla de límites no debe olvidarse que son los que se imponen a la actividad legislativa, que han de tenerse en cuenta y no se deben traspasar bajo la amenaza de que se declare nula o contraria a la Constitución la plasmación normativa de la institución actualizada o transformada. En los casos en que se detecte colisión entre derechos, para decidir, se habrá de echar mano a los criterios de la proporcionalidad y razonabilidad para deducir, a partir de ellos el que deba primar.

Tempranamente, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre esta cuestión en la STC 40/1981, de 28 de julio 1981⁷³, con ocasión de decidir acerca de las diputaciones provinciales, y estableció lo que se ha venido a denominar *el límite de la garantía institucional* que no puede obviarse por el órgano legislativo. En su conocido fundamento jurídico tercero se lee que «(...) *la configuración institucional concreta se defiere al legislador ordinario al que no se fija más límite que el del reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza*. Por definición, en consecuencia, la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino *la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar*».

Interpretando estas frases se sigue que el límite está en aquello que identifica a la institución social y legalmente, lo que la circunscribe al reducto indisponible o núcleo esencial de cada una. Importa recordar que «reducto»⁷⁴ significa construcción cerrada y parapetada y «núcleo» es la parte central de algo material o inmaterial (aquí la noción de institución jurídica privada). Llamativamente, así pues, el límite no afecta al contenido de la institución, para cuyo desarrollo se deja en libertad a quien legisla («no asegura un contenido concreto»), porque es externo a este (el círculo que rodea). Tampoco a la competencia legislativa, que se sigue del reparto constitucional (arts. 148, 149 y 150 CE) («no asegura un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas»).

«En definitiva —continúa la STC 40/1981 (FJ 3)—, *la única interdicción claramente discernible es la de la ruptura clara y neta con esa imagen comúnmente aceptada de la institución que, en cuanto formación jurídica, viene determinada en buena parte por las normas que en cada momento la regulan y la aplicación que de las mismas se hace*».

Tiene entrada, en estos límites, la legislación positiva, que es la llamada a desarrollar los principios establecidos en la Constitución, y la aplicación (se entiende que judicial) de las mismas.

En conclusión, los límites son los datos de identificación de la institución que están en su tipificación legal y en su aplicación, asumiendo las doctrinas que, sobre la interpretación de las normas, se hacen en la práctica judicial y extrajudicial. Es clara no solo la referencia sino también la remisión a la legislación positiva y a la interpretación sociológica (¿derecho fluido?). La fijación «de una vez por todas», o sea para siempre (fossilización o petrificación), no se quiere.

La doctrina de esta sentencia ¿es aplicable a las instituciones privadas? Ciertamente, en una primera impresión, dado el supuesto del que se partía en el asunto

⁷³ STC 40/1981 (Pleno), 28 de julio 1981 (BOE 13 agosto 1981, suplemento al núm. 193) Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno, representado por el Abogado del Estado, contra la Ley de Cataluña número 6/1980, de 17 de diciembre, por la que se regula la transferencia urgente y plena de las Diputaciones Catalanas a la Generalitat.

⁷⁴ Según la *Rae*.

discutido, las diputaciones provinciales, estaba claro que las afirmaciones se formulaban para instituciones de derecho público. De este dato importante podría deducirse la inoportunidad de extenderla a las instituciones de derecho privado. No obstante, si bien dicha interpretación podría ser correcta, lo cierto es que ya desde el inicio, la doctrina de esta sentencia se generalizó por el propio Tribunal Constitucional incluyendo a las instituciones de derecho privado.

La STC 198/ 2012, de 6 de noviembre de 2012 (dictada a raíz de la modificación del Código civil en materia del derecho a contraer matrimonio)⁷⁵, afirma que «*La categoría garantía institucional, adoptada por nuestra jurisprudencia en la STC 32/1981, de 28 de julio, persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas. Aunque en el momento de su surgimiento este concepto se asociaba exclusivamente a la protección de instituciones públicas, la garantía institucional se proyectó posteriormente hacia instituciones privadas* —refiriéndose parte de la doctrina en este caso a la noción de garantía de instituto— o incluso sobre determinadas manifestaciones sociales» (FJ 7). Se trata en suma de que se «(...) Debe garantizar que el legislador no suprima ni vacíe la imagen maestra de la institución (...)» (FJ 7).

La garantía de instituto permite mantener la institución («pueda intentar suprimirlas») y de su configuración y naturaleza jurídica («pueda intentar desnaturalizarlas»). ¿Significa que, entonces, no cabe su modificación? ¿Y la supresión?

La modificación no se veta, sólo se limita. Depende del acoplamiento a la estructura y función de la institución en concreto, y en último término, de las mayorías que se consigan en las cámaras legislativas a la hora de aprobar la norma correspondiente. La permanencia de la Ley que aprueba y tipifica la institución depende del acomodo a los límites establecidos en la Constitución que, a su vez, remite a la legislación positiva en la que se habrán de encontrar. La colisión que pueda darse entre la realidad social practicada, los valores sociales y la norma positiva se resuelve, en inicio, técnicamente, en favor de la tipificación legal.

No obstante, el límite de la tipicidad legal no es obstáculo para dar entrada a la evolución⁷⁶; no impide superar la institución recogida a través ya no solo de

⁷⁵ STC 198/2012 (Pleno), de 6 de noviembre de 2012 (BOE, núm. 286, de 28 de noviembre de 2012, pp. 168 a 219). Recurso de inconstitucionalidad 6864-2005. Interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso en relación con la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Garantía institucional del matrimonio y protección de la familia: constitucionalidad de la regulación legal del matrimonio entre personas del mismo sexo.

⁷⁶ Resalta Ignacio GUTIERREZ GUTIERREZ (2011) que «Mediante la identificación de “rasgos estructurales” o “contenidos nucleares” del instituto se corre el riesgo de que este opere como bloqueo del cambio social, como garantía de un modelo social ajeno a la realidad, petrificando “formas de vida” anticuadas y negando a otras nuevas la correspondiente protección constitucional, impidiendo (...) el impulso transformador de la ley (...)» en la obra «La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, Núm. 2137.

modificar sino de transformar. Se trata, entonces, de una evolución que ha llevado a la creación. Debe recordarse que, en el ámbito del derecho privado el tipo y la tipicidad son nociones que se conciben, si abstractamente, pero que son abiertas, a diferencia del método conceptual que es cerrado⁷⁷.

La garantía institucional que protege la pervivencia de la institución entendiéndose que no actúa como límite cuando lo que se hace es crear, aunque sea tomando como punto de partida lo que está vigente; es decir, pese a que se transforme. En este caso los límites son los generales (principios, no vulneración de la dignidad, los derechos y libertades de las personas), pero no esta garantía institucional porque no alcanza, no puede hacerlo, a lo que no existe (el *novus*). Otro entendimiento supondría admitir un veto al desarrollo que, evidentemente no se quiere.

En cuanto a suprimir la institución pese a lo que afirman las sentencias se ha de poner en duda que las cámaras legislativas no puedan eliminarlas. Si no son útiles, son ineficientes, no responden a los principios y valores, es de sentido común y conforme al sistema, que desaparezcan. Recuérdese que es la norma escrita (la ley) la única que puede dejarla sin vida no la falta de aplicación o desuso. Pero como la ley no deja de tener vigencia sino por derogación (art. 2 CCE), es necesario que exista una norma que deje sin efecto, suprima, la institución. Es entonces, en el momento de aprobar esta ley, cuando se discutirá la oportunidad de mantener o conservar la institución, pero libremente, o sea sin la restricción del mandato de mantenerla a toda costa.

En efecto, un principio propio que a lo largo de la historia del Derecho ha acompañado y continúa acompañando a la ciencia y a la clase jurídica es el de conservación de las instituciones, los conceptos y la terminología. Buena muestra son la mayoría de las instituciones de derecho privado heredadas, cuando menos con el mismo *nomen*, del Derecho Romano, ordenadas y clasificadas por el racionalismo, tipificadas en la codificación, a partir del siglo XX modificadas al compás de la evolución y reclamos sociales, de la globalización de los problemas y de la sociedad digital, que se han mantenido en la ciencia jurídica.

Frente a ello, sin embargo, conviene resaltar la influencia, en cada momento histórico de los valores sociales, cuya fuerza ha producido la desaparición de instituciones. Algunas ya no se recogieron, por desaparición del supuesto de hecho (así la *adrogatio romana*)⁷⁸; otras se han eliminado expresamente de forma definitiva por ley; ejemplos de ello son la esclavitud, las vinculaciones perpetuas, la dote y las instituciones paradotales, la responsabilidad física (personal) por deudas, más recientemente (a partir de la Convención de Nueva York de 13

⁷⁷ Sobre esto, en lo que ahora no es momento para explayarse, me remito a lo que expliqué en (2008) *Estudios sobre el contrato*. Atelier, Barcelona, pp. 1 a 48.

⁷⁸ Era una forma de adopción de personas *sui iuris* (personas independientes) frente a la *adoptio* que se refería a personas *alieni iuris* (personas sometidas a la patria potestad). Forma esta que es la que se acogió y después evolucionó hasta la adopción actual.

de diciembre de 2006) la incapacitación, la representación legal y la tutela de las personas mayores de edad...

«La ausencia de significados garantizados —de verdades absolutas, normas de conducta predeterminadas, límites preestablecidos entre lo correcto y lo incorrecto, reglas seguras para una acción exitosa— *es conditio sine qua non* de una verdadera sociedad autónoma, y al mismo tiempo, de la verdadera libertad individual; las sociedades autónomas y la libertad de sus miembros se condicionan entre sí»⁷⁹.

Expresa la STC 198/2012 que «La categoría garantía institucional, adoptada por nuestra jurisprudencia en la STC 32/1981, de 28 de julio, *persigue la protección de determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas (...)*» (FJ 7). Es importante esta precisión para las instituciones de derecho privado porque no todas están consideradas en la Constitución. Así que, solo las mencionadas en la Constitución están sometidas a este límite: la persona (dignidad, derechos y libertades) (art. 10), las asociaciones (art. 22), el matrimonio (art. 32), la propiedad privada y la herencia (art. 33), la fundación (art. 34), la familia y la filiación (art. 39). En todo caso, nótese que su desarrollo corresponde, siempre, a la legislación positiva. En la norma fundamental ni se definen, ni se fija el contenido ni el núcleo esencial.

Respecto de las demás instituciones, que están en los códigos y leyes civiles y mercantiles, temporalmente anteriores a la Constitución, el dato de que no aparezcan mencionadas no implica que estén libres de límites, sino que la garantía institucional, tal y como se interpreta, no se predica de ellas. Es evidente que la evolución no puede ni debe evitarse porque sería ir en contra del mismo transcurso de la vida y del sentido y fundamento del derecho y de la ciencia que lo estudia.

7. INSTITUCIONES RENOVADAS. ALGUNOS EJEMPLOS

Expuesta la problemática en términos generales y abstractos, procede pasar revista a las efectivas modificaciones y transformaciones de las instituciones que han tenido lugar. Algunas han aparecido a lo largo del discurso, otras, las que he creído más significativas las abordo a continuación. En todo caso son una muestra de lo comentado hasta el momento, que se puede resumir en la frase siguiente «de la evolución de las instituciones a la inclusión de la diversidad por arte de la magia jurídica».

La sistemática, fácilmente se advierte, responde a la división académica de las materias que conforman el derecho civil, sin confundir, como desafortunadamente sucede con mayor frecuencia de lo debido en alguna doctrina, este con

⁷⁹ BAUMAN (2004). Op. cit, *Modernidad líquida*, pp. 223.

la ley civil positiva concreta que regula una institución, concepto o adopta un término jurídico.

7.1. *Derecho de la persona*

En las instituciones y nociones del Derecho de la persona la evolución de la sociedad, sus valores, las circunstancias y acontecimientos varios (en especial, los avances de las tecnologías, las conflagraciones) han propiciado importantes cambios de los modelos codificados que han incorporado nuevos criterios y valoraciones, incluso contrarios a los anteriores.

Del concepto de persona, en sentido jurídico, como sujeto abstracto y titular de las relaciones jurídicas, deshumanizado, no definido en las normas, pensado para un modelo general, a la concreción conforme a los datos de su situación, las circunstancias y condiciones individuales, que obliga a conjugar la abstracción, aprovechando la neutralidad que proporciona, con la realidad. La noción de persona sigue sin describirse en la norma y continúa identificándose con el término personalidad civil (arts. 29 y 30 CCE, 211-1 CCat)⁸⁰, sin perjuicio del cambio de significado, por ampliación, que ha experimentado, sin señalar la renovación.

Importa resaltar la transversalidad de las instituciones y conceptos jurídicos de derecho privado (civil), porque la modificación repercute en las nociones e instituciones y afecta a todas las materias jurídicas. Dos ejemplos muy ilustrativos y relativamente recientes: la capacidad y el sexo.

7.1.1. *Capacidad legal*

La configuración legal de la capacidad es muestra significativa de una evolución que desemboca en la actual concepción (2024) de ser la cualidad unitaria de la persona que manifiesta la titularidad de derechos y facultades y la aptitud para actuar en el tráfico atribuida a todas las personas sin distinción, reconocida legalmente. Capacidad nominada (tipificada) capacidad jurídica, entendida como la capacidad legal.

La evolución ha recorrido un largo camino desde la codificación. En nuestros ordenamientos civiles, se puede explicar, a partir de la Constitución de 1978, y de las leyes civiles que desarrollaron sus principios.

Primero la *Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código civil en materia de tutela*, renovó la concepción legal de la capacidad y la situación de incapacitación, en base a los principios de:

a) Reconocimiento de la capacidad de todas las personas. Lo que tuvo lugar al suprimir el apartado 2 del artículo 32 del Código civil español, eliminando las

⁸⁰ Artículo 29 CCE: «El nacimiento determina la personalidad (...)».

Article 211-1.1 CCCat. *Personalitat civil*: «1. La personalitat civil és inherent a la persona física des del naixement».

«restricciones de la personalidad jurídica» que eran «La menor edad, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil». Aunque se mantuvo que las personas menores de edad y las susceptibles de ser incapacitadas ostentaban una capacidad de obrar limitada, que podía restringirse. La capacidad plena era la de la persona mayor de edad.

b) La garantía judicial: la declaración de incapacidad de la persona, que oscilaba de la privación total (incapacitación) a la limitación de la capacidad de obrar (modificación), sólo era posible «por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley» (art. 199 CCe anterior).

Frente a la fragmentariedad del sistema originario (la del CCe de 1889) que sólo regulaba algunas situaciones (las del art. 32.2), la incapacitación se construyó como una institución jurídica unitaria, general y abstracta fundada y justificada en el deber de proteger a la persona que no puede gobernarse por sí misma, ni atender a sus intereses⁸¹, por ausencia o deficiencia de capacidad de discernimiento (arts. 201, 209, 215 CCe anteriores).

En lo que respecta a la persona menor de edad, el reconocimiento de la autonomía y de cierta independencia de las personas titulares de la representación legal, que modificó la concepción anterior, sucedió a raíz de incorporar los principios del primer texto internacional, la *Convención de Derechos del Niño*, de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989⁸². La *Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor*, de ámbito estatal y la *Llei 11/1985, de 13 de juny, de protecció de menors*, (primera en el territorio nacional) y las modificaciones que originaron en las leyes civiles (Código civil español, Texto refundido de la Compilación de derecho civil catalana de 1984) son buena muestra de la nueva capacidad. Esta configuración jurídica de la minoría de edad introdujo una relevante novedad en la conformación de las instituciones jurídicas de la capacidad, pues, sin abandonar la idea de que se había de proteger a las personas hasta la mayoría de edad, esta deja de ser el eje sobre el que gira el concepto jurídico de capacidad.

En lo que afecta a las personas aquejadas de una enfermedad o deficiencia a las que se incapacitaba judicialmente, la evolución se concretó bastantes años después, en la *Convención Internacional de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* de 13 de diciembre de 2006⁸³ y su Protocolo Facultativo (de 13 de diciembre de 2006)⁸⁴.

⁸¹ El artículo 200 CCe anterior indicava: «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

⁸² Ratificada por el Estado español el 30 de noviembre de 1990.

⁸³ Para el texto vigente en España. *Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006*. En BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008. Referencia: BOE-A-2008-6963.

⁸⁴ Que forman parte del ordenamiento interno español desde su ratificación (en 2007) que delimita e impulsa el nuevo modelo.

El modelo de capacidad adoptado como principio del Derecho no admite la incapacitación, o sea no consiente que se prive o modifique la capacidad de las personas. Sin distinguir, sitúa a la persona, a su libertad y voluntad en el centro del sistema, en contraposición al modelo patriarcal que, con fundamento en la necesidad de proteger a la persona «incapaz de autogobernarse», la deja al margen de la vida social. En consecuencia, la nueva configuración implica la supresión de la institución de la incapacitación y de las instituciones de la tutela, curatela y las demás que comporten sustituir la voluntad y libertad de la persona, en particular de las personas mayores de edad (desaparición de la institución de la representación legal de las personas mayores de edad).

Esta construcción jurídica de la capacidad es la que se sigue del artículo 12 de la Convención⁸⁵, que dotó de significado propio al término capacidad a raíz de las discordancias entre los ordenamientos del *Civil Law* y del *Common Law*. Mientras en los sistemas romano–germánicos, en especial en los europeos, en gran parte se distinguía la capacidad jurídica (titularidad) de la capacidad de obrar o ejercicio (eficacia de la actuación), los dos elementos de la personalidad, no sucedía lo mismo en aquellos. Después de un largo periplo de discusiones, se acordó emplear el término único de *legal capacity* (*capacidad legal*) en el entendimiento que aglutinaba a ambas.

Se acuña el *nomen* de capacidad legal para todos los sistemas jurídicos: la *legal capacity* sin introducir distinciones. El nuevo modelo no distingue porque la capacidad legal de la persona, la que la ley reconoce, es única. La confusión en la que han incurrido algunas personas a la hora de explicar el significado jurídico de este tér-

⁸⁵ «Artículo 12: *Igual reconocimiento como persona ante la ley*

1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.

3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten 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. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas.

5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria.»

mino ha surgido en relación con ordenamientos civiles como los españoles cuando, seguramente por inercia, se sigue interpretando conforme a la concepción clásica profundamente arraigada. Es decir, se considera a la capacidad legal como sinónimo de la capacidad jurídica que no comprende la capacidad de obrar (que era la susceptible de modificación), sin pararse a pensar que esta diferenciación ya no existe. El equívoco, en parte, deriva, una vez más⁸⁶, de la incorrecta traducción del término debido a que en los textos redactados en castellano *legal capacity* se transcribió como capacidad jurídica, cuando su sentido y significado era el que expresara la capacidad legal de la persona. Término este y *nomen*, nuevos que sirven para designar la capacidad que legalmente (oficialmente) se reconoce y coincide con la existencia de la persona (capacidad jurídica + capacidad de obrar anteriores).

La capacidad jurídica de las actualizadas normas (el Código civil español modificado por la Ley 8/2021⁸⁷, el Código civil de Catalunya por el Decret Llei 19/2021)⁸⁸ es la capacidad legal: la que reconoce la ley a las personas (personalidad civil) que comprende la capacidad jurídica (titularidad) y la capacidad de obrar (ejercicio de los derechos). Ello es así porque la entrada en el ámbito legal, con personalidad supone un protagonismo estático (titularidad de relaciones y derechos) y dinámico: puesta en práctica, ejercicio de los derechos, deberes y responsabilidad.

El mantenimiento de la terminología, incluso, en el Código civil español se extiende a las medidas de apoyo a las que sigue nominando con el término anterior⁸⁹: curatela, en contraste al derecho catalán en el que se optó decididamente por

⁸⁶ Porque ya sucedió, si se recuerda, con la traducción del «best interest» de la persona menor por «interés superior» de la persona menor.

⁸⁷ Respecto de la reforma del Código civil español introducida por la Ley 8/2021, explica María Paz GARCÍA RUBIO (2022), «Reivindicando el valor del Derecho civil por los poderes normativos» en *Revista de Derecho civil*, Vol. IX, núm. 1, pp. 237: «(...) el proceso de modernización se ha producido conservando los conceptos básicos, adaptándolos a las nuevas necesidades y añadiendo otros igualmente básicos y con vocación prospectiva que siguen teniendo su sede en el Código civil; de nuevo apelo al profundo cambio conceptual producido a través de la modernización (...)».

⁸⁸ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE, 132, 3 de junio 2021).

Decret Llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat (DOGC, 8493, 2 de setembre 2021).

⁸⁹ Señala Celia DE PRADOS GARCÍA (2023) (*El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*. Dykinson. Madrid), «(...) el nuevo texto legal ha optado, a la hora de denominar las nuevas medidas de apoyo, por utilizar términos propios de nuestra tradición jurídica, si bien con la pretensión de darles un contenido muy distinto del que tuvieron en la época inmediatamente anterior (...) Sostiene María Paz García Rubio que el legislador optó por mantener estas expresiones en el “convencimiento de que las figuras jurídicas tienen el contenido que le dan las normas jurídicas de Derecho positivo y no un contenido intangible ni tampoco el que tuvieron en otro tiempo” (García Rubio “Art. 250”, p. 223); no obstante, en su opinión, hubiese sido más acertado el uso de una terminología nueva que evidenciase de modo más claro la ruptura entre el nuevo sistema y el anterior (...)» (p. 96).

la institución de la asistencia, introducida por la Llei 25/2010 del Llibre segon del Codi civil de Catalunya, de 29 de juliol (modificada pel Decret Llei 19/2021).

Nótese, la importancia del lenguaje y la terminología.

7.1.2. *El sexo*

Un concepto jurídico, referido a un atributo de la persona, que ha evolucionado es el del sexo. Curiosamente, al margen de las propias leyes civiles pues hasta la *Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI*⁹⁰ no existía una definición legal⁹¹ del sexo. Definición legal del sexo que no se echaba en falta por innecesaria dado que, como muchas otras nociones y términos naturales devenidos jurídicos, se daba por sentado que se tomaba de las ciencias de la vida (coincidencia entre la realidad o verdad biológica (natural), su asunción y publicación legal).

El concepto de sexo legal se tomaba de la biología y la medicina; conforme a estas se manifestaba en la división de las personas en hombres y mujeres (dimorfismo sexual) de lo que se toma nota en el Registro Civil y en el documento de identidad⁹². Sin embargo, desde la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas*, se introdujo, si bien indirectamente, una brecha al admitir que la rectificación registral de su mención pudiera obedecer a tratamientos médicos, con o sin cirugía de reasignación; vinculado a unos requisitos esencialmente medicalizados (art. 4) atendida la calificación como enfermedad (disforia de género) de la transexualidad en aquel momento.

Después de la vigencia de la *Ley 4/2023*, persiste la indefinición del sexo y su clara dependencia del concepto biológico corregido por las descripciones de las situaciones definidas en la ley, que da lugar a una mixtura entre la noción de sexo en sentido biológico y el concepto de género asumido. Connixtión que se hace sin rubor alguno, aunándolas, como resulta de las definiciones que ofrece su artículo 3 sobre,

«g) Intersexualidad: La condición de aquellas personas nacidas con unas características biológicas, anatómicas o fisiológicas, una anatomía sexual, unos órganos reproductivos o un patrón cromosómico que no se corresponden con las nociones socialmente establecidas de los cuerpos masculinos o femeninos (...)».

⁹⁰ BOE 51, de 1 de marzo de 2023.

⁹¹ Ni siquiera en aquellas leyes que regulan materias directamente relacionadas. No se definía en la *Ley 20/2011, de 21 de julio del Registro Civil*, ni tampoco en la *Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación de la mención relativa al sexo de las personas* (derogada expresamente por la *Ley 4/2023*, disposición derogatoria única).

⁹² Para una argumentación más amplia remito a lo que escribí (M^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA) en *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad* (2021), Tirant lo Blanch, Valencia, Capítulo 3, pp. 160 a 165.

«i) Identidad sexual: Vivencia interna e individual del sexo tal y como cada persona la siente y autodefine, pudiendo o no corresponder con el sexo asignado al nacer».

«j) Expresión de género: Manifestación que cada persona hace de su identidad sexual».

«k) Persona trans: Persona cuya identidad sexual no se corresponde con el sexo asignado al nacer».

Conviene tener presente que el sexo de la persona se fija partiendo de las características biológicas y fisiológicas que definen a hombres y mujeres, mientras que el concepto de género es cultural, una creación, que comprende los roles, conductas, actividades y atributos construidos que el grupo social considera apropiados para hombres y mujeres. De acuerdo con esta descripción, «hombre» y «mujer» son categorías de sexo, mientras que «masculino» y «femenino» lo son de género.

La Ley 4/2023 dispone una regla particular respecto de la inscripción de nacimiento de las personas intersexuales «(...) en el caso de que el parte facultativo indicara la condición intersexual de la persona recién nacida, las personas progenitoras, de común acuerdo, podrán solicitar que la mención del sexo figure en blanco por el plazo máximo de un año. Transcurrido el plazo máximo de un año, la mención del sexo será obligatoria y su inscripción habrá de ser solicitada por las personas progenitoras» (art. 74.2, lo que reitera el art. 49.5 LRC).

La evolución de la conceptualización de esta condición personal ha llevado así a mantener el dimorfismo sexual, la división de las personas en mujeres (hembras) y hombres (varones); también a que no se admita ni la indefinición de la mención del sexo ni su omisión permanente, la inscripción en el Registro Civil es obligatoria. Asimismo, se sigue, de cómo se incorpora la mención del sexo a la realidad jurídica.

Conviene recordar que, para la práctica de la inscripción de nacimiento, que da fe, entre otros, del sexo de la persona (art. 44.2 LRC)⁹³, no se exige aportar pruebas, pues las únicas requeridas son las relativas a la identidad de la madre y de la persona nacida (arts. 44 y 46 LRC). El sexo de la persona nacida que se inscribe en el Registro civil es el que consta en el parte facultativo correspondiente y resulta de este, y de la declaración de las personas obligadas (art. 45 LRC).

El sexo legal o jurídico es el sexo registral⁹⁴, el que consta en la inscripción de nacimiento, que no necesariamente es el biológico. Afirmación consecuencia de las reglas sobre la rectificación registral de la mención relativa al sexo que dejan a la voluntad de la persona obligada a instar la declaración de nacimiento

⁹³ Art. 44. *Inscripción de nacimiento y filiación*. «2. La inscripción hace fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito».

⁹⁴ Hablan del sexo registral los arts. 46.5, 51.3, y la disposición adicional 10ª de la Ley 4/2023.

(progenitores y personal facultativo) y a la legitimada para solicitar la rectificación, qué sexo es el que ha de constar en la inscripción de nacimiento (arts. 43 a 51 Ley 4/2023). Así resulta de la siguiente norma: «El ejercicio del derecho a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en ningún caso podrá estar condicionado a la previa exhibición de informe médico o psicológico relativo a la disconformidad con el sexo mencionado en la inscripción de nacimiento, ni a la previa modificación de la apariencia o función corporal de la persona a través de procedimientos médicos, quirúrgicos o de otra índole» (art. 44.3 Ley 4/2023).

El sexo biológico es sólo un punto de partida o referencia para fijar el dato obligatorio en la inscripción, pero el definitivo es el que se publica en cada momento, en el Registro civil, a partir siempre de la constancia (art. 46.1 Ley 4/2023 y art. 91.2 LRC⁹⁵). Desde el punto de vista jurídico el único sexo que tiene validez en el tráfico es el registral lo que, siquiera anecdóticamente, corrobora la Disposición adicional décima de la Ley 4/2023, cuando respecto de la *terminología* dispone que «En las parejas del mismo sexo registral, las referencias hechas a la madre se entenderán hechas a la madre o progenitor gestante y las referencias hechas al padre se entenderán referidas al padre o progenitor no gestante».

Consecuencia de esta configuración es que lo que publica el Registro civil no es el sexo biológico de la persona sino su género, conforme al principio de la dignidad personal y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). A través de la Ley se han identificado, en el alcance y efectos, el sexo y el género. La mención del sexo comprende este, entendido en sentido biológico y también, el género, que es la manera de comportarse la persona, manifestación de su identidad, que se publica oficialmente.

Como expresaban las primeras sentencias sobre la transexualidad (STS 436/1987, de 2 de julio), se ha acabado de admitir legalmente que se está ante una ficción, cuya existencia se justifica. En palabras de dicha resolución judicial: «(...) pero el Derecho también tiende su protección a las ficciones. Porque la ficción desempeña en el Derecho un papel tan importante como el de la hipótesis en las ciencias exactas. Una y otra son meras suposiciones que hay que admitir para legitimar determinadas consecuencias en orden a la verdad científica o de la justicia o utilidad social» (FJ 1, apartado 1).

⁹⁵ Artículo 46 Ley 4/2023. *Efectos*.

«1. La resolución que acuerde la rectificación de la mención registral del sexo tendrá efectos constitutivos a partir de su inscripción en el Registro Civil.

2. La rectificación registral permitirá a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición».

Artículo 91 LRC. *Rectificación de los asientos por procedimiento registral*:

«2. Las menciones registrales relativas al nombre y sexo de las personas cuando se cumplan los requisitos de la Ley para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, se rectificarán mediante el procedimiento registral previsto en dicha norma. En tales casos, la inscripción tendrá eficacia constitutiva».

¿Mero cambio o transformación? En verdad habría de ser transformación, pero el *nomen*, la terminología jurídica que se mantiene es el de sexo.

7.2. Derecho de familia: el matrimonio

El Derecho de familia es un ámbito propicio en el que la evolución y los cambios de las instituciones y configuraciones ha incidido más, seguramente por el componente sociológico y ético que siempre lo ha acompañado. Múltiples podrían ser los ejemplos vivos en nuestra normativa, las relaciones de filiación, adopción, potestad parental y situaciones de convivencia, entre otros, son campo abonado, sin embargo, prefiero detenerme en el que puede considerarse el ejemplo por antonomasia: la institución del matrimonio. Una institución básica, y bajo la garantía institucional que le otorga la Constitución, sobre cuya noción jurídica se ha escrito sobradamente con ocasión de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio⁹⁶.

No es preciso recordar y analizar las diferentes doctrinas e interpretaciones que se han formulado en torno a la noción de matrimonio que estaba presente, y recogía, en el momento de redactar la Constitución, su artículo 32⁹⁷. Pienso que en aquel momento el propósito era dejar constancia de que era una institución jurídica civil, que debía desarrollarse por completo por la legislación positiva. También, que en el pensamiento se tomaba el modelo del compromiso de convivencia permanente entre dos personas (heterosexuales), sancionado oficialmente, aunque, en efecto no se explicitaba.

Lo cierto es que la Ley 13/2005, al eliminar el requisito de la heterosexualidad, que sí recogía la legislación civil (art. 44 CCe redacción de 1981)⁹⁸, suscitó el recelo y oposición de una parte de la clase política y dio lugar a la presentación de un recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto en favor de su constitucionalidad en la sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012⁹⁹.

En la línea ya comentada del «reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza» establecido en la STC 40/1981, se afirma en la 198/2012, con referencia al matrimonio, tomando como justificación la interpretación evolutiva, que «(...) Tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se

⁹⁶ BOE 157 de 2 de julio de 2005.

⁹⁷ Artículo 32 CE:

«1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica.

2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

⁹⁸ Artículo 44 CCe: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código».

⁹⁹ BOE de 28 de noviembre de 2012, Núm. 286, Sec TC, pp. 168 a 219.

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 (...)» (FJ 9).

Y, continúa que «(...) Ello nos lleva a afirmar que la institución del matrimonio como unión entre dos personas independientemente de su orientación sexual se ha ido asentando, siendo prueba de ello la evolución verificada en Derecho comparado y en el Derecho europeo de los derechos humanos respecto de la consideración del matrimonio entre personas del mismo sexo. Una evolución que pone de manifiesto la existencia de una nueva “imagen” del matrimonio cada vez más extendida, aunque no sea hasta la fecha absolutamente uniforme, y que nos permite entender hoy la concepción del matrimonio, desde el punto de vista del derecho comparado del mundo occidental, como una concepción plural». Además, «Por otra parte, este Tribunal no puede permanecer ajeno a la realidad social y hoy existen datos cuantitativos contenidos en estadísticas oficiales, que confirman que en España existe una amplia aceptación social del matrimonio entre parejas del mismo sexo (...)» (mismo FJ 9).

Después de examinar los efectos que se derivan del matrimonio, en cuanto al régimen de bienes, los personales (deberes conyugales, ejercicio de cargos tutelares), los sucesorios (testamentos), que no se desdibujan cuando se aplica al matrimonio entre personas del mismo sexo, y tampoco para los del ámbito del Derecho público, indica que «(...) Puede concluirse, por tanto, que la Ley 13/2005, dentro del amplio margen concedido por el art. 32 CE tal y como ha sido interpretado hasta aquí, desarrolla la institución del matrimonio conforme a nuestra cultura jurídica, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea. (...)». La única excepción es el régimen de la filiación que entiende que es un caso singular pero no distorsiona.

La influencia de los valores y de la sociedad es indudable, tanto en lo que se refiere a la norma como al aval constitucional, lo reconoce la sentencia asumiendo la doctrina de la interpretación evolutiva y alguno de los votos particulares que critica la interpretación sociológica. Desde la imparable evolución de las relaciones y valores, a la que no puede cerrar los ojos la ciencia jurídica y quienes han de legislar, era obligada la regulación de una institución jurídica que acogiera la unión entre personas del mismo sexo.

Cuestión distinta es si debía acogerse en el seno de la institución matrimonial, bajo su mismo *nomen*, o como institución propia¹⁰⁰, aunque en idéntico plano de igualdad (en cuanto institución). Recordemos que, estricto *sensu*, los efectos no son los mismos, en lo que afecta a la filiación con base en el fundamento biológico, la denominada filiación por naturaleza, al menos, en el matrimonio homosexual para una de las mujeres y para ambos hombres (que han de acudir a la gestación por subrogación, no admitida, art. 10 LTRHA).

La doctrina ha destacado que pese a que, estrictamente, al no tener los mismos efectos el matrimonio heterosexual que el homosexual, no debería llamarse matrimonio a la unión homosexual, «(...) como en correcta técnica jurídica, dos figuras no pueden recibir el mismo nombre si no pueden recibir idéntico régimen jurídico (...) es posible que utilizar el nombre de matrimonio para la unión homosexual sea un buen instrumento para preservar la dignidad de ese colectivo»¹⁰¹. Un *nomen* que, precisamente, reivindica el colectivo. De esta suerte, se dice que «(...) la reserva del *nomen iuris* para el matrimonio heterosexual sería, a la postre, sólo un símbolo (...)»¹⁰².

El interrogante que se suscita es el mismo ¿cambio (actualización) o transformación de la institución?

Obsérvese el poder de creación de la ciencia jurídica.

7.3. *Derecho patrimonial*

Tampoco el sector del denominado Derecho patrimonial, en el que se comprende en general la ordenación y realización de las actividades económicas de las personas, bajo el aspecto dinámico, obligaciones y contratos, y el estático, los poderes jurídicos sobre los bienes, la propiedad y los derechos reales, ha permanecido al margen de la evolución; aunque quizá, las modificaciones puedan haber pasado más desapercibidas.

A fin de no alargar desmesuradamente el Discurso, cuya tesis pienso que ya ha quedado suficientemente explicada, conviene detenerse en dos importantes ejes institucionales sobre los que gira el derecho patrimonial, y a la par, en el que se asienta el destino de los bienes después de la muerte de la persona (derecho de sucesiones). Se trata de la autonomía de la voluntad y el derecho de propiedad.

¹⁰⁰ Respecto de la terminología relativa al matrimonio remito al interesante estudio de M.^a Ángeles CALERO FERNÁNDEZ en «Vestigios de diferencias de género en el léxico español del matrimonio» en *En masculino y en femenino*, Instituto de la Mujer, 1999. <http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/EnFemenino.pdf>

¹⁰¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2007), op. cit., «La transformación del concepto», pp. 14.

¹⁰² GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ (2011), op. cit. «La garantía del matrimonio en la Constitución». *Boletín del Ministerio de Justicia*, Núm. 2137, no tiene n° de página.

7.3.1. *La autonomía de la voluntad*

Bajo el término jurídico autonomía de la voluntad se comprende el reconocimiento del poder y libertad de las personas particulares para establecer relaciones, fijar y regular sus efectos con trascendencia jurídica; el poder de autorregulación. Institución en sí no directamente recogida en la Constitución, aunque de manera unánime se considera amparada en los artículos 33, «Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» y 38 que «reconoce la libertad de empresa».

En la legislación civil la autonomía de la voluntad se ha traducido en reglas que son disposiciones generales de las instituciones y derechos de carácter económico, que desarrollan, genéricamente, el poder en que consiste. Así, el artículo 1255 CCe: «Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público»; o el artículo 111-6 (llibertat civil) CCCat¹⁰³.

Donde la evolución de los intereses y poderes económicos de la sociedad ha incidido particularmente, es no tanto en entender qué sea la autonomía, cuyo concepto y *nomen* se mantienen, cuanto en su régimen y ámbito. Desde el primer cuarto del siglo XX se empezaron a plantear cambios y transformaciones de la institución, quiebras a la libertad de contratar, de regulación y fijación del contenido ante las formas de contratación en masa, las prácticas comerciales y la aparición de nuevas figuras jurídicas, que cuestionaban y planteaban el cambio o la transformación de la institución.

«Ya desde antiguo, se advirtió en el ámbito del derecho privado la necesidad de circunscribir la autonomía individual, previéndose para ello la nulidad de los actos jurídicos que contravinieran “el orden público”. En el Estado liberal, sin embargo, esta noción era solo limitar y servía para establecer (junto a “las buenas costumbres”) un límite que la autonomía privada no puede traspasar. El ordenamiento defendía de este modo los valores fundamentales sobre los que se levantaba frente a la anarquía del libre juego de las libertades individuales. En la actualidad se va mucho más allá. Los principios de justicia vienen previstos en la Constitución como objetivos que los poderes públicos deben perseguir. El cuadro no es estático, vuelto hacia el pasado, sino dinámico y abierto al futuro (...)»¹⁰⁴.

Las quiebras del modelo liberal de la autonomía privada que llevan a una nueva configuración (sin alteración del nombre) provienen de la legislación sec-

¹⁰³ Conforme a este precepto, que es más amplio que la estricta autonomía de la voluntad en sede contractual, «Les disposicions d'aquest Codi i de les altres lleis civils catalanes poden ésser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut. L'exclusió, la renúncia o el pacte no són oposables a tercers si en poden resultar perjudicats».

¹⁰⁴ ZAGREBELSKY (1995), op. cit, *El Derecho dúctil*, pp. 93.

torial, específica, separada de los textos codificados, obligada primero a cobijo de los principios constitucionales y más tarde de los textos e intereses europeos, cuyo resultado es un panorama innovador de la doctrina general del contrato. Relevante es la legislación de protección del consumo, dictada en desarrollo del mandato del artículo 51 CE¹⁰⁵, normativa de derecho privado y público; a la que se agrega la adaptación (por incorporación) a las Directivas de la Unión Europea. Normas heterogéneas que modifican los criterios de la doctrina tradicional e introducen variantes de interés. Consecuencia de la realidad contractual del tráfico jurídico es la configuración de un nuevo derecho contractual, formado por la legislación codificada, la especial separada del cuerpo legal, cuyas normas renovadas se califican de modernizadoras¹⁰⁶. Un derecho contractual que, afirmando al contrato como tipo básico y a la libertad y poder de autorregulación de las personas, cuestiona y reformula la autonomía.

En el panorama jurídico actual una lectura de las reglas sobre los contratos de consumo (civil, administrativa, penal, europea), de la normativa de las condiciones generales de la contratación, de la interpretación evolutiva de las normas codificadas, revela datos de la evolución de la materia contractual.

La adaptación a la evolución, en lo que se refiere a los límites, formulados como conceptos jurídicos indeterminados en la legislación codificada, la relectura evolutiva reduce a dos la triada clásica (ley, moral y orden público) haciendo que su significado sea el siguiente: los límites son los principios y las reglas del ordenamiento jurídico (legalidad - ilegalidad) y los principios y valores de la sociedad (licitud - ilicitud). La valoración del límite de la legalidad lleva a admitir, en el supuesto de hecho concreto, ante la vulneración, idéntico valor a la norma dispositiva que a la imperativa.

En consonancia, la concepción actual de la licitud —ilicitud en el ámbito de las relaciones jurídicas contractuales, supone: a) La consideración específica del abuso de derecho, además del principio de buena fe (arts. 7 y 1258 CCe, 111-7 CCCat); b) La reconfiguración de la voluntad; c) La superación de la intangibilidad de la reglamentación contractual; y d) La incorporación de la función social al contrato. Lo que deriva de la caracterización de la capacidad legal del que se ha hablado *supra*.

Formulada la autonomía privada a partir del presupuesto de que quien la pone en práctica es la persona mayor de edad, el reconocimiento de la capacidad

¹⁰⁵ Señala el apartado 1 del artículo 51 CE 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».

¹⁰⁶ Emplea esta denominación el documento de la Sección Primera de Derecho Civil de Comisión General de Codificación del Ministerio de Justicia (2023): *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos*, <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizacion%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>

legal de todas las personas (con o sin apoyos al ejercicio), a salvo del régimen particular de las menores de edad, conlleva un relevante cambio de este instituto jurídico.

La regulación entre las disposiciones generales (art. 7.2 CCE) del abuso de derecho, propicia su aplicación al ejercicio del poder de autorregulación contractual y a tomar en consideración factores subjetivos y objetivos. En la reformulación de los límites de la voluntad, el abuso se traduce, en calificar las posiciones contractuales: parte fuerte-parte débil; trasciende al contenido contractual, incide en la valoración del equilibrio normativo (reglas acordadas) y económico (causal) entre las partes que se contrasta con la regla privada conforme al modelo y contexto que corresponda. De ahí la consecuencia de acomodo o no de la libertad a la realidad de los intereses en juego. Las reglas sobre las cláusulas abusivas son una muestra.

En los trabajos europeos e internacionales del derecho contractual el principio de libertad contractual (art. 1.1 *Principios Unidroit*¹⁰⁷ y art. 1102 (1) de los *Principios de derecho europeo de los contratos*¹⁰⁸) se erige en uno de los pilares del contrato. Libertad limitada por la ley y los principios del derecho amoldados a la realidad del mercado. El control sobre el contenido no se deja a las reglas de la causa de la obligación o de la causa del contrato, que se sustituye por la intervención judicial y los principios, lo que se ha seguido en algunos textos europeos modificados (así en las últimas reformas de Francia y Bélgica). En nuestra realidad jurídica, aunque se mantiene la causa, sin embargo, en la práctica se extravasan las normas causales al aparecer el abuso del derecho referido al contenido (cláusulas abusivas), la consideración del cambio de circunstancias (cláusula *sic stantibus*), la aplicación a las relaciones contractuales de la noción de función social que delimita el contenido y la conducta de las partes, que, actuando de distinta manera a como lo hace el límite causal, trasciende más allá de lo que se concebía en las formulaciones tradicionales.

También, frente a la situación de extralimitación de una de las partes, los intereses en juego han exigido superar los remedios clásicos, lo que implica modular o eliminar el régimen de la nulidad absoluta y, en el caso de incumplimiento, la resolución, sustituyéndolos o complementándolos con la ampliación de la impugnación (anulabilidad), la falta de conformidad y otros recursos (enriquecimiento injustificado, rescisión...). Principio básico de las relaciones jurídicas, es hoy el de conservación del contrato, el mantenimiento

¹⁰⁷ Que señala: «Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar su contenido» (art. 1.1).

¹⁰⁸ Este art. 1102, bajo el título *Libertad de contratación*, proclama «(1) Las partes son libres para celebrar un contrato y para determinar el contenido del mismo, siempre que observen las exigencias de la buena fe y de la lealtad y las reglas imperativas establecidas en estos principios».

de la relación contractual, que se impone como la mejor vía para adecuar la situación a la posición de las partes en el contrato y a la composición de los intereses.

Como se comprueba, son múltiples los flancos que conducen a la mutación inexorable de la autonomía privada y explican su evolución que arrastra la del contrato. Ambas instituciones se mantienen, acopladas a la realidad en la que operan, en la que, a tenor de las circunstancias y tipo de relación contractual, los intereses privados ceden o se limitan cuando concurren otros superiores.

La conclusión es que el cambio en la concepción de la autonomía privada, el poder de autorregulación debe considerar junto a los intereses económicos del mercado los individuales que atienden a la situación concreta, pero también los que la sociedad exija o reclame como adecuados. ¿Cambio (actualización) o transformación de la institución?

7.3.2. *El derecho de propiedad*

La institución privada del derecho de propiedad contenido en los códigos civiles de la Europa continental (países del *Civil Law*), manifestación del atributo de poder más absoluto de la persona sobre los bienes y signo de libertad, la denominada propiedad liberal, es fruto del ideario de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano¹⁰⁹. Respecto de *l'Ancien Régime*, el poder jurídico reconocido a las personas particulares, no sólo a las clases dominantes (poder regio) sino en potencia (abstractamente) a cualquiera, el derecho de propiedad que se configura permite la inserción plena de los bienes en el fenómeno de la producción y del cambio en el tráfico, a la par que elimina las vinculaciones y diferencias, liberando las ataduras, provocando¹¹⁰ la dinamización del suelo (el rural, principalmente).

El reconocimiento del derecho de propiedad privada, como poder al que potencialmente pueden aspirar todas las personas, conlleva la desaparición formal de los privilegios. La propiedad deviene así en un derecho subjetivo cuyas cualidades son la de ser privada, exclusiva y absoluta. En lo que afecta a su concepto dogmático, es consecuencia de la cuidada elaboración doctrinal alemana llevada a cabo en el siglo XIX, a la que se debe la noción de la titularidad abstracta, siempre idéntica formalmente, referida a un poder jurídico amplio unitario (dominación en la unidad).

Resumiendo, la institución de la propiedad recogida (tipificada) y que aún se mantiene, al menos formalmente, en nuestros códigos civiles, pese a los dosci-

¹⁰⁹ Art. 17: «La propriété étant un droit inviolable et sacré nul ne peut être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité».

¹¹⁰ Como señala Hans HATTENHAUER (1987). *Conceptos elementales del Derecho Civil* (Introducción histórico-dogmática). (Prólogo de Pablo SALVADOR CODERCH). Barcelona, pp. 117.

entos años transcurridos¹¹¹ (arts. 348.1 CCe; 541-1 y 541-2 CCCat)¹¹² se describe por las notas de:

- a) Dominación (poder) privada.
- b) Abstracción: en cuanto cualidad predicada de la persona¹¹³.
- c) Poder absoluto que alcanza a todas las utilidades y aprovechamientos del objeto.
- d) Exclusivo, que permite la expulsión de cualquier injerencia externa que no sea justificada¹¹⁴.

En la actualidad, de su evolución desde la consagración inicial, la deriva comporta además de haber logrado la categoría de ser un derecho fundamental de las personas, protegido constitucionalmente (art. 53 CE), la adición de estar limitada, expresamente por la función social que actúa como límite. Doctrinalmente, en cuanto noción jurídica como una institución que forma parte integrante de la materia civil¹¹⁵.

La codificación configuró un concepto unitario abstracto del derecho de propiedad frente a la multiplicidad de los regímenes anteriores. Modelo en el que pretendía comprender todos los objetos y supuestos de dominación que pudieran reconducirse a él. Y así aconteció.

En el transitar pasado hasta que se produjo la codificación se sucedía la tensión entre dos notas (índices) a tener en cuenta a la hora de tipificar: la concepción teórica, abstracta que lleva a configurar un tipo único o unitario y homogéneo del poder sobre los bienes y la noción concreta-inmediata: la propiedad dividida que distingue entre el señorío como signo del poder y la efectividad, o sea la utilidad inmediata y el aprovechamiento que se puede obtener del objeto sobre el que recae. Contraposición de la que salió triunfante, en la tipificación codificada, el derecho subjetivo único (institución del sistema). Sucede que la

¹¹¹ Contados desde 1805, fecha del *Code de Napoléon*.

¹¹² Artículo 348.1 CCe: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa o de un animal, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

Article 541-1 CCCat, *Concepte*. «1. La propietat adquirida legalment atorga als titulars el dret a usar de forma plena els béns que enconstitueixen l'objecte i a gaudir-ne i disposar-ne. 2. Els propietaris conserven les facultats residuals que no s'han atribuït a terceres persones per llei o per títol».

Article 541-2 CCCat, *Funció social*. «Les facultats que atorga el dret de propietat s'exerceixen, d'acord amb la seva funció social, dins dels límits i amb les restriccions que estableixen les lleis».

¹¹³ Paolo GROSSI (1992). *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (Traducción y «Prólogo para civilistas» de Ángel M. LÓPEZ y LOPEZ). Madrid 1992, pp. 35.

¹¹⁴ Art. 544 Code: «La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements».

¹¹⁵ Ángel LÓPEZ LÓPEZ (2018), *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 95.

configuración abstracta permite unificar el tipo jurídico (el derecho de propiedad) y presta mejor servicio al objetivo pretendido: que todas las personas puedan ser titulares del poder (derecho subjetivo) de dominación y no sólo de su ejercicio; y porque, es más útil para reconducir todas las realidades.

En el fondo, en esta configuración, un tanto en contradicción con lo que es la tipicidad¹¹⁶, se cierra la puerta a posibles evoluciones que deformen el nuevo modelo, bajo la pretensión de la seguridad. En la concepción codificada todo está previsto y, como el derecho de propiedad es el poder más absoluto sobre los bienes, su tipificación importa que sea clara. No obstante, a la vez, la amplitud con la que se delimita el propio poder atribuye un dato adicional, que sirve para acabar de delimitar: su carácter expansivo expresivo de que su absolutidad abarca cualquiera facultad, que no se haya atribuido, por título o por la ley, a otra persona¹¹⁷.

Sin embargo, una vez más, el transcurso del tiempo, la evolución pone en evidencia que no era exacta dicha precisión, que fue útil para sistematizar las reglas pero que pecaba de ambiciosa y desconocía los intereses de la sociedad viva que está en continuo movimiento y desarrollo (la fluidez, la sociedad líquida). En realidad, no pensaba en la evolución cíclica porque en lo que se concibe como abstracto, sin base humana y material, no siempre se atiende a lo real o efectivo. La evolución ha descubierto, desde nuevos objetos de dominación a utilidades o aprovechamientos y límites que afectan no sólo al contenido del poder sino, incluso a su ejercicio.

Si paramos atención a la actualidad del día de hoy (siglo XXI), sobre el contenido del derecho de propiedad y al modo en cómo se ejercita e incluso al aprovechamiento, se sigue una constatación relevante: las concreciones, las divisiones de las propiedades, las utilidades, la distinción entre dominio como poder económico, posesión como aprensión y uso del bien y aprovechamiento que están ínsitos en el dominio muestran diferentes caras del dominio (propiedad) que obligan a distinguir. Es decir, que reclama admitir frente al derecho unitario de la propiedad, diferentes propiedades.

Esta constatación, que puede parecer un retorno a lo anterior, no implica retroceso, vuelta a las fórmulas medievales, sino que es fruto directo de una relectura obligada, debida a las exigencias de las cambiantes necesidades públicas, de los colectivos sociales y de los privados. También, obedece a la entrada en el tráfico, de la variedad de situaciones, en verdad, aprovechamientos y utilidades, de los bienes inmuebles y de la diversidad de los bienes muebles. Entre los que, en este discurso, no incluyo los bienes inmateriales (creaciones, en general y los digitales), que, en mi opinión, aunque también se califique su dominación como propiedad (la intelectual), deben considerarse separadamente.

¹¹⁶ Si se tiene en cuenta, como he expuesto más ampliamente, que el tipo, en el ámbito civil, es abierto, frente al concepto, que es cerrado.

¹¹⁷ Como indica la norma catalana (art. 541-1.2 CCCat).

A lo que se acaba de explicar es necesario agregar el reconocimiento del derecho de propiedad como institución bajo la garantía institucional de la Constitución que (art. 33) «(...) reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia» y respecto de la que se predica «La función social de estos derechos /que/ delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes»¹¹⁸. Garantía de la institución y del derecho, que, en la interpretación constitucional recae en las «condiciones básicas de ejercicio de los derechos», de contenido económico¹¹⁹.

La función social de la propiedad, heredera de la especulación tomista sobre el *bonum commune*¹²⁰, ha derivado, en la normativa sobre la propiedad, ya la civil, ya, en particular, la sectorial inmobiliaria (agraria, rústica, urbanística...) en la aparición de propiedades «separadas» de la propiedad unitaria que comportan diferentes y particulares estatutos de dominio sobre ciertas clases o calificaciones jurídicas de bienes, en contraste al modelo abstracto civil. Así se fragmenta la propiedad inmobiliaria en consideración a la calificación jurídica de los terrenos, y la función social que actúa como límite: propiedad afectada por los planes de ordenación urbanística (diferentes suelos: urbano, urbanizable, no urbanizable)¹²¹, propiedad agraria (rústica), aprovechamientos de los recursos mineros, las aguas...etc. En lo que respecta a los bienes muebles, la fragmentación tanto de los que podrían caracterizarse como clásicos, como de aquellos que por sus características físicas (sobre todo los inmateriales, que he dejado de lado expresamente) no son tangibles.

En definitiva, frente al estatuto unitario (régimen) del derecho de propiedad, la aparición de diferentes estatutos de propiedad se concibe, entonces, no como «propiedades» (a modo de la propiedad dividida), puesto que se reducen al esquema abstracto, sino como especificaciones de este; pero son auténticas propiedades. Es otra forma de justificar la pluralidad que, aunque parte de la unidad, en el fondo viene a cuestionarla. Quiebra de la unidad debida, se nos dice¹²², «(...) justo por la inserción dentro de la propiedad de finalidades sociales, que conducían a diversos estatutos propietarios según la trascendencia económico-social del bien; disgregación cuantitativa que posee también un trasunto formal: las modificaciones legislativas (...)» que se plasman en leyes separadas de los códigos civiles; normas que no siempre son

¹¹⁸ Y, finalmente, en su apartado 3, se protege frente a injerencias injustas: «Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

¹¹⁹ LÓPEZ LÓPEZ (2018), op. cit, *La disciplina*, pp. 94.

¹²⁰ Stefano RODOTA (1986). *El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (Prólogo y traducción de Luis DIEZ-PICAZO). Madrid, pp. 214.

¹²¹ Vid. Títol segon Capítol I, arts. 24 a 33, del Decret Legislatiu 1/2010 del Tex Refós de la Llei d'urbanisme.

¹²² LÓPEZ LÓPEZ (2018), op. cit, *La disciplina*, pp. 104.

formalmente civiles (así, las urbanísticas, por ejemplo; o las del sector agrario, o las de protección de los bienes culturales, entre otras)¹²³.

La formulación, aun abierta, del concepto jurídico de propiedad es la manifestación de la tensión que existe entre dar prioridad a la manera de organizar y gestionar las utilidades o aprovechamientos de las cosas (efectividad-posesión real o de hecho) y la atribución e imputación de a quien corresponde el poder.

De una forma u otra cuando la legislación llega parece que es para extender el «certificado de defunción» de la situación anterior, cuando no tiene por qué ser siempre así, como ha sucedido, precisamente, con el derecho de propiedad. La realidad impone que su noción, y de ahí la posible tipificación, esté en continua adaptación, ya modificando ya creando (transformación) y a que deban ponderarse cuidadosamente todos los datos.

Coexiste junto a la noción dogmática, utilizada en el ámbito civil, la práctica de aprovechamiento (en el plano de la efectividad). Bajo el manto de la «función social», hemos de preguntar entonces ¿no se esconde, también, una mentalidad posesoria? ¿no es la posesión, y no la propiedad, la que resuelve las necesidades?

Y, desde la terminología la evidencia constatada a lo largo de estas páginas: la propiedad conserva el *nomen* original y en singular, pese a la evolución e incluso, si se aprecia así, a la transformación de su contenido.

No es necesario insistir más. Los ejemplos repasados, espero que hayan exhibido claramente la película que pretendía proyectar.

8. CONCLUSIONES

El Derecho no puede permanecer al margen ni hacer la vista gorda a la evolución. Los acontecimientos, circunstancias, avances de otras ciencias, que inciden directamente en la regulación de la ley positiva de las instituciones. La evolución debe encontrar un reflejo normativo en las reglas y en la ciencia jurídica ya para modificar, ya para transformar, creando. Las conclusiones que se siguen de lo explicado se resumen en las siguientes ideas:

1ª. La evolución de la sociedad es ley de vida, un fenómeno que, como en otros, influye en el ámbito jurídico, por ser el Derecho (la ciencia jurídica) un instrumento que ordena las relaciones entre las personas, una ciencia social.

¹²³ LÓPEZ LÓPEZ (2018), op. cit., *La disciplina*, pp. 105, criticando esta técnica legislativa, indica que «(...) parece claro que el conjunto normativo que incide sobre la propiedad privada hoy es abigarrado, heterogéneo y con lógicas internas que problematizan su caracterización como “propiedad civil” (en el sentido comúnmente aceptado del término) en todo o en parte. Precisamente es por lo que esas leyes sectoriales sobre la propiedad no merecen el calificativo de “legislación civil propiamente dicha”, por comparación con la que el uso habitual, tópico, considera tal (...)».

2ª. La construcción de las instituciones jurídicas privadas, su régimen (tipicidad) y terminología, es un posterior necesariamente —*ubi societas ibi ius*— tiene lugar a partir de la realidad material o intelectual, ya *ex novo* (innovación) ya por especificación (a partir de lo dado).

3ª. La codificación identificó (tipificó), en cuerpos legales sistematizados y ordenados, las principales (entonces) instituciones jurídicas privadas que se han mantenido hasta la actualidad (ley escrita). Instituciones diseñadas abstractamente y con vocación de aplicación a todas las personas y permanencia indefinida, pero sin propósito de fosilizarlas o petrificarlas.

4ª. La evolución supone nuevos valores, intereses, situaciones cuya aparición reclama, de parte de la sociedad, la revisión de las instituciones vigentes para que se adapten a la realidad del momento mediante la introducción de los cambios oportunos.

Según la envergadura de los cambios se está ante una modificación, cuando se conservan los datos de identificación, o en una transformación si el cambio implica una nueva institución, sin perjuicio de que se mantenga (coexista) con la anterior.

La ley en la que se lleva a cabo la adaptación y que denota esa acogida de la evolución, recibe diferentes nombres, Ley por la que se modifica, Ley de actualización, Ley de modernización.... Pero no siempre el nombre indica el verdadero alcance del cambio.

5ª. En inicio las instituciones jurídicas reguladas legalmente permanecen invariadas mientras no se modifique o derogue la ley (Código civil) en las que están tipificadas. Esta permanencia no impide que se puedan adaptar a las exigencias y conveniencias que se derivan de la evolución.

El propio sistema jurídico cuenta con instrumentos que están previstos para esta finalidad. Todos ellos se refieren a la aplicación de la norma y, por lo tanto, de una parte, atañen a la aplicación judicial (art. 117 CE) y, de otra, a la ley escrita, aunque no han de excluirse otras fuentes (la costumbre).

6ª. Los instrumentos previstos son: la interpretación, la integración y aplicación de las normas. Comprende, las diferentes interpretaciones, medios y clases; en especial la interpretación y aplicación sociológica, la doctrina del derecho fluido, flexible, dúctil.... Por supuesto, también, la equidad como acercamiento al caso concreto.

7ª. Además, se ha de contar con la práctica extrajudicial, ya la desarrollada en funciones jurídicas públicas: notariado, registros (propiedad y civil) Ya la ejercitada por las personas particulares.

En el ejercicio privado se incluye, de una parte, aquellas que pueden devenir, en su momento, en costumbre; pero también, y en particular, las que aún no han alcanzado esta categoría normativa. De ahí que, junto a las alegales deban considerarse las contra ley, que pueden dar mucho que pensar.

8ª. Una herramienta crucial es el lenguaje. El Derecho es lenguaje técnico (jurídico) y natural. Acuña sus propios términos, modela la redacción del contenido del mensaje (forma) e identifica mediante un *nomen* a la institución.

El lenguaje jurídico, en su redacción y términos, está desfasado, es androcéntrico y ha de amoldarse a la realidad de la diversidad. Existen mandatos legales que deberían cumplirse, y medios lingüísticos y jurídicos, que sin distorsionar el significado del texto pueden ayudar a alcanzar la igualdad.

9ª. ¿Existe algún límite para modificar o transformar? Los límites se aplican a quienes tienen encomendada la función de legislar.

En general los límites resultan de la propia institución (tipicidad), de su aplicación e interpretación, de los principios generales del derecho (los correspondientes al ordenamiento jurídico de que se trate).

En particular, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, el límite de la garantía institucional que protege «determinadas instituciones constitucionalmente reconocidas frente a la acción legislativa que pueda intentar suprimirlas o desnaturalizarlas». Que se refiere al «reducto indisponible o núcleo esencial de la institución que la Constitución garantiza». De donde se sigue que no juega en todas las instituciones de derecho privado.

Las que aparecen en la Constitución son: la persona (dignidad, derechos y libertades) (art. 10), las asociaciones (art. 22), el matrimonio (art. 32), la propiedad privada y la herencia (art. 33), la fundación (art. 34), la familia y la filiación (art. 39).

La garantía institucional que protege la pervivencia de la institución no actúa como límite cuando se crea, aunque sea tomando como punto de partida lo que esté vigente.

En cuanto a suprimir la institución pese a lo que afirman las sentencias del Tribunal Constitucional se ha de poner en duda que las cámaras legislativas no puedan eliminarlas.

La evolución libre ha de ser efectiva jurídicamente y encontrar su reflejo. No es admisible el olvido, pero, sobre todo lo que es intolerable es el silencio.

10ª. Haciendo un repaso de nuestras instituciones codificadas se observan sus cambios y transformaciones, y las de las nociones básicas jurídicas.

Me he entretenido, a modo de ejemplo, en algunas, para dar paso a la reflexión, al intercambio de pareceres, no están todas, pero son significativas: la capacidad de las personas, el sexo, el matrimonio, la autonomía de la voluntad, el derecho de propiedad.

«Aquel horror al vacío se convierte, ante la imposibilidad de que la ley sea capaz de aprehender la compleja y variada realidad social, en una oportunidad de producir nuevo derecho, en la posibilidad de crear o dar respuesta a nuevas situaciones, de encontrar nuevas palabras reguladoras, de transformar y construir futuro. Los silencios permiten que lo no dicho tenga siempre alguno nuevo que decir. (...) Los derechos se abren así camino, se van construyendo entre palabras y silencios que operan como pausas...»¹²⁴.

¹²⁴ M.ª Olga SÁNCHEZ MARTÍNEZ (2019), «Un derecho de palabras y silencios» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, (XXXV), pp. 204.

Permítanme llamarles la atención acerca de una circunstancia de este discurso en la que es posible que no hayan reparado. A lo largo de la disertación he utilizado un lenguaje inclusivo que da visibilidad a la diversidad personal. Como habrán podido comprobar no es extraño, entorpecedor ni hace oscura la transmisión del mensaje.

Si admitimos la evolución y transformación de las instituciones jurídicas incluso a costa de subvertir el significado y la terminología técnica originaria ¿qué impide la del lenguaje y la forma de redactar? Aprovechemos la cualidad del Derecho como lenguaje para asumir la realidad y hagámoslo.

Muchas gracias por su atención,

ANEXO: BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Ramón BADENES GASSET (1973), *Lenguaje y Derecho*, Discurso de recepción de académico de número. Contestación de Jaime M.^a MANS PUIGARNAU, *Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Barcelona.
- Ferran BADOSA COLL (2010), *Memoria de Derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires.
- Zygmunt BAUMAN (2004), *Modernidad líquida*. Traducción de Marta ROSENBERG en colaboración con Jaime ARRAMBIDE SQUIRRU. Fondo de Cultura Económica. México, Argentina, Brasil, Colombia, Chile, España, Estados Unidos de América, Guatemala, Perú, Venezuela. 3^a reimpresión- FCE, Argentina.
- Alegría BORRÁS I RODRIGUEZ (1993), *Discurs d'ingrés, El «interés del menor» como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado*, i contestació de Encarna ROCA TRÍAS, Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona.
- Antoni M. BORRELL I SOLER (1923), *Dret Civil vigent a Catalunya*. Volum I. Preliminars. Mancomunitat de Catalunya. Oficina d'Estudis jurídics. Impremta de La Casa de Caritat, Barcelona.
- M.^a Ángeles CALERO FERNÁNDEZ (1999), en «Vestigios de diferencias de género en el léxico español del matrimonio» en *En masculino y en femenino*, Instituto de la Mujer. <http://www.mujaresenred.net/IMG/pdf/EnFemenino.pdf>
- Jean CARBONNIER (2019), *Derecho Flexible: para una sociología no rigurosa del derecho*: (1 ed). Santiago, Chile, Ediciones Olejnik. <https://elibro.net/es/ereader/uab/235514?>
- Luis Humberto CLAVERÍA GOSÁLBEZ (2007), «La transformación del concepto de matrimonio en el Derecho civil español tras las reformas de julio de 2005, (Breve estudio legislativo)» en *Anuario de Derecho Civil*, LX, fasc. 1, pp. 5-14.
- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA (2023), *Propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y con-*

tratos, <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>

- Francisco de A. CONDEMINES I VALLS (1968), «Función del hombre de leyes en la evolución de la sociedad contemporánea» en *Revista jurídica de Catalunya*, pp. 281-288.
- Federico DE CASTRO y BRAVO (1955), *Derecho civil de España. Parte General*, Tomo I, *Libro preliminar. Introducción al Derecho civil*. 3ª ed., Madrid, Instituto de Estudios políticos, pp. 158 y 169.
- Celia DE PRADOS GARCÍA (2023), *El ingreso involuntario en el contexto de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad*. Dykinson. Madrid.
- Ramón FAUS ESTEVE (1961), «Sentido ético y progresivo de la Compilación» en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil especial de Catalunya*, Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona. Barcelona, pp. 33-57.
- DICCIONARI DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS (DIEC2) (<https://dlc.iec.cat/>).
- DICCIONARIO DE LA RAE (<https://dle.rae.es/>) en la edición de 2023.
- Ángeles GALIANA SAURA (2016), «La expansión del derecho flexible y su incidencia en la producción normativa» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2016 (XXXII), pp. 297-322.
- María Paz GARCÍA RUBIO (2022), «Reivindicando el valor del derecho civil por los poderes normativos», *Revista de Derecho civil*, Vol. IX nº 1, pp. 233-245.
- M.^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (2022), «La modificación y novación del contrato: evolución y configuración actual» en *Estudios de derecho de contratos*, (Dir., Antonio Manuel MORALES MORENO, coord., Emilio V. BLANCO MARTINEZ). Agencia estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, Volumen I, pp. 413-433.
- M.^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA) en *Actualización del derecho de filiación. Repensando la maternidad y la paternidad* (2021), Tirant lo Blanch, Valencia, Capítulo 3, pp. 160 a 165.
- M.^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (2020), «La visibilización de la mujer en los textos legales (reflexiones sobre la redacción jurídica)» en *La investigación en Derecho con perspectiva de género*. (Coord. María Jesús ESPUNY TOMÁS, Daniel VALLÈS MUÑO, Elisabeth VELO I FABREGAT), *Dones i Drets*, Centre d'estudis i de recerca UAB, Observatori per a la Igualtat UAB, Dykinson, Madrid, pp. 123 a 138.
- M.^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA, Judith SOLÉ RESINA (2014), «Mujer y patrimonio (el largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad)» en *ADC*, Tomo LXVII, fasc. III, pp. 766-894.
- M.^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (2011), «Feminización: términos, valores y conceptos jurídicos (Las reformas pendientes: datos para una discusión)» en *El levantamiento del velo: Las mujeres en el Derecho Privado*

- do (Dir. M.^a Paz GARCÍA RUBIO y M.^a del Rosario VALPUESTA FERNÁNDEZ; coord. Laura LÓPEZ DE LA CRUZ y Marta OTERO CRESPO), Tirant lo Blanch. Valencia, pp. 43 a 75.
- M.^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (2008), *Estudios sobre el contrato*, Editorial Atelier, Barcelona.
- M.^a del Carmen GETE-ALONSO y CALERA (1979), *Estructura y función del tipo contractual*. Ed. Bosch, Barcelona.
- Juana María GIL RUIZ (2015), «Reconfigurar el derecho repensando al jurista: retos de la sociedad global digital y compromisos internacionales vinculantes», *Anuario de Filosofía del Derecho*, xxxvii, pp. 145-172.
- Paolo GROSSI (1992), *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico* (traducción y «Prólogo para civilistas» de Angel M. LOPEZ y LOPEZ). Madrid.
- Ignacio GUTIERREZ GUTIERREZ (2011), «La garantía del matrimonio en la Constitución: estabilidad y apertura como criterios de interpretación», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2137.
- Hans HATTENHAUER (1987), *Conceptos elementales del Derecho Civil (Introducción histórico-dogmática)*. (Prólogo de Pablo SALVADOR CODERCH). Ariel, Barcelona.
- INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS, Secció de filologia. *El llenguatge inclusiu: compatibilitat dels recursos estilístics dels usos no sexistes amb la normativa lingüística*. <https://aoe.iec.cat/document-de-la-sf-de-liec-sobre-el-llenguatge-inclusiu/>
- Lluís JOU MIRABENT (2009), *L'oficialitat lingüística. Un concepte jurídic*, Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número. Contestació de Juan José LÓPEZ BURNIOL. *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació*. Barcelona.
- José Luis LACRUZ BERDEJO (1988), *Elementos de Derecho Civil (III). Derechos Reales (Vol. 1, 2.^a parte). Posesión y Propiedad*. Barcelona.
- Eulàlia LLEDÓ CUNILL (2007), *De llengua, diferència i context*. Quaderns Institut, 3. Institut Català de la Dona. Departament de Presidència. Barcelona (2^a ed).
- Eulàlia LLEDÓ CUNILL (2005), *Marcar les diferències: la representació de dones i homes a la llengua*. Generalitat de Catalunya. Departament de Presidència. Secretaria de Política Lingüística. Institut Català de la Dona.
- Ángel LÓPEZ LÓPEZ (2018), *La disciplina constitucional de la propiedad privada*. Tirant lo Blanch, Valencia.
- Ángel LÓPEZ y LÓPEZ (2013). «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)» en *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 27, pp. 173-208.
- Mercedes MEDIAYLLA CALLEJA (1999), «Aproximación a un recorrido por el Diccionario de la Real Academia Española: Representación de mujeres y hombres» en la publicación *En femenino y en masculino*. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales. Instituto de la Mujer. <http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/EnFemenino.pdf>

- José Juan MORESO MATEOS (2022), «Filosofía del lenguaje para juristas», en *Filosofía. Una introducción para juristas*. (Coord. Guillermo LARIGUET y Daniel GÓNZALEZ LAGIER), Ed. Trotta, pp. 49-77.
- Gregorio ROBLES MORCHÓN (2009), *Comunicación, lenguaje y derecho. Algunas ideas básicas de la teoría comunicacional del Derecho*. Resumen del Discurso de ingreso en la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia (Madrid). BOE.es https://www.boe.es>abrir_pdf.
- Stefano RODOTA (1986), *El terrible Derecho. Estudios sobre la propiedad privada* (prólogo y traducción de Luis DIEZ-PICAZO). Madrid.
- Lino RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE (2022), «La teoría institucional del Derecho» en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 12(1), pp. 37-64 <https://doi.org/10.30827/acfs.v12i1.26535>
- Pablo SALVADOR CODERCH (1991), «Comentario del artículo 3º.1» en *Comentario del Código Civil* (Dir. Cándido PAZ-ARES RODRIGUEZ, Luis DIEZ-PICAZO y Ponce DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ, Pablo SALVADOR CODERCH), Publicaciones Ministerio de Justicia, Madrid. Tomo I, pp. 19-26.
- M.ª Olga SÁNCHEZ MARTÍNEZ (2019), «Un derecho de palabras y silencios» en *Anuario de Filosofía del Derecho*, XXXV, pp. 181-209.
- Francisco SOTO NIETO (1979), «El cambio social y el Derecho» en *Revista Jurídica de Catalunya*, pp. 103-145.
- Enrique TIERNO GALVÁN (1966), *Conocimiento y ciencias sociales*, Ed. Tecnos, Madrid.
- Miguel de UNAMUNO (1940), *Amor y Pedagogía*, Espasa Calpe, S.A. Madrid.
- Juan B. VALLET DE GOYTISOLO (2002), «Las instituciones jurídicas: definición, análisis, tipificación, clasificaciones y funciones» en *Anuario de Derecho Civil*, N° 1, pp. 5-66.
- Gustavo ZAGREBELSKY (1995), *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (traducción M. GASCÓN, epílogo de G. PECES BARBA). Ed. Trotta, Madrid.

CONTESTACIÓ
de l'Acadèmic de Número
Excm. Sr. LLUÍS JOU I MIRABENT

Excel·lentíssim President de l'Acadèmia,
Digníssimes autoritats,
Senyores i senyors,

INTRODUCCIÓ

Com si fos per complir amb una norma d'etiqueta o de costum, i també perquè ho sento de cor, començaré la meua resposta al discurs d'ingrés de la doctora Carmen Gete-Alonso agraint al President i els altres membres de l'Acadèmia que m'hagin honorat amb l'encàrrec de fer-la. Si entenem que un dels moments més rellevants de la vida acadèmica és el de l'elecció i recepció de les persones que en formen part perquè amb la modificació subjectiva que comporta, l'Acadèmia es transforma i s'adapta al temps que viu, podran comprendre que llegir aquestes paraules no és un acte de tràmit, sinó tot un repte institucional que assumeixo amb respecte.

També d'acord amb els canons heretats caldrà que faci referència, com ho ha fet ella, a les personalitats d'Antoni Maria Borrell i Soler, que dona nom a la medalla que des d'avui ostenta la doctora Gete-Alonso, a la seva predecessora en ostentar-la, Alegria Borràs, i a ella mateixa.

LA MEDALLA BORRELL I SOLER

D'Antoni Maria Borrell i Soler (Barcelona, 1864-1956) destacaré un dels trets del personatge i un dels mèrits de la seva obra. Pel que fa al personatge, contemporani de Francesc Maspons i Anglès i de Joan Martí Miralles, cal remarcar que fou un patriota en el sentit més noble de la paraula: treballà incessantment per la modernització del nostre Ordenament jurídic, tret diferencial de Catalunya del qual mai no renegà, i col·laborà amb les institucions de cada temps que li correspongué viure amb poca èpica i molt de pragmatisme. Acceptar el nomenament com a magistrat del Tribunal de Cassació el 1934 i, vint anys més tard, la presidència de la nostra Acadèmia quan després de quinze anys de pressió, fou restablerta, s'ha de veure en aquest sentit.

Pel que fa a l'obra, el seu monumental *Dret civil vigent a Catalunya*, que l'any passat va complir un segle com vam commemorar a la secció corresponent de l'Institut d'Estudis Catalans, constitueix el primer treball sistemàtic modern sobre el nostre Dret entès com un tot, el legislat i el supletori. Fou una obra del noucentisme: concebuda científicament per l'autor i promoguda i publicada per la Mancomunitat, és encara un referent que només ha tingut parió amb el *Fundamentos de Derecho Civil de Catalunya* (1979-1982) dels companys d'Acadèmia Lluís Puig Ferriol i Encarna Roca Trias (1981) i els Comentaris als llibres del Codi Civil de Catalunya dirigits pel també company nostre Joan Egea Fernández i per Josep Ferrer Ribà. Però per molt que fos una gran obra, a finals dels anys trenta es veié proscrita de les llibreries i desterrada al mercat de llibre vell.

ALEGRIA BORRÀS I CARMEN GETE-ALONSO

Vaig conèixer María del Carmen Gete-Alonso i Calera en un curs de doctorat de la Facultat de Dret de la UB quan encara preparava oposicions a notari. Mala cosa, perquè l'oposició vol les vuit hores de l'obrer, però dissabtes i diumenges inclosos, i encara algunes hores més. Però mig per distreure'm, mig per militància amb el nostre Dret, avui tan incomprensiblement testimonial en el programa de notaries i registres com fa mig segle, em vaig matricular a un curs sobre els règims matrimonials convencionals en la Compilació. La professora era precisament la doctora Gete-Alonso, si fa no fa de la meua edat. Des de llavors hem anat coincidint, sigui a les Jornades de Tossa o en altres a Caldes d'Estrac, Salou, Tarragona o Barcelona, sigui a comissions prelegislatives, sigui a l'Observatori de Dret Privat. I si jo m'he tornat més aviat misàntrop i poc combatiu, ella ha conservat la mirada viva, el gest juvenil i les ganes de bregar. En tot cas, podem dir sense exagerar, que hem compartit amb una imperceptible però innegable camaraderia generacional el procés de normalització del nostre Dret Civil dels darrers quaranta anys, llarg, dialogat, progressiu, tossut i malgrat que sovint impugnat, molt fructífer.

La casualitat va voler que l'altre curs de doctorat que vaig seguir, ara ja essent notari de Calafell, l'impartís la doctora Alegria Borràs sobre la matèria institucions i fonts del dret a la llavors Comunitat Econòmica Europea. Ja vaig tenir ocasió de lloar abastament la figura i l'obra d'Alegria Borràs Rodríguez (Barcelona 1943-2020) en ocasió de l'atorgament del Premi Puig Salellas el desembre de 2020, un any abans de la seva mort, i no és aquest el moment de retornar-hi. Serà suficient recordar que les matèries principals del seu interès acadèmic foren els ordenaments plurilegislatius en el Dret internacional privat, el tractament dels menors davant del Dret internacional, la codificació del Dret internacional privat i la progressiva aprovació per part de la Unió Europea de reglaments que adopten com a normes de dret intern les normes de solució de conflictes que contenien els convenis internacionals, cosa que en un moment o altra caldria que fes Espanya per a la solució dels conflictes entre lleis civils internes.

Dues mestres meves, doncs, la doctora Borràs i la doctora Gete-Alonso se succeeixen en la medalla Borrell i Soler que ostentà inicialment Ramon Faus Esteve i em concedeixen la qualificació de companys de l'Acadèmia. Aquesta és una de les nostres grandeses: quan hi accedim, ens retrobem professors i deixebles, tots companys en la rica vivència intel·lectual de pensar i mirar de comprendre, de reflexionar, comparar i meditar sobre el sentit, la utilitat i la pràctica del Dret i de les lleis.

Tornem, però, a la professora Gete-Alonso per fer-ne una curta laudatio, ja que no és possible en aquest discurs desgranar-li el currículum, tan extens, i els mèrits, tan acreditats. Es llicencià en Dret a la Universitat de Barcelona el 1971 amb premi extraordinari i s'hi doctorà també amb premi extraordinari el 1975. És professora ajudant a la UB fins a 1979 en què accedeix a una adjuntia de Dret Civil (avui titularitat) en la UB. El 1980 obté l'agregació de Dret civil, per oposició i el 1982 accedeix a càtedra per concurs a la Universitat d'Alacant. Passà a la Universitat Autònoma la tardor de 1981 en la que consolida la càtedra i exerceix fins que fa tres anys ha esdevingut professora emèrita. La seva tasca com a docent ha estat constant i fecunda: ha impartit classes ininterrompudament en totes les matèries de Dret civil, ha dirigit disset tesis doctorals, té reconeguts sis trams de docència i ha escrit, amb la col·laboració de Judith Solé Resina, unes profitoses Lliçons de Dret Civil Català. En l'àmbit de la Recerca, en té reconeguts sis trams, ha participat en dotze projectes dels quals n'ha dirigit vuit, ha dirigit, i escrit en part, dos tractats de Dret Civil i participat en cinc manuals. És autora de més de seixanta treballs en revistes especialitzades i ha col·laborat en el comentari d'una pila d'articles, tant del Codi Civil de Catalunya com de l'Espanyol. En la vida acadèmica s'ha interessat de manera especial en els camps de la filiació i la família, les successions, el dret contractual, dret del consum, la propietat horitzontal i la propietat intel·lectual i, com després veurem, analitza amb interès l'ús del llenguatge en la redacció de les normes essent membre fundadora del moviment Carmona per a la feminització de les lleis. Entre 1998 i 2018 ha estat presidenta de la Junta Arbitral de Consum de Sabadell i també ha intervingut en tribunals arbitralers en el mateix concepte.

Va participar en algunes de les comissions legislatives que elaboraren diversos projectes de llei civil per al Govern de Catalunya entre 1988 i 2000, i des de 2000 participa en l'Observatori de Dret Privat de Catalunya. Des de 2018 és presidenta de la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació. El 2020 va rebre el premi Puig Salellas que atorga el Col·legi Notarial a una trajectòria jurídica rellevant a Catalunya i el 2023 el premi Justícia de la Generalitat.

EL DISCURS

La nova acadèmica ha triat per al seu discurs d'ingrés a l'Acadèmia unes reflexions sobre la substància i la forma en l'evolució de les institucions jurídiques en Dret privat.

Bon discurs per accedir a l'Acadèmia: ens hauria pogut exposar amb sol·vència algun tema de rabiosa actualitat però ens ha parlat de conceptes i d'institucions. El que ens ha llegit avui ho podrem rellegir, més aviat ho podran llegir, d'aquí a quaranta anys i, pel que fa a la substància, continuarà essent vigent.

M'agrada un discurs conceptual. Ens calen reflexions d'aquest estil, que interpel·len els fanàtics de la literalitat de les lleis i els llepafils de la norma escrita sempre aferrats al significat dubtós d'una coma irrellevant en un paràgraf perdut d'un reglament insignificant. Per saber Dret, per viure'l i gaudir-ne, per comprendre el significat de les normes, ens cal distància. Distància en llegir i valorar lleis, reglaments, sentències o resolucions, fins i tot ordres de detenció. Ens cal distància i el pòsit dels grans conceptes i una mica d'experiència i perspicàcia per saber desgranar el que és substancial i el que és accessori i triar el gra de la palla. Per això em semblen convenients les reflexions del discurs sobre l'actualització i la modificació de les institucions.

Seria improcedent que ara reiterés o resumís el que ha exposat la doctora Gete-Alonso en un discurs treballat i ben construït pel qual mereix tots els elogis. Després d'explicar-nos què és una institució jurídica i reflexionar sobre el seu nucli dur, ens ha fet unes consideracions del tot pertinents sobre com es construeixen, canvien, es transformen i, en definitiva evolucionen, amb unes referències especials als instruments de la interpretació i la integració i de com la pràctica notarial contribueix a fixar per escrit aquesta evolució social. Després ens ha parlat de la redacció de les normes, amb una incisiva referència a qüestions més de llenguatge que de terminologia, per acabar amb cinc exemples concrets de renovació d'aquestes institucions l'existència de les quals és garantida per la Constitució: la capacitat, el sexe, el matrimoni, la llibertat de contractar i el dret de la propietat.

I seria impertinent que volgués acotar o contradir el contingut del discurs. Però, seguint la praxi habitual de les respostes als discursos d'ingrés a l'Acadèmia, hi faré tres anotacions al marge.

PRIMERA: Sobre el paper de l'evolució social en relació amb les institucions jurídiques del Dret Privat

Per molt que les lleis adaptin al temps actual algunes institucions amb el contingut essencial emparat per la Constitució, si la societat va més enllà, la institució acabarà desnaturalitzada.

Amb el matrimoni passa això. La constitució garanteix el dret a contraure'l, però no el defineix perquè el terme designa un concepte preexistent que no és pròpiament jurídic. És sociològic i religiós. El significat de «matrimoni» pot anar canviant perquè les lleis el modifiquen però sobretot perquè la societat el modifica.

Els codis decimonònics van convertir el que era una institució de Dret canònic en una de civil i laica i la van estatalitzar com si fos un pas més de la desamortització: on abans hi havia l'Església, ara l'Estat. Però ho van fer amb un canvi essencial: ja no era indissoluble.

Actualment la societat, tal laïcitzada com individualista, ha introduït canvis rellevants en la finalitat de la institució, que ja no és, o sovint no és, la procreació i la creació d'una família, ni la generació d'una cèl·lula de convivència que garanteix:

- a) un mínim en l'estructura dels serveis socials bàsics, l'alimentació i la formació de la mainada i la cura i atenció de la gent gran, i
- b) un altre mínim en l'estructura macroeconòmica, que garanteix l'atenció a la força de treball més elemental i resulta bàsica per al consum i l'estalvi.

La finalitat de la unió matrimonial avui és la solidaritat de la parella. No interessa tant tenir mainada i cuidar ascendents i descendents, sinó satisfer la necessitat de sexe i d'afecte, compartir despeses i tasques domèstiques, viure en companyia els moments d'esbarjo i concedir-se recíproca llibertat i independència per la vida laboral o professional. Per descomptat, els subjectes, siguin homes o dones, siguin dos o siguin més, acaben essent irrelevants.

D'altra banda, i l'existència constatada de famílies no casades, incloses les monoparentals ens ho demostra, el matrimoni ja no és l'única font de la família. Fa anys la societat, feliçment alliberada de l'estigmatització del concubinat i de les relacions extramatrimonials, feliçment alliberada del menysteniment que havien sofert les desdenyosament anomenades mares solteres, feliçment alliberada de la idea del matrimoni indissoluble, ha fet seva amb força les unions de fet. Avui, prou que ho ensenyen les estadístiques, a Catalunya hi ha gairebé tantes unions estables de parella com matrimonis, sigui sense descendència, amb descendència comuna, a vegades compartida amb descendències no comunes, sigui exclusivament amb descendències no comunes. Arribats aquí, ens plantegem:

- a) La unió estable en parella, és realment una institució diferent al matrimoni, o podem considerar-la una modalitat més d'aquest?
- b) L'existència social de les unions estables en parella, en competència amb el matrimoni, ¿no genera per ella mateixa una modificació essencial en el mateix matrimoni?
- c) Els esforços legislatius per a reconèixer-les o regular-les, ¿no la desvirtuen?
- d) Seria acceptable que el legislador tolerés «unions» de més de dos subjectes, com de fet accepta el legislador català en les relacions d'ajuda mútua?
- e) Seria acceptable reconèixer efectes jurídics a unions o matrimonis que comportessin a la pràctica, de manera permanent i intencionada, la submissió personal d'un subjecte a un altre per molt que la submissió s'emparés en la llibertat religiosa?

SEGONA: Sobre el rol del Notariat i dels Registres públics en l'evolució pràctica de les institucions privades

A parer meu, es tracta de dues institucions amb funcions diferents. A través del Notariat, el poder públic posa a l'abast de les persones particulars, qualsevol

que sigui llur formació acadèmica i coneixement jurídic, qualsevol que sigui llur potencial econòmic o posició social, qualsevol que sigui llur edat, salut i altres condicionants de força física i mental, un intèrpret que, amb coneixement jurídic, expertesa de llenguatge, prudència en el tacte i imparcialitat en la forma i el fons, posarà en llenguatge tècnic i adaptada a la llei la seva voluntat, unilateral o plurilateral. Una voluntat que fa néixer negocis als quals l'Ordenament jurídic atorgarà, poca broma, força de Llei.

Com que la societat canvia, les perspectives de la gent es modifiquen i les necessitats socials evolucionen, els notaris s'esforcen en donar cabuda dins de la Llei a casos que la Llei no preveu. No es tracta de fer passar la voluntat de les parts davant de la Llei. De cap manera. Es tracta de fer cabre dins de la Llei la voluntat de les persones quan no resulta contrària a la Llei. D'aquí que, amb l'empara del principi de llibertat civil segons el qual la llei admet tot allò que no prohibeix, el Notariat sigui una peça clau en l'evolució i en la creació de les institucions jurídiques: la regulació de la propietat horitzontal, dels heretaments i altres pactes successoris i les societats limitades en són exemples paradigmàtics. També ho són el dret de vol o el de superfície o les limitacions de disposar tant si les establím en testaments com en pactes entre socis en relació amb la societat en què ho són.

Els Registres Públics espanyols, en canvi, creats inicialment de manera principal per garantir els drets inscrits sota la base dels principis de prioritat i de tracte successiu, en la seva faceta de control de la legalitat actuen com a contrapès. Per ells, la llei és estàtica, com ho són els assentaments dels seus llibres, i les ambicions de la ciutadania s'hi han d'adaptar. Semblen regits pel principi que tot allò que no està permès en la Llei està prohibit.

Seguir la doctrina que emana de les Resolucions de la Direcció General de seguretat jurídica i fe pública, durant gairebé dos segles dita dels Registres i del Notariat, o de les de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques des de 2005, és un exercici profitós per veure com a la pràctica aquesta mena d'estira i arronsa entre Notariat i Registres, aquesta mena de pols entre la vida que flueix com l'aigua als camps i la llei que fa de cavalló, permet una evolució natural i pacífica de l'Ordenament Jurídic al marge dels tribunals i de la llei.

TERCERA: Sobre l'ús del llenguatge no androcèntric

Molt abans de la promulgació de la Llei Orgànica 3/2007, de 22 de març, per a la igualtat efectiva de dones i homes, o de la Llei catalana 17/2015, de 21 de juliol, d'igualtat efectiva de dones i homes, vaig ser el responsable de l'impuls polític i de la redacció del Decret 162/2002, de 28 de maig, que addiciona dos paràgrafs a l'article 2 del Decret 107/1987, de 13 de març, pel qual es regula l'ús de les llengües oficials per part de l'Administració de la Generalitat de Catalunya.

Pel que ara ens interessa, un dels paràgrafs de l'article diu que «En l'ús de les llengües oficials l'Administració de la Generalitat ha d'emprar, amb correc-

ció, un llenguatge directe i simplificat i ha d'evitar l'ús de formes discriminatòries i androcèntriques.» L'exposició de motius del Decret en justificava les normes tot dient «El llenguatge serveix com a instrument de comunicació i és un reflex de la societat que l'utilitza. Per això cal evitar l'ús de formes i expressions que tenen connotacions discriminatòries per raons socials i racials i els usos en què les formes femenines són marginades o menystingudes».

També vaig tenir la responsabilitat de l'impuls de la Disposició addicional vuitena de la Llei 31/2002, de 30 de desembre, de mesures fiscals i administratives que va modificar la denominació dels cossos funcionaris de la Generalitat per evitar l'ús dels masculins genèrics: Cos d'interventors, per Cos d'intervenció; Cos de titulats superiors, per Cos de titulació superior; Cos d'advocats, per Cos de l'advocacia, i així fins a vuit, i va establir la denominació de les especialitats dels cossos funcionaris per a adaptar-la al llenguatge no androcèntric.

No puc fer altra cosa, doncs, que estar d'acord amb les reflexions de la doctora Gete-Alonso sobre l'ús del llenguatge a les normes jurídiques i, per extensió i potser principalment, en documentació jurídica, principalment en escriptures, sentències. Ara bé, crec que cal fer algunes puntualitzacions.

Una cosa és el llenguatge inclusiu, no androcèntric, i l'altra la feminització del llenguatge per mitjà de l'ús del femení plural com a genèric o la creació artificialiosa d'un gènere neutre plural mitjançant l'ús d'expressions com «ellis» o «totis». Una cosa és la no discriminació de les formes femenines i l'altra l'abús de determinats recursos estilístics que acaben fent els textos feixucs o incomprendibles.

Defenso públicament, doncs, el document de l'Institut d'Estudis Catalans de 20 d'octubre de 2023 «El llenguatge inclusiu: compatibilitat dels recursos estilístics dels usos no sexistes amb la normativa lingüística», esmentat parcialment en el discurs al qual responc, en el sentit de subratllar que l'IEC no s'oposa, ans encoratja, als usos no sexistes en els textos orals o escrits, però sempre que es faci dins de la normativa lingüística.

I remarco que la Real Academia Española de la Lengua va aprovar una declaració similar el 16 de gener de 2020 en la qual defensa que no es poden modificar arbitràriament les opcions morfològiques, sintàctiques i lèxiques d'una llengua ni alterar les propietats morfològiques del gènere. Igualment l'Acadèmia francesa va fer una declaració sobre l'escriptura dita «inclusiva» el 26 d'octubre de 2017 en la qual fa un autèntic crit d'alarma davant del que considera «aberració» de determinades formes dites inclusives que fou reiterada en una carta oberta signada el 7 de maig de 2021 per la secretària Héléne Carrère d'Encause i el director Marc Lambron.

Però, atès que tractem de lleis catalanes, tornem al document de l'Institut. El document recorda que una cosa és el sexe i l'altra el gènere (tenen sexe el cel o la pluja?) i que en les llengües romàniques el masculí és el gènere no marcat llevat que s'empri per oposició de sexes, i el femení, en canvi, sí que té la consideració de gènere marcat. Això és el que va venir a dir l'article 7 de la Llei

primera del Codi Civil de Catalunya incorporat per la Llei 10/2008, de 10 de juliol, que aprova el llibre quart.

Per a evitar el llenguatge androcèntric, l'Institut proposa, segons els textos:

- a) L'ús de mots col·lectius (professorat per professors),
- b) Els tractaments de «vos» (Us convidem per el convidem o el/la convidem),
- c) L'ús de «tothom» quan s'escau, com per «Tothom que és propietari d'un animal»,
- d) L'ús de substantius epicens (infant o persona),
- e) L'ús de formes dobles, (els presidents i presidentes), supòsit en el què el document soluciona problemes de concordança en gènere i nombre, especialment amb els adjectius i els sintagmes preposicionals. Pel que fa a les formes dobles l'IEC recorda que hi ha textos que poden resultar feixucs i redundants, sobretot si es desdoblen els elements de flexió de gènere, com articles, adjectius i participis.

D'acord, doncs, amb la tesi del discurs de la nova acadèmica. Però amb una crida a la calma i la reflexió. Els polítics, i darrere seu les lleis i els juristes, han de marcar pautes a la societat i als lingüistes, i als metges si convé. Però no els poden substituir. En matèria de llenguatge, que expressa fenòmens socials, cal respectar els coneixements lingüístics, com cal fer-ho, si és el cas, amb els geològics, els mèdics, els meteorològics o els tècnics. També cal paciència i perseverança. Com podem avançar si encara avui les meves joves companyes notàries s'autodenominen en llurs escriptures «jo la notari» o «yo la notario»?

Fariem bé si en lloc de redactar els textos nosaltres, els juristes, des de l'Observatori, ni que sigui amb l'ajut inestimable dels serveis lingüístics del Departament, normes que parlen de «La persona hereva o les persones facultades per a fer la partició... La persona causant (els difunts són persona?) ... La persona testadora... La persona legitimària... la persona legatària... la persona fiduciària i la persona fideïcomissària», promoguéssim una Llei que autoritzés un Decret legislatiu per aprovar un text refós del Codi Civil en una redacció inclusiva. Una redacció en la qual intervinguessin l'Observatori de Dret Privat, l'organisme competent de Política Lingüística, l'Institut d'Estudis Catalans i, per què no, la nostra Acadèmia. Hi guanyaríem en qualitat, en harmonia textual, en comprensibilitat, en agilitat d'expressió, en consens i en acceptació social.

ACABO

El discurs de María del Carmen Gete Alonso i Calera ens ha il·lustrat i ens ha proposat reflexions molt pertinents en matèries que són nucli dur del Dret privat. La permanència de les institucions malgrat llur evolució o modificació

que permeten que tot i el canvi siguin reconeixibles fins i tot per juristes ignorants de l'Ordenament jurídic de referència. El canvi institucional que fa que apareguin institucions noves o fins i tot que la llei acabi suprimint-ne d'antigues en desús o pertorbadores. Els mecanismes que produeixen aquesta evolució, modificació, canvi o supressió i el llenguatge (no pas en la llengua) en què s'expressen les normes que els sancionen.

Es tracta d'un text treballat, molt personal de l'autora, ben travat, que en nom de l'Acadèmia, que avui la rep entre els seus membres amb il·lusió i respecte, li agraeixo.

Moltes gràcies,

