

El Derecho civil, cauce y límite de la autonomía privada

Se ha dicho ya muchas veces que el Derecho civil es el Derecho del individuo. Vamos a ver en el presente trabajo en qué medida contribuye al desarrollo de la vida del hombre como tal, desprovisto de toda otra consideración que lo califique como algo más que de simple ser humano.

SAVIGNY (1) distinguía entre ley y negocio jurídico, porque la ley es la fuente de Derecho en sentido objetivo, mientras el negocio jurídico sólo es fuente de relaciones jurídicas que implican derechos y deberes subjetivos. Contra esta posición, que ha tenido un gran número de adeptos, se argumenta que si se quiere mantener la afirmación de que el negocio jurídico es fuente de relaciones jurídicas, es necesario mantener que es fuente de Derecho objetivo. DUGUIT (2) afirma que la primera realidad de que es necesario partir no es, en absoluto, la existencia de derechos subjetivos, sino la del Derecho objetivo, del que procede todo el mundo jurídico y, concretamente, las obligaciones. Tanto el Derecho subjetivo como el deber jurídico existen en cuanto exista una regla, una norma.

FERRI (3) considera el negocio jurídico como fuente normativa, entendiendo tal expresión en el sentido de modo de manifestación de normas jurídicas. Entiende que la expresión fuente normativa es equivalente a fuente de conocimiento y también a fuente de producción. Cuando se habla de fuente normativa, se pone de relieve el contenido del acto creador del Derecho; el negocio jurídico es fuente normativa en cuanto tiene un contenido individual, es decir, que se dirige a personas concretas y determinadas. Piensa que la idea de negocio jurídico, fuente normativa, es fecunda en desarrollos en el campo de la teoría del negocio jurídico, la

(1) *Sistema del diritto romano attuale*, tomo I, Turín, 1886, pág. 40.

(2) *Traité de droit constitutionnel*, tomo I, París, 1921, pág. 339.

(3) *La autonomía privada*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1969, páginas 31 y ss.

cual, en el estado actual de la doctrina, no puede decirse que haya hecho verdaderos progresos, hasta el punto de que no faltan voces que han puesto en duda la utilidad de un concepto unitario de negocio jurídico. Afirma el mismo autor, cuya posición estamos exponiendo, que el concepto de negocio jurídico como fuente normativa se basa sobre el presupuesto de que no todo el Derecho es expresión de la voluntad general o de la voluntad de la comunidad; si no se admite tal presupuesto, no se puede afirmar con coherencia que el negocio contenga Derecho.

Por nuestra parte, no creemos, sin embargo, que pueda hacerse una afirmación tan tajante, o mejor, tan absoluta. Creemos, sí, que el negocio jurídico es fuente de unas reglas de conducta que obligan a las partes que en el mismo intervienen, pues de lo contrario no tendría sentido la existencia del negocio, ya que carecería de utilidad. Pero, evidentemente, cuando decimos que el negocio jurídico es fuente de derechos, no queremos decir lo mismo que cuando afirmamos que la ley, la costumbre o la jurisprudencia lo son, porque precisamente si en un Ordenamiento positivo puede admitirse que un Derecho subjetivo y su correlativo deber (una relación jurídica, en suma), derivados de un negocio jurídico, tengan eficacia real y obliguen a las partes, es porque así está reconocido y admitido en el Derecho positivo. El negocio jurídico tiene trascendencia normativa, es capaz de crear unas normas que obliguen a las partes a una determinada conducta, porque la ley le concede esa virtualidad. Por ello precisamente existen negocios jurídicos que carecen de virtualidad normativa, porque están privados de esa fuerza que les otorga el ordenamiento positivo, por ser contrarios al mismo, a la moral o al orden público.

DÍEZ PICAZO (4) dice que la relación jurídica, que normalmente nace de un acto de autonomía de las partes, puede excepcionalmente venir a la vida sin que sus titulares lo hayan querido, por un mandato heterónomo que sólo puede ser un acto de un órgano estatal que ostenta el poder, que le autoriza para constituir relaciones jurídicas de Derecho privado. Estos actos pueden ser de dos clases: actos administrativos y actos emanados del poder judicial (5); pero trasladando estos conceptos a las fuentes del Ordenamiento jurídico, resulta que de la ley siempre procede un mandato heterónomo, un acto de imposición jurídica. La autonomía de la voluntad sólo puede desarrollarse en el marco de la heteronomía del Derecho positivo, o dicho en otras palabras, la autonomía privada de la que nace el negocio jurídico recibe su eficacia del Derecho objetivo, y será válido y eficaz cuando esa validez y eficacia sea reconocida por aquél. No puede hablarse en un plano de igualdad de la regla emanada de un negocio

(4) «Los llamados contratos forzosos», en *Anuario de Derecho Civil*, 1956, página 85.

(5) DÍEZ PICAZO: *Lecciones de Derecho Civil*, II, Madrid, 1965, pág. 216.

jurídico y de la emanada de la ley o de las fuentes jurídicas que cada Ordenamiento establece o reconoce como fuentes del Derecho. La eficacia de la voluntad privada como elemento de originación de reglas de conducta, se apoya en el reconocimiento del Derecho positivo y se distingue del mismo en que sólo obliga a los que voluntariamente se someten a ella, mientras que el Derecho objetivo obliga a todos, incluso aunque no lo conozcan (art. 6-1 del Código Civil). El Derecho objetivo fija los cauces y señala los límites para el ejercicio de la voluntad de los ciudadanos. Pero lo característico del Derecho civil (y del Derecho privado, en general) es que esta autonomía privada tiene un amplio campo de actuación. El Derecho objetivo señala amplios cauces al desarrollo de la voluntad privada, y aunque no deja de establecer limitaciones, éstas son en realidad escasas y generales. Ahora bien, el alcance de la libertad individual para crear relaciones jurídicas no es el mismo en todas las ramas del Derecho civil. Mientras en el Derecho de la contratación apenas tiene más limitaciones que las generales, en el Derecho de familia éstas son mucho más abundantes; por ello conviene examinar la posibilidad de actuación privada en cada parte del Derecho civil.

DÍEZ PICAZO (6) señala que una consecuencia ineludible de la dignidad que necesariamente acompaña a la persona es el reconocimiento por el Ordenamiento jurídico de un ámbito de poder y de un ámbito de responsabilidad, que son las coordenadas en las que se desenvuelve la vida jurídica de la persona. El reconocimiento efectivo del valor de la persona por el Derecho positivo no sólo emana de las disposiciones legales, sino, sobre todo, del funcionamiento de los principios generales.

La fuerza espontánea de la iniciativa personal y el sentido de la responsabilidad, la concesión de un «ámbito de confianza» a la persona, de acuerdo con la propia naturaleza social del hombre, es por ello provechosa para toda la vida de la comunidad. El reconocimiento de un poder jurídico a la persona supone la participación activa de la misma en la organización jurídica, aportando así un nuevo elemento de fuerza y de seguridad social.

Este poder jurídico de la persona se diversifica en dos sentidos: uno, la persona capaz tiene la posibilidad de colaborar jurídicamente formando nuevos vínculos legales. Junto a este poder de carácter general que es la autonomía, el Ordenamiento jurídico atribuye y reconoce a la persona una serie de parcelas de poder sobre partes determinadas de la realidad para conseguir concretos fines vitales: así, el poder de uso y disposición sobre las propias cosas, el disfrute sobre cosas ajenas cedidas por otros con este fin, el poder de exigir de otros cantidades de dinero en virtud de

(6) *Lecciones de Derecho Civil*, I, Madrid, 1967, págs. 322 y ss.

un derecho de crédito, el poder de exigir obediencia a los hijos. Todo esto demuestra que el individuo es un centro de imputación de una serie de conjuntos de poder que el Ordenamiento jurídico le facilita.

Junto a esta serie de poderes, el Ordenamiento jurídico impone a la persona una serie de deberes y, como consecuencia, una serie de responsabilidades; ésta constituye la llamada esfera jurídica de la persona.

Se ha discutido si esta esfera jurídica contiene sólo situaciones de poder (activas) o también de deber y responsabilidad (pasivas). Creemos que en este punto no se pueden hacer distinciones y la llamada esfera jurídica comprende ambos tipos.

Y ahora, como antes anunciábamos, vamos a proceder a investigar el alcance de la autonomía de la voluntad en las diversas materias que constituyen el contenido del Derecho civil.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

La esfera jurídica de la persona se diversifica en la esfera personal y en la patrimonial, y dentro de la primera cabe distinguir entre bienes corporales y bienes espirituales.

La primera manifestación de la autonomía de la voluntad en relación con el propio cuerpo la constituye la posibilidad de disponer, en cierta medida, del mismo. DÍEZ PICAZO (7) puntualiza que hay que distinguir entre el poder de la persona de utilizar su propio cuerpo de la manera que tenga por conveniente, el poder de atribuir a otros una utilización del propio cuerpo, el poder de la persona de consentir la separación de partes integrantes del propio cuerpo, el poder de la persona sobre las partes separadas y el poder de la persona de autolimitar voluntariamente cualquiera de las formas anteriores de poder.

Desde nuestro punto de vista, sólo nos interesa el poder de la persona de atribuir a otros la utilización de su propio cuerpo y el poder de consentir la separación de partes del mismo, pues son las únicas que pueden dar lugar a negocios jurídicos como expresión de la autonomía de la voluntad.

Se ha discutido mucho si puede o no admitirse un Derecho subjetivo y, por tanto, una posibilidad de disposición sobre el propio cuerpo. No faltan autores que lo niegan porque supondría un derecho de la persona sobre sí misma, lo que es rechazable porque ésta sería al mismo tiempo sujeto y objeto de derechos. Otros, en cambio, sostienen esta posibilidad. DÍEZ PICAZO (8) cree que la posibilidad de la persona de disponer en

(7) *Op. cit.*, tomo I, pág. 339.

(8) *Op. cit.*, tomo I, pág. cit.

ciertos casos de su propio cuerpo es una simple facultad reconocida por el Ordenamiento jurídico, pero no un verdadero y propio Derecho subjetivo.

Pero en cualquier caso, el individuo podrá disponer de su propio cuerpo, atribuyendo su utilización a otros en el ejercicio de su libre voluntad, siempre que la relación jurídica que se establezca no sea contraria a la ley, la moral o los principios rectores de nuestro Ordenamiento jurídico.

En cuanto al poder de la persona de consentir la separación de partes de su propio cuerpo, se plantean mayores problemas. Creemos que para su solución hay que distinguir entre partes esenciales y accidentales y tener en cuenta la finalidad de la separación.

Estimamos que pueden considerarse partes accidentales, desde el punto de vista jurídico, aquellas que se reproducen, como el pelo, las uñas, la sangre, la piel..., y partes esenciales las demás. Las primeras pueden ser objeto de negocios jurídicos siempre que la separación de dichas partes no ponga en peligro la vida o la salud (como ocurriría con una extracción abusiva de sangre). En algunos casos es frecuente la contratación sobre estas partes como ocurre con el cabello humano, del que existe un importante comercio internacional para la fabricación de pelucas.

Respecto a las partes esenciales hay que tener en cuenta que contribuyen a la integridad física del sujeto, que no puede ser violada ni con el consentimiento del mismo. Sólo la preservación de un valor superior, como la vida o la recuperación de la salud (aquí entra la idea de fin, a que anteriormente aludimos), puede justificar la lesión de la integridad física, por ejemplo, mediante una operación quirúrgica, y, por tanto, en estos casos, la privación de una parte esencial puede ser objeto de un negocio jurídico.

El acto de disposición sobre el propio cuerpo o alguna de sus partes, que, como hemos visto, puede constituir un negocio jurídico y, en particular, un contrato, será válido, con todas sus consecuencias cuando el acto de disposición sea lícito; si se trata de una disposición prohibida, el negocio será nulo y, por tanto, inexigible, por ilicitud de su causa.

Las partes separadas del cuerpo son cosas y sobre ellas cabe un derecho de propiedad. Otra cuestión es el derecho sobre el cadáver. El cadáver es, según DE CUPIS, un residuo de la personalidad, lo que resta después de la separación del alma, que unida al cuerpo forma la persona. No es equiparable a las cosas, pues ha sido el cuerpo de una persona y conserva tal condición. En general, se opina por la doctrina que el cadáver está absolutamente fuera del comercio. Pero en realidad hay que distinguir dos cuestiones: la disposición sobre el propio cadáver hecha en acto *mortis causa* o la hecha por los herederos dando al cadáver un determinado des-

tino (la investigación médica, por ejemplo) y la contratación sobre el mismo, que es inadmisibles según la generalidad de la doctrina.

El derecho a la propia libertad, concebido como el poder de desplegar la propia actividad física, psíquica e intelectual, puede ser configurado como un derecho único constituido por un conjunto de facultades o como varios derechos distintos. Desde luego, no todas las manifestaciones de la libertad pueden considerarse derechos subjetivos, pues no tiene el sujeto un poder sobre los mismos.

La propia libertad está sujeta a la autonomía privada en función de la medida en que se pretenda ceder. Una entrega absoluta y total de la libertad a otro sujeto verificada mediante un contrato daría lugar a la nulidad del mismo, y lo mismo ocurriría con una cesión desmesurada (arrendamiento de servicios para toda la vida, contrato con cláusulas de no contraer matrimonio); pero una limitación parcial de la libertad es plenamente admisible y necesaria al Derecho, pues sin ella no serían posibles las relaciones jurídicas ni los negocios jurídicos, pues todos suponen una limitación de la libertad en cuanto que el sujeto se obliga a actuar en un determinado sentido.

El derecho sobre la propia imagen, estudiado ampliamente por GITRAMA (9), también puede ser objeto de negocio jurídico por estar sujeto a la voluntad de su titular.

También la propiedad intelectual (considerada por un sector de la doctrina como uno de los derechos de la personalidad) puede ser objeto de disposición por su titular; pero además de las limitaciones generales, tiene las derivadas de su propia naturaleza, ya que no queda absolutamente desligada del autor, como lo demuestra el hecho de que aunque éste la enajene vuelve a sus herederos forzosos a los veinticinco años de su muerte y dura otros cincuenta y cinco.

El derecho al secreto de correspondencia también es negociable y está sujeto a la autonomía de la voluntad (por ejemplo, es frecuente delegar en una secretaria la facultad de abrir la propia correspondencia).

En cambio, no puede ser negociado el derecho al honor y a la fama pública y privada, pues cae fuera del ámbito de la autonomía de la voluntad, ya que dicha negociación supondría la renuncia a un derecho irrenunciable y sería contraria a la moral y a las buenas costumbres. Otra cosa sería la renuncia a una indemnización derivada de la comisión de un delito de injurias, pues aquella sí que está dentro del ámbito de la autonomía privada.

El derecho al nombre, como signo de permanente identificación del sujeto, tampoco está sometido a la autonomía privada. Su adquisición

(9) «El derecho a la propia imagen», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XI, págs. 301 y ss.

y modificación están sujetas a unas formas taxativamente establecidas por el Derecho objetivo y con amplia intervención de las autoridades administrativas y registros públicos.

Tampoco es negociable, en absoluto, el derecho a la vida. La persona no ostenta un poder sobre su propia vida: el homicidio es sancionable, aunque se realice con el consentimiento de la víctima o se haga para evitarle sufrimientos, caso de la eutanasia.

Tampoco es lícito poner en peligro la vida o la salud, como no sea con un fin superior (en defensa de la patria, para salvar vidas ajenas...); pero lo que no parece lícito es poner en peligro la vida para obtener un lucro, como ocurre en las exhibiciones circenses, combates de boxeo..., en la medida en que la pongan en peligro. Sin embargo, los Derechos positivos de todos los países admiten la licitud de los contratos sobre estas actividades, de modo que en estos supuestos específicos en que se hallan expresamente admitidos hay que aceptar la validez de los mismos y, por tanto, la posibilidad de negociar sobre ciertos actos que ponen en peligro la vida de una de las partes.

En conclusión, podemos afirmar que la protección de los llamados bienes de la personalidad se produce en unas hipótesis a través de la atribución de un Derecho subjetivo, y otras mediante la imposición a la sociedad de un deber de respeto. Dicho deber se encuentra normalmente reconocido de una manera indirecta y frecuentemente protegido por el Derecho penal... Todo daño ocasionado a un bien de la personalidad es un acto ilícito y origina una sanción, lo que presupone necesariamente un deber de respeto reconocido en el Ordenamiento, por lo menos implícitamente, puesto que sin dicho reconocimiento la ilicitud y la sanción no resultarían lógicas.

Los bienes de la personalidad son, en general, los que se hallan más alejados del principio de autonomía de la voluntad. Únicamente cuando se configuran como derechos subjetivos pueden ser objeto de negocios jurídicos y están sometidos al citado principio, pero sólo dentro de los límites establecidos por la ley, la moral y los principios generales del Ordenamiento jurídico y orden público.

LA AUTONOMÍA PRIVADA EN LOS DERECHOS DE OBLIGACIÓN

La autonomía contractual es un principio capital del Derecho civil español, que se concreta en el artículo 1.255 de nuestro Código, cuando afirma que «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».

Como señala MANRESA (10), este precepto tiene un doble alcance: de un lado, reconoce la libertad de contratación y fija sus restricciones, y de otro, da amplia base a la existencia de contratos innominados. Producto el contrato de la libre voluntad de las partes para crear una relación jurídica especial, ha de regirse ésta con preferencia por lo que quisieron o convinieron aquellos a quienes liga. Esta libre variedad de estipulaciones responde de tal modo a la esencia del contrato, que como forma indispensable de la libertad humana aparece más o menos amplia e igual aun allí donde las manifestaciones de aquéllos apenas existen.

Dice PUIG BRUTAU (11) que no sólo se concede un amplio margen de libertad por lo que se refiere al contenido de los contratos, sino que también se procura mantener el ejercicio de su libertad desligado de los requisitos de pura forma. Por ello señala nuestro Código que los contratos existen «desde que una o varias personas consienten en obligarse» (artículo 1.254) y que se «perfeccionan por el mero consentimiento» (artículo 1.258). Mediante la simple prestación del consentimiento cabe, pues, que dos sujetos queden obligados según los pactos, cláusulas y condiciones que hayan estimado oportuno establecer.

Pero la libertad contractual, como es lógico, debe mantenerse dentro de ciertos límites. No cabe, por tanto, alterar los preceptos relativos a la capacidad contractual ni los que determinan qué objetos son de lícita y posible contratación, ni se puede perseguir un fin ilícito, inmoral o ilegal, ni es posible tampoco alterar la propia estructura de los contratos en cuanto esté configurada por normas de carácter imperativo. La distinción entre Derecho necesario y Derecho voluntario señala, en definitiva, ciertos límites a la autonomía de la voluntad. Así lo reconoce el Tribunal Supremo en alguna de sus sentencias, como la de 17 de febrero de 1925, en la que afirma que «el artículo 1.255 del Código Civil, reconociendo la libertad de contratación, establece como regla primordial para crear una relación jurídica entre los interesados, la voluntad de los mismos, limitada aquélla por restricciones que el precepto indica, entre las que figura, en primer lugar, la oposición de lo convenido a las leyes que tengan carácter prohibitivo u obligatorio o determinen los requisitos esenciales del contrato», y en la de 2 de abril de 1946 declara que la «evolución jurídica camina decididamente hacia una infiltración cada vez mayor de los elementos éticos y sociales de tono imperativo, que de modo, en general, absoluto disciplinan las relaciones de Derecho privado imprimiéndoles carácter público a expensas del principio de autonomía de la voluntad, que de esta suerte va perdiendo volumen en su amplia y clásica esfera de acción».

(10) *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII, Madrid, 1907, pág. 604.

(11) *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Ed. Bosch, Barcelona, 1954, pág. 52.

Además, de las restricciones propias de cada contrato existen otras de carácter general afectantes a la libertad de contratación. Otras limitaciones resultan de las disposiciones reguladoras de nuevas situaciones, como ocurre, por ejemplo, con las leyes de arrendamientos o que tratan de amparar intereses generales desde un punto de vista más próximo a la equidad que al Derecho estricto.

Existen limitaciones generales contenidas en el Código Civil: según el artículo 1.102 es nula la renuncia a la acción para hacer efectiva la responsabilidad procedente de dolo; según el artículo 1.116, no pueden ser admitidas condiciones imposibles contrarias a las buenas costumbres o prohibidas por la ley bajo pena de nulidad de la obligación que de ellas dependa; según el artículo 1.256, «la validez y el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes»; el artículo 1.272 establece que no pueden ser objeto de contrato las cosas o servicios imposibles, y según el artículo 1.275, los contratos sin causa o con causa ilícita no producen efecto alguno. Existen también limitaciones derivadas de motivos de política social, como ocurre en los ya citados casos de arrendamiento, tanto rústico como urbano, y en lo que se refiere a la prestación de servicios públicos o suministro de productos de primera necesidad, hasta el punto de que en muchos casos las normas de Derecho necesario han convertido ciertas relaciones originariamente contractuales —continúa diciendo PUIG BRUTAU— en relaciones que implican preponderancia de obligaciones de origen legal y significan, por tanto, cierta regresión del concepto de contrato al de *status*.

Al celebrar un contrato—dice DÍEZ PICAZO (12)—, los contratantes no se limitan a declarar que quieren algo, sino que lo hacen con intención de obligarse y efectivamente se obligan. Los contratantes más que declarar una voluntad, se comprometen. El contrato aparece, según esto, como la previsión, por ellos mismos formulada, de la conducta que en sus recíprocas relaciones deberán observar. Estas reglas de conducta que el contrato contiene, se denominan en nuestro Derecho pactos, cláusulas y condiciones (en sentido impropio), como resulta del artículo 1.255.

En las leyes modernas latén dos sentidos distintos de la palabra «pacto»: como contrato y como las particulares reglas o disposiciones contractuales (pacto comisorio, pacto de retroventa). Lo mismo puede decirse de la palabra estipulación.

Con la palabra cláusula se alude también a cada una de las disposiciones del contrato, pero existe una importante diferencia entre la idea de pacto o estipulación y la de cláusula. El pacto y la estipulación son siempre singulares disposiciones de un contrato o negocio jurídico bilateral

(12) *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Ed. Tecnos, Madrid, 1972, páginas 228 y ss.

o plurilateral, mientras la cláusula es una particular disposición negocial admisible en toda clase de negocios jurídicos, incluidos los unilaterales.

Por otra parte, la idea de cláusula alude más al documento que al contrato. DÍEZ PICAZO, citando a CARNELUTTI, afirma que la cláusula es siempre parte de un documento. No puede hablarse de cláusulas en un contrato verbal, pero sí se puede hablar de pactos y estipulaciones. Ahora bien, si la idea de cláusula se toma como parte de un documento, como quiera que los conceptos del documento y contrato no son equivalentes puede resultar que con la expresión cláusula nos estemos refiriendo a una particular disposición contractual, como ocurre, por ejemplo, con la cláusula compromisoria con la que se designa el contrato de arbitraje.

Por lo que se refiere a la expresión «condiciones», hay que señalar que a veces se utiliza para referirse a las particulares disposiciones de un contrato; por ejemplo, si se habla de las condiciones generales de los contratos o de las condiciones de un contrato determinado, como el de arrendamiento (art. 1.569-80) o sociedad conyugal (art. 1.315). Pero la expresión tiene en el artículo 1.255 un valor muy dudoso, pues en sentido técnico es una determinación accesoria a la voluntad, en virtud de la cual se hace depender de un acontecimiento futuro e incierto la ineficacia de un negocio jurídico.

No todas las reglas emanadas de un contrato tienen la misma importancia en relación con éste, lo que nos permite hablar de un contenido esencial y de un contenido accidental del mismo. Esta afirmación tiene una indudable trascendencia práctica. La llamada nulidad parcial sólo es posible cuando el defecto afecta a la llamada parte accidental del contrato.

En un sentido análogo el artículo 1.289 habla de «circunstancias accidentales del contrato» y de «objeto principal del contrato», y el artículo 1.794, al tratar del contenido de la póliza de seguro, distingue entre un contenido esencial del contrato y un contenido accidental. El problema se encuentra siempre en distinguir lo esencial de lo que no lo es en aquellos casos en que la cuestión no está resuelta por la ley, fijando un contenido mínimo a un tipo determinado de contrato. Si las partes en este supuesto no le otorgan ese contenido mínimo habrán celebrado un contrato distinto, pero en los demás casos surge la dificultad. DÍEZ PICAZO (13) dice que es esencial aquella parte del contenido reglamentario de un contrato sin la cual no puede realizarse la función económica objetiva correspondiente al tipo contractual ni el intento empírico conseguido por las partes. Es accidental aquel contenido que no es necesario para lograr aquellos fines.

(13) *Fundamentos...*, cit., pág. 232.

Del contenido del artículo 1.255 se deduce, como señala MANRESA (14), que se puede pactar todo lo que las restricciones del citado precepto no prohíban. Como estas prohibiciones pueden emanar de la ley, la moral y el orden público, vamos a examinarlas brevemente.

La más precisa de estas restricciones es la ley: no será lícito pactar lo que sea contrario a las leyes. Pero la mayoría de los preceptos sobre contratación constituyen normas supletorias que expresan los efectos naturales de cada contrato, y que por ser de carácter dispositivo pueden ser ignoradas y modificadas por la voluntad de las partes estableciendo los pactos que mejor se ajusten a lo que éstas pretenden. Los límites están contenidos en las leyes imperativas y prohibitivas; el artículo 6-3 del nuevo Título Preliminar del Código establece que los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellos se establezca un efecto distinto para el caso de contravención.

La restricción nacida de la oposición de lo pactado a la moral es más difícil de apreciar en cada caso concreto, pues hay supuestos en que es evidente, pero también hay muchos en los que no ocurre otro tanto. Es necesario no alterar la distinción entre lo moral y lo jurídico, pues no se pueden convertir en jurídicas las reglas morales de un modo total y absoluto. Por lo pronto, ha de entenderse la moral referida a principios claros e indiscutidos, teniendo en cuenta las concepciones sociales vigentes en el momento que se pretenda que juegue la moral como limitación de la voluntad privada.

El orden público debe entenderse aquí como un límite a la libertad de contratación, por lo que interesa mucho precisar su concepto; pero entonces nos encontramos con grandes dificultades, pues es un concepto difícilmente aprehensible. Del artículo 1 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959 puede deducirse que son contrarios al orden público los pactos que ataquen el funcionamiento de las instituciones, la paz interior y el ejercicio de los derechos individuales.

DORAL (15) dice que el orden público no se contiene exclusivamente en los preceptos legales, no se reduce a ser el contenido típico de una determinada clase de las leyes y la jurisprudencia; compone el entorno en que se desenvuelven las mismas. Es el núcleo del orden social nunca acabado y perfecto, pues tiende a perfeccionarse en sucesivos logros. Las líneas por las cuales discurre hoy el orden público son, según el citado autor, el respeto a la libertad, la igualdad ante la ley y la representatividad.

Por último, y aunque lo veremos más detenidamente después, con ca-

(14) *Op. cit.*, vol. cit., pág. 605.

(15) *Noción de orden público en el Derecho civil español*, Pamplona, 1967, páginas 136 y ss.

rácter general, no queremos silenciar aquí el ataque que la libertad de contratación está sufriendo por parte del Derecho público en nuestros días, principalmente del Derecho administrativo.

LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LOS DERECHOS REALES

La autonomía de la voluntad en relación con los derechos reales, se concreta en la cuestión del *numerus clausus* o del *numerus apertus*, con referencia a los mismos. Según el primer sistema, únicamente existen los tipos de derechos reales reconocidos y regulados en las leyes, siendo imposible que por la voluntad privada puedan crearse unos derechos reales distintos de los legalmente admitidos.

Según el sistema de *numerus apertus*, los particulares pueden crear derechos reales distintos de los taxativamente regulados en el Derecho positivo. O sea, que la libertad privada se manifiesta en la creación de derechos reales con la misma amplitud que en la creación de derechos de obligación.

Esta cuestión ha sido estudiada por DÍEZ PICAZO (16) en un reciente trabajo, en el que después de plantearse el problema en términos generales, pasa a estudiarlo en el Derecho español. Recoge la afirmación de CASTÁN de que si bien en nuestro Derecho se acepta generalmente el sistema de libertad en la constitución de los derechos reales, el marco de los derechos reales típicos es tan amplio que dentro de él tienen cabida cuantas modalidades puedan exigir las conveniencias económicas de los contratantes.

Frente a esta opinión se encuentra gran número de autores, principalmente hipotecaristas, que afirman que no puede hablarse de libre creación de derechos reales, pues no pueden admitirse otros que aquellos que estructuralmente reúnen los requisitos exigidos por el Ordenamiento jurídico para ser considerados como tales. En nuestra opinión, decir esto es tanto como no decir nada, pues si las partes quieren constituir un derecho real, es evidente que deberá reunir los elementos estructurales de los derechos reales. El problema está en si las partes pueden o no crear derechos no reconocidos en el Ordenamiento jurídico que reúnan los elementos estructurales de los repetidos derechos reales.

Como pone de manifiesto CASTÁN (17), en Derecho romano, el número de derechos reales limitativos era cerrado: el Ordenamiento jurídico había establecido determinados tipos de ellos y no podía crearse otros.

(16) «Autonomía privada y derechos reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1976, págs. 273 y ss.

(17) *Op. cit.*, vol. II, pág. 41.

En cambio, en los Ordenamientos germánicos, se concedía la posibilidad de dar efecto real, mediante la Gewere, a cualquier relación jurídica referida a una cosa.

En las legislaciones modernas, el sistema de *numerus clausus* ha alcanzado gran difusión, siendo el existente en Alemania, Argentina, Austria, Finlandia, Holanda, Hungría, Italia (según la generalidad de la doctrina) (18), Japón, Portugal, Suecia, Suiza. En Francia, la doctrina suele admitir el sistema de *numerus apertus*, al igual que en España. El artículo 2.º de la Ley Hipotecaria parece dar por supuesta la libertad de crear derechos reales al hablar de «otros cualesquiera derechos reales», y el artículo 7 del Reglamento hace lo mismo cuando considera inscribible «cualquier otro contrato de trascendencia real que *sin tener nombre propio en Derecho* modifique, desde luego o en lo futuro, algunas de las facultades del dominio sobre inmuebles o inherentes a derechos reales». Lo que ocurre es que el marco de los derechos reales típicos y especialmente de las servidumbres, reales o personales, es tan amplio en nuestro Derecho que dentro de él, cuando no dentro de la copropiedad o comunidad de bienes, tendrán cabida casi siempre cuantas modalidades o limitaciones puedan exigir las conveniencias económicas de los contratantes (19).

ROCA SASTRE señala que aunque el contraste entre el sistema de *numerus apertus* y *numerus clausus* es notable, en el fondo la diferencia es puramente formal, pues, por una parte, los Ordenamientos que admiten el sistema limitativo considerando derechos reales sólo los admitidos por la ley, aceptan algunos tipos que por su amplitud constituyen un molde que permite catalogar en él numerosas figuras que corresponden a otros tantos derechos reales, y por otro lado, los sistemas de *numerus apertus* no conceden una libertad ilimitada. Afirma, como conclusión a lo anterior y con referencia a nuestro sistema, que aunque formalmente se diga que impera la regla de *numerus apertus*, rige en la práctica la de *numerus clausus* (20).

DÍEZ PICAZO, en el trabajo anteriormente citado (21), después de examinar numerosas resoluciones de la Dirección General de los Registros, afirma que el problema no estriba tanto en decidir si el número de derechos reales de nuestro Derecho positivo es abierto o cerrado, cuanto en buscar los auténticos límites de la voluntad y de la libertad individual al respecto.

(18) MESSINEO: *Manuale del Diritto Civile e Commerciale*, vol. II, pág. 567, Milano, 1965.

(19) CASTÁN: *Op. cit.*, vol. cit., pág. 43.

(20) *Derecho Hipotecario*, 6.ª ed., tomo II, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, páginas 335 y ss.

(21) Página 293.

La voluntad individual puede, efectivamente, crear nuevos tipos de derechos reales, pero ha de hacerlo ajustándose a unos cauces y dentro de unos límites determinados. La cuestión consiste en averiguar cuáles son estos límites. Con base en las resoluciones de la Dirección General entresaca las siguientes máximas: *a)* la voluntad no puede configurar situaciones hipotecarias contra preceptos civiles; *b)* hay que respetar los preceptos que impiden la amortización de la propiedad; *c)* la manifestación de voluntad debe llenar los requisitos de fondo y forma que impone la especial naturaleza de tales derechos, y las características externas que han de trascender a terceros; *d)* las orientaciones limitativas encierran indudables ventajas porque favorecen la labor de los Registradores, favorecen los cálculos de terceros y evitan la creación de derechos innominados y ambiguos; *e)* para constituir un derecho real es menester que se dé en ello un interés serio y legítimo.

No puede dudarse de que en nuestro Derecho son admisibles derechos reales atípicos y que, por consiguiente, rige el sistema de *numerus apertus*. Hasta que el derecho de superficie fue admitido en la Ley del Suelo, constituía un derecho real atípico, que a pesar de ello podía ser pactado con efectos reales. La cuestión radica en determinar bajo qué límites y en qué condiciones la autonomía de la voluntad puede desplegarse eficazmente. Por ello se piensa que el problema hay que plantearlo a diferentes niveles. Afirma SANTOS BRIZ que hay que tener en cuenta para la constitución de los derechos reales innominados, la limitación jurídica que establece el artículo 1.255 para todo fenómeno de autonomía privada. Es claro que los pactos, cláusulas y condiciones de los negocios jurídicos creadores de derechos reales no pueden ser contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.

Además de estos límites generales hay que tener en cuenta otros más especiales; así, en caso de duda sobre si las partes han querido atribuir a un determinado derecho efectos reales o personales, nuestra jurisprudencia hipotecaria se inclina por la segunda posición. Ello significa que en caso de duda hay que inclinarse por el carácter puramente obligacional del derecho negocialmente creado.

Es necesaria también la plena determinación objetiva del derecho real, como consecuencia del principio de especialidad, que debe referirse al objeto sobre el cual recae y a aquellos elementos de su contenido necesarios para el pleno desarrollo del mismo. Existe alguna distancia entre la determinación que se exige a un derecho real y la propia de los derechos obligacionales. Por ello puede ocurrir que un derecho cumpla las exigencias propias de los derechos de obligación y no las de los derechos reales. Estos para poder tener acceso al Registro de la Propiedad, instrumento idóneo de publicidad de los mismos cuando recaigan sobre bienes inmue-

bles, han de reunir los requisitos de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. La Jurisprudencia Hipotecaria ha negado con frecuencia la inscribibilidad a los derechos por carecer de los requisitos esenciales exigidos por los citados preceptos para cada supuesto.

También es necesario que se llenen los requisitos de forma y publicidad. El artículo 1.280 exige que consten en documento público los actos de creación, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales inmobiliarios. La falta de documentación pública no priva de validez al contrato. El artículo 1.279 concede a los contratantes la facultad de compelerse recíprocamente a llenar la forma legal, y esto ya es efecto del contrato; pero pensamos con DÍEZ PICAZO que parece bastante claro que un negocio jurídico que no se haya documentado mediante escritura o documento público, sólo produce efectos entre las partes o efectos de carácter simplemente obligatorio en orden a los derechos reales inmobiliarios.

Lo mismo puede decirse de las condiciones de publicidad que son presupuesto de disponibilidad del negocio respecto a terceros. En materia de derechos reales inmobiliarios puede afirmarse que en el negocio constitutivo de un derecho real, al que no se haya dotado de la necesaria publicidad y, en particular, de la inscripción en el Registro, en relación con los terceros de buena fe, no alcanza plena efectividad y, por consiguiente, en alguna medida no llega a ser un auténtico derecho real. Por lo que se refiere a los bienes muebles, la publicidad formal se encuentra sustituida por la publicidad posesoria. Sólo cuando el adquirente ha sido investido de la posesión de la cosa mueble, alcanza su derecho sobre la misma un pleno efecto real oponible a terceros.

Todo lo anterior, que es evidente, quiere decir que si bien la autonomía privada es capaz de crear derechos reales atípicos, no basta para ello la simple voluntad, la mera libertad o la pura apetencia, sino que es menester que sobre ellas se sobrepongan otros factores que cabría calificar de control social, como son la plena determinación del objeto, la forma y la publicidad (22).

Con referencia a la causa hay que destacar que cuando se reconoce a la voluntad individual plena fuerza para crear derechos reales atípicos, se está olvidando que la voluntad ligada con una causa es fuente suficiente de obligaciones, pero que no lo es, en cambio, por sí sola para la creación de derechos reales.

De algún modo, a esta incidencia causal, en la línea de la función económica-social, es a la que se está haciendo referencia cuando se señala

(22) DÍEZ PICAZO: *Autonomía privada...*, cit., págs. 299 y 300.

que para entender constituido un derecho real es menester que se cumplan o se traten de satisfacer necesidades jurídicas o económicas que de otro modo no se podría llenar (23).

LA AUTONOMÍA PRIVADA EN EL DERECHO DE FAMILIA

VON TUHR hace años que puso de relieve que además de los negocios jurídicos patrimoniales, en los que normalmente se piensa cuando se emplea este término, existen también los negocios jurídicos de Derecho de familia «en la medida en que en esta materia se admite la autonomía del individuo» (24), y en el mismo sentido, BETTI incluye los negocios de Derecho de familia dentro de su doctrina general sobre el negocio jurídico (25). DÍEZ PICAZO afirma la posibilidad de construir con carácter general la figura del negocio jurídico de Derecho de familia, que define como «acto de autonomía de las personas que tiene por objeto la constitución, modificación, extinción o reglamentación de una relación jurídica familiar» (26). También DE CASTRO reconoce la existencia de negocios jurídicos de Derecho de familia, si bien pone el acento en las peculiaridades que ofrecen, dado que lo íntimo de las relaciones familiares hace que conductas de las que normalmente se induciría la existencia de negocios jurídicos sean consideradas extrañas al campo negocial (27).

CASTÁN VÁZQUEZ señala que es en la doctrina argentina donde, a lo largo de los últimos años, se han hecho sucesivas e interesantes aportaciones a la configuración del acto jurídico familiar. Esta posibilidad teórica, que se hallaba esbozada en trabajos de los profesores LAFAILLE, MOLINARIO y SPOTA, ha sido especialmente desarrollada por el profesor DÍAZ DE GUIJARRO, para quien «son actos jurídicos familiares los actos voluntarios lícitos que tengan por fin inmediato el emplazamiento en el estado de familia o la regulación de las facultades emergentes de los derechos subjetivos familiares (28).

Por el contrario, CICU (29) cree que lo que induce a la doctrina a extender a todo el campo del Derecho el concepto y la teoría del negocio jurídico es principalmente la convicción de que los principios, que en el

(23) DÍEZ PICAZO: *Autonomía privada...*, cit., pág. 301.

(24) *Derecho Civil*, tomo II, pág. 165, Buenos Aires, 1946-1948.

(25) *Teoría general del negocio jurídico*, Madrid, pág. 212.

(26) «El negocio jurídico del Derecho de familia», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1962, pág. 12.

(27) *El negocio jurídico...*, Madrid, 1967, pág. 37.

(28) CASTÁN: *Derecho Civil...*, cit., tomo V, vol. I, 1976, pág. 52. Epígrafe redactado por CASTÁN VÁZQUEZ.

(29) *El Derecho de familia*, Buenos Aires, 1947, págs. 338 y 339.

Derecho privado se hallan establecidos acerca de la valoración de la voluntad en relación a la declaración, son de aplicación general. Sostiene la inaplicabilidad directa de las normas de Derecho privado al Derecho de familia (consecuente con su teoría sobre la naturaleza jurídica del mismo), y especialmente a los que la doctrina considera como negocios de Derecho de familia. Naturalmente, la aceptación o no de esta posición depende de la que se adopte sobre la naturaleza del Derecho de familia. No es éste el lugar de indagar sobre dicha cuestión; simplemente nos limitamos a afirmar que para nosotros el Derecho de familia es una parte del Derecho privado y, en consonancia, no hallamos inconveniente alguno en la aplicación al mismo de la doctrina del negocio jurídico, expresión máxima del principio de autonomía de la voluntad.

VON TUHR considera como negocios jurídicos familiares los esponsales y su disolución, el matrimonio, la impugnación de la legitimidad y del reconocimiento, la adopción... (30). GARCÍA CANTERO habla de esponsales, reconciliación de los cónyuges separados, adopción del mayor de edad, emancipación por concesión del padre o de la madre, etc. (31). DÍAZ GUIJARRO estudia los esponsales, el matrimonio, la legitimación, el reconocimiento del hijo natural, el convenio sobre la mayoría de edad, etc. (32). Para DÍEZ PICAZO pueden hacerse dos clasificaciones de los negocios jurídicos de Derecho de familia: una, atendiendo a la naturaleza de las relaciones sobre las que incide, y otra, atendiendo a su contenido; en el primer grupo distingue entre negocios matrimoniales, de filiación y tutelares, y en el segundo, entre negocios que versan sobre el estado civil y condición de las personas, los negocios que versan sobre la vida en común de los miembros de la familia y los negocios de contenido económico.

A nuestro objeto, cabe distinguir entre dos grandes grupos de negocios jurídicos familiares, los patrimoniales y los no patrimoniales. En los primeros, la autonomía de la voluntad (especialmente por lo que al Derecho español se refiere, después de la modificación del Código de 2 de mayo de 1975), se manifiesta con una gran fuerza, mientras en los segundos se encuentra más limitada.

PUIG BRUTAU (33) considera la limitación de la autonomía de la voluntad en los negocios jurídicos familiares, como una consecuencia del contenido ético de sus instituciones y del predominio del interés del grupo familiar sobre el interés personal. Opina que incluso los derechos de con-

(30) *Derecho Civil...*, cit., pág. 165.

(31) *El vínculo en el matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid, 1959, pág. 31.

(32) «Nuevos aportes a la introducción al estudio del acto jurídico familiar», en *Estudios de Derecho Civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, tomo VI, páginas 212 y ss., Madrid, 1969.

(33) *Fundamentos...*, cit., tomo IV-1.º, págs. 13 y ss.

tenido patrimonial están subordinados al interés del grupo familiar; es indudable que no se trata de un derecho subjetivo que el titular pueda alterar libremente. Por tanto, la autonomía de la voluntad constituye un principio que tiene en el Derecho de familia límites más estrictos que en el resto del Derecho civil. No se trata de que la autonomía de la voluntad no tenga margen para actuar en el Derecho de familia, pues, como dice LACRUZ, hay parte importante de éste en la cual la voluntad puede intervenir, al menos para crear los vínculos, aunque luego no pueda señalar, a veces, el estatuto de los mismos. Pero, además, queda toda la zona del Derecho matrimonial patrimonial, en la cual es mucho lo que se abandona al pacto.

DÍEZ PICAZO (34) señala como límites los siguientes, que recoge PUIG BRUTAU al afirmar que los negocios jurídicos de Derecho de familia tienen un contenido limitado por los siguientes caracteres:

Excluyen la verdadera representación, es decir, la que consiste en formar con la propia voluntad la del representado, pues en el Derecho de familia está permitido, como máximo, que el llamado representante se limite a transmitir la voluntad ya plenamente constituida del representado.

Predominan las formas solemnes y la intervención de la autoridad, como ocurre con el matrimonio, la emancipación, la adopción y otros negocios jurídicos de Derecho de familia, si bien no por ello se convierten en actos de Derecho público, como pretende CICU.

En general, no se admiten términos ni condiciones. Así ocurre cuando se trata de negocios jurídicos que afectan al estado civil, que exige certeza y permanencia. Pero en algún caso cabe el sometimiento a plazo, como en la emancipación concedida para cuando el hijo obtenga cierto empleo o cumpla cierta edad, o la donación condicional (art. 1.333-1.º).

En cuanto al efecto de la condición indebida, la doctrina contempla la diversa solución que contienen los artículos 1.116 y 792. DÍEZ PICAZO y PUIG BRUTAU creen que la regla general es la del artículo 1.116, y piensan que la condición indebida anula el negocio jurídico familiar. Para LACRUZ BERDEJO, podría pensarse que el artículo 792 es aplicable a los actos gratuitos, y el 1.116, a los onerosos, y, por tanto, respecto de los primeros, la condición se tendría por no puesta.

Los negocios jurídicos familiares exigen determinados requisitos esenciales para su validez, como ocurre con el matrimonio, capitulaciones matrimoniales, reconocimiento de hijos naturales.

El criterio de admisión de vicios de voluntad suele ser más riguroso y los efectos de la nulidad se detienen, a veces, ante la situación creada por el acto nulo, como ocurre con el matrimonio putativo (art. 67).

(34) *El negocio jurídico...*, cit., págs. 171 y ss.

La causa del negocio jurídico no puede ser otra que la configurada en cada caso por la ley, por lo que no caben los negocios atípicos.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO SUCESORIO

Como dice CASTÁN (35), la sucesión implica sustitución en la titularidad de los derechos o en las relaciones o situaciones jurídicas; pero como no todos los derechos son transmisibles, la sucesión se limita sólo a los que lo son. Por otra parte, aquí nos referimos a la sucesión *mortis causa*, y en este sentido se puede definir la sucesión como la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra.

El principio de autonomía de la voluntad, aplicado al Derecho sucesorio, ha tenido diverso alcance en los distintos pueblos, dando lugar a diversos sistemas. Parece que en los pueblos primitivos no existió una verdadera sucesión, ya que ésta supone un reconocimiento de la propiedad individualizada, por lo menos en lo referente a los inmuebles.

Cuando aparece la sucesión *mortis causa*, va asociada a la realidad de la familia y a la defensa de sus intereses más allá de la muerte del titular formal de los bienes, por lo que se manifiesta como sucesión necesaria, totalmente desligada de la voluntad del causante y regida por normas imperativas.

Prescindiendo de algunas tímidas manifestaciones de la intervención de la voluntad, con carácter muy limitado, en la sucesión en los Derechos antiguos e incluso en el Derecho germánico, a través de la *adoptio in hereditate*, lo cierto es que el testamento, como la más perfecta expresión de la autonomía de la voluntad en el Derecho sucesorio, es una creación del Derecho romano.

Pero esta voluntad encuentra limitaciones importantes, que dan lugar a diversas clases de sucesión, según la mayor o menor libertad que se conceda al causante. Desde este punto de vista podemos distinguir entre sucesión legal, que se defiende por ministerio de la ley y que puede ser necesaria o forzosa, y sucesión intestada, que tiene carácter supletorio. La primera se funda en el deseo de la ley de proteger los derechos de determinados parientes que se consideran dignos de una especial tutela. La sucesión intestada se produce en defecto del testamento y puede coexistir con la testamentaria cuando el testador no ha dispuesto de todos los bienes. La sucesión voluntaria cristaliza en el testamento (omitimos la sucesión contractual por no estar admitido en nuestro Derecho, por lo menos en tesis general), que supone la máxima expresión de la autonomía de la

(35) *Derecho Civil...*, cit., tomo VI, vol. I, 1.ª ed., 1960, pág. 24.

voluntad en la sucesión, pero que encuentra sus límites en el sistema de legítimas, como manifestación de la sucesión forzosa, y en los requisitos y solemnidades necesarias para su validez.

El testamento es un negocio jurídico en el que, como en todos los negocios jurídicos, la voluntad del otorgante debe expresarse libre de toda presión externa e interna, libre de todo vicio. El artículo 673 del Código declara que «será nulo el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude», y el artículo 674 ordena que «el que con dolo, fraude o violencia impidiere que una persona, de quien sea heredero abintestato, otorgue libremente su última voluntad, quedará privado de su derecho a la herencia, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que hubiere incurrido». MANRESA (36) dice que siendo el testamento un acto de la libre voluntad del otorgante, por el que se dispone de todo, aparte de los bienes del mismo, desde luego se comprende que han de ser condiciones o requisitos esenciales de dicho acto la libre y espontánea expresión de la voluntad, así como la plena inteligencia, exenta de toda causa que pueda impedir la consciente determinación de la misma. Por tanto, desde el momento en que falte esa libertad y espontaneidad en la formación del testamento, por haber mediado violencia, dolo o fraude, desaparecerán del mismo las condiciones antes citadas. El artículo 674 contempla el caso contrario, o sea, cuando por esos mismos medios se impida hacer testamento a quien tenga voluntad de otorgarlo.

La protección a la voluntad individual alcanza en la regulación del testamento las más altas cotas, ya que no sólo se tutela su libre expresión, sino también la posibilidad de revocar el acto en cualquier momento. El artículo 737 establece que «todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas». Como dice MANRESA (37), siendo el testamento la expresión de la última voluntad del otorgante, todas las legislaciones han tenido que reconocer, como consecuencia de dicho carácter, el principio de revocabilidad, en virtud del cual el testador puede anular los testamentos que tuviese hechos y otorgar otros nuevos, tantos como quiera, hasta su muerte.

Pero como contrapartida a esta autonomía de la voluntad del testador, se encuentran diversas limitaciones, a que antes hemos aludido, derivadas del hecho de ser el testamento un acto solemne; el artículo 687 determina que «será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas», y el artículo 738 dice que «el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte, sino con las solemnidades necesarias para testar». La validez del testa-

(36) *Comentarios...*, cit., tomo V, pág. 441.

(37) *Comentarios...*, cit., tomo V, pág. 708.

mento, como la de todo acto, depende de la observancia de la ley que los regule, y habiéndose establecido determinados requisitos para el testamento, según la forma exigida, es evidente que la falta de cumplimiento de los mismos debe dar lugar a la nulidad.

«El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero ni hacerse por medio de comisario o mandatario...» (art. 640-1.º), ni tampoco «podrán testar dos o más personas mancomunadamente en un mismo testamento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en provecho de un tercero».

Además de estas limitaciones, tienen gran importancia las derivadas del sistema de legítimas, que suponen una importante restricción a la libertad de disposición del testador sobre sus bienes, en orden a la persona del destinatario y al volumen o valor de los asignados a cada heredero o legatario. También constituyen limitaciones las reservas y el derecho de reversión del artículo 812.

«Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos» (art. 806). Estos herederos forzosos son, según el artículo 807, los hijos y descendientes legítimos; en su defecto, los padres y ascendientes legítimos, y en su defecto, el viudo y la viuda, los hijos naturales legalmente reconocidos y el padre o madre de éstos.

Las legítimas se atribuyen en propiedad, salvo la del cónyuge viudo, que le corresponde en usufructo (es una legítima excepcional, variable y subsidiaria). En todas las legítimas, salvo en las de los hijos y descendientes, la limitación a la facultad dispositiva es absoluta; en la de éstos existe en nuestro sistema una porción: la mejora, de la que el testador puede disponer, pero limitadamente; dentro del círculo de los hijos y descendientes legítimos.

LA AUTONOMÍA PRIVADA Y LA INTROMISIÓN DEL DERECHO PÚBLICO

Decía el profesor GITRAMA (38) que el individualismo en Derecho privado tiene una honda raigambre histórica. Ya decía IHERING que una de las verdades primordiales del Derecho romano es que la fuerza individual es la fuente del Derecho. Es el principio de la voluntad subjetiva la fuente del Derecho privado romano, y tanto es así, que el ilustre romanista podía añadir que aquel Ordenamiento fue el sistema del egoísmo organizado. La codificación del Derecho privado, tendiendo un puente sobre el particu-

(38) «La hora actual del Derecho privado». Conferencia pronunciada en el Colegio de Abogados de Alicante en 1966 con ocasión de las fiestas de la Inmaculada. Publicación de dicho Colegio, págs. 1, 2, 3, 5, 6, 8, 10 y 11.

larismo legislativo medieval, enlaza con el Derecho de Roma, en cuanto a la actuación de la idea individual, en orden a las relaciones civiles. En este punto corresponde la codificación, en el campo del Derecho privado, a lo que en el del público fueran las constituciones, expresiones de un credo filosófico; los códigos se destinaron a asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las injerencias indebidas del poder político.

Los códigos modernos, a partir de la Revolución francesa, puede decirse que se han ocupado de cumplir, sobre toda otra, esta doble misión: liberar la persona y liberar los bienes de los vínculos y cargas, resto de épocas precedentes; el liberalismo en su más alto grado. Y el liberalismo, el individualismo aplicado al Derecho civil, produjo la consagración de tres principios que preconizaba CAMBACÈRES: libre contratación, propiedad libre y libre disposición de los bienes *post mortem*.

No supone esto que el interés individual se coloque sobre el colectivo; el fin del Derecho es la realización del interés colectivo de la comunidad de individuos autónomos, pero este interés colectivo no es más que la suma de los intereses individuales.

Pues bien, esta construcción individualista se halla hoy en franca decadencia. Cada vez se habla más insistentemente de un Derecho privado social en el que abundan las limitaciones de la voluntad de los individuos inspiradas en el interés público y tendentes a defenderlo.

Las formas de intervención estatal son tan variadas como conocidas: prohibiciones de actos y contratos antes permitidos; autorizaciones necesarias para otros antes libres, imposición de la obligación de efectuarlos, inspecciones, controles, fiscalizaciones, de tantas actividades privadas; sustitución total o parcial de la iniciativa o gestión privadas a través de nacionalización de empresas públicas, de sociedades de economía mixta, etcétera. No hay duda de que la excepcionalidad de las circunstancias por las que atraviesa la humanidad justifican plenamente esta intervención estatal en la vida privada, pero esto tiene el riesgo de que si la iniciativa privada ha de soportar excesivas cargas se detiene. Se hace necesario hallar el justo medio entre el interés individual y el colectivo. Nuestra cultura jurídica se halla fundada en la armonía entre las exigencias individuales y las sociales. Solamente mediante la concepción cristiana del Derecho social pueden conciliarse las prerrogativas naturales e indeclinables de la persona humana con las exigencias del bien común.

CELESTINO A. CANO TELLO
Profesor Adjunto de Derecho Civil